





# **Revista de Derecho**

## Universidad Finis Terrae

**ACCESO A LA INFORMACIÓN,  
PROCEDIMIENTOS PENALES Y  
ADMINISTRATIVOS**

Segunda época, año V, N°1-2017

Comité Editorial:

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae  
Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae  
Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae  
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae  
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra  
Jorge Baraona | Universidad de los Andes  
Mario Fernández | Universidad de Chile  
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile  
Luis Ortiz | Universidad de Chile  
Fernando Barros | Abogado  
Domingo Valdés | Universidad de Chile

Diseño:

Francisca Monreal  
Corrección de texto y estilo:  
Eduardo Guerrero

Administración:

Av. Pedro de Valdivia 1646  
(56-2) 2420 7416  
www.uft.cl

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año V, N°1-2017

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

ISSN 0717-716X

Registro de propiedad intelectual N°290.865

Santiago de Chile

Año 2017

## ÍNDICE

7	EDITORIAL
9	Mario Hernández Ramos EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN
41	Emmanuel Jiménez Franco EL CONTROL DE LA TRANSPARENCIA EN PERSPECTIVA COMPARADA
87	Pedro T. Nevado-Batalla Moreno REFLEXIONES SOBRE MALAS PRÁCTICAS, CORRUPCIÓN Y ÉTICA DEL BIEN COMÚN. UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO
137	María José Corchete Martín LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO CONTEXTO Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA
169	Enrique Navarro Beltrán EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
199	Carlos Künsemüller Loebenfelder LOS DOS SISTEMAS PROCESALES PENALES VIGENTES EN CHILE
221	Jorge Francisco Balmaceda Hoyos ADMINISTRACIÓN DE RIESGO LITIGIOSO

239	Carlos Rivera Hernández
	EL ADMINISTRADOR PROVISIONAL DE ESTABLECIMIENTOS EN EL SISTEMA ESCOLAR: ¿ES ÚTIL ESTA TÉCNICA DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA?
265	NORMAS DE PUBLICACIÓN

## EDITORIAL

El presente número incluye ocho artículos de destacados juristas, de los cuales cinco tratan sobre el acceso a la información en Chile y en el derecho comparado, dos artículos de materias de derecho penal y, finalmente, un artículo sobre el Administrador Provisional en el Sistema Escolar.

Respecto de la primera temática, se incluyen estudios de los destacados profesores y abogados Mario Hernández Ramos, el doctor Emmanuel Jiménez, el doctor Pedro Nevado-Batalla Moreno, María José Corchete y el director de la *Revista de Derecho* de la Universidad Finis Terrae, el profesor Enrique Navarro Beltrán. Todos ellos profundizan sobre la relevancia que tiene el acceso a la información en Europa y América, tanto que hoy constituye una de las bases de nuestro Estado de derecho.

Del mismo modo, a continuación, destacan los artículos de los profesores Carlos Künsemüller y Jorge Balmaceda Hoyos. El primero se refiere a la coexistencia en Chile aún de dos sistemas procesales penales. Mientras que el segundo a la administración del riesgo litigioso.

Finalmente, se incluye un artículo del abogado Carlos Rivera Hernández acerca de la administración provisional en materia educacional y la utilidad de dicha técnica de intervención.





## EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

## THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ORIGINS, EVOLUTION AND STATE OF THE QUESTION

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS<sup>1</sup>

**Resumen:** El artículo hace referencia al origen y a la evolución del concepto de derecho a la libertad de expresión que comprende tanto el derecho de acceso a la información pública como el derecho a saber, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Palabras clave:** Acceso a la información pública. Libertad de expresión. Obligación positiva del Estado, vida privada, vida familiar. Derechos Humanos. Tribunal europeo, interés personal en la información solicitada.

**Abstract:** The article refers to the origin and evolution of the concept of the right to freedom of expression that includes both the right of access to public information and the right to know, in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

**Key words:** Access to public information. Freedom of expression. Positive State obligation, private life, family life. Human Rights. European Court. Guardian dogs of society, personal interest in the requested information.

<sup>1</sup> Profesor contratado. Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca (acreditado profesor titular). Promotor e investigador del Instituto de Investigación en Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca.

## I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental vertebrador e imprescindible por su relevancia en el correcto funcionamiento del proceso democrático. En el Consejo de Europa es protegido por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)<sup>2</sup> y desde décadas resulta esencial en cualquier sociedad que pretenda albergar estándares democráticos, pues reconoce y protege los derechos y libertades imprescindibles para que exista un tráfico de ideas, de información y un debate crítico de las mismas. El citado precepto establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas”. En este sentido, es constante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) al sentenciar que “la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundacionales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y realización personal de cada individuo”<sup>3</sup>.

En las sociedades actuales, en las que se demanda una mayor información para tomar decisiones informadas, valga la redundancia, por parte de la ciudadanía, ha empezado a cobrar fuerza el derecho de acceso a la información pública. Esto es así porque la información es una precondition para el ejercicio de los derechos básicos de participación política y representación<sup>4</sup>. El derecho a saber de los ciudadanos es un elemento inherente del debate político informado y es crucial para una democracia auténtica<sup>5</sup>. Además, la

2 “Case law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights files* N°18, Council of Europe Publishing, 2000.

3 Desde *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, párrafo 49; *Lingens c. Austria*, 8 de julio de 1986, párrafo 41; *Oberschlick c. Austria*, 23 de mayo de 1991, párrafo 57; *Castells c. España*, 23 de abril de 1992, párrafo 42; *Jersild v. Denmark*, 23 de septiembre de 1994, párrafo 31; *Karhuvaara and Italehti v. Finland*, 16 de noviembre del 2004, párrafo 37; *Busuioc v. Moldova*, 21 de diciembre del 2004, párrafo 58; *Steel and Morris c. Reino Unido*, 15 de febrero del 2005, párrafo 87.

4 En el CEDH, estos derechos de participación están garantizados por el art. 3 del Protocolo N° 1 al CEDH que requiere de “(l)as Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar (...) elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mantenido que “(e)l acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”. *Claude Reyes et al c. Chile*, 19 de septiembre del 2006, párrafo 86.

5 *Lingens c. Austria*, 8 de julio de 1986, párrafo 42.

mayoría de la información pública está en manos del Estado, se forma, se recaba y se procesa utilizando recursos públicos, que lo constituye en una posesión pública. Sin embargo, se ha debatido durante décadas el encaje jurídico concreto de este pretendido derecho.

El concepto del derecho a saber o del derecho de acceso a la información no es pacífico en la doctrina especializada y se discute desde posiciones encontradas. Por un lado, el derecho a saber entendido como un aspecto de la libertad de expresión ha sido defendido desde hace muchos años por doctrina destacada, insistiendo en la libertad de acceso a la información. Por ejemplo, Emerson compara el derecho a saber con las dos caras de una moneda: por un lado, implica el derecho a leer, escuchar, ver y recibir comunicaciones; por otro lado, el derecho a obtener información como base para difundirla a otras personas. Estas dos actividades constituyen el sistema de la libertad de expresión<sup>6</sup>. El derecho a saber sirve fundamentalmente para el libre desarrollo de la personalidad, la autorrealización, a través de la búsqueda de la verdad, auténtica pieza esencial para poder tomar decisiones adecuadas en la sociedad democrática<sup>7</sup>. En las democracias actuales, la intervención en los asuntos públicos por los ciudadanos, no se limita a la participación en elecciones periódicas, sino que se desarrolla en una pluralidad de actividades, foros e iniciativas, a partir de las cuales se influencia e interacciona con los responsables de las políticas públicas. Tanto la participación directa como la participación indirecta en los asuntos públicos, se verían seriamente mermadas y socavadas, si no se tuviera acceso a la información pública en manos de las administraciones públicas o de los Estados, con el consiguiente perjuicio en la posibilidad de tomar parte en los procesos de elaboración de políticas públicas o de toma de decisiones. En definitiva, para los partidarios de esta postura, el “derecho de acceso a la información pública de la ciudadanía está implícito en el derecho a la libertad de expresión y para saber lo que los gobiernos hacen en su nombre sin la cual la verdad languidecería y la participación de los ciudadanos en el gobierno permanecería fragmentada”<sup>8</sup>.

6 Emerson, T.L., “Legal Foundations of the Right to Know”, *Washington University Law Quarterly*, 1976, vol. 1, p. 2.

7 Emerson, T.L., “Legal Foundations of the Right to Know”, *Washington University Law Quarterly*, 1976, vol. 1, p. 2.

8 Declaración Conjunta del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y Expresión, Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos sobre la Libertad de Expresión y el Representante de la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE de 26 de noviembre de 1999. Véase también la Declaración Conjunta de estas tres instituciones adoptada el 6 de diciembre del 2004, donde afirmaron que “el derecho

Por otro lado, exponentes tan destacados como Barendt, defienden que es bastante difícil subsumir un derecho a saber en el derecho a la libertad de expresión, en la medida en que implique un derecho de acceso a la información ejercido contra personas que no quieren difundir una información determinada, pues podría dar pie a abusos. Consecuentemente, concibe la libertad de expresión de una manera liberal, que consiste en la mera libertad de recibir la información difundida voluntariamente por el transmisor<sup>9</sup>.

En este marco de discusión, se desarrollan las diferentes legislaciones e interpretaciones jurisprudenciales en los diferentes sistemas de protección de derechos, tanto universales como regionales.

De una forma u otra, este derecho se ha empezado a reconocer de una manera desigual tanto en el ámbito nacional<sup>10</sup> como en el ámbito internacional<sup>11</sup>,

de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental al que se le debería dar efecto a nivel nacional a través de una legislación omnicompreensiva”.

- 9 Barendt, E., *Freedom of speech*, Oxford University Press, 2nd ed., 2005, p. 109; Harris, D.J., O'Boyle, M. and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2nd ed., 2009, pp. 447-448.
- 10 El art. 1 de la Ley de Libertad de Prensa de Suecia de 1766, la primera ley en esta materia establecía que “todo ciudadano sueco tendrá derecho a tener acceso a los documentos oficiales para alentar el libre intercambio de opiniones y la disponibilidad de información comprensiva”. Una panorámica global sobre la regulación jurídica del derecho de acceso a la información puede ser consultada en Banisar, D., *Freedom of Information Around the World 2006: A Global Survey of Access to Government*, accesible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1707336](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707336), consultado el 21 de abril del 2016.
- 11 La Asamblea General de Naciones Unidas decretó en una de sus primeras resoluciones que los medios de comunicación y otros servicios informativos deberían “dar el acceso directo más amplio posible a la documentación y actividades oficiales de la Organización”, Resolution 13(I) on the Organization of the Secretariat, adoptada el 1 de febrero de 1946, Anexo I, párrafo 3. En esta materia es de referencia el art. 19 del Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que reconoce claramente el derecho de los ciudadanos a buscar información. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en su art. 42 el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Con anterioridad a la Carta, véase Peers, S., “The new regulation on access to documents: a critical analysis”, *Yearbook of European law* 21, 2002, p. 385; Arai-Takahashi, Y., “Scrupulous but dynamic: the freedom of expression and the principle of proportionality under European Community law”, *Yearbook of European law* 24, 2005, pp. 53-69. De especial importancia es la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, asunto *Heide Hautala contra Consejo de la Unión Europea*, de 19 de julio de 1999, que consagró el derecho de acceso a la información en manos de las autoridades públicas. Para el Tribunal de Justicia, la interpretación del Consejo de la Unión Europea de denegar el acceso a los documentos “tendría el efecto de menoscabar, sin la menor justificación, el derecho de acceso del público a los elementos de información contenidos en un documento que no estén amparados por alguna de las excepciones enumeradas en el art. 4.1 de la Decisión 93/731”; además, “la denegación de acceso parcial constituye ciertamente una medida manifiestamente

pero de manera imparable y generalizada. Esta situación de expansión ha sido alcanzada tras años de demandas y de conquistas significativas, constituyendo un ejemplo paradigmático el sistema interamericano de protección de los derechos humanos<sup>12</sup>.

En el contexto europeo, el Consejo de Europa adoptó su primera recomendación sobre el derecho de acceso hace ya casi cuarenta años<sup>13</sup>. En el 2002, el Comité de Ministros adoptó una nueva recomendación que prevé un derecho de acceso a los documentos oficiales en los siguientes términos: “los Estados Miembros deben garantizar el derecho de toda persona a tener acceso, previa solicitud, a los documentos oficiales en poder de las autoridades públicas. Este principio debería aplicarse sin discriminación de ningún tipo, incluyendo el origen nacional”<sup>14</sup>. El preámbulo a esta Recomendación del 2002 señala que ese acceso a documentos oficiales “permite al público (...) formarse una opinión crítica sobre la situación de la sociedad en la que viven y sobre las autoridades que los gobiernan”, y aumenta la participación informada en los asuntos públicos. De manera más reciente, el Consejo de Europa ha elaborado un Convenio sobre el Acceso a los Documentos Públicos, de 18 de junio del 2009, al que los Estados Miembros pueden adherirse de manera voluntaria, pero que no ha entrado en vigor aún por no haber sido ratificado por un número suficiente de Estados.

Sin embargo, el art. 10 CEDH no reconoce este derecho de acceso de manera explícita. Hasta el momento, el art. 10 CEDH aún debe ser reconocido oficialmente por el TEDH como sustento de una declaración del derecho fundamental de acceso a la información pública, pues ha rechazado de manera firme y constante que la frase del art. 10 CEDH “el derecho a recibir

desproporcionada para garantizar la confidencialidad de los elementos de información a los que sea de aplicación alguna de dichas excepciones”, disponible en <http://curia.europa.eu>

12 Véase el caso *Colegiación obligatoria de periodistas, Opinión Consultiva*, OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 32; la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada en la sesión 108ª, el 19 de octubre del 2000, párrafo 4, accesible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&ID=2>, consultada el 20 de abril del 2016; la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso N° 12.108 *Claude Reyes y otros contra Chile*, 8 de julio del 2005; y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre del 2006.

13 La Recomendación de 1981 establecía que “todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado Miembro tienen el derecho a obtener, previa solicitud información en manos de las autoridades públicas...”, Recommendation (81) 19 sobre *Access to Information Held by Public Authorities*, adoptada por el Consejo de Ministros el 25 de noviembre de 1981.

14 *Recommendation (2002) 2 on Access to Official Documents*, February 21, 2002, para. II.I.

información”<sup>15</sup> pueda ser interpretada como una garantía de establecer un derecho general de acceso a la información o como una obligación positiva sobre los Estados de difundir información que obre en su poder<sup>16</sup>.

No obstante, como se irá exponiendo, esta afirmación debe ser matizada a raíz de diversas sentencias del TEDH. De qué manera el derecho de acceso a la información pública se ha visto reconocido, que no consagrado, en la jurisprudencia del TEDH constituye el objeto de este trabajo. Para ello se estudiará, en primer lugar, la evolución en el reconocimiento del derecho de acceso a la información en la jurisprudencia del TEDH, atendiendo a tres etapas diferenciadas y distinguibles; y, en segundo lugar, partiendo de ese estudio jurisprudencial, se tratará de identificar los contornos de un pretendido derecho de acceso a la información atendiendo a su titularidad, objeto y límites.

