



UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO
FACULTAD DE DERECHO

TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

RAÚL LETELIER WARTENBERG - ENRIQUE RAJEVIC MOSLER
(COORDINADORES)

 [®] AbeledoPerrot
LegalPublishing[™]

TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

© RAÚL LETELIER WARTENBERG - ENRIQUE RAJEVIC MOSLER (Coordinadores)

2010 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 600 700 8000 • www.legalpublishing.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 199,364 • I.S.B.N. 978 - 956 - 238 - 946 - 4

1ª edición diciembre 2010 Legal Publishing Chile

Tiraje: 500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

TRANSPARENCIA, SECRETO, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DATOS PERSONALES:
DOBLE DICOTOMÍA DE ESTÁNDARES Y DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS.
CRÍTICA AL USO DE LA EXPRESIÓN “PRINCIPIOS” POR EL LEGISLADOR

*Alejandro Vergara Blanco**

INTRODUCCIÓN

Ofrezco un breve análisis de la Ley N° 20.285, de 2008, *sobre acceso a la información pública*, desde una doble perspectiva: desde la metodología o teoría del derecho, para observar las técnicas jurídicas que cabe poner en acción para su mejor comprensión y aplicación; y, desde la dogmática para analizar las instituciones reguladas por esta nueva normativa y ofrecer una primera interpretación de las nuevas reglas.

1. Doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Existen en nuestro derecho, desde antes de esta ley, y relacionados con la intimidad:

i) por una parte, un estándar de respeto a la privacidad o intimidad de las personas, regla de la cual es posible desprender principios, se derivan limitaciones a la acción de la Administración y derechos de los administrados;

ii) por otra parte, un derecho público subjetivo a la reserva o secreto de algunos aspectos o datos de la intimidad de las personas.

Ahora, con la nueva Ley N° 20.285, se produce:

i) por una parte, la incorporación de un nuevo estándar en nuestro derecho: la transparencia de la actividad Administrativa y, del mismo modo que en el caso anterior, de la regla y estándar de la transparencia es posible desprender principios y se derivan limitaciones a la acción de la Administración y derechos de los administrados;

ii) por otra parte, un derecho público subjetivo al acceso a la información.

a) Dos estándares enfrentados. Entonces, son dos las categorías jurídicas puestas en contraposición en el tema del acceso a la información; las que forman *una primera dicotomía de estándares*:

i) por una parte, la *transparencia*, y

ii) por otra parte, el *secreto* o *reserva*.

* Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Trátase de dos categorías en torno a las cuales se estructura el régimen de acceso a la información. De ahí que sea necesario abordar su naturaleza, a fin de develar la verdadera relación –conexión– existente entre las mismas, de cara a configurar de forma correcta los contornos del régimen de transparencia, en tanto que elemento (regla, estándar y principio) fundamental del Estado de Derecho.

b) Dos derechos públicos subjetivos enfrentados. De la lectura de la mera literalidad normativa (pero a la vez como un reflejo de tales reglas y estándares), parece clara la existencia de dos derechos públicos subjetivos, que se presentan como una *segunda dicotomía*:

i) por una parte, el derecho al acceso a la información, verdadero derecho público subjetivo de los ciudadanos, el cual forma parte de la *libertad de información* que reconoce y resguarda el art. 19 N° 12 CPR¹, y que se consagra más específicamente ahora por el art. 10 de la Ley N° 20.285², y

ii) por otra parte, el derecho a la privacidad o intimidad, el cual aparece, al menos desde la perspectiva de los administrados, como un derecho público subjetivo, derivado de la garantía constitucional del art. 19 N° 5 CPR que resguarda *las comunicaciones y documentos privados*.

2. Colisión de estándares y derechos públicos subjetivos. Ahora bien, según lo expuesto, tanto el acceso a la información como la privacidad son derechos consagrados como reglas en la CP o en la Ley, lo cual, desde la perspectiva de Teoría del Derecho, nos posiciona ante los criterios hermenéuticos de las normas, en tanto que obligan a interpretar tales normas y a ponderar principios (y éstos están conectados con los estándares ya enunciados).

Lo anterior es relevante, además, pues la transparencia está vinculada con potestades (del Consejo para la Transparencia, por ejemplo) y de deberes para la Administración, y con dos poderosos derechos públicos subjetivos de los ciudadanos: el acceso a la información, por un lado; y el secreto o reserva, por otro.

Estas consideraciones ponen de manifiesto una posible colisión de derechos, en la cual, *a priori*, podría intentar plantearse que es la transparencia la regla valórica mayor (art. 8° CP), por ser la última consagrada, o por cualquier otro argumento o uso de técnicas normativas de integración, derivándose así entonces la privacidad o intimidad como la excepción. Pero, podría intentar plantearse lo contrario, dado que esta última (al menos formalmente) es una garantía constitucional, y el derecho al acceso está consagrado en la Ley.

Desde la consideración de ambas instituciones como una *regla* (la transparencia) y una *excepción* (el secreto), o viceversa, es posible obtener importantes efectos hermenéuticos.

¹ Como lo ha destacado el Tribunal Constitucional en Sentencias Roles N°s. 226, de 1995 y 634, de 2006.

² El trabajo de ALLESCH y OVANDO (2005) ofrece una buena muestra de las dificultades anteriores a esta Ley para lograr la transparencia y acceso a la documentación administrativa.

Todo lo expuesto requiere aclaraciones, a fin de poder integrar las lagunas legales existentes y preparar al juez para efectuar la calificación jurídica en cada caso.

3. *Calificación jurídica de la transparencia y del secreto.* Un análisis como el que se ofrece, dando herramientas para revisar el modo en que se enfrentan ambas situaciones, tiene relevancia práctica de frente a uno de los instrumentos esenciales del pensamiento y de la práctica jurídica: la labor de calificación jurídica que realizan los juristas en sus obras de clasificación y caracterización y que, además, deberá realizar el juez en cada caso concreto.

En el caso de la transparencia y secreto la Administración realiza una labor de pre-calificación y luego un órgano autónomo: el Consejo para la Transparencia es quien califica con efecto vinculante

La calificación jurídica consiste en tomar el hecho bruto (una situación real o un acto) y hacerlo entrar en una categoría jurídica y de ahí derivar efectos jurídicos³. Por ejemplo, calificar una situación de secreta o de transparente.

Pues en este caso cabe enfrentar dos dicotomías: dos estándares, con toda una masa de principios y reglas, y los subsiguientes dos derechos públicos subjetivos paralelos, con idéntica masa de principios y reglas. En cada caso, y por el conflicto previsible entre transparencia y secreto; entre derecho al acceso a la información y derecho a la reserva o intimidad (que constata y regula el art. 21 de la Ley N° 20.285) será necesaria una mayor delicadeza en las labores de *calificación* (o sea, la identificación en un hecho específico los elementos constitutivos de la transparencia o el secreto) y en los *conflictos de calificación* (en que las diferentes regulaciones parecieran calificar de manera diferente el hecho objeto de calificación), de donde se podrán derivar acciones de *recalificación* (en que los órganos revisores, por ejemplo, otorgan a un acto su exacta calificación, sin importar la denominación que los interesados hayan propuesto) o, en fin, de *descalificación* (pérdida de una calificación, por exclusión, siendo en verdad una especie de recalificación).

Los análisis relacionales de instituciones no son ociosos, sino que, muy por el contrario, traen consecuencias relevantes. De partida, los textos, cabe *interpretarlos* (buscando sus lagunas); los principios, cabe *ponderarlos* (donde no hay lagunas, ni se suceden derogaciones).

Un aporte a estas labores de calificación es distinguir categorías jurídicas; de ahí que ofrecemos un intento por identificar los estándares y derechos relacionados con la transparencia y el secreto.

4. *Terminología.* Aun cuando son temas de teoría del derecho, con amplia literatura y en cierta medida básicos en el lenguaje de los juristas, para evitar cualquier confusión, aclaro el uso de los significantes regla, estándar y principios:

³ Véase al respecto el trabajo específico para el derecho administrativo de VAUTROT-SCHWARZ (2009), especialmente pp. 351 y siguientes, relativos a los efectos prácticos de la calificación.

i) entiendo aquí por *regla*, toda norma jurídicamente obligatoria, fruto de la actividad y potestad del Estado/regulador.

ii) entiendo aquí por *estándar*, aquellas directrices que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente algún rasgo económico, político o social de la comunidad⁴.

iii) entiendo por *principio* o *principio general del derecho* (según aclaro *infra* II, I) aquel producto de la labor de jueces y juristas, superador de los vacíos o lagunas legales, y que es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad⁵.

I. TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SÉCRETO

Cabe distinguir los casos en que estamos en presencia de un estándar, como es el caso de la transparencia; y de unos derechos públicos subjetivos, como en el caso del derecho al acceso y del derecho a la intimidad.

1. *El estándar de la "transparencia"*. En una primera aproximación lingüística a la materia en análisis, cabe plantearse ¿qué es la transparencia? De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española (23^a ed.), transparencia es la cualidad de transparente, lo que, en sus acepciones 3 y 4, se define como "que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse", y "claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad", respectivamente.

a) *Principio democrático y control de la Administración*. Refiérese así por tanto la transparencia a una cualidad consistente en la posibilidad de penetrar o ingresar en el sustrato de algo, permitiéndose con ello tomar conocimiento indubitado de ese algo. En virtud de lo señalado es que la transparencia se vincula estrechamente con dos principios fundamentales del Estado de Derecho, a saber: (a) el principio democrático⁶, y, (b) el principio del control jurídico de la Administración⁷, permitiendo la *concreción* de estos principios desde una perspectiva activa y otra pasiva.

i) desde el prisma activo, el principio democrático se ve concretado en tanto que se potencia la participación de los ciudadanos, es decir, de los administrados, en la labor de administrar, acercando ésta a aquéllos, sus verdaderos y únicos destinatarios. Sigue así la senda esbozada por anteriores normas administrativas, como la Ley N^o 19.300, de Bases del Medio Ambiente, o más tímidamente, por la Ley N^o 19.880, de 2003, de bases de los procedimientos administrativos (art. 39).

⁴ En el sentido de DWORKIN (1977) 72.

⁵ DWORKIN (1977) 72.

⁶ Vid. BOBBIO (1986) pp. 67-68; FERNÁNDEZ RAMOS (1997) pp. 311-325; BERMÚDEZ SOTO y MIROSEVIC VERDUGO (2008) *passim*.

⁷ Vid. BOBBIO (1986) pp. 67-68; ÁLVAREZ RICO y ÁLVAREZ RICO (1994) p. 475; BERMÚDEZ SOTO y MIROSEVIC VERDUGO (2008) *passim*. Igualmente, en derecho comparado de Iberoamérica, ver los trabajos contenidos en: BASTERRA y ESPINOZA (2009).

ii) por la otra, desde una perspectiva pasiva, ya que permite la defensa eficaz de los administrados ante las actuaciones administrativas que puedan incidir en su posición jurídica, la cual podrá ser más eficaz en la medida que se cuente con todos los antecedentes que fundaron la actuación de la Administración.