## II. EVOLUCIÓN EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La libertad de recibir información consagrada en el art. 10.1 CEDH incluye el derecho a reunir información y buscar información por todos los medios legales posibles<sup>17</sup>. El TEDH ha interpretado esta libertad de recibir información y opiniones como el derecho a difundir la información e ideas a la ciudadanía, esto es, como el derecho del público a estar adecuadamente informado, en particular, respecto de materias de interés público<sup>18</sup>. Por ello, ha sostenido que se deben alegar razones particularmente fuertes cuando

15 Un buen resumen sobre lo que el TEDH ha interpretado por “libertad de recibir y de comunicar informaciones puede consultarse en Casadevall, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 366-370.

16 Sobre las obligaciones positivas a los Estados bajo el CEDH, véase Xenos, D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012. Concretamente, sobre las obligaciones positivas en el marco del art. 10 CEDH, véanse Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, pp. 191-195; Dijk, P. van, Hoof, F. van, Rijn, A. van y Zwaak, L. (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 4th ed., 2006, pp. 784-788.

17 El art. 10 CEDH abarca “no solamente el contenido propio de las informaciones, sino también los medios de transmisión o de captación, como quiera que cualquier restricción impuesta estos medios interfiere en el derecho de comunicar las informaciones”, *Autronic AG c. Suiza*, 22 de mayo de 1990, párrafo 47.

18 *Observer and Guardian c. Reino Unido*, 26 de noviembre de 1991, párrafo 59.

se tomen medidas que limiten el acceso a la información que la ciudadanía tiene derecho a recibir<sup>19</sup>.

Sin embargo, otra cosa muy distinta es que este art. 10 CEDH albergue una garantía de un derecho general de acceso a la información o la obligación positiva de un Estado de difundir información de relevancia pública en su poder o un derecho subjetivo de los ciudadanos a solicitar una información determinada, como se estudiará más adelante.

El TEDH ha argumentado en *Gillberg c. Suecia* que un derecho a recibir información reconocido en el Estado de origen podría hacer surgir un derecho amparado en el art. 10 CEDH<sup>20</sup>. Pero el Tribunal de Estrasburgo ha tenido siempre en cuenta la existencia del derecho al acceso a la información pública en la legislación y realidad judicial nacional para el reconocimiento de dicho derecho en el ámbito del art. 10 CEDH, lo cual constituye la principal diferencia frente a la paradigmática sentencia de la CEDH *Claude Reyes c. Chile*<sup>21</sup>.

En definitiva, no está claro que la libertad de expresión obligue a las autoridades a difundir información de interés público<sup>22</sup>. Por ello, el TEDH ha ido evolucionando en la interpretación del art. 10.1 CEDH, sin que se haya consagrado aún un derecho fundamental de acceso a la información pública.

## **1. Concepto tradicional. Exclusión del art. 10 CEDH y obligación positiva de acceso en el art. 8 CEDH bajo determinadas circunstancias**

Desde un principio, el art. 10 del CEDH no fue interpretado de una manera que otorgara a los ciudadanos un derecho de acceso a la información en posesión del Estado, pues el TEDH rechazó de manera sistemática pronunciarse

19 *Timpul Info-Magazin and Anghel c. Moldavia*, 27 de noviembre del 2007, párrafo 31; *Węgrzynowski and Smolczewski c. Polonia*, 16 julio del 2013, párrafo 57.

20 *Gillberg v. Sweden [GC]*, 3 de abril del 2012, párrafo 93. Este es un caso peculiar, en el que el TEDH sustancia si la negativa de un médico pediatra que se niega a difundir información de expedientes e información de estudios e investigaciones médicas propiedad de la universidad conculca sus derechos del art. 8 CEDH y 10 CEDH. El TEDH acabó sentenciando que tales derechos no son de aplicación a ese caso.

21 Bustos Gisbert, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, México, 2012, pp.195-197.

22 Tampoco se pronuncia claramente el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Declaración sobre la Libertad de Expresión e Información del 2 de abril de 1982, a pesar de que adopta una interpretación amplia.

sobre el derecho de acceso a documentos o el derecho a solicitar activamente información dentro del art. 10 CEDH.

En un contexto específico de acceso a la información, el TEDH mantuvo una interpretación muy liberal y sostuvo, tradicionalmente, que el derecho a recibir una información se refería al acceso a fuentes de información generales y consistía básicamente en prohibir al Gobierno que impidiera u obstaculizase a una persona recibir información de otras personas que desearan o quisieran dársela. De la misma manera, el Tribunal de Estrasburgo nunca aceptó que el art. 10 CEDH estableciera un derecho de acceso a un registro que contuviera información de su posición personal, ni tampoco que impusiera una obligación positiva al Estado de recabar y difundir esa información al individuo. En definitiva, el TEDH no deducía del CEDH un derecho general de acceso a documentos y datos administrativos<sup>23</sup>.

No obstante, en lugar de centrarse en el art. 10 CEDH, bajo ciertas circunstancias, permitió excepciones sobre el acceso a la información cuando otros derechos fundamentales se vieran afectados, como el derecho al respeto a la vida privada y a la vida familiar del art. 8 CEDH.

Esta es la postura que el TEDH mantuvo a lo largo de los primeros años de su jurisprudencia sobre el tema. Para comprenderla, es necesario atender a tres casos capitales: *Leander c. Suecia*<sup>24</sup>, *Gaskin c. Reino Unido*<sup>25</sup> y *Guerra y otros c. Italia*<sup>26</sup>. Estos casos muestran cómo, al contrario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 10 CEDH no ampara el derecho a solicitar información. Solo cubre el derecho a recibir información de fuentes de información general o un derecho de acceso a fuentes generales de información. Aunque, como se ha apuntado ya, el TEDH admitió demandas sobre la libertad de recibir información sobre la base del art. 8 CEDH, tutelando el derecho al respeto por la vida privada y la vida familiar.

En *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987, el TEDH solventa la demanda de un ciudadano sueco que es rechazado en la solicitud de un puesto de trabajo en un museo naval con instalaciones próximas a una base naval del Ejército. Este puesto de trabajo requería acceder a zonas del museo restringidas por

23 *Loiseau c. Francia*, 28 de septiembre del 2004 (decisión).

24 *Leander c. Suecia*, 26 de marzo de 1987.

25 *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

26 *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998.



motivos de seguridad nacional. La solicitud de trabajo del demandante fue rechazada tras la consulta por parte de las autoridades de la Armada de un expediente secreto sobre la vida privada del demandante elaborado por la policía de seguridad sueca. Este expediente tan solo hacía referencia a la pertenencia del demandante al partido comunista sueco y a una asociación que publicaba una revista radical. Las autoridades suecas le negaron el acceso a este expediente secreto por lo que reclamó la violación de su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y al derecho a recibir información (art. 10.1 CEDH). El TEDH rechazó que se hubiera violado ninguno de los dos derechos. En relación con el derecho a recibir información, el TEDH adoptó un enfoque muy liberal, limitándose a sentenciar que el derecho a recibir información reconocido en el art. 10.1 CEDH se limita a “prohibir a un gobierno restringir la información que una persona pueda recibir de otra que quiera o quisiera difundir”. De la misma manera, este derecho, en las circunstancias actuales de ese caso, “no confiere un derecho a los particulares de acceso a los registros o archivos que contengan información sobre una situación personal, ni tampoco impone una obligación a los gobiernos de difundir la información solicitada por los particulares”<sup>27</sup>. Podría deducirse, *ad sensu contrario*, que el derecho a recibir información se aplicaba solo a la información que el poseedor de la misma quisiera difundir.

La misma interpretación del art. 10.1 CEDH fue mantenida por el TEDH en pleno en *Gaskin c. Reino Unido* dos años después<sup>28</sup>. El demandante, Graham Gaskin, desde la muerte de su madre, siendo menor de edad, fue atendido por los Servicios Sociales de Liverpool y acogido por diferentes familias. Tras su mayoría de edad, quiso tomar acciones legales contra dichos Servicios Sociales locales, pues en su opinión, el trato dispensado no había sido el adecuado. Para poder plantear las demandas solicitó todos los expedientes e información sobre sus procesos de acogida, pero su solicitud fue rechazada por ser contraria al interés público, pues con la revelación de toda esa información perjudicaría la estricta confidencialidad de las actuaciones y personas que colaboran con esos servicios, desde médicos, hasta trabajadores sociales, profesores, policías, etcétera.

El TEDH interpretó que la demanda del Sr. Gaskin estaba relacionada con su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y que, por tanto, el acceso a esa documentación debía examinarse a la luz de este derecho. Además, el

<sup>27</sup> *Leander c. Suecia*, 26 de marzo de 1987, párrafo 74.

<sup>28</sup> *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

TEDH fue claro al sentenciar que ese planteamiento se tomó “sin expresar ninguna opinión sobre si del art. 8 CEDH podría derivar un derecho de acceso general a los datos personales e información personal”<sup>29</sup>. Por otra parte, el TEDH hizo notar que la información solicitada por el Sr. Gaskin era diferente a la del Sr. Leander, del caso anterior, pues en el presente caso la información personal contenida no era el objeto principal de solicitud ni de los documentos solicitados, ni tampoco su almacenamiento o tratamiento. En realidad, la queja del demandante no se refería a la interferencia en su vida privada por haber elaborado expedientes sobre su persona como en *Leander*, y no poder acceder a los mismos, sino a una interferencia por no facilitar esos expedientes que contienen su vida personal. Por eso, el TEDH examinó el caso desde la perspectiva de juzgar si el Reino Unido, al manejar la solicitud de acceso a su expediente, vulneraba o no una obligación positiva del Estado que pudiera derivarse del art. 8 CEDH<sup>30</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo estableció que el sistema del Reino Unido para determinar si se facilitaba o no la información se basaba en el consentimiento de las personas afectadas por esa revelación, esto es, de los colaboradores con el sistema asistencial de menores. Sin embargo, en caso de que los colaboradores no contestaran o no dieran su consentimiento, no se establecía una autoridad independiente que resolviera finalmente esa cuestión. La existencia de esta autoridad es exigida por el principio de proporcionalidad y a diferencia con el caso *Leander*, no existía en el país demandado. Por ello, el TEDH sentenció que se vulneró el art. 8 CEDH, estableciendo la obligación positiva sobre el Estado de incorporar esa garantía para ese procedimiento<sup>31</sup>. Respecto del art. 10.1 CEDH, el TEDH reprodujo, palabra por palabra, lo expresado en *Leanders* sobre la obligación del Estado de no restringir comunicaciones y la negación de una obligación a informar por parte de la autoridad que ostente la información solicitada<sup>32</sup>.

En el caso *Guerra y otros contra Italia*<sup>33</sup>, cuarenta ciudadanos italianos demandaron a su Estado por no facilitar información suficiente sobre una planta de productos químicos situada cerca de su población y cuyas actividades podrían ser peligrosas para su salud y sus vidas. El TEDH enjuició la negativa a dar

29 *Gaskin c. Reino Unido*, párrafo 37.

30 *Gaskin c. Reino Unido*, párrafo 41.

31 *Gaskin c. Reino Unido*, párrafo 41.

32 *Gaskin c. Reino Unido*, párrafo 52.

33 *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998.

esa información desde el art. 8 CEDH<sup>34</sup>. Por tanto, desde esta doctrina, el TEDH sostuvo que el art. 8 CEDH imponía a las autoridades estatales una obligación positiva de informar a las personas que vivían cerca de la fábrica sobre el riesgo de potenciales accidentes devastadores. En caso de no cumplir con esta obligación, se dejaba a esas personas sin la posibilidad de valorar los riesgos y, por tanto, sin la posibilidad de tomar decisiones informadas sobre vivir en las proximidades de instalaciones peligrosas. En consecuencia, el TEDH sentenció que el Estado italiano no tomó las medidas suficientes para cumplir su obligación de garantizar su derecho a la vida privada y familiar, vulnerando, por tanto, el art. 8 CEDH<sup>35</sup>. A pesar de esta falta de información, el TEDH sostuvo que el art. 10 CEDH no era aplicable<sup>36</sup> y mantuvo la misma línea que en *Leander y Gaskin* respecto del art. 10.1 CEDH<sup>37</sup>. Sin embargo, en el fondo, el resultado de esta decisión del TEDH fue reconocer un derecho a recibir información, bajo ciertas circunstancias, pero meramente de fuentes generales de información.

En el 2005, la Gran Sala recopiló la doctrina de las tres sentencias estudiadas en el caso *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre del 2005, donde un antiguo soldado británico aquejado de varias dolencias solicita los informes médicos que le realizaron cuando estuvo en contacto con ensayos de productos químicos. El TEDH sentenció que el Estado había violado el art. 8 CEDH por no haber facilitado toda la información que necesitaba para evaluar los riesgos de su estado de salud que pudiera resultar de la participación en dichas pruebas militares, pues pesaba sobre el Estado una obligación positiva de procurar un procedimiento efectivo y accesible que le permitiera acceder a toda esa información relevante y necesaria<sup>38</sup>. Sin embargo, respecto del art. 10 CEDH, el TEDH sostuvo su postura expresada en *Leander, Gaskin y Guerra*,

34 Porque para garantizar la protección a la vida privada y familiar pueden presuponerse obligaciones positivas inherentes. Véase, por ejemplo, *Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979, párrafo 32. Además, las autoridades nacionales han de tomar las medidas necesarias para asegurar la protección efectiva de los derechos de los demandantes para respetar su vida privada y familiar. Véase, por ejemplo, *López Ostra c. España*, 9 de diciembre de 1994, párrafo 55.

35 *Guerra y otros c. Italia*, párrafos 58-60.

36 *Guerra y otros c. Italia*, párrafo 54.

37 *Guerra y otros c. Italia*, párrafo 53. Es interesante destacar que la Comisión sostuvo exactamente lo contrario, en el sentido de que el art. 10.1 CEDH reconocía un deber de facilitar información a la ciudadanía, así como una obligación positiva para recabar, procesar y difundir la información solicitada, que no podría llegar a la ciudadanía de otra forma, *Guerra y otros c. Italia*, párrafo 52. En la misma línea se pronunciaron dos magistrados que redactaron votos particulares disidentes.

38 *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre del 2005, párrafo 167.

dejando claro que no veía “ninguna razón para no aplicar esta consolidada jurisprudencia” sobre no imponer a un Estado en las circunstancias de este caso, “las obligaciones positivas para reunir y difundir, por su propia iniciativa, la información”<sup>39</sup>.

*Roche c. Reino Unido* es muy similar a otro caso sustanciado por el TEDH cinco años antes. En *McGinley y Egan c. Reino Unido*, 28 de enero del 2000, dos ciudadanos británicos que habían estado presentes como militares en ambientes de ensayos nucleares se quejaban, entre otras cosas, de que la falta de acceso a los registros de realización de dichas pruebas, constituía una vulneración de su vida privada y familiar en el marco de sus solicitudes de pensiones de invalidez. El TEDH consideró que, bajo el art. 8 CEDH, el Estado tenía la obligación positiva de dar acceso al material interesado por los demandantes, pues no había ningún perjuicio contra el interés público si se revelaba<sup>40</sup>. En este caso, el TEDH no determinó la violación del art. 8 CEDH debido a que ninguno de los solicitantes optó por acogerse a un procedimiento que el Estado tenía establecido, asociado a su proceso de reclamación de la pensión, por el que podían haber solicitado a las autoridades competentes información al respecto. Sin embargo, optaron por solicitar la información por otras vías<sup>41</sup>.