b) *La aparente polivalencia jurídica de la transparencia.* Pese a que en el lenguaje común la transparencia no representa especiales problemas de comprensión⁸, su conceptualización jurídica sí conlleva mayores grados de dificultad. En efecto, diversas dudas caben respecto a la naturaleza jurídica de la “transparencia”, y la doctrina ha dado cuenta de ello⁹. Así:

i) ¿se trata de un *mandato normativo/una regla*, como lo dicen el art. 8º inc. 2º CPR, el art. 13 inc. 3º de la Ley Nº 18.575 y el art. 16 inc. 2º de la Ley Nº 19.880?¹⁰. A este mandato el legislador le llama “*principio*”, como lo dice el art. 1º y lo desarrolla el inc. 2º del art.4º de la Ley 20.285¹¹.

ii) ¿se trata de un *deber administrativo*, como parece desprenderse de los arts. 3º y 4º inc. 1º de la Ley Nº 20.285?¹².

iii) ¿se trata de un derecho de los administrados (es decir, de un *derecho público subjetivo*), como lo dice el art. 10 de la Ley Nº 20.285?

iv) ¿se trata de un “interés” jurídicamente protegido?¹³

v) ¿es un medio o un fin, un valor, que se haya gatillado por o haya desencadenado un “*principio general del derecho*”, que deberán constatar jueces y juristas?¹⁴

Nosotros, por ahora, hemos preferido calificarlo de *estándar*, acogiéndonos a una terminología que identifica a los objetivos o directrices apreciados por la sociedad, que eleva su calidad de vida, su participación democrática y que, a la vez, son antesala de relevantes derechos públicos subjetivos. Pues de tal estándar de transparencia, de manera indudable, se deriva el derecho al acceso a la información que reconoce el

⁸ Sobre la precomprensión, como puerta de entrada al proceso hermenéutico, vid. LARENZ (2001) pp. 192-203; BETTI (2009) pp. 3-23; GIZBERT-STUDNICKI (1995).

⁹ Vid. GARCÍA y CONTRERAS (2009) pp. 140-143, en las que consta cómo el derecho de acceso ha sido conceptualizado como una mera consecuencia del principio de transparencia constitucional; como un derecho implícito; como un derecho fundamental adscrito a los arts. 5º, 8º y 19 Nºs. 12 y 14 de la CP; como un principio; y como un derecho prestacional.

¹⁰ Al disponer “son públicos...”. Cabe recordar en este punto que ni la CP ni la ley señalan de forma clara que se trate de un derecho público subjetivo o una obligación/deber/potestad.

¹¹ Véase *infra* II, I, en que nos referimos al extendido uso de la terminología “*principio*” por el legislador.

¹² Aunque señala que el deber es de cumplir el “*principio*”/regla de la transparencia y no el mandato.

¹³ El “interés”, individual o colectivo, distinguiéndolo del derecho, es acogido, entre nosotros, en el art. 21 Nº 3 de la Ley Nº 19.880, de 2003.

¹⁴ Véase *infra* II, I, lo que decimos sobre la expresión “*principios*” que el legislador frecuentemente intenta capturar.

art. 10 Ley N° 20.285. Pero en especial se trasluce su carácter de estándar en la figura denominada “*transparencia activa*” (arts. 7° y siguientes).

2. *El acceso a la información como derecho público subjetivo.* Entonces, si decimos que de la transparencia, como *estándar* consagrado por el legislador (y, también, como un principio que puedan identificar jueces y juristas) es la antesala de un derecho público subjetivo, ofrecemos un breve desarrollo de esta categoría jurídica.

a) *La doctrina de los derechos públicos subjetivos.* Esta teorización fue expuesta por Jellinek en una célebre monografía¹⁵, luego retomada por él mismo en su texto más general de teoría del Estado¹⁶, al cual le prestó atención de manera inmediata la doctrina italiana (Orlando y Santi Romano). Esta doctrina, ya depurada de su raíz positivista y de la consideración inicial del “Estado” como persona jurídica, hoy suscita nuevamente el interés de la doctrina¹⁷, por la manera en que es posible situarla en los “*espacios de libertad*” que el ciudadano busca de frente al Estado/regulador y, en especial, de frente al Estado/Administración, que aquí nos interesa en especial.

Jellinek propuso esta teoría de los derechos públicos subjetivos como una consecuencia de su teoría de los estados. Sostiene que, por razón de su pertenencia al Estado, el individuo se encuentra inmerso en una pluralidad de “estados”. Desde nuestra realidad jurídica administrativa actual, la teoría indicada se traduce en que cada vez que hay una relación entre una persona y la Administración, que sujeta a un administrado con una potestad pública, ésta es regulada por el Derecho Administrativo. Así, las relaciones que pueden surgir, posicionan al ciudadano en alguno de los siguientes *status*:

i) *status activo.* Es el status de la ciudadanía, referido al derecho de elegir a los representantes políticos, al derecho a voto.

ii) *status pasivo.* Es aquel que deja a todas las personas en la obligación de obedecer todos los mandatos y prohibiciones entregadas por el Estado regulador. Implica que se está sujeto a la Constitución, a las leyes (art. 6° CP) y a la Administración.

iii) *status negativo.* Es el status de la libertad. Es negativo porque no hay mandatos ni prohibiciones. Los particulares pueden decidir cómo actuar, es la esfera de la autonomía de la voluntad; de la espontaneidad de los particulares. Sólo en ciertos casos la Administración puede entrometerse en los actos entre privados sujetos al derecho privado.

¹⁵ Vid. su: *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2ª ed., Tubinga, 1905) 366 pp.

¹⁶ Vid. su *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed. 1911, 3ª ed. de 1914 (BAD HOMBURG 1960) pp. 418 y siguientes. Véase, en la ed. castellana (2000) pp. 386 y siguientes.

¹⁷ Véase en la doctrina alemana más actual, especialmente el acogimiento de ALEXY (2002) pp. 247-266, no obstante de la acusación de falta de coherencia de PAULY (2001) pp. 293-312. En especial es remarcable el interés que hoy suscita en medio de la doctrina francesa; vid.: FOULQUIER (2003) pp. 179 y ss.; y RAMBAUD (2005) pp. 723-124.

iv) *status positivo*. El *status civitatis* o positivo es esencial para comprender la posición del administrado de frente a la Administración. No es una situación simplemente pasiva, al tener que aceptar el administrado un mandato o una prohibición, sino que lo coloca en una situación de exigencia de frente a la Administración. Se refiere, entonces, a que el particular está en posición de exigir al Estado o Administración una pretensión positiva, a que puede obtener algo; es, podemos decir, *la capacidad jurídicamente protegida para perseguir prestaciones positivas de parte del Estado*. Y esta capacidad es, sustantivamente, un poder, un derecho. De ahí que este es el status más importante para el Derecho Administrativo.

b) *Los derechos públicos subjetivos en el derecho administrativo chileno*. En Derecho Administrativo interesa de un modo especial, concretamente, el *status* positivo, o sea, la especial posición del particular de acuerdo a la cual puede exigir derechos y deberes (prestaciones) positivos al Estado/Administración. Por lo tanto, en buena parte la tarea del Derecho Administrativo consiste en descubrir mediante qué mecanismos establecidos en el orden interno (en la ley) el particular puede exigir prestaciones.

El status positivo define hasta dónde pueden llegar las pretensiones de los particulares ante la Administración. A partir de este *status* se generan habilitaciones procesales. Es importante distinguir de quién depende que esa prestación se otorgue, pues la Administración no siempre es totalmente discrecional para ello, precisamente pues existen elementos objetivos y subjetivos para lograr esta vinculación:

i) La ley que establece la regulación respectiva, es el elemento objetivo, y

ii) La posición positiva (de *status civitatis*) es el elemento subjetivo; en otras palabras, es la presencia de lo que llamamos derechos subjetivos del administrado o *derechos públicos subjetivos*. En este status positivo se debe respetar el derecho a hacer la solicitud y que se sigan los trámites debidos para finalmente otorgar el derecho.

Esta es, entonces, la explicación teórica de la posición de las personas como administrados. De ella surge que está basada en elementos objetivos (la ley) y subjetivos (su *status* de frente a la Administración). Es decir, esta posición activa del administrado, se construye sobre el reconocimiento de derechos que puede exigir el administrado a la Administración en determinadas situaciones jurídicas; son los *derechos subjetivos perfectos*, pues la norma los reconoce y consagra específicamente.

c) *El derecho al acceso a la información como derecho público subjetivo*. El problema y discusión más importante, es que muchos de estos derechos no están específicamente reconocidos, es decir no existe un catálogo de derechos del administrados, o muchas veces están expresados de manera muy amplia o general. Por ejemplo: "*la administración del Estado está al servicio de la persona humana*" (art. 3 LGBAE) o "*los órganos de la Administración deberán cumplir sus cometidos coordinadamente*" (art. 5 LGBAE). Derechos que por estar configurados de esta manera tan especial son de difícil apreciación o delineación y a la vez de difícil impugnación el acto o hecho que los vulnera. Lo que trae consigo una reducción o limitación del ámbito de

petición de los particulares; a las acciones de nulidad frente a específicos y típicos actos administrativos y a las acciones de responsabilidad.

No obstante, el art. 17 de la Ley N° 19.880, de 2003, ha venido a cambiar la tónica en derecho administrativo, y ha establecido con alguna mayor precisión los derechos del administrado al interior del procedimiento administrativo.

Del mismo modo, la Ley N° 20.285, de 2008, ha venido a precisar el derecho al acceso a la información, definiéndolo y asignándolo a “*toda persona*” (art. 10) y ha establecido de un modo muy detallado todos sus contornos (a través del art. 11)¹⁸.

En efecto, la transparencia aparece así configurada, primero, como un estándar y, en seguida, como una situación a partir de la cual se configura el derecho al acceso a la información pública como un verdadero *derecho público subjetivo* de carácter general, el cual, en tanto tal, otorga un haz de facultades a su titular, y en contraposición, opone una serie de deberes a la Administración¹⁹

3. *El secreto o reserva como excepción a la transparencia.* Como se apuntó previamente, el tema de la transparencia se vincula estrechamente con el *secreto* o *reserva*, en tanto que éste aparece configurado como una excepción a aquélla.

a) *La configuración del derecho público subjetivo a la reserva.* La diferencia entre secreto y reserva aparece configurada desde la perspectiva del motivo por el cuál la información respectiva entró en el ámbito de conocimiento de un “*extraneus*”²⁰, pero los efectos de la reserva y el secreto son idénticos (el deber de no divulgación); de ahí que aquí les demos un trato unitario a ambas.

Tanto lo secreto como lo reservado se vinculan directamente con lo íntimo y por tanto con la vida privada²¹, la cual goza de protección constitucional (art. 19 N° 5 CP). Desde la perspectiva de la teoría de los estados, y por tanto, en relación a los administrados, este derecho a la vida privada aparece integrando el *status negativo*,

¹⁸ A las características y modo de ejercicio les llama “principios”, lo que critico *infra* II, 1.

¹⁹ También en este sentido, BERMÚDEZ SOTO y MIROSEVIC VERDUGO (2008).

²⁰ En efecto, a este respecto se sostiene que: “El secreto, incluso en su origen etimológico, implica callar algo que, por oficio, se conoce. La reserva, en cambio, supone guardar para sí algo que no es conocido por nadie ajeno al sujeto. No sólo es lo que no interesa a los demás, sino lo que no interesa que interese a los demás”. Vid. DESANTES (1992) p. 272. De acuerdo al art. 7° del derogado Decreto Supremo N° 26, de 2001, Reglamento de Secreto y Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, mientras el *secreto* implicaba que el acto o documento en cuestión sólo podía ser conocido por su destinatario y por quién o quiénes habían intervenido en su elaboración, la *reserva* implicaba que el acto podía ser conocido en el ámbito de la unidad u órgano al que el acto o documento había sido remitido. Sin embargo, para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (23° ed.), secreto y reserva aparecen como sinónimos, al definirse el secreto como “Cosa que cuidadosamente se tiene *reservada* y oculta”.