El estudio de estos casos permite concluir que en esta primera etapa el TEDH aceptó, bajo ciertas circunstancias, reconocer un derecho de acceso a algunos documentos que, aunque no fueran generalmente accesibles, fueran de particular importancia para la situación concreta del demandante, ya se refiriera a la protección medioambiental, a la salud pública o al bienestar individual. Este reconocimiento fue deducido del derecho a la vida privada y vida familiar (art. 8 CEDH) y no del derecho a la libertad de recibir información (art. 10.1 CEDH). El TEDH entendió que, bajo ciertas circunstancias, puede surgir una obligación positiva del Estado de tener a disposición de los ciudadanos un procedimiento o mecanismo por el cual pudieran solicitar información de su incumbencia, máxime cuando la revelación de esta información no supusiera un peligro o inconveniente para los intereses públicos, y esa información fuera de importancia para intereses como la salud de los demandantes.

39 *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre del 2005, párrafo 172.

40 *McGinley y Egan c. Reino Unido*, párrafo 101.

41 *McGinley y Egan c. Reino Unido*, párrafo 89 y 101.

Sin embargo, el TEDH no consideró que el art. 10 CEDH fuera de aplicación en los casos estudiados, insistiendo en su postura inamovible de que la libertad de recibir información a la que se refiere el art. 10.1 CEDH, tan solo prohíbe a un gobierno restringir la recepción de información a una persona que otros deseen o pueda querer transmitirles, sin que pueda ser interpretada como una obligación positiva al Estado de recabar y transmitir información de oficio. Durante esta época, el TEDH mantuvo su postura liberal de manera inamovible y no modificó su doctrina señalada en *Sunday Times c. Reino Unido*, donde estableció que el art. 10 CEDH se limitaba a garantizar el derecho de los ciudadanos a ser informados adecuadamente<sup>42</sup>, incluyendo este derecho a buscar información de fuentes generales de información. Por tanto, incluso si el Estado no tenía la obligación de facilitar una información determinada, en principio, esa información no debería ser denegada cuando fuera de interés general, pero sin incluir obligaciones positivas, y en particular, una obligación de facilitar el acceso a la información al amparo del art. 10 CEDH.

## **2. Paso de transición. Hacia un reconocimiento del derecho de acceso dentro del art. 10 CEDH**

El 19 de julio del 2006, la Sección quinta del TEDH dictó una decisión de inadmisión, *Sdružení Jihočeské Matky c. República Checa*<sup>43</sup>, que estableció un punto de inflexión en la interpretación del derecho de acceso a la información respecto del art. 10 CEDH, separándose de la línea constante marcada en los casos *Leander*, *Gaskin*, *Guerra* y *Roche*. Por primera vez, el TEDH concibe el derecho de acceso a una información relevante en el ámbito del art. 10 CEDH y no en el del art. 8 CEDH como había venido haciendo. De hecho, el mismo TEDH afirmó, en una decisión posterior sobre esta decisión que “el Tribunal ha avanzado recientemente hacia una interpretación más amplia de la noción “libertad a recibir información” y, por tanto, hacia el reconocimiento de un derecho de acceso a la información”<sup>44</sup>.

*Sdružení Jihočeské Matky* es una ONG checa fundada por personas que vivían cerca de la central nuclear de Temelin de titularidad estatal, cuyas tareas principales son la protección de la naturaleza y medio ambiente y contraria a tecnologías como la energía nuclear. A raíz de la entrada en vigor de una

42 *Sunday Times c. Reino Unido* (N° I), 26 de abril de 1979, párrafo 66.

43 *Sdružení Jihočeské Matky c. República Checa*, de 19 de julio del 2006 (decisión).

44 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril del 2009, párrafo 35.

ley estatal de protección de naturaleza y paisaje que concedía el derecho a los ciudadanos a ser informados por las autoridades y a participar en todos los procedimientos administrativos que pudieran afectar a los intereses de protección de la naturaleza y el paisaje, dicha ONG presentó una solicitud para que le mantuviera informada de los procedimientos relativos a la central nuclear de Temelin. Sin embargo, solo se le autorizó a participar y conocer de un procedimiento, concretamente, sobre cambios tecnológicos en la construcción de una parte del edificio. Los tribunales nacionales, incluido el Tribunal Constitucional, no estimaron vulnerado el derecho a la información, reconocido en el art. 17.4 de la Constitución de la República Checa, por considerar la restricción proporcionada y necesaria en una sociedad democrática. En consecuencia, la ONG se quejó de que las autoridades nacionales, al denegarle el acceso a parte de la documentación de la planta de energía nuclear, violaron su derecho a recibir información, reconocido en el art. 10 CEDH. El TEDH, en las circunstancias concretas del caso, admitió que el rechazo de la solicitud “constituía una injerencia en el derecho del demandante a recibir información”<sup>45</sup>. Sin embargo, esta injerencia estaba plenamente justificada, ya que la solicitud se realizaba sobre información de una planta de energía nuclear, que es un sistema de gran complejidad y que exige un nivel muy alto de seguridad<sup>46</sup>. Por tanto, el TEDH consideró que el art. 10 CEDH no podía interpretarse como una garantía del derecho absoluto de acceso a todos los detalles técnicos relacionados con la construcción de una planta, ya que a diferencia de la información sobre el impacto ambiental de los mismos, tales datos no podían considerarse de interés público, por lo que la negativa estaría justificada por motivos de seguridad nacional, salud pública y secreto industrial<sup>47</sup>.

Por tanto, por primera vez, el TEDH sitúa en el ámbito del art. 10 CEDH una solicitud de información con relevancia pública y ni siquiera menciona la obligación positiva que pudiera pesar sobre el Estado fruto del art. 8 CEDH.

De esta manera, y puntualizando la importancia de las circunstancias concretas del caso, el TEDH admitió que el rechazo de la solicitud de información de relevancia pública “constituía una injerencia en el derecho del demandante a recibir información”, dando el primer paso para un eventual reconocimiento

45 *Sdružení Jihočeské Matky c. República Checa*, párrafo 1.1.

46 Distinguiéndose claramente de los típicos casos relativos a las restricciones a la libertad de prensa, en la que se ha reconocido en repetidas ocasiones la existencia de un derecho del público a recibir información.

47 *Sdružení Jihočeské Matky*, párrafo 1.1.

de este derecho en la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, también enfatizó que era “difícil deducir del CEDH un derecho de acceso general de acceso a los datos y documentos de una naturaleza administrativa”.

No obstante este cambio de postura, el Tribunal de Estrasburgo no profundizó en definir los contornos de este pretendido derecho, ni intentó construir un discurso doctrinal que explicara este distanciamiento respecto del resto de sentencias anteriores.

### **3. Reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como parte del art. 10 CEDH**

Desde el 2009 hasta la actualidad, el TEDH ha dictado una serie de resoluciones en las que abiertamente reconoce el derecho de acceso a la información como parte del art. 10 CEDH<sup>48</sup>. *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril del 2009, ha supuesto la primera de las sentencias que abogan, claramente, por esta interpretación, sobre todo, debido al tipo de información solicitada. Esta postura ha sido confirmada por otras cinco decisiones, todas ellas de Secciones, que establecen una línea jurisprudencial clara sobre la materia, pero que necesita aún del respaldo de una decisión de la Gran Sala para poder proclamar la consagración de una nueva dimensión del derecho fundamental reconocido en el art. 10 CEDH, como supuso la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Claude Reyes c. Chile*.

En *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril del 2009, la Unión Húngara de Libertades Civiles demandó ante los tribunales la negativa del Tribunal Constitucional húngaro de permitirle acceder a la demanda planteada por un parlamentario sobre la constitucionalidad de unas modificaciones recientes al Código Penal, concretamente, en relación con delitos relacionados con drogas. El Tribunal Constitucional rechazó la solicitud al considerar que el demandante no tenía derecho a solicitar esa información, pues no consideraba que fueran “datos” y, por tanto, no encajaba en la Ley de Datos húngara de 1992 sobre la que la demandante basaba su pretensión de acceso a la información. En esta sentencia, la Sección Segunda del TEDH, a pesar de seguir negando el derecho de las personas a acceder a un expediente con información personal, ni la obligación del Estado de facilitar esa información

<sup>48</sup> No tan clara es la línea trazada para reconocer el derecho de acceso a información a través del art. 6.1 CEDH, pero no por ello ha dejar de mencionarse. Véase, por ejemplo, *Shapovalov c. Ukraine*, de 31 de julio del 2012.

al solicitante<sup>49</sup>, ni el derecho general de acceso a los datos y documentos administrativos<sup>50</sup>, confirma su postura de insistir en una interpretación más amplia de la noción de “libertad a recibir información”<sup>51</sup> y, por tanto, reconociendo el derecho de acceso a la información pública.

Para ello, el TEDH reconoce el importante papel que las ONG, cuya labor incide en el fomento de los derechos humanos como la libertad de información, tienen para fomentar un debate público informado para la ciudadanía<sup>52</sup>. En consecuencia, el TEDH estima en esta sentencia, que estas organizaciones deberían gozar de los mismos niveles de protección que la prensa, pues las considera igualmente “perros guardianes de la sociedad” (*social watchdogs*)<sup>53</sup>. En este caso concreto, es claro para el TEDH que la materia solicitada al Tribunal Constitucional, esto es, el contenido de la demanda de constitucionalidad contra una ley penal, es una materia de interés público y no podía aceptarse lo alegado por el Estado húngaro de que del recurso podrían derivarse datos personales privados del parlamentario que de permitirse el acceso serían revelados sin permiso<sup>54</sup>. La organización demandante se dedicaba a recabar información sobre este tipo de cuestiones, por lo que la negativa del Tribunal Constitucional húngaro constituyó un obstáculo. En este sentido, y dado que el Alto Tribunal Húngaro ostentaba el monopolio de la información, el TEDH consideró que esta actitud constituyó un tipo de censura<sup>55</sup>. Para determinar la legitimidad o no de esta injerencia en el derecho a recibir información de la organización demandante, el TEDH parte de recordar que los Estados tienen la obligación de no impedir el flujo de información relevante buscado o solicitado por el demandante, máxime cuando una autoridad estatal ostenta el monopolio de una información. En este caso, es incluso más obvio que se incurrió en este comportamiento, pues la información que se solicitaba no tenía que ser objeto de preparación ni implicaba ningún tipo de trabajo,

49 Siguiendo la jurisprudencia de *Leander, Gaskin, Guerra y Roche*.

50 *Loiseau c. Francia*, 28 de septiembre del 2004 (decisión).

51 Como ya hiciera en *Sdruženi Jihočeské Matky contra la República Checa*.

52 El TEDH ha reconocido de manera constante la importante contribución de la sociedad civil a la discusión de los asuntos públicos. Véase, por ejemplo, *Steel and Morris c. Reino Unido*, 15 de febrero del 2005, párrafo 89; *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lituania*, 27 de mayo del 2004, párrafo 42; *Riolo c. Italia*, de 17 de julio del 2008, párrafo 63.

53 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafo 27. Véase también *Animal Defenders International c. Reino Unido* (GC), 22 de abril del 2013, párrafo 103; *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, 25 de junio de 1992, párrafo 63; *Jersild v. Denmark*, 23 de septiembre de 1994, párrafo 35; *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lituania*, 27 de mayo del 2004, párrafo 42.

54 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafos 28 y 37.

55 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafo 28.



sino que ya estaba disponible y podía ser entregada sin problemas. Como ya apuntamos, cuando se da esta situación de monopolio informativo, la jurisprudencia del TEDH impone la obligación de seguir el escrutinio más cuidadoso para no interferir con el tráfico informativo<sup>56</sup>.

Por todo ello, el TEDH consideró que los obstáculos creados para obstaculizar el acceso a la información de interés público podrían repercutir negativamente en el trabajo de esta organización o de los medios de comunicación, en su intención de investigar esas cuestiones relevantes y contrastadas para la sociedad, por lo que sentencia que se ha violado el derecho de acceso a la información (art. 10 CEDH)<sup>57</sup>.

Ese mismo año, la misma Sección Segunda del TEDH se pronunció sobre la solicitud de un historiador de acceder a documentos del Ministerio del Interior para escribir un estudio objetivo sobre el funcionamiento de los Servicios de Seguridad del Estado de Hungría en los años 60. El demandante, János Kenedi, es un historiador especialista en el funcionamiento de los servicios secretos de las dictaduras, de las fuerzas políticas policiales de los regímenes totalitarios y el funcionamiento de los Estados soviéticos, y ha publicado varios trabajos sobre la materia. Ante la negativa del Ministerio, los tribunales húngaros le dieron la razón para que pudiera acceder a todos los documentos solicitados, pero el Ministerio no le entregó la documentación que consideró protegida por secreto de Estado. Esta negativa ocasionó otro largo y tedioso procedimiento judicial, tras el cual el Ministerio no entregó los documentos que consideró peligroso para la seguridad nacional, a pesar de las sentencias judiciales en contrario.

En la sentencia *Kenedi c. Hungary*, de 26 de mayo del 2009, el TEDH destacó<sup>58</sup> que el “acceso a las fuentes documentales originales para una investigación histórica legítima era un elemento esencial del ejercicio del derecho a la libertad de expresión del demandante”<sup>59</sup>. Además, dada la evidente oposición del gobierno húngaro a hacer efectivas las sentencias de los tribunales nacionales, rayan en la arbitrariedad, no podía ser considerada como un

56 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafo 36. Véase, por ejemplo, *Chauvy and Others v. France*, 29 de junio del 2004, párrafo 66; *Bladet Tromsø and Stensaas c. Noruega*, [GC], 20 de mayo de 1999, párrafos 59 y 64.

57 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafos 38 y 39.

58 Siguiendo la decisión de *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*.

59 *Kenedi c. Hungary*, 26 de mayo del 2009, párrafo 43.

comportamiento “prescrito por el Derecho” (art. 10.2 CEDH). Por todo ello, sentenció la vulneración del art. 10 CEDH<sup>60</sup>.

De nuevo, la Sección Segunda del TEDH conoció la demanda planteada por la ONG *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, de 25 de junio del 2013, con objeto de la solicitud realizada a la agencia de inteligencia de Serbia para que le informara de cuántas personas habían sido objeto de vigilancia electrónica por esa agencia durante el año 2005. Tras la negativa de la agencia de inteligencia, la Autoridad Protectora de Datos de Serbia le requirió que le diera acceso a la información solicitada en tres días, basándose para ello en la Ley Serbia de Libertad de Información del 2004. Tras considerar que la agencia no tenía legitimidad activa, el Tribunal Supremo rechazó la apelación y, por fin, tres años después de la formulación de acceso la agencia contestó a la demandante que no tenía la información solicitada.

El TEDH continuó la línea iniciada en *Társaság* de considerar que la noción “libertad de recibir información” abarca un derecho de acceso a la información, insistiendo en el importante papel de “*social public watchdog*” de las organizaciones no gubernamentales implicadas en asuntos de interés público, similar al que realiza la prensa y merecedora, por tanto, de la misma protección. Como el objetivo de esa organización era recabar información y difundirla a la ciudadanía para contribuir al debate público, la negativa de la agencia de inteligencia supuso, desde la perspectiva del TEDH, una interferencia en el derecho a la libertad de expresión de la asociación. Además, debido a la obstinada desobediencia de la agencia de la decisión basada en Derecho de la Autoridad Protectora de Datos y que su respuesta final, de no tener la información, no era creíble, el Tribunal de Estrasburgo consideró que no respetaba la legalidad nacional y su actitud rayaba la arbitrariedad. Por ello, consideró vulnerado el art. 10 ECHR<sup>61</sup>.