²¹ En la historia de la CPR (Actas, Sesión N° 129) consta la idea de que mientras la vida privada (la privacidad) tiene un radio de acción que es determinante de la exclusión de cualquier ingerencia externa, la intimidad se ubica al interior de dicho radio: trátase por tanto este último de un concepto más específico. En este sentido, Vid. DESANTES (1992) p. 270.

es decir, el ámbito de la libertad, en el cual prima la autonomía de la voluntad, y que, en tanto tal, queda excluido de la esfera de actuación de la Administración²².

Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir “ni siquiera con una toma de conocimiento”²³. Así, es perfectamente admisible, en el plano jurídico, afirmar: los demás no tienen derecho a conocer ni violar la intimidad; y si alguna persona toma conocimiento de una intimidad, surge entonces para ella el *deber de secreto*; secreto que es protegido no sólo porque forma parte de la intimidad, sino porque ciertas revelaciones de lo íntimo resultan, en la vida en sociedad, absolutamente necesarias. Se ha llegado a considerar que, sin esa protección del secreto, “las personas habrían de ser tan cautelosas, tan excesiva y rigurosamente celosas de su personalidad, que la vida social resultaría una exigencia insoportable”²⁴.

El concepto de secreto, en definitiva, supone el conocimiento de algo íntimo de otra persona, pero que no es posible comunicar a terceros, ya que eso supondría una violación a su intimidad. En definitiva, sería íntimo lo que no es lícito entrar a conocer por los demás; y secreto aquello que, siendo conocido, no es lícito comunicar a los demás.

Esta constatación de una esfera de lo íntimo origina una antigua controversia doctrinal acerca de la existencia -dentro del marco del ordenamiento jurídico- de una situación jurídica subjetiva, calificada como *derecho a la intimidad o a la privacidad*, lo que ha tenido gran desarrollo sobre todo en la doctrina italiana y norteamericana²⁵.

Pero estos derechos son existentes y cada cual percibe de sí mismo una esfera íntima. Junto con estar consagrada la existencia del concepto de derechos subjetivos -concebidos como las facultades, las prerrogativas que se reconocen a todas las personas por el derecho positivo, y de los cuales se goza bajo la protección de los poderes públicos-, se ha considerado como tales a ciertos derechos de la personalidad, los que adquieren tal especificidad cuando tienen por objeto reconocer atributos de la persona humana.

Estos derechos de la personalidad, que se los ha llegado a considerar sagrados²⁶, han ido aumentando a medida que transcurren los años y se perfeccionan las instituciones jurídicas, ante la complejidad y cambios de la vida moderna. Es así como hoy en día el derecho a la intimidad es incluido por prácticamente toda la doctrina en el cuadro de estos derechos de la personalidad, emplazamiento desconocido para algunos juristas del siglo pasado.

²² Pareciera que es este el sentido de CEA EGAÑA (2003) p. 173, quien califica al derecho a la intimidad consagrado en la CPR, sin mayor desarrollo o análisis, como un “atributo público subjetivo” (?), significante extraño de difícil de categorización jurídica.

²³ Vid. IGLESIAS CUBRIA (1970) p. 21.

²⁴ Vid. IGLESIAS CUBRIA (1970) p. 23.

²⁵ Respecto a la doctrina italiana, véanse los antecedentes que proporciona DI AMATO (1979) pp. 120 y ss., con amplia cita bibliográfica. Respecto de Norteamérica, véase, en español, DÍAZ MOLINA (1963).

²⁶ Vid. JOSSEAND (1964) p. 109.

Este derecho a la intimidad “importa el deber de los extraños a respetar el ámbito netamente privado del individuo, absteniéndose de dar a la publicidad las actividades propias y puramente personales del sujeto y que él mismo desea no se divulguen”²⁷, o, como bien ha dicho el Tribunal Supremo español, en sentencia de 8 de marzo de 1974, “*intimidad personal es el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre, es, según la terminología que se prefiere, un derecho a la personalidad, un derecho innato, individual o un derecho humano*”.

La doctrina italiana que reconoce la existencia incondicionada del *diritto a la riservatezza*, lo refiere a “aquel modo de ser de la persona, el cual consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto se refiere a la persona misma”²⁸. En Norteamérica —según la teoría del *right of privacy*—, se dice que la “vida en sociedad ha creado nuevas formas de convivencia que constituyen una invasión al derecho de los individuos a gozar de la soledad, del aislamiento y a vivir la vida que cada uno aspira a vivir dentro de los moldes normales de la sociedad moderna”²⁹.

Contrariamente a lo afirmado por alguna doctrina —en cuanto a que deben dejarse fuera de los derechos de la personalidad aquellos que tengan vocación patrimonial—³⁰, la doctrina moderna, aún buscando apoyo en las antiguas, afirma que el aspecto económico o patrimonial forma parte de la intimidad de las personas que resguardan los derechos de la personalidad. Así, no hay reparo alguno en incluir dentro de la intimidad de los ciudadanos todas las noticias o hechos respecto de su patrimonio, como dato puesto en conocimiento de la Administración, intimidad económica o patrimonial que ésta no puede dar a conocer a terceros.

En tal sentido, un buen ejemplo de la protección de la reserva es el derecho que surge en torno a la figura del secreto bancario³¹ y, en general, el derecho a mantener reserva o secreto de los datos personales, según está consagrado en el art. 13 y demás pertinentes de la Ley N° 19.628, de 1999, sobre Protección de la Vida Privada.