En esta sentencia es importante resaltar el voto particular firmado por dos magistrados, Sajó y Vučinić, llamando la atención sobre la particular importancia del sentido de esta decisión para aquellos países donde, incluso hoy, persisten unos hábitos arraigados desde hace años que dificultan el acceso a los datos que, en los tiempos del totalitarismo, eran utilizados para propósitos opresivos por los servicios secretos. Por ello, insistieron en destacar, a la vista de las demandas de las democracias en la actual sociedad

60 *Kenedi c. Hungary*, 26 de mayo del 2009, párrafo 45.

61 *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, párrafos 24-26.

de la información, tres aspectos trascendentales: en primer lugar, en el mundo de internet, la diferencia entre periodistas y otros miembros de la ciudadanía están desapareciendo rápidamente; por ello, es evidente que sin transparencia, que debe ser usada y está al servicio de los ciudadanos, no puede existir una democracia robusta; en segundo lugar, los Estados son responsables de almacenar los datos controlados por los gobiernos, y su pérdida no es una excusa para no facilitarlos; en tercer lugar, no hay que establecer una distinción artificial entre los datos públicos y los datos de interés personal, pues una errónea diferenciación podría dificultar el derecho de acceso a la información pública.

En el caso *Österreichische vereinigung zur erhaltung, stärkung und schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forst-wirtschaftlichen grundbesitzes c. Austria*, de 28 de noviembre del 2013 (en adelante *Österreichische Vereinigung... c. Austria*), el TEDH también apreció la violación del art. 10 CEDH, pero hay importantes diferencias respecto de los tres casos anteriores que contribuyen a perfilar los contornos del derecho de acceso a la información. La Asociación Austríaca para la Preservación, Fortalecimiento y la Creación de una Prosperidad Económica en Fincas Agrícolas y Forestales, organización no gubernamental, tiene como objetivo investigar y estudiar las transferencias de propiedades agrícolas y forestales y sacar conclusiones sobre el impacto de dichas transferencias en la sociedad. También aporta opiniones a los proyectos de ley relativos a estos asuntos. Las transferencias de propiedades agrícolas y forestales requieren la aprobación de las autoridades locales y regionales para evitar que la tierra se utilice para la construcción, y siga siendo de uso agrícola y forestal. La citada organización no gubernamental solicitó a una de las autoridades públicas citadas (concretamente la de la región del Tirol) información sobre todas las decisiones tomadas sobre las transferencias de propiedades desde el 1 de enero del 2000. La autoridad contestó no poder cumplir semejante solicitud, pues al no tener publicada ninguna resolución hasta el momento, no podría hacerlo dada la falta de tiempo y personal y, además, porque en su opinión lo solicitado no constituía información conforme a la Ley de Información austríaca. La ONG austríaca estimó que semejante negativa violaba su derecho a recibir información (art. 10 CEDH), alegando que este tipo de decisiones deberían ser accesibles públicamente. El Estado alegó que conforme al art. 10 CEDH no puede imponerse una obligación positiva de recabar y difundir toda la información específica de todos los casos, aunque sí deben permitir un acceso de información general. Solo las partes con intereses legítimos podrían tener derecho a solicitar este tipo de información.

El TEDH volvió a insistir en la importancia de las organizaciones que actúan como “*watchdogs*” en las sociedades y en aumentar su tutela y el escrutinio a las prácticas que dificulten su actividad<sup>62</sup>. Además, incide de nuevo en que investigar y reunir información es una fase preparatoria esencial en el periodismo y parte protegida inherente de la libertad de prensa<sup>63</sup>. Por tanto, la solicitud de la ONG austríaca entra dentro del derecho a recibir información relevante para la sociedad y la negativa de la autoridad estatal supuso una infracción de su derecho. Sin embargo, el TEDH insistió en que del art. 10 CEDH no se podía inferir una obligación general de acceso a toda la información. Como punto diferencial del resto de demandas estudiadas, el TEDH enfatizó que la ONG demandante no solicitó acceso a un documento particular, sino a todas las resoluciones dictadas durante una época larga de tiempo, sin ningún tipo de discriminación. En los otros casos, la información solicitada no requería mucho trabajo o esfuerzo para su elaboración, incluso en alguno de ellos, como en *Társaság*, ya estaba lista y disponible para ser entregada<sup>64</sup>. En este caso, la carga de trabajo para la autoridad sería considerable. Sin embargo, que esta demanda de acceso supusiera una grave carga, a juicio del TEDH, era solo responsabilidad de la autoridad nacional, puesto que sus decisiones son consideradas de interés público y, por ello, deberían ser publicadas de una u otra forma. No obstante, no tenía publicada ninguna y esto es lo que ocasionó en gran parte su negativa a facilitar el acceso a la ONG demandante<sup>65</sup>. En consecuencia, aunque el TEDH no se entrometió en determinar de qué manera debería o podría la autoridad nacional haber dado acceso a sus decisiones, sentenció, de manera clara, que la negativa absoluta de permitir acceso a sus decisiones fue desproporcionada<sup>66</sup> y debido a que esa decisión dependió totalmente de ella y que, además, ostentaba el monopolio informativo respecto de sus decisiones, hizo imposible que la ONG demandante pudiera llevar a cabo su actividad investigadora<sup>67</sup>. Por todo ello, el TEDH concluyó que la injerencia en el art. 10 CEDH de la demandante no fue necesaria en una sociedad democrática.

62 *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafos 33 y 34.

63 *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafo 34. Véase, por ejemplo, *Shapovalov c. Ukraine*, de 31 de julio del 2012, párrafo 68; *Dammann c. Suiza*, 25 de abril del 2006, párrafo 52; *Sunday Times c. Reino Unido* (Nº 2), 26 de noviembre de 1991, párrafo 51.

64 *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafo 44.

65 *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafo 46.

66 En contra de esta valoración se pronuncia en un voto particular disidente el juez Møse.

67 *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafo 47.

En *Roșiiianu c. Rumania*, de 24 de febrero del 2014, la Sección Tercera del TEDH conoció de la demanda planteada por una periodista rumana que realizó varias solicitudes de información pública al alcalde de Baia Mare, donde presentaba un programa de televisión sobre la utilización de los fondos públicos por parte del municipio. La información solicitada versaba sobre cuestiones claramente de carácter público como los viajes del alcalde y de los funcionarios del ayuntamiento, los contratos de publicidad del consistorio, los gastos en organizar festivales públicos, los costos de mantenimiento de los vehículos oficiales, la retribución del alcalde por ser miembro de empresas dependientes del ayuntamiento, etcétera. Ante la presentación de una información incompleta y la condena por parte de las autoridades judiciales, el alcalde no ejecutó las decisiones judiciales.

El TEDH entendió vulnerado el art. 10 CEDH debido a que la actitud del alcalde no facilitó la información pública solicitada por un miembro de la prensa, colectivo cuyo principal cometido es generar debate público. Por ello, no se puede permitir que las restricciones arbitrarias puedan transformarse en una forma de censura indirecta al impedir la recopilación de información<sup>68</sup>.

En *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero del 2015, la Sra. Guseva, miembro de una ONG centrada en el cuidado de los animales, demandó al alcalde de su ciudad por no dar cumplimiento a tres decisiones judiciales que le daban la razón a demandas de suministro de información sobre campañas de cuidado de animales en esa ciudad y contribuir al debate público sobre la protección de los animales. La primera solicitud trataba de información sobre animales abandonados en la ciudad; la segunda requería información estadística del 2001 y 2002 de un refugio de animales municipal; y la tercera información relativa al procedimiento de contratación pública que había sido organizada por el alcalde con el fin de reducir el número de perros callejeros.

En esta sentencia, el TEDH partió de que la solicitud de la demandante entraba dentro del ámbito del art. 10 CEDH, destacando la labor de las ONG para generar debate público, la necesidad de proteger su labor como a la prensa, y reconociendo que la tarea de reunir información para aportarlo al debate público es una parte inherente del derecho a la libertad de expresión. Por tanto, la negativa de facilitar información constituyó una injerencia al derecho a difundir información de la demandante. La cuestión particular de este caso es que la demandante de información no es la ONG defensora

68 *Roșiiianu c. Rumania*, párrafos 61-68.

de los animales, sino la Sra. Guseva a título individual<sup>69</sup>. Sin embargo, esto no supuso ningún problema para el TEDH, con lo que dio un paso más en el proceso de extender el art. 10 CEDH desde los informantes profesionales a las sociedades no gubernamentales y a las personas particulares. El TEDH, finalmente, decretó la vulneración del derecho fundamental<sup>70</sup>, pues además de que el alcalde, que tenía toda la información requerida, se negó, obstinadamente, a cumplir las sentencias judiciales, la legislación nacional no determinaba el período en el que se tenía que dar cumplimiento a las decisiones judiciales<sup>71</sup>.

### III. CONTORNOS DE UN PRETENDIDO DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Como ya se ha expuesto y a diferencia de la sentencia de la Corte Interamericana *Claude Reyes c. Chile*, el TEDH aún no ha consagrado el derecho de acceso a la información como derecho subjetivo de solicitar un documento o de imponer una obligación al Estado de difundir o facilitar información<sup>72</sup>. Sin embargo, son varias las sentencias que han reconocido la vulneración del algún derecho del CEDH por la negativa de las autoridades nacionales a facilitar el acceso a información relevante para los demandantes. En todas ellas, y esto es importante puntualizarlo, existía una legislación nacional que permitía la solicitud de la información relevante a las entidades públicas. De esa jurisprudencia se pueden ir perfilando ciertos contornos, limitaciones o significados que, conforme a la teoría general de los derechos fundamentales, se agruparían en titularidad, objeto y límites del citado derecho.

69 *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero del 2015, párrafo 55.

70 Con dos votos disidentes en contra de los magistrados Mahoney y Wojtyczek que se inclinaban por la línea jurisprudencial mantenida en los casos *Leander*, *Gaskin*, *Guerre* y *Roche*.

71 *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero del 2015, párrafos 57-60.

72 Será de mucho interés la sentencia de la Gran Sala del TEDH que va a conocer del asunto recurrido *Regner c. República Checa*, de 26 de noviembre del 2015, a pesar de que el asunto se centra en la vulneración del art. 6.1 CEDH (derecho a un juicio justo). En síntesis, el demandante se quejó de que los procedimientos administrativos y judiciales en los que perdió fueron injustos, debido a que le fue imposible acceder a pruebas decisivas aportadas por la otra parte por estar clasificadas como confidenciales. La Sección Quinta del TEDH sentenció que no había violación del art. 6.1 CEDH. Ahora, la Gran Sala decidirá definitivamente el asunto y seguro que se pronunciará sobre el derecho de acceso a la prueba confidencial por parte del solicitante.

## 1. Titularidad del derecho

El derecho de acceso a la información pública, aunque dentro del derecho a la información, supondría una cualificación del mismo. Por ello, la actividad de investigación y de recabar información, como paso esencialmente prioritario en el periodismo y parte protegida e inherente de la libertad de prensa<sup>73</sup>, no equivaldría de manera idéntica a la actividad de acceso a la información demandado por los titulares de este pretendido derecho. Sí se incluiría, en cambio, la prohibición de impedir o crear problemas por parte de las autoridades públicas para acceder a la información de interés público, pues puede desanimar a aquellos que pretendan contribuir al debate público, dejando de jugar su esencial rol de “*public watchdogs*”; del mismo modo, su habilidad para conseguir información exacta y fiable podría verse afectada<sup>74</sup>.

Por tanto, como titulares de este pretendido derecho de acceso a la información pública, el TEDH ha reconocido, en primer lugar, a las personas que con más legitimidad pueden reclamar el conocimiento de una información, esto es, las que ostenten un interés personal sobre la misma, demandando información que pueda afectar de manera perjudicial a aspectos vitales en caso de negativa. En el caso de *Guerra y otros c. Italia*, la demanda de información era relevante para evaluar y evitar un riesgo para su salud e incluso para su vida. En los casos de *Roche c. Reino Unido* y *Ginley y Egan c. Reino Unido*, lo reclamado era información relativa a su salud para tomar posteriores medidas legales. De la misma manera, pero sobre cuestiones no tan relacionadas con la integridad física, en *Leander c. Suecia* y en *Gaskin c. Reino Unido*, eran particulares que solicitaban información sobre un expediente secreto elaborado sobre su persona y expedientes con información sobre su vida pasada.

En segundo lugar, el TEDH ha reconocido que la función de crear plataformas para el debate público no está limitado a la prensa<sup>75</sup>, mucho menos en la actualidad con la revolución que ha puesto internet, como apuntaron en su voto particular Sajó y Vučinić en *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*.

73 *Shapovalov c. Ukraine*, 31 de julio del 2012, párrafo 68; *Dammann c. Switzerland*, 25 de abril del 2006, párrafo 52.

74 *Shapovalov c. Ukraine*, 31 de julio del 2012, párrafo 68; *Dammann c. Switzerland*, 25 de abril del 2006, párrafo 52.

75 Aunque, por supuesto, generar debate público sigue siendo una parte esencial del trabajo de la prensa y por ello se le debe permitir buscar información con relevancia: *Roșiiianu c. Rumania*, de 24 de febrero del 2014, párrafos 62 y 63; *Shapovalov c. Ukraine*, de 31 de julio del 2012.

Esa función puede ser ejercitada también por las organizaciones no gubernamentales que destinan sus esfuerzos a fomentar un debate público, buscando información, recopilándola y difundiéndola a la sociedad. De esta manera se constituyen cada vez más como un elemento esencial de un debate público informado. Por ello, el TEDH ha aceptado que las organizaciones no gubernamentales, al igual que la prensa, puedan ser caracterizadas como “*social watchdogs*” y, en coherencia, sus actividades merezcan una protección similar bajo el CEDH a las de la prensa. Este paralelismo, de aumentar la protección de las ONG, lo estableció el TEDH, en primer lugar, en *Társaság a Szabadságjogokért*<sup>76</sup>, y la ha mantenido de manera inamovible en decisiones posteriores<sup>77</sup>. En consecuencia, las ONG, cuya labor se centra en fomentar el debate público a través de buscar información y difundirla a la sociedad, serían titulares del derecho de acceso a la información pública en poder de las autoridades públicas.

En tercer lugar, el TEDH ha ampliado el supuesto anterior reconociendo la legitimidad activa en la demanda de una activista que no litigaba en nombre de la ONG con fines de interés público a la que pertenecía, sino como persona a título individual<sup>78</sup>. Sin embargo, esto no supuso ningún problema para el TEDH, con lo que dio un paso más en ampliar la legitimidad activa del art. 10 CEDH desde los informantes profesionales a las sociedades no gubernamentales y a las personas particulares. Por tanto, el TEDH extiende esta titularidad a sujetos particulares o individuales, siempre y cuando sus actividades estén relacionadas con la recopilación legítima de información de interés público con el propósito de contribuir al debate público<sup>79</sup>.

Por último, y relacionado con la titularidad anterior, el TEDH ha reconocido el papel importante de aquellas personas que contribuyen al conocimiento y debate público, desarrollando actividades de investigación, al solicitar acceso a fuentes originales históricas y publicando el fruto de esas investigaciones. En este contexto, el TEDH ha entendido que este acceso constituye un elemento esencial del derecho a la libertad de expresión del demandante<sup>80</sup>.

76 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafo 27.

77 *Österreichische vereinigung... c. Austria*, párrafo 34; *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], párrafo 103; *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, párrafo 20; *Guseva c. Bulgaria*, párrafo 54.

78 *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero del 2015.

79 *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero del 2015, párrafo 55.

80 *Kenedi c. Hungary*, 26 de mayo del 2009, párrafo 43.