Y, ahora, un buen ejemplo es el derecho a la reserva o secreto que, entre otras hipótesis, se transforma en una “denegación” (art. 21 Ley N° 20.285) del derecho al acceso a la información. Esto es, en una excepción. O, en términos de método jurídico (véase *supra*, Introducción, 3) en un *conflicto de calificación*.

b) *Causales de reserva o secreto: conflictos de calificación*. De acuerdo a las hipótesis de excepción al acceso a la información (“causales de secreto o reserva”

²⁷ Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA (1971) p. 288.

²⁸ En la experiencia italiana, la idea de un *diritto alla riservatezza*, mirado como situación jurídica subjetiva, tiene una especial relevancia. Cfr. un importante trabajo de FERRI (1982), y, antes, el texto ya clásico de: DE CUPIS (1942).

²⁹ Vid. DÍAZ MOLINA (1963) p. 169.

³⁰ Vid. DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE (1968) p. 35.

³¹ Vid. VERGARA (1990).

como las llama el art. 21 Ley N° 20.285), cabe distinguir, pues no siempre se trata del enfrentamiento de dos derechos públicos subjetivos, pues ello sólo ocurrirá en los casos en que sea identificable un “sujeto” titular de un derecho al secreto o reserva. Así:

i) si es la Administración la que invoca una causal de secreto o reserva (en virtud de las causales del art. 21 N°s. 1, 3, 4 y 5; y art. 22 de la Ley N° 20.285), en realidad, cabe *calificar* dicha situación como un estrechamiento o delimitación más precisa del estándar de la transparencia. No hay aquí enfrentamiento alguno entre los dos derechos públicos subjetivos que hemos señalado. El enfrentamiento es entre el titular de uno de esos derechos públicos subjetivos (el derecho al acceso a la información) con los contornos de ese estándar que llamamos transparencia.

ii) si es una “persona”, un particular, ya sea directamente o a través de la misma Administración, la que invoca una causal de secreto o reserva (en virtud de la causal del art. 21 N° 2 de la Ley 20.285, en relación con el art. 20 de la misma Ley), aquí sí que existe un enfrentamiento de dos derechos públicos subjetivos, que cabe abordar de acuerdo al esquema analítico señalado antes.

En este último caso, intervienen tres sujetos: la Administración como receptora de la información, un particular que invoca su derecho al acceso; y otro particular que invoca su derecho a la reserva o al secreto.

Como ha quedado expuesto, un análisis más detenido de la bipolaridad transparencia/secreto o reserva de la vida privada, pone de manifiesto que en la misma subyace una relación entre *reglas jurídicas* que, concretamente, configuran y delimitan derechos públicos subjetivos.

4. *Distinguiendo el estándar de la transparencia de los derechos públicos subjetivos asociados.* Desde el prisma de análisis que hemos venido siguiendo, el *derecho a la privacidad* forma parte del *status libertatis* (derecho de libertad), es decir, del *status negativo* descrito *supra*, lo cual trae como consecuencia el derecho de los administrados de mantener en su fuero interno aquellas cuestiones que no se desea sean conocidas por “*extraneus*”, derecho el cual, por cierto, se explicita en la legislación de transparencia, como excepción; como contrapunto, existe el estándar de la transparencia (del que se deriva el *derecho al acceso a la información*), el cual integra el *status civitatis* de los ciudadanos, y, en tanto tal, permite exigir a la Administración publicitar todos los actos y documentos a que alude la CP y la Ley N° 20.285, encontrando como única excepción, al secreto o reserva.

Tales consideraciones relevan las dificultades hermenéuticas que se pueden derivar de los eventuales conflictos de calificación entre el estándar de transparencia y los derechos asociados, ya como regla (el derecho al acceso) ya sea como excepción (la reserva o secreto).

II. CRÍTICAS AL LENGUAJE DEL LEGISLADOR

1. *El cada vez más extendido uso por el legislador de la expresión “principios”.* El legislador, olvidando que su papel es crear *reglas* y no *principios*, en el frontispicio de

la Ley N° 20.285 declara que “la presente ley regula el principio de transparencia...” (art. 1°); y, como si eso no fuera poco, más adelante declara que “el derecho al acceso a la información (...) reconoce, *entre otros* (sic), los siguientes principios (...)” (art. 11), capturando así una expresión que los juristas han venido asignando a ese delicado papel de jueces y juristas de ir, precisamente, más allá de la Ley (rellenando lagunas), lo que no se condice con el papel del legislador de emitir reglas.

Cada vez más nuestro legislador –siguiendo por cierto tendencias foráneas– ha venido dando plasmación positiva a ciertos “principios”. En el ámbito administrativo, un ejemplo paradigmático de ello se encuentra en los arts. 4° a 16 de la Ley N° 19.880, los cuales contemplan 12 “principios” a los que está sometido el procedimiento administrativo³².

Este uso que el legislador efectúa de la expresión “principios” origina ambigüedad, pues se confunde con los Principios Generales del Derecho, que son ofrecidos por la jurisprudencia y la doctrina, y no por el ordenamiento positivo³³. Y tal confusión, en definitiva, priva a jueces y juristas del reconocimiento de la tarea que cumplen en la sociedad: rellenar las lagunas de las reglas.

Cabe recordar en este punto que sólo después de un análisis de los datos normativos, fácticos, de una interpretación racional, y re-sistematizando los criterios jurisprudenciales, los juristas pueden ofrecer lo más propio de su tarea: los «principios jurídicos», los llamados “principios generales del derecho”. Estos principios jurídicos son el resultado de la comprensión de un jurista que ha recorrido con oficio (ciencia y arte) aquellos lugares en que según su método hacen al Derecho: la realidad ineludible de los hechos, las normas que ha de aceptar, y respecto de las cuales ha de realizar una interpretación rigurosa. Sólo así ambos pueden ofrecer en sus doctrinas unos principios jurídicos, los cuales no han salido “de la nada”, ni sólo de los textos, ni sólo de sus íntimas convicciones: han salido de un método depurado que posibilita, a través de ellos, la paz social. Entonces, como el Hombre no ha sido creado como una máquina sin conciencia, nada puede impedir la inevitable, ineludible y refrescante incorporación de los principios jurídicos y de los valores que como argamasa los juristas deben agregar al desnudo texto legal, mero proyecto de justicia, seguridad y certeza jurídicas³⁴.

Entonces, tenemos:

i) los “principios” que dice crear el legislador, que no son más que reglas/regulaciones, cuyo contenido cabe interpretar de frente a otras reglas, y verificar si hay lagunas.

³² Vid. críticamente a este respecto GONZÁLEZ PÉREZ (2003) pp. 370-371.

³³ En tanto que “órganos” llamados a manifestar la conciencia social del tiempo. Vid. BETTI (2009) p. 149. Es más, se sostiene que los principios plasmados en textos positivos (es decir, los denominados “principios explícitos” o “principios con forma de norma jurídica”, en terminología de Larenz) son verdaderas *reglas*. Vid. PRIETO SANCHÍS (2008) p. 205.

³⁴ Por otra parte, no debe olvidarse que los intentos de positivización de principios están normalmente destinados al fracaso, particularmente cuando los mismos no han culminado su proceso de maduración histórica. Vid. BETTI (2009) p. 138.

ii) los principios que crea la jurisprudencia y la doctrina, como superadores de las reglas, incorporando a las lagunas valores jurídicos distintos y separados de las reglas. Tal distinción tiene efectos desde la hermenéutica: mientras aquellas (las reglas) se *interpretan*; estos (los principios) se *ponderan*³⁵. Trátase en definitiva de mecanismos distintos.

En realidad los denominados “principios” a que alude la ley son más bien auténticas *reglas*. En tal caso, estaríamos ante una verdadera “captura” terminológica del legislador de una expresión propia de la dogmática, que cabe advertir y no confundir.

Lo expuesto se funda en lo dispuesto en el art. 4º de la Ley N° 20.285, el cual define al “principio de transparencia” como el respeto y la cautela de la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y la facilitación del acceso de cualquier persona a esa información, exigencias las cuales constituyen un deber de actuación de la Administración, según señala el mismo precepto. Tal disposición se asemeja estructuralmente más a una regla/norma, que a un verdadero principio, desde que éstos se muestran opuestos a formulaciones específicas, que es precisamente lo que realiza el art. 4º citado³⁶.

Pero, además, la idea de que la transparencia se configura más bien como una regla que como un principio, obedece a la función que el secreto (de información íntima o privada) juega respecto de la propia transparencia: como *excepción*. En efecto, el recurso a las excepciones constituye, en Teoría del Derecho, uno de los métodos utilizados para resolver los conflictos normativos entre *reglas*, método el cual, por cierto, según se indicó anteriormente, difiere del propio para los supuestos de colisiones de principios³⁷.

2. *Rebaja de un estándar y errático uso por el legislador de la expresión días “hábiles” y “corridos”*. La Ley N° 20.285 efectúa un errático –y por lo demás innecesario– uso de la definición de días hábiles, rebajando o dificultando la aplicación del estándar consagrado en el art. 25 de la Ley N° 19.880, de 2003³⁸. En efecto:

i) el art. 1º N° 3 de la ley define como días hábiles del mismo definido en el art. 25 de la Ley N° 19.880 (LBPA), incurriendo con ello en una suerte de uso o costumbre, al imponer la necesidad de que cada nueva ley de naturaleza administrativa señale si los plazos que indica son de días hábiles (en cuyo caso, los mismos se definen de igual forma que en la LBPA), y en el caso en que una nueva Ley no lo hiciese, pudiese

³⁵ Vid. DWORKIN (1978) pp. 26-27; ALEXY (2000) pp. 296-297; ATIENZA y RUIZ (1996) p. 9.

³⁶ Vid. BETTI (2009) p. 137; DWORKIN (1978) pp. 26-27; MODERNE (2005) p. 29.

³⁷ Vid. ALEXY (2000) pp. 295-297.

³⁸ La cual es plenamente aplicable, en virtud del art. 2º LBPA, por ser el Consejo para la Transparencia un Servicio Público creado para el cumplimiento de una función administrativa, que, en tanto tal, integra la Administración del Estado. Vid. al respecto, el Dictamen N° 57.761, de 2009, de la Contraloría General.

surgir el cuestionamiento relativo a si, en tales supuestos, los plazos serán de días corridos o son igualmente de días hábiles.

ii) mientras los arts. 14, 25 y 27 de la ley señalan expresamente que los plazos allí referidos son de días hábiles, y el art. 24 nada señala al respecto. Queda así la duda de si el plazo indicado en este último precepto es de días corridos o hábiles, laguna que cabe rellenar por medio del simple recurso a la supletoriedad del art. 1º de la LBPA.

iii) El art. 28 inc. 4º de la Ley Nº 20.285 es una rebaja del estándar sobre días hábiles, de frente al art. 25 LBPA 19.880, al señalar un plazo de días “corridos”.

En todo caso, es perceptible en el derecho vigente la ambigüedad actual de la expresión días “hábiles”:

i) por un lado el art. 59 del Código de Procedimiento Civil utiliza la expresión días “hábiles” y los define como aquellos en que no se computan los días domingos y festivos:

ii) por otro lado, el art. 25 de la LBPA utiliza la misma expresión de días “hábiles” y los define como aquellos en que no se computan los días sábado, domingos y festivos.

El uso de una misma expresión o significante para dos significados origina ambigüedad, lo que cabe evitar.

Además, si bien por un lado el artículo 25 LBPA establece la prórroga del plazo cuando el último día cae en día inhábil; tal estándar no está contenido en la legislación de procedimiento civil.