## 2. Objeto del derecho

También el objeto de este pretendido derecho fundamental de acceso a la información es peculiar y se diferencia respecto del de la libertad de expresión y la libertad de información. Ambos derechos se centran en información de interés público, ya sean informes, archivos, datos de carácter históricos, etcétera. La peculiaridad en el objeto del primero de ellos es que esa información, con independencia del formato, esté en posesión de algún organismo público.

De la jurisprudencia analizada, los órganos pertenecientes al poder ejecutivo son los que reciben más solicitudes de información. El Gobierno central es el órgano estatal que más veces ha recibido demandas por no entregar la información solicitada<sup>81</sup>, ya fuera diferentes Ministerios como el de Interior<sup>82</sup>, Defensa<sup>83</sup>, Salud y Medioambiente<sup>84</sup>, Servicios de Inteligencia<sup>85</sup> o Departamentos de Seguridad Social<sup>86</sup>. Sin embargo, también otros niveles administrativos han recibido demandas, como los pertenecientes a la administración regional<sup>87</sup> y a la local<sup>88</sup>. También los órganos judiciales son susceptibles de recibir solicitudes de acceso a la información en su poder, como sucedió en *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría* con el Tribunal Constitucional húngaro<sup>89</sup>.

Cuando la información solicitada va ser difundida a la opinión pública, por cualquier medio, ya sean informes o publicaciones, por ONG, activistas o historiadores, la búsqueda y solicitud se incardina en la etapa preparatoria del proceso de información, esto es, en la recopilación de la información. Si los órganos públicos, en cuyas manos está esa información, ponen obstáculos o impiden el acceso, el TEDH es constante en sentenciar que se pone en riesgo el derecho a difundir información de la parte demandante, máxime

81 *Leander c. Suecia*, 26 de marzo de 1987.

82 *Kenedi c. Hungary*, 26 de mayo del 2009.

83 *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre del 2005.

84 *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998; *Sdružení Jihočeské Matky c. República Checa*, de 19 de julio del 2006 (decisión).

85 *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, 25 de junio del 2013.

86 *McGinley y Egan c. Reino Unido*, 28 de enero del 2000.

87 *Österreichische vereinigung (...) c. Austria*, de 28 de noviembre del 2013.

88 *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero del 2015; *Roșianu c. Rumania*, de 24 de febrero del 2014; *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

89 Aunque no son órganos judiciales, tomaban decisiones en procesos contenciosos las comisiones regionales en *Österreichische vereinigung (...) c. Austria*, de 28 de noviembre del 2013.

si ya ha habido decisiones de las autoridades nacionales reconociendo ese derecho de acceso<sup>90</sup>.

El TEDH, además, impone a las autoridades públicas adoptar un escrutinio más cuidadoso con las decisiones negativas a conceder acceso a la información cuando de esas medidas pueda deducir un efecto disuasorio en la participación en el debate público sobre asuntos de temática pública<sup>91</sup>. Este escrutinio se debe extremar también cuando la información solicitada la ostente solamente un órgano público concreto, es decir, cuando ese órgano ostente el monopolio sobre esa información<sup>92</sup>.

El TEDH ha prestado mucha atención a las circunstancias concretas del caso al determinar la violación de un derecho de la CEDH por negar el acceso a una información. Por ejemplo, no es lo mismo la solicitud de planos sobre una central nuclear<sup>93</sup>, que medidas de seguridad para la población circundante de una planta química<sup>94</sup>, que expedientes secretos sobre información personal<sup>95</sup> o archivos en los que una persona sale, pero no es el objeto en concreto o principal de los mismos<sup>96</sup>. Además, el derecho de acceso debería apuntalarse más si cabe en aquellos países que han sufrido dictaduras soviéticas y tienen una inercia muy difícil de vencer por parte de las autoridades públicas para conceder acceso de información pública, principalmente, respecto de aquella información que se utilizaba para reprimir a los ciudadanos<sup>97</sup>.

### 3. Límites del derecho

Hay dos límites importantes a este pretendido derecho de acceso a la información pública visibles en la jurisprudencia del TEDH.

90 *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero del 2015; *Kenedi c. Hungary*, 26 de mayo del 2009; *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, 25 de junio del 2013.

91 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril del 2009, párrafo 26; *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, 25 de junio de 1992, párrafo 63; *Jersild v. Denmark*, 23 de septiembre de 1994, párrafo 35; *Bladet Tromsø and Stensaas c. Noruega*, [GC], 20 de mayo de 1999, párrafo 64.

92 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril del 2009; *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero del 2015.

93 *Sdružení Jihočeské Matky c. República Checa*, de 19 de julio del 2006 (decisión).

94 *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998.

95 *Leander c. Suecia*, 26 de marzo de 1987.

96 *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

97 Voto particular del juez Andras Sajó en *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, 25 de junio del 2013.

El primero ya se ha señalado insistentemente a lo largo de estas páginas. No existe una obligación positiva de los Estados de facilitar a la ciudadanía información en su poder. El Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado de manera taxativa y constante respecto del art. 10 CEDH<sup>98</sup>. Es interesante señalar la peculiaridad que supone en esta línea el caso *Österreichische vereinigung (...) c. Austria*. Como ya se ha expuesto, la autoridad regional no había publicado nunca ninguna decisión sobre los pleitos contenciosos que resolvía, y solo ella tenía esa información. Esta falta de publicación fue la razón aducida por el organismo para no facilitar la información solicitada. El TEDH reprochó que la falta absoluta de publicidad de las decisiones de la autoridad nacional fuera una de las razones por las que no concediera acceso a la información solicitada, y al estimarlo de su única responsabilidad, sentenció la vulneración del art. 10 CEDH. No impuso una obligación positiva de publicar, y el TEDH se abstuvo explícitamente de decir cómo y cuánto debería haberse publicado para no haber considerado no vulnerado el derecho de acceso a la información pública. Pero quedó implícito en la sentencia que la autoridad tirolésa debería publicar de manera periódica algún tipo de información sobre sus decisiones. Respecto del art. 8 CEDH, como ya se ha apuntado en páginas anteriores, en la primera etapa jurisprudencial el Tribunal de Estrasburgo ha apuntado la obligación positiva del Estado en ciertos casos como, por ejemplo, de prever procedimientos de acceso a la información solicitada<sup>99</sup>, procedimientos efectivos y accesibles<sup>100</sup>, o de tomar las medidas suficientes para informar a la ciudadanía<sup>101</sup>.

98 Se ha alegado muy a menudo que el art. 10 CEDH está redactado en términos negativos, garantizando el derecho a “recibir y difundir informaciones e ideas sin interferencias por las autoridades públicas”. Este tenor negativo impediría la interpretación de la posible imposición de obligaciones positivas para los Estados para garantizar el acceso a su propia información. Sin embargo, esta expresión en negativo no ha impedido al TEDH establecer obligaciones positivas en otros contextos del derecho a la libertad de expresión. Por ejemplo, en *Ozgur Gundem v. Turkey*, 16 de marzo del 2000, párrafos 44-45, el TEDH mantuvo que el fallo de las autoridades turcas en tomar medidas para proteger un periódico de ataques de personas privadas, que silenciaron efectivamente la publicación, supusieron una violación del art. 10 CEDH. En consecuencia, se podría argumentar que la obligación del Estado de difundir información en su poder que sea de dominio público sea al menos tan obligatorio como el requisito de que el Estado cese o castigue las interferencias privadas con el libre flujo de información. El rechazo del Estado a proporcionar acceso podría suponer una interferencia con el libre flujo de información pública, una esfera que claramente incluye datos en posesión del Estado a nombre y en beneficio de la ciudadanía.

99 *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

100 *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre del 2005.

101 *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998.

En segundo lugar, el TEDH afirma que la solicitud de acceso ha de realizarse sobre un documento o serie de documentos determinados y concretos, no toda la documentación indiscriminada en un período<sup>102</sup>. Si la documentación que se solicita está elaborada, esto es, no requiere ningún esfuerzo o trabajo adicional del órgano requerido, es un elemento más para que el TEDH aprecie que debería concederse el acceso a la información<sup>103</sup>.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La evolución de la jurisprudencia del TEDH en el reconocimiento de un derecho de acceso a la información, ha ido en paralelo, como no podría ser de otra manera, con la evolución de las realidades y legislaciones nacionales en el reconocimiento de este derecho. Paulatinamente, el Tribunal de Estrasburgo ha ido reconociendo la vulneración de derechos reconocidos en el CEDH, porque las autoridades públicas denegaron el acceso a la información en su poder. De manera destacada, el TEDH comenzó por reconocer, bajo circunstancias muy concretas, la vulneración de la vida privada y vida familiar (art. 8 CEDH). Posteriormente, también lo ha hecho respecto del art. 10 CEDH, pero con un debate y una controversia mucho más intensa entre los magistrados del Tribunal de Estrasburgo. El derecho de acceso a la información pública en el CEDH ha sido reconocido, en casos concretos y bajo circunstancias particulares, pero en ningún momento el TEDH ha consagrado un derecho subjetivo de acceso general a la información en poder de las autoridades públicas ni la obligación positiva de los Estados de difundirla. En una sociedad democrática madura como la europea, la lucha por el acceso a la información pública es inescindible de la participación política y, como tal, el derecho de acceso será conquistado y reconocido por un medio o por otro, so pena de un gran coste: la desconfianza y desafección ciudadana del poder público.

<sup>102</sup> *Österreichische vereinigung ... c. Austria*, de 28 de noviembre del 2013.

<sup>103</sup> *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril del 2009; *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero del 2015; *Roșianu c. Rumania*, 24 de febrero del 2014.

## BIBLIOGRAFÍA

- Banisar, D., *Freedom of Information Around the World 2006: A Global Survey of Access to Government*, accesible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1707336](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707336)
- Barendt, E., *Freedom of speech*, Oxford University Press, 2ª edición, 2005.
- Bustos Gisbert, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.
- Bustos Gisbert, R., “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, en García Roca, J. y Santolaya, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2ª edición, 2009.
- Casadevall, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Dijk, P. van, Hoof, F. van, Rijn, A. van y Zwaak, L. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 4ª edición, 2006.
- Emerson, T. L., “Legal Foundations of the Right to Know”, *Washington University Law Quarterly*, 1976, vol. 1.
- Grabewarter, C., *European Convention on Human Rights. Commentary*, Verlag C.H. Beck, 2014.
- Harris, D. J., O'Boyle, M. and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2ª edición, 2009.
- Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004.
- Xenos, D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012.

## Jurisprudencia citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979
- Animal Defenders International c. Reino Unido* (GC), 22 de abril del 2013
- Autronic AG c. Suiza*, 22 de mayo de 1990
- Bladet Tromsø and Stensaas c. Noruega*, [GC], 20 de mayo de 1999
- Busuioc v. Moldova*, 21 de diciembre del 2004
- Castells c. España*, 23 de abril de 1992
- Chauvy and Others v. France*, 29 de junio del 2004

*Dammann c. Suiza*, 25 de abril del 2006  
*Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989  
*Gillberg v. Sweden [GC]*, 3 de abril del 2012  
*Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998  
*Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero del 2015  
*Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976  
*Jersild v. Denmark*, 23 de septiembre de 1994  
*Karhuvaara and Italehti v. Finland*, 16 de noviembre del 2004  
*Kenedi c. Hungary*, 26 de mayo del 2009  
*Leander c. Suecia*, 26 de marzo de 1987  
*Lingens c. Austria*, 8 de julio de 1986  
*Loiseau c. Francia*, 28 de septiembre del 2004 (decisión)  
*López Ostra c. España*, 9 de diciembre de 1994  
*McGinley y Egan c. Reino Unido*, 28 de enero del 2000  
*Oberschlick c. Austria*, 23 de mayo de 1991  
*Österreichische vereinigung zur erhaltung, stärkung und schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forst-wirtschaftlichen grundbesitzes c. Austria*, 28 de noviembre del 2013  
*Ozgur Gundem v. Turkey*, 16 de marzo del 2000  
*Regner c. República Checa*, 26 de noviembre del 2015  
*Riolo c. Italia*, 17 de julio del 2008  
*Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre del 2005  
*Roşiiianu c. Rumania*, 24 de febrero del 2014  
*Sdružení Jihočeské Matky c. República Checa*, 19 de julio del 2006 (decisión)  
*Shapovalov c. Ukraine*, 31 de julio del 2012  
*Steel and Morris c. Reino Unido*, 15 de febrero del 2005  
*Steel and Morris c. Reino Unido*, 15 de febrero del 2005  
*Sunday Times c. Reino Unido (Nº1)*, 26 de abril de 1979  
*Sunday Times c. Reino Unido (Nº2)*, 26 de noviembre de 1991  
*Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril del 2009  
*Þorgeir Þorgeirson c. Islandia*, 25 de junio de 1992  
*Vides Aizsardzibas Klubs c. Lituania*, 27 de mayo del 2004

*Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, 25 de junio del 2013

*Timpul Info-Magazin and Anghel c. Moldavia*, 27 de noviembre del 2007

*Węgrzynowski and Smolczewski c. Polonia*, 16 julio del 2013

### **Normativa citada**

Convenio Europeo de Derechos Humanos. “Case law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights files* N° 18, Council of Europe Publishing, 2000.





## EL CONTROL DE LA TRANSPARENCIA EN PERSPECTIVA COMPARADA

## THE CONTROL OF TRANSPARENCY IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente artículo hace referencia a la evolución del derecho a la transparencia de la información pública en los distintos países hispanos, a través de la creación de distintos organismos públicos tendientes a velar por dicho derecho.

**Palabras clave:** Buen gobierno. Gobierno abierto. Democracia. Ciudadano activo. Transparencia y acceso a la información pública.

**Abstract:** The present refers to the evolution of the right to transparency of public information in the different Hispanic countries, through the creation of different public agencies tending to ensure that right.

**Key words:** Good governance. Open government. Democracy. Active citizenship. Transparency and access to public information.

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca.

## I. LA INTEGRIDAD Y LA TRANSPARENCIA COMO NECESIDAD DEMOCRÁTICA

El control democrático del poder público, a partir de instrumentos de participación y verificación ciudadana, resulta necesario e imprescindible en las democracias avanzadas, facilitando la construcción de infraestructuras éticas que doten de la necesaria integridad institucional al Estado. En efecto, el poder público se caracteriza por una tendencia al secreto, y por ello al descontrol, que facilita su ejercicio<sup>2</sup>. La información es poder y el poder se resiste a compartirla, como si fuera de su propiedad y no perteneciera a la ciudadanía, que la sufraga con sus impuestos. La información producida por los poderes públicos debe ser transparente, de dominio público, para que exista una opinión pública debidamente informada, lo cual se configura en un derecho de acceso a la información pública o *derecho a saber*, que consta de dos partes diferenciadas<sup>3</sup>. Una, de carácter *proactivo*, es decir, la obligación positiva de los poderes públicos de proporcionar, publicar y difundir información sobre sus principales actividades, presupuestos y políticas, de forma que el ciudadano pueda saber lo que están haciendo, participar en asuntos públicos y controlar su comportamiento. Y otra *reactiva*, esto es, el derecho de todas las personas a solicitar información pública, y el derecho a recibir una respuesta en un tiempo prudencial<sup>4</sup>. Como acertadamente indica Gallardo Castillo, el principio de transparencia es el “corolario inmediato del Estado Democrático y correlato necesario del Estado de Derecho: lo primero, por cuanto supone una mejor y mayor participación ciudadana en la toma de decisiones de los poderes públicos; y lo segundo, en tanto, que permite la puesta en práctica de todo control y rendición de cuentas de su actividad”<sup>5</sup>.

2 Lasagabaster Herrarte, I., “Notas sobre el Derecho Administrativo de la Información”, en García Macho, R. (ed.), *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, pp. 103 y 105.

3 La transparencia tiene múltiples manifestaciones, pudiéndose diferenciarse entre una transparencia en la decisión, una transparencia del procedimiento, una transparencia en el contenido de la norma y una transparencia de la responsabilidad. Bröhmer, J., *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Tübingen, 2004, pp. 18 y ss.

4 Conviene advertir que no se trata de un derecho absoluto, pues se encuentra limitado por una serie de excepciones, que tratan de salvaguardar tanto intereses públicos (seguridad nacional, defensa, relaciones internacionales; protección del medio ambiente; la situación económica, monetaria y política cambiaria del Estado; prevención, investigación y persecución de actividades delictivas, etcétera) como privados (vida privada, intereses comerciales y económicos).

5 Gallardo Castillo, M. J., “Transparencia, Poder Público y Derecho Administrativo”, en Sánchez Blanco, A. y otros (coords.), *El Nuevo Derecho Administrativo*, Salamanca, Ed. Ratio

Se trata, pues, de un requisito propio e imprescindible de una democracia de calidad, y con independencia de cualquier ideología política.

De ahí que, desde una perspectiva jurídica, la transparencia pueda ser definida, en palabras de Arenilla Sáez, como “el deber que tienen todos los poderes públicos de dar razón de sus actos, de explicar, razonada y razonablemente, su actuación”. Sin embargo, la apreciación que se tiene de la transparencia ha diferido en función de las tradiciones estatales, pues en la “tradición escandinava prima el principio de que todos los documentos oficiales son públicos y, por tanto, susceptibles de consulta a no ser que la ley los declare secretos. Aún en este caso, los documentos secretos deben ser públicos después de un plazo estipulado. Sin embargo, en la tradición latina, y en concreto la española, la información se considera un patrimonio del poder y de los que lo desempeñan; en el caso de la Administración Pública, de los políticos y de los burócratas<sup>6</sup>”. Como muestra de la tradición escandinava nos encontramos con el origen remoto del derecho a saber o de acceso a los documentos oficiales, que data del 2 de diciembre de 1766, cuando Suecia aprueba la primera ley de libertad de información en el mundo<sup>7</sup>. Sin embargo, fue Estados Unidos con la *Freedom of Information Act* (FOIA) de 1966, la que inicia el movimiento moderno de reconocimiento de este derecho, seguida por determinados países de Europa occidental, principalmente Francia, aunque la explosión de la regulación jurídica de este derecho se produce en la década de los noventa y principios del siglo XXI. De hecho, en 1990 solo doce países disponían de leyes de acceso a la información, y ahora, más de cien cuentan con ella, aunque su aplicación práctica sea otro cantar.

La democracia es la forma de gobierno predominante en el mundo, y el único régimen político que asegura el debido respeto y protección de la dignidad de

Legis, 2011, p. 165.

6 Arenilla Sáez, M. (dir.), *Crisis y reforma de la Administración pública*, Oleiros, Ed. Netbiblo, 2011, pp. 355 y 360. En un sentido más amplio, también puede ser definida la transparencia como el flujo incremental de información oportuna y confiable de carácter económico, social y político, accesible a todos los actores relevantes, información que, en el ámbito de lo público, debe permitir evaluar a las instituciones que la aportan y formar opiniones racionales y bien sustentadas a quienes deciden y a quienes participan o son objeto de la decisión. Kauffmann, D. & Kraay, A., “Growth without Governance”, *Policy Research Working Paper*, 2002.

7 El pensador y político Anders Chydenius (1729-1803), de la ciudad finlandesa de Kokkola, desempeñó un papel crucial en la aprobación de esta ley, cuyos principales logros fueron la abolición de la censura política y la obtención del acceso a los documentos públicos.

la persona y los derechos humanos<sup>8</sup>, que es un marco de referencia ética de carácter universal. En la democracia parlamentaria, la confianza del pueblo es un elemento vital e imperativo, que se consigue a partir de la vigencia real de los *principios de integridad y de transparencia* en el funcionamiento de las instituciones públicas y en los altos responsables de las mismas. Sin embargo, conviene advertir, como expone Jiménez Asensio, que la integridad es lo esencial y la transparencia lo adjetivo, pues la transparencia no es más que el arsenal instrumental por el que se dota a la ciudadanía de medios (información, datos, procedimientos y órganos) para fiscalizar si la institución es íntegra (también sus personas y sus formas de actuar)<sup>9</sup>. En verdad, la transparencia no solo se configura como un mecanismo idóneo de prevención de la corrupción, sino también de la mala gestión y la ineficacia. Las prácticas de opacidad y secretismo en la actuación de los poderes públicos se han ido superando conforme se producía la maduración de los sistemas democráticos.

El buen gobierno tiene como fin último el servir con objetividad al interés general o al bien común, para lo que se debe disponer de una buena administración. El buen gobierno debe aportar visión y liderazgo, mientras que la buena administración debe caracterizarse por la eficacia, la eficiencia y la imparcialidad en su actuación. En el siglo XXI, los ciudadanos demandan un nuevo estilo de gobernar y gestionar los recursos públicos, que se traduzca en un “buen gobierno” y una “buena administración” con una estructura inclusiva del ciudadano en la toma de decisiones públicas como valor añadido. Además, hoy en día, el tránsito del vetusto modelo de democracia representativa a una concepción abierta y conversacional de democracia, resulta viable aprovechando las oportunidades que proporciona la sociedad digital. De estas demandas ciudadanas y la concepción abierta de democracia, surge el concepto de *Open Government o Gobierno Abierto (oGov)* como evolución de nuestro sistema democrático de convivencia y valores, que se sustenta en la implementación efectiva de los principios de transparencia y rendición de cuentas (*accountability*) de los gobiernos, así como en los de participación y colaboración ciudadanas en un sentido activo, todo ello facilitado por la

8 La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge en sus treinta artículos los derechos humanos considerados básicos. La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos comprende lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos.

9 Jiménez Asensio, R., *Integridad y transparencia, imperativos de una buena gobernanza*, en prensa.

utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) en beneficio de la innovación.

El gobierno abierto no se agota en la función de gobernar, sino que pretende la conformación de un *nuevo modelo de sociedad*, con un renovado paradigma de reforma del Estado y modernización de la Administración Pública, donde el poder se pueda compartir con los ciudadanos, y lograr así una mayor complicidad y sintonía. Para ello se requiere una “*apropiación cívica*” del discurso de gobierno abierto por parte de la ciudadanía, que implique reconocer que se trata de un proceso de redistribución y cambio en la lógica del poder (político y público). Sin embargo, una condición *sine qua non* es la transformación del rol del ciudadano, pues debe convertirse en un nuevo tipo de individuo, más crítico, organizado y activo, que demande mayor participación sobre las decisiones políticas, e interesado en colaborar en la solución de los problemas y necesidades de la comunidad. Debe pasar de ser mero espectador a protagonista comprometido en los asuntos públicos, más allá del proceso electoral, de un simple receptor pasivo de los servicios públicos a convertirse en un agente generador de valor y conocimiento. De ahí el concepto de “*sabiduría de la multitud*”, que conlleva fomentar espacios de intercambio y gestión del conocimiento sobre estrategias, prácticas y políticas públicas que contribuyan a consolidar este modelo para la conformación de un “*nuevo contrato social*”, esto es, un espacio democrático basado en la integridad, la confianza, la apertura, la transparencia, y el trabajo conjunto. Todo ello conduce a una mejor gestión pública y un modelo democrático, más inclusivo y de mayor calidad, representado por este paradigma en construcción que es el gobierno abierto, cuyo fin último es lograr un buen gobierno, una buena administración y, por ende, una mejor calidad de vida para todos los ciudadanos.

## II. EL DERECHO A SABER Y SUS DIVERSAS NATURALEZAS JURÍDICAS

En el siglo XXI, la evolución de las leyes de acceso a la información pública ha conllevado una transformación y mejora de la naturaleza jurídica del derecho a saber, que ha pasado de ser un derecho público subjetivo del ciudadano en sus relaciones con las administraciones públicas (derecho de creación legal), al reconocimiento de un verdadero derecho humano fundamental, bien como derecho autónomo, o bien, como derecho directamente vinculado

a la libertad de información, en su dimensión de libertad de informarse<sup>10</sup>. En efecto, a nivel mundial se ha alcanzado un consenso jurídico acerca del carácter fundamental del derecho a saber<sup>11</sup>, tanto por diversos instrumentos jurídicos internacionales<sup>12</sup> como por la jurisprudencia<sup>13</sup>.

Y en un plano nacional, a título ejemplificativo, podemos citar países donde se reconoce la naturaleza *iusfundamental* del derecho a saber los de Francia, Bélgica, Alemania, Portugal, Finlandia, Nueva Zelanda, Costa Rica, México o Chile. Sin embargo, todavía existen países que no siguen esta tendencia internacional y, por ende, desgraciadamente no se adaptan a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, como reza el Código Civil español<sup>14</sup>, y solamente reconocen el derecho a saber constitucionalmente, pero

10 Fernández Ramos, S.; Pérez Monguió, J. M., *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2014, p. 24.

11 Por ejemplo, así lo reconoce la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 septiembre del 2006, que lo dispone expresamente en el punto 78: “Al respecto, es importante destacar que existe un consenso regional de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección”.

12 A nivel *mundial*, conviene citar los siguientes instrumentos jurídicos universales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 19), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 19), la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (artículos 1.c); 5.1; 9.1.a); 10 y 13), y en materia ambiental, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente de 1998. A nivel regional *americano*, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo IV), la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículo 13) y la Carta Democrática Interamericana del 2001 (artículo 4). A nivel regional  *europeo*, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 (artículo 4. Derecho de acceso a los documentos), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 1957 (artículo 15), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 10), y el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos del 2009. A nivel regional  *africano*, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (artículo 9) y la Convención Africana sobre Acceso a la Información del 2011. Asimismo, existen para promocionar el carácter fundamental del derecho a saber diferentes leyes modelos sobre acceso a la información pública de la Commonwealth (2002), de la Organización de Estados Americanos para América (2010) y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para África (2012).

13 En el ámbito americano destacan sobremanera las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 septiembre del 2006, y el caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do araguaia”) vs. Brasil*, 24 de noviembre del 2010. Y en el ámbito europeo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo con el caso de *Társaság a Szabadságjogokért vs. Hungría*, sentencia 14 de abril del 2009, y el caso de *Kenedi vs. Hungría*, sentencia 26 de agosto del 2009.

14 Artículo 3.1 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el

sin el carácter de fundamental, así ocurre en España o Suecia<sup>15</sup>. Llegados a este punto, conviene realizar un recorrido por diferentes experiencias en países hispanoamericanos que permita apreciar mejor el valor del reconocimiento del derecho a saber, como derecho fundamental, para lo que elegimos a México, Chile y España como exponentes de diferentes tendencias y procesos, todos ellos peculiares y a tener en cuenta.

## 1. México

Hoy en día, en México la naturaleza *iusfundamental* del derecho a la información pública o derecho a saber es reconocida en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CM) de 5 de febrero de 1917. Sin embargo, dicho reconocimiento no ha sido pacífico, sino que ha seguido una interesante evolución, necesitada de hasta seis reformas constitucionales<sup>16</sup>, que comenzó con la incorporación del derecho a la información con motivo de la reforma constitucional de 6 de diciembre de 1977, en el marco de la denominada “*reforma política*”, añadido bajo la categoría de “*garantía electoral*” dentro de la parte final del artículo 6 CM con el siguiente tenor: “*el derecho a la información será garantizado por el Estado*”. En un primer momento, el derecho a la información en México se concibió, únicamente, como una facultad que se agotaba en el ámbito político-electoral. Se trataba de una prerrogativa de los partidos políticos, no de una garantía individual, con la finalidad de asegurar que los partidos políticos se encontraran en condiciones de equidad para difundir sus distintas propuestas entre la ciudadanía, a través de los medios masivos de comunicación<sup>17</sup>.

contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

- 15 Instituto Nacional de Administración Pública, *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 58-60.
- 16 Las seis reformas constitucionales del artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 tienen el siguiente orden cronológico: primera, de 6 de diciembre de 1977; segunda, de 20 de julio del 2007; tercera, de 13 de noviembre del 2007; cuarta, de 11 de junio del 2013; quinta, de 7 de febrero del 2014; y por ahora la última de 29 de enero del 2016.
- 17 Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, *Propuesta de Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, México, Ed. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, 2014.

Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>18</sup>, y la aprobación, a partir del 2002, de diversas leyes a nivel federal<sup>19</sup> y estatal, con una gran heterogeneidad y desigualdad en la aplicación del derecho a saber, dieron lugar a la aparición de las reformas constitucionales de 20 de julio y de 13 de noviembre del 2007. La finalidad principal de estas dos nuevas reformas constitucionales fue la de lograr una política general para toda la República, que superase las citadas desigualdades, por lo que introdujeron, a nivel constitucional, los principios y bases del ejercicio del derecho de acceso a la información en México, donde destacaba sobremanera el principio de máxima publicidad.

En esta línea, prosiguieron la siguientes tres reformas constitucionales: la de 11 de junio del 2013, la trascendental reforma de 7 de febrero del 2014, y la última de 29 de enero del 2016, que situaron al ciudadano como núcleo de las reformas para tratar de lograr un ejercicio igualitario del derecho a saber, debido a la existencia de una legislación diversa, asimétrica, con gran dispersión normativa y criterios contradictorios, que daba como resultado un ejercicio ineficiente y diverso del derecho de acceso a la información. En suma, se pretendía lograr uniformidad, armonización, estandarización legislativa con criterios uniformes, que permitiesen el ejercicio de este derecho fundamental en condiciones de igualdad para que fuera, en verdad, un derecho igual para todos y un deber igual para todos los poderes públicos, sin importar el nivel territorial del mismo. Resulta muy loable esta búsqueda de una política general para todo el país en condiciones igualitarias, que debería ser seguida en otros Estados como, por ejemplo, España, donde existe una gran dispersión normativa. Para ello las reformas constitucionales mexicanas tenían las siguientes claves<sup>20</sup>:

1. La armonización de las bases, los principios y los procedimientos en el ejercicio del derecho mediante una “*cláusula de autorización*” al Congreso de

18 La evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo una importancia capital al ampliar la comprensión del derecho a la información, que pasó de ser considerado como una *mera garantía social*, correlativa a la libertad de expresión, a una *verdadera garantía individual estrechamente vinculada con el derecho a conocer la verdad*, el cual exige que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa.

19 Fue aprobada la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 11 de junio del 2002, que ha sido recientemente derogada y sustituida por la nueva Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 9 de mayo del 2016.

20 Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, *Propuesta de Ley General...*, op. cit., nota 16, pp. VIII-XIII.



la Unión para expedir tres Leyes Generales: de transparencia y acceso a la información pública, de protección de datos personales y la de archivos<sup>21</sup> (artículo 6, apartado A, fracción VIII, y artículo 73, fracciones XXIX-S y XXIX-T CM).

2. La implantación de una política pública nacional en esta materia a partir de la creación de un “*Sistema Nacional de Transparencia y Acceso a la Información*”, que suponga una nueva relación de coordinación y cooperación entre los organismos garantes de transparencia de la Federación, los Estados y el Distrito Federal (artículos 27 a 36 LGTAIP).