III. EXCURSO:

RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA NATURALEZA JURISDICCIONAL DEL PANEL DE EXPERTOS

El art. 8º Transitorio de la Ley Nº 20.285, reconoce expresamente al Panel de Expertos en materias eléctricas, como un “órgano que ejerce jurisdicción”.

Con satisfacción es posible apreciar cómo el legislador ha oído a la doctrina en relación a cuál es la verdadera naturaleza jurídica del Panel de Expertos, dando respaldo positivo a quienes hemos sostenido que dicho Panel ejerce una verdadera jurisdicción, como lo dijimos en las Primeras Jornadas de Derecho Administrativo, en Valdivia³⁹.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1971): *Curso de Derecho Civil. Parte General* (Santiago de Chile, Ed. Nascimento).

ALEXY, Robert (2000): “On the Structure of Legal Principles”, en *Ratio Juris*, Vol. 13, Nº 3; pp. 294-304.

³⁹ Vid. VERGARA (2004 y 2005).

- _____ (2002): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 607 pp. [es la traducción de su *Theorie der grundrechte*, Suhrkamp-Verlag 1986]
- ALLESCH PEÑAILLO, Johann y OBANDO CAMINO, Iván (2005): “Aproximación dogmática y jurisprudencial a los principios de transparencia y publicidad de los actos e información administrativa”, en: *Revista de Derecho* (PUCV, vol. XXVI) pp. 31-88.
- ÁLVAREZ RICO, Manuel, y ÁLVAREZ RICO, Isabel (1994): “Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 135; pp. 473-493.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Ariel Derecho, España) 207 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, y MIROSEVIC VERDUGO, Camilo (2008): “El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXI; pp. 439-468.
- BETTI, Emilio (2009 [1955]): *La interpretación jurídica. Páginas escogidas* (compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco, prólogo de Giuliano Crifò, Santiago, LexisNexis) 217 pp.
- BOBBIO, Norberto (1986): *El futuro de la democracia* (Fondo de Cultura Económica, México) 138 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis (2003): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías* (Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile) 733 pp.
- DE CUPIS, A. (1942): *Il Diritto della Personalità* (Giuffrè, Italia).
- DESANTES, José María (1992): “El derecho fundamental a la intimidad”, en *Estudios Públicos*: Nº 46; pp. 267-288.
- DI AMATO, Astolfo (1979): *Il segreto bancario* (Padua, Ed. Scientifiche Italiana).
- DÍAZ MOLINA, Iván (1963): “El derecho de Privacy”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. XXVII, 1-2-3; pp. 69 y ss.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón (1968): “Las servidumbres a que obliga la grandeza. La esfera de la intimidad y las personalidades públicas”, en *Revista de Derecho*, Concepción, XXXVI, 144.
- DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, USA) 371 pp.
- ESPINOZA y BASTERRA (2009): *El derecho al acceso a la información pública en iberoamérica* (Arequipa, Editorial Adrus) 306 pp.

- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (1997): *El Derecho de Acceso a los Documentos Administrativos* (Marcial Pons, España) 629 pp.
- FERRI, Giovanni (1982): “Persona e Privacy”, en: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, LXXX, 1-2/34; pp. 75-121.
- FOULQUIER, Norbert (2003): *Les droits publics subjectif des administrés. Emergence d’un concept en droit administratif français du XIXe. au XXe. siècle* (Paris, Dalloz) 805 pp.
- GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz (1995): “El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 1; pp. 7-22.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2003): “La Ley Chilena de Procedimiento Administrativo”, en *Revista de Administración Pública* N° 162; pp. 359-389.
- IGLESIAS CUBRIA, M. (1970): *El derecho a la intimidad* (Oviedo, Universidad de Oviedo).
- JELLINEK, Georg (1964 [1905]): *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2ª ed., Tubinga, 1905) 366 pp. [he tenido a la vista edición de Scienta Verlag Aalen y la traducción italiana: *Sistema dei diritti pubblici subbietivi* (Milán, Società editrice libraria, 1912) 402 pp.]
- _____ (2000 [1911]): *Teoría general del Estado* (México, Fondo de Cultura Económica) 687 pp. [traducc. de la 2ª ed. alemana, de 1911 de la *Allgemeine Staatslehre*]
- JOSSERAND, Luis (1964): *Derecho Civil* (trad. esp., Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores).
- LARENZ, Karl (2001 [1979]): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (4ª ed., Berlín, 1979), traducción: *Metodología de la ciencia del Derecho* (Madrid, Ariel) 536 pp.
- MODERNE, Franck (2005): *Principios Generales del Derecho Público* (Compilación y Traducción de Alejandro Vergara Blanco, Editorial Jurídica de Chile, Chile) 301 pp.
- PAULY, Walter (2001): “Le droit public subjectif dans la doctrine des status de Georg Jellinek”, en: *Figures de l’État de droit* (dir. Olivier Jouanjan, Presses Universitaires de Strasbourg) pp. 293-312.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2008): *Apuntes de Teoría del Derecho*, 3ª ed. (Trotta, España) 331 pp.
- RAMBAUD, Thierry (2005): “Actualité de la pensée constitutionnelle de Georg Jellinek (1851-1911)”, en: *Revue du droit public* (N° 3) pp. 707-732.
- VAUTROT-SCHWARZ (2009): *La qualification juridique en droit administratif* (Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tomo 263) 685 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1990): *El secreto bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 226 pp.

_____ (2004): *Derecho Eléctrico* (Ed. Jurídica, Chile) 439 pp.

_____ (2005): “El contencioso administrativo en materia eléctrica: naturaleza jurisdiccional de las funciones del Panel de Expertos”, en *La justicia administrativa* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 241-270. Republicación, en: *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* N° 9 (Santiago, 2005) pp. 207-229.