3. La armonización de la naturaleza jurídica de los organismos garantes del orden Federal, estatal y del Distrito Federal, y fortalecimiento de su misión como organismos protectores de los derechos fundamentales del acceso a la información pública y la protección de datos personales.

4. El establecimiento de nuevos mecanismos de defensa en favor de la persona a partir de la transformación del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) en el *Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI)* con una nueva naturaleza jurídica, que conlleva una nueva dinámica de competencias. Se pasó de un ente descentralizado a un organismo constitucional autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. El INAI se constituye en órgano revisor, como una instancia de alzada administrativa mediante varios instrumentos jurídicos:

1. El *recurso de inconformidad* ante el INAI frente a las resoluciones de los *recursos de revisión de los organismos garantes de las Entidades Federativas*<sup>22</sup> (artículos 159 a 180 LGTAIP), que podrá desechar, sobreseer, confirmar, modificar o revocar<sup>23</sup> (artículo 170 LGTAIP). De esta forma, el INAI podrá establecer “*criterios de*

21 En la actualidad, solo se ha publicado la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 4 de mayo del 2015, no habiéndose elaborado todavía, cuando se escriben estas líneas, ni la Ley General de Protección de Datos Personales en posesión de sujetos obligados, ni la Ley General de Archivos. Por otra parte, sí que existen a nivel federal: la Ley Federal de protección de datos personales en posesión de los particulares de 5 de julio del 2010, la Ley Federal de Archivos de 23 de enero del 2012 y la reciente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 9 de mayo del 2016.

22 En el ámbito federal, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 9 de mayo del 2016 regula el recurso de revisión ante el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos en los artículos 146 a 165 LFTAIP.

23 Para el ámbito federal aparece regulado en el artículo 157 LFTAIP.

*interpretación en el orden administrativo*”, como una especie de jurisprudencia en vía administrativa, obligatoria para los organismos garantes de las entidades federativas, que supondrá dotar de uniformidad a la aplicación de las normas en materia de transparencia y acceso a la información pública.

2. La *facultad de atracción del INAI*, de oficio o a petición de los organismos garantes, para conocer de aquellos recursos de revisión pendientes de resolución por razón de su interés, relevancia, novedad o complejidad (artículos 181 a 188 LGTAIP).

El régimen jurídico vigente en México en materia de derecho a saber lo constituyen, principalmente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (artículo 6 y artículo 73, fracciones XXIX-S y XXIX-T CM), la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 4 de mayo del 2015 (LGTAIP) y, como consecuencia de esta última, en el ámbito federal se ha promulgado la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 9 de mayo del 2016<sup>24</sup> (LFTAIP).

## 2. Chile

La institucionalización de la política de transparencia y acceso a la información pública en Chile, en opinión de Olavarría Gambi, aparece asociada a tres causas destacables: un contexto propicio provocado por diversos episodios de corrupción, el proceso de modernización de la gestión pública chilena y la idea de satisfacer el derecho a saber<sup>25</sup>, como derecho para ejercer otros derechos, por mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El carácter fundamental del derecho a saber en Chile fue decisivamente alentado no solo por el legislador, sino fundamentalmente por la jurisprudencia, tanto constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir sobre todo del caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 septiembre del 2006.

24 En materia organizativa, debe añadirse el Reglamento interior del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos de 20 de febrero del 2014, que está pendiente de reforma para adaptarse al nuevo Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos.

25 Se trata de un derecho de tercera generación, también conocido como derecho de solidaridad, porque su satisfacción afecta a conjuntos específicos de la sociedad y, en consecuencia, implica la idea de corresponsabilidad. Entre estos derechos se cuentan, entre otros, el derecho al desarrollo sostenible, el derecho al medioambiente y el derecho a la información. Olavarría Gambi, M., *La institucionalización y gestión estratégica del acceso a la información y la transparencia activa en Chile*, Santiago, Ed. Consejo para la Transparencia, 2010, p. 11.

Por una parte, la profunda reforma constitucional del 2005<sup>26</sup>, propiciada por la Ley N° 20.050<sup>27</sup>, incluyó dentro de las bases de la institucionalidad chilena los *principios de probidad y publicidad*, en virtud del artículo 8° CL: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen [...]”, con la sola limitación de aquellos que una ley de quórum calificado señale reservados o secretos. Estos principios, junto con los artículos 19. N°s 12° y 14° CL (“La Constitución asegura a todas las personas: 12°. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado; 14°. El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”) son los que han permitido elevar a rango constitucional la transparencia y el derecho de todas las personas a acceder a la información pública. De hecho, el propio Tribunal Constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°634/2006, de 9 de agosto del 2007, considerando 9°), declaró que el acceso a la información administrativa estaba implícitamente reconocido por la Constitución, pues el artículo 19. N°12° CL, además de contemplar la “libertad de emitir opinión e informar”, abarcaba el derecho a buscar y recibir información<sup>28</sup>.

Y de otra parte, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 septiembre del 2006, supuso un impulso trascendental al reconocer formalmente el derecho de acceso a la información como parte del derecho fundamental a la libertad de pensamiento y expresión, así como la asunción de los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, como indispensables para

26 Constitución Política de la República de Chile de 8 de agosto de 1980 (CL), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. N°100/2005, MINSEGPRES (D.O. 22 de septiembre del 2005).

27 Ley N°20.050, de 18 de agosto del 2005, de reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (D.O. de 26 de agosto del 2005).

28 Rajevic Mosler, E., “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación”, en VV.AA., *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile*, Santiago, Ed. Expansiva - Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, p. 147.

hacer posible el control democrático del Estado por parte de la sociedad a través de la opinión pública<sup>29</sup>.

77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, *el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado*, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.

86. En este sentido, *el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública*, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción *ejercen el control democrático de las gestiones estatales*, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

87. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que

29 Todo ello venía a significar que el derecho a saber se integraba en la Constitución chilena en virtud de su art. 5°, que exige a los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados “por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, uno de los cuales es el artículo 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad<sup>30</sup>.

De hecho, la sentencia declaró por unanimidad que “el Estado (chileno) violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>31</sup>, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes<sup>32</sup> y Arturo Longton Guerrero”<sup>33</sup>, además de condenar al Estado chileno a “entregar la información solicitada por las víctimas” sobre la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, en poder del Comité de Inversiones Extranjeras, compensarles por los perjuicios causados y publicar la sentencia. Asimismo, la sentencia ordenó que el Estado chileno debía “adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo control del Estado” y “realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a la información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho”<sup>34</sup>. Por otra

30 Las cursivas son del autor.

31 El artículo 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana dispone: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección [...]”.

32 Marcel Claude Reyes era economista y fue el fundador y director ejecutivo de la Fundación TERRAM de 1997 a 2003. Los objetivos fundamentales de dicha organización eran “participar activamente en el debate público y en la producción de información sólida y científica para apoyar la lucha social y civil de la ciudadanía chilena en relación al desarrollo sustentable”. En 1983 fue funcionario del Banco Central y fue asignado asesor del Comité de Inversiones Extranjeras y en la Unidad de Cuentas Ambientales. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 septiembre del 2006, punto 49, p. 15.

33 “Los hechos expuestos en la demanda habrían ocurrido entre mayo y agosto de 1998 y se refieren a la supuesta negativa del Estado (chileno) de brindar a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile” y “podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”. En cualquier caso, “el proyecto forestal no se llevó a efecto, porque después de aproximadamente cinco años de tramitación, de debate público y de obstaculización [...] por parte de la ciudadanía [...] no se realizó por problemas financieros”. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 septiembre del 2006, pp. 2 y 15.

34 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 septiembre del 2006, punto 174, pp. 64 y 65.

parte, en lo referente a este trabajo, resulta importante resaltar que entre los alegatos del representante se solicitaba a la Corte que ordenase al Estado chileno ajustar la legislación interna y “generar mecanismos independientes autónomos de supervisión y control”.

En virtud de lo anterior, surgió la Ley N°20.285, de 11 de agosto del 2008, de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado<sup>35</sup> (D.O. 20 de agosto del 2008), que sistematiza en un solo cuerpo legal las normas sobre transparencia activa y acceso a la información, además, de crear un nuevo organismo autónomo de derecho público, el Consejo para la Transparencia (CPLT), con personalidad jurídica y patrimonio propio. La misión encargada al Consejo es la de promover la transparencia en el país, fiscalizar el cumplimiento de la ley y garantizar el derecho de acceso a la información.

En suma, el régimen jurídico vigente en Chile en materia de derecho a saber lo constituyen, principalmente, la Constitución Política de la República de Chile, de 8 de agosto de 1980 (artículo 8 y 19 N°12° y 14° CL); la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, de 11 de agosto del 2008 (LAIP); su reglamento aprobado por el Decreto N°13<sup>36</sup> (RLAIP); el Decreto N°20, que aprueba los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia<sup>37</sup> (RCPLT); y la Resolución Exenta N°398, del 2012, del Consejo para la Transparencia, que aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo para la Transparencia<sup>38</sup> (ROCPLT).

35 Modificada por el artículo 58 de la Ley N°20.880 de 24 de diciembre del 2015, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses (D.O. de 5 de enero del 2016), que sustituye el inciso segundo del artículo 43 de la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, por el que sigue: “Sin perjuicio de lo anterior, serán aplicables a este personal las normas de probidad establecidas en la ley sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses y las disposiciones del Título III de la ley N°18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, debiendo dejarse constancia en los contratos respectivos de una cláusula que así lo disponga”.

36 Decreto N°13, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento de la ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, promulgado el 2 de marzo del 2009 y publicado en el *Diario Oficial* el 13 de abril del 2009.

37 Decreto N°20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, aprueba Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia, promulgado el 23 de mayo del 2009 y publicado en el *Diario Oficial* el 3 de marzo del 2009.

38 La Resolución Exenta N°398 del 2012 del Consejo para la Transparencia, aprueba el nuevo Reglamento Orgánico del Consejo para la Transparencia y deroga la Resolución Exenta N°43, del 2010, y sus modificaciones. Posteriormente, dicha resolución fue modificada por

### 3. España

A diferencia de México y Chile, en España la naturaleza jurídica del derecho a saber no tiene el carácter de fundamental, aunque sí es reconocido como un derecho constitucional de configuración legal. Su fundamento constitucional radica en el artículo 105.b) de la Constitución española de 1978 (CE): “La ley regulará: b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

Sin duda, la reivindicación del carácter *iusfundamental* del derecho a saber ha sido la más controvertida en el debate parlamentario y extraparlamentario de la Ley (España) N°19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y la más reiterada por los organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, medios de comunicación y, por supuesto, por los ciudadanos<sup>39</sup>. Pretensión que sigue realizando de forma permanente e insistente, tanto parte de la doctrina como la sociedad en general. Como botón de muestra sirva que en el curso de la elaboración del III Plan de Acción de Gobierno Abierto de España, dentro del proceso de consulta a la ciudadanía realizado del 25 de julio al 15 de septiembre del 2016<sup>40</sup>, la exigencia de dotar de naturaleza fundamental al derecho a saber es la más repetida en el sentido de mejorar nuestra regulación jurídica y adaptarla a los estándares internacionales actuales.

Por su parte, Fernández Ramos y Pérez Monguió nos explican que, en España, “únicamente se viene concediendo naturaleza de derecho fundamental al derecho de acceso a la información pública en aquellos casos en los que se considera que forma parte del contenido esencial de un derecho fundamental”, como ocurre con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos y los representantes electos (artículo 23.2 CE),

las siguientes resoluciones exentas dictadas por el Consejo para la Transparencia, N°263 del 2013 y N°354 del 2016.

39 Así se pone de manifiesto en el “Informe sobre la consulta pública electrónica del Anteproyecto” elaborado por el propio Ministerio de la Presidencia y en el informe de la Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Guichot, Emilio (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Ed. Tecnos, 2014, p. 35.

40 Aportaciones al III Plan de Acción de Gobierno Abierto de España realizadas desde el 25 de julio al 15 de septiembre del 2016. Disponible en el portal de Gobierno Abierto de España [http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\\_Home/index/Mas-Transparencia/Gobierno-abierto.html#Componente1](http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Mas-Transparencia/Gobierno-abierto.html#Componente1). Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2016.

con la libertad sindical y los representantes sindicales de los empleados públicos (artículo 28 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), el derecho a la libertad científica del investigador (artículo 20.1.b CE) y el derecho a comprobar la veracidad de la información (artículo 20.1.d CE)<sup>41</sup>. Frente a este carácter instrumental al servicio de la protección de otros derechos fundamentales, hay autores, entre los que me incluyo, que abogan por reafirmar la naturaleza *iusfundamental* del derecho a saber con sustantividad propia, como derecho de libertad (no prestacional o pasivo), dada su estrecha vinculación con la cláusula democrática del Estado español:

- “al pluralismo informativo que constituye el presupuesto de una opinión pública libre (art. 20.1.d CE);
- al principio democrático de rendición de cuentas de los gobernantes inherente al mandato representativo (art. 66.1 y 140 CE);
- a la participación ciudadana en los asuntos públicos (art. 23.1 CE);
- al ejercicio de los legítimos derechos de los ciudadanos y a su tutela judicial (art. 24.1 CE);
- al servicio de la libertad de investigación (art. 20.1.b CE) y la garantía de la memoria histórica;
- a la lucha contra la corrupción mediante el respeto del Estado de Derecho (arts. 9.3 y 103.1 CE);
- a la consecución del principio de eficacia de la actuación pública (art. 103.1 CE),
- y a la economía de mercado, al posibilitar la explotación de la información del sector público, como materia prima de un mercado de productos y servicios de información, en un marco de libre competencia (art. 38 CE)”<sup>42</sup>.

De hecho, en el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha consagrado como derecho sustantivo y autónomo el derecho a saber (*artículo 42. Derecho de acceso a los documentos*), reconocido como derecho fundamental relacionado con la ciudadanía, y diferente de la libertad de expresión y del derecho general a recibir o comunicar información (*artículo*

41 Fernández Ramos, S.; Pérez Monguió, J. M., *La Ley de Transparencia...*, op. cit., nota 9, pp. 25-26, que expone interesantes casos jurisprudenciales.

42 *Ibíd.*, p. 28.



11. *Libertad de expresión y de información*). Todo ello casa bien con las garantías de interpretación de los derechos fundamentales que recoge el artículo 10.2 CE<sup>43</sup>, como “*criterio universal*” en la interpretación de los derechos, y con los criterios generales de interpretación de las normas jurídicas expuestos en el artículo 3.1 Código Civil español: sentido propio de las palabras, contexto, antecedentes históricos y legislativos, realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y espíritu y finalidad. Además, conviene recordar nuevamente el actual consenso jurídico a nivel mundial sobre la naturaleza jurídica del derecho a saber como derecho fundamental.

Por otra parte, la atribución del carácter fundamental al derecho a saber no resultaría baladí, porque supondría un equilibrio en las garantías jurídicas frente al derecho de protección de datos personales que, en España, sí tiene carácter fundamental, extraído de una mera mención a los límites del uso de la informática en el artículo 18.4 CE<sup>44</sup> y extendida, además, a los tratamientos no automatizados<sup>45</sup>, por mor de una jurisprudencia constitucional bastante “creativa”<sup>46</sup>. Conviene recordar que la resistencia es una de las notas que definen el carácter fundamental de los derechos<sup>47</sup>. Un derecho podrá ser considerado como fundamental dentro del ordenamiento jurídico, cuando se muestre resistente frente a otros poderes. Y esta nota de la resistencia adquiere sentido desde los distintos mecanismos de protección de los derechos<sup>48</sup>.

La trascendencia e importancia del derecho a saber muestra, claramente, que el fundamento elegido en España resulta insuficiente y precisará de

43 Artículo 10.2 CE: “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, puesto en relación, entre otros, con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

44 Artículo 18.4 CE: “4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

45 El desarrollo del mandato constitucional del artículo 18.4 CE se efectuó mediante la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), actualmente derogada por la hoy vigente Ley Orgánica N°15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

46 Guichot, E. (coord.), *Transparencia...*, op. cit., nota 38, p. 46.

47 Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Debate, 1990, pp. 103 y ss.

48 Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 501.

una transformación de su naturaleza jurídica en el futuro hacia un carácter *iusfundamental*, dadas las continuas exigencias sociales, internacionales y para mostrarse acorde con la realidad de nuestro tiempo. Sin embargo, a día de hoy, la regulación vigente en España comprende, en el ámbito estatal, la Constitución española de 1978 (artículo 105.b) CE); la Ley Nº19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG); y el Real Decreto Nº919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno<sup>49</sup> (RDCTBG).

49 En el ámbito autonómico español, rigen las siguientes normas jurídicas:

1. Andalucía: Ley Nº1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; Decreto Nº434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía; Resolución de 8 de marzo del 2016, por la que se crea un Registro General de Documentos.
2. Aragón: Ley Nº8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Decreto Nº32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y de Funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón.
3. Canarias: Ley Nº12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública.
4. Cantabria: pendiente. Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 10 de febrero del 2016.
5. Castilla-La Mancha: Ley Nº4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha de 6 de septiembre del 2016; Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 30 de diciembre del 2015.
6. Castilla y León: Ley Nº3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; Decreto Nº7/2016, de 17 de marzo, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en la Comunidad de Castilla y León.
7. Cataluña: Ley Nº19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; Decreto Nº169/2014, de 23 de diciembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
8. Extremadura: Ley Nº4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; Ley Nº18/2015, de 23 de diciembre, de cuentas abiertas para la Administración Pública Extremeña; Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 3 de febrero del 2016.
9. Galicia: Ley Nº1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno.
10. Islas Baleares: Ley Nº4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno de las Illes Balears; Decreto Nº24/2016 de 29 de abril, de creación y de atribución de competencias a la Comisión para la resolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública.
11. Madrid: pendiente. Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 2 de noviembre del 2016.
12. Murcia: Ley Nº12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
13. Comunidad Foral de Navarra: Ley Foral Nº11/2012 de la Transparencia y del Gobierno Abierto.
14. País Vasco: Decreto Nº128/2016, de 13 de septiembre, de la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública; Proyecto de Ley de Transparencia, Participación Ciudadana y Buen Gobierno del Sector Público Vasco.

### III. LA AUTORIDAD DE CONTROL DE LA TRANSPARENCIA EN PERSPECTIVA COMPARADA

La implementación de un Estado de Derecho efectivo y una buena gobernanza a todos los niveles hace necesario e imprescindible un sistema de garantías jurídicas suficientes para solucionar los posibles conflictos que surjan con la Administración en la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas, así como para hacer operante el principio de legalidad y su sanción, esto es, asegurar la sumisión de la Administración al derecho. De ahí que el control jurídico de la actividad de las Administraciones Públicas constituya una de las premisas de cualquier Estado social y democrático de derecho, y aparezca en el frontispicio del derecho administrativo, a partir de la serie clásica procedimiento administrativo, recurso administrativo y recurso contencioso-administrativo. El correcto funcionamiento de esta tríada de técnicas jurídicas invita a confiar en un adecuado control del ejercicio del poder por parte de la Administración<sup>50</sup>.

15. Principado de Asturias: Proyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno del Principado de Asturias. Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 21 de diciembre del 2015.

16. La Rioja: Ley N°3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 22 de febrero del 2016.

17. Comunidad Valenciana: Ley N°2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana; Ley N°5/2016, de 6 de mayo, de cuentas abiertas para la Generalitat Valenciana.

18. Ciudad Autónoma de Ceuta: Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 25 de febrero del 2016.

19. Ciudad Autónoma de Melilla: Decreto N° 43 de fecha 14 de julio del 2016, relativo a la aprobación definitiva del Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Ciudad Autónoma de Melilla. Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 1 de abril del 2016.

Asimismo, en el ámbito local, conviene tener presente la Ordenanza tipo de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) de transparencia, acceso a la información y reutilización, de 27 de mayo del 2014.

50 En España, aparece primero la autotutela administrativa (procedimiento administrativo iniciado de oficio o a solicitud del interesado → resolución administrativa). En segundo lugar, la autotutela administrativa a nivel de recurso administrativo (recursos de alzada y reposición → resolución administrativa). Y, finalmente, la heterotutela judicial (recurso contencioso-administrativo → sentencia). De hecho, la Constitución española reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), la reserva de ley del procedimiento administrativo (artículo 105 CE), el pleno control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106 CE), y la reserva a los Juzgados y Tribunales de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 117 CE).

La nueva *cultura de integridad y apertura*<sup>51</sup>, inherente a las ideas de transparencia, gobierno abierto, administración electrónica y buena administración, debe potenciarse con el objetivo de lograr un cambio de modelo en las relaciones entre la Administración y las personas, así como una racionalización y efectividad de los instrumentos de control de la actividad administrativa. En definitiva, la eficacia en el control jurídico de la Administración depende de que *quién controle*, ya sea un órgano administrativo o jurisdiccional, actúe con objetividad, de forma íntegra, salvaguardado por un auténtico estatuto de independencia y dotado de una preparación específica en la materia que se trate<sup>52</sup>.

Esta idea central nos hace desear que el control democrático del poder a partir del derecho a saber como instrumento de participación y verificación ciudadana responda, al menos, a cuatro principios básicos: inmediatez, asequibilidad, independencia y efectividad<sup>53</sup>. Lo ideal sería que la solución de conflictos entre los ciudadanos y la Administración se produzca mediante un instrumento jurídico que sea rápido, barato y eficaz, y materialice una garantía jurídica, en verdad, útil, real y efectiva.

El Convenio Europeo sobre Acceso a los Documentos Públicos (Convenio Nº 205 del Consejo de Europa<sup>54</sup>), de 18 de junio del 2009, como primer instrumento jurídico internacional vinculante de reconocimiento de un derecho general de acceso a los documentos oficiales en poder de las autoridades públicas, viene a ser el referente de los distintos Estados europeos en esta materia, y

51 Para mayor abundamiento Jiménez Franco, E., “Legalidad, transparencia e integridad en el combate a la corrupción”, en Sintura, F.; Rodríguez, N. (dirs.), *El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013, pp. 211-264.

52 Valcárcel Fernández, P., “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”, en López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, p. 364.

53 Guichot, E. (coord.), *Transparencia...*, op. cit., nota 38, p. 331.

54 Surge como respuesta a los horrores de la II Guerra Mundial y plasmó inicialmente la idea del “movimiento europeo”, de una Europa unida por los valores fundamentales. Fundada en Londres el 5 de mayo de 1949 por diez Estados europeos, en la actualidad cuenta con 47 Estados, entre ellos todos los Estados miembros de la Unión Europea. Su finalidad se basa en la idea de realizar una unión más estrecha entre sus miembros “para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”. Su mayor logro es, sin duda, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Para un estudio más detallado del mismo, *vid.* Martín Rebollo, L., *Leyes administrativas*, 20ª edición, Pamplona, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 1695.

constituye el verdadero punto de partida para un derecho efectivo de acceso a los documentos oficiales de la región europea<sup>55</sup>. En cuanto al debido control de las obligaciones de transparencia, dispone en su artículo 8, que “un solicitante que pida un documento oficial y cuyo acceso le ha sido denegado expresamente o implícitamente, parcialmente o por completo, tendrá acceso a un procedimiento de reclamación antes de la apelación ante un tribunal u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley”<sup>56</sup>, a lo que añade que tendrá “siempre acceso a un procedimiento de apelación rápido y barato, que implique la reconsideración por una autoridad pública o la revisión”.

En el derecho comparado, no existe un modelo único de control de la transparencia, pues se siguen diversos tipos de vigilancia y supervisión de la aplicación de la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública, siendo destacables los siguientes<sup>57</sup>:

- Sistema de garantías jurídicas basado en recursos administrativos y/o judiciales ordinarios, sin una institución específica y especializada de control, por ejemplo, en Suecia, Finlandia, Dinamarca y Austria.
- Institución especializada, exclusiva en acceso a la información pública (por ejemplo, en Francia, Canadá, Italia, Portugal, Bélgica, Chile y Estados Unidos).

55 En el ámbito del Consejo de Europa, la primera expresión política y jurídica se encuentra en la Recomendación N°R (81) 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el acceso a la información de las autoridades públicas, seguido un año más tarde de la Declaración del Comité de Ministros a la libertad de expresión e información. Se elaboraron otros instrumentos jurídicos hasta que, en el 2002, el Comité de Ministros adoptó la Recomendación Rec (2002) 2 sobre el acceso a los documentos públicos, que fue la principal fuente de inspiración para el presente Convenio. Este Convenio ha tratado de identificar, entre los distintos sistemas jurídicos nacionales, un núcleo mínimo de normas básicas. Para verificar su cumplimiento se ha previsto un mecanismo de supervisión internacional. El espíritu de la norma es alentar a las partes a dotarse, mantener y reforzar las disposiciones nacionales que permitan un derecho más amplio de acceso, siempre que la base mínima no deje de aplicarse.

56 No dispone la creación de órganos de control específicos del derecho a la información previos al acceso a los tribunales de justicia o, como dice expresamente, “otra institución independiente e imparcial establecida por la ley”. Contrasta, en el ámbito americano, con la ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública del 2010 (artículos 47 a 50), que sí establece una apelación interna potestativa y la existencia de una apelación externa ante una Comisión de Información, como órgano administrativo independiente y especializado de control externo previo y obligatorio a la vía judicial (artículo 51).

57 Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, *Plan Estratégico 2015-2020*, Madrid, 2015, p. 10.

- Institución especializada tanto en acceso a la información como en protección de datos personales (por ejemplo, en Alemania, Reino Unido, Suiza y México).
- Institución especializada tanto en acceso a la información como en buen gobierno (singularidad de España).
- Ombudsman o Defensor del Pueblo<sup>58</sup> (por ejemplo, en Irlanda, Nueva Zelanda, Costa Rica, Perú y la Unión Europea)<sup>59</sup>.

En cualquier ley de transparencia y acceso a la información resulta crucial y, quizás sea lo más importante, la regulación de las garantías jurídicas que permitan a la ciudadanía hacer cumplir su derecho a la información cuando una solicitud resulta obviada o rechazada, o cuando se le impide el ejercicio de su derecho. Sin un procedimiento independiente de revisión de decisiones, el derecho a la información, rápidamente, se volverá arbitrario, basado en los caprichos y voluntades de las personas y autoridades que reciban la solicitud. En este sentido, el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y acceso a la información pública exige un adecuado control, que puede ser realizado a partir de diferentes modelos, todos ellos con sus fortalezas y debilidades.

Sin embargo, parece ser que, entre las diversas posibilidades regulatorias, la opción más extendida es la de crear una autoridad administrativa independiente y especializada, como mecanismo válido de resolución proporcional de conflictos, que salvaguarde la efectividad del desarrollo sostenible. Así lo ha asegurado, en el ámbito regional americano, la Organización de Estados Americanos<sup>60</sup> (OEA), a través de su marco legislativo general y de mínimos

58 A este respecto, puede haber serias dudas sobre la posible atribución a estos comisionados parlamentarios de facultades decisorias o coercitivas frente a la Administración, debido al respeto del principio de la división de poderes, dada la dependencia del Defensor del Pueblo del poder Legislativo. Fernández Ramos, S.; Pérez Monguió, J. M., *La Ley de Transparencia...*, op. cit., nota 9, p. 257. A título ejemplificativo, conviene advertir que, en el ámbito autonómico español, también asumen estas funciones en las Comunidades Autónomas de Castilla y León (se crea el Comisionado de Transparencia y se atribuyen sus funciones al Procurador del Común), Galicia (Valedor do Pobo) y Navarra (Defensor del Pueblo de Navarra).

59 Reglamento (CE) N°1049/2001, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo del 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que prevé en su artículo 8 (Tramitación de las solicitudes confirmatorias) una reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo.

60 La OEA fue creada por 21 países en 1948 en Bogotá (Colombia) al suscribir la Carta de la OEA que entró en vigor en diciembre de 1951, con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros “un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender

por excelencia en esta materia, como es la ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública<sup>61</sup> del 2010, que aboga por una Comisión de Información especializada, responsable tanto de supervisar el funcionamiento del régimen de acceso a la información como su cumplimiento. En su opinión, la fusión de las funciones de supervisión y cumplimiento en una sola Comisión resulta rentable porque “vigila y respalda el cumplimiento de la ley de acceso a la información; puede establecer políticas y formular recomendaciones; garantiza la congruencia entre organismos; promueve el derecho de acceso a la información; y puede proporcionar la capacitación y desarrollo de capacidad requeridos a funcionarios públicos clave, así como realizar campañas para promover la conciencia pública y la comprensión de la ley sobre el derecho de acceso a la información”. La experiencia ha demostrado que sin una autoridad fiscalizadora independiente y especializada, se merma la tasa de cumplimiento, la cantidad de solicitudes es más baja, y se erosiona el derecho a la información. Además, sin un órgano permanente de supervisión y cumplimiento, los esfuerzos del gobierno se dispersan y diluyen, sin ninguna claridad de responsabilidades o directrices, y se reduce su capacidad para llevar a cabo una planificación a largo plazo y promover mejores prácticas, lo cual aumenta los costos del gobierno en términos de recursos humanos y financieros<sup>62</sup>.

su soberanía, su integridad territorial y su independencia” (artículo 1 de la Carta). Sus principales pilares son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo. En la actualidad, reúne a 35 Estados y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del continente americano. Además, ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE). Destaca el hecho que es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como “sistema interamericano”, el más antiguo sistema institucional internacional. Para más información: <http://www.oas.org/es/>

61 La ley modelo interamericana sobre acceso a la información fue aprobada el día 8 de junio del 2010, durante la cuadragésima sesión ordinaria de la Asamblea General de la OEA, que aprobó la resolución AG/RES 2607 (XL-O/10). Recientemente ha sido aprobado el Programa Interamericano Sobre Acceso a la Información Pública por la Asamblea General de la OEA el 14 de junio del 2016 mediante la Resolución AG/RES. 2885 (XLVI-O/16). Este programa recuerda que el principio de máxima publicidad es consustancial al acceso a la información pública y reafirma la importancia que tiene dicha Ley Modelo en la promoción del acceso a la información pública.

62 Organización de Estados Americanos, *Comentarios y guía de implementación para la Ley modelo interamericana sobre acceso a la información*, AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General, Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información, de 23 de abril del 2010, pp. 48 y 49.

En definitiva, para el éxito y el efectivo cumplimiento del derecho a saber, resulta esencial contar con una autoridad de control que actúe con integridad y sea congruente y respetuosa con los principios de inmediatez, rentabilidad, accesibilidad, independencia, especialidad y efectividad. La eficacia del control jurídico radica en *quién* controla y *cómo* controla, por lo que este tipo de autoridades debe estar investido de unas garantías mínimas de carácter estructural, formal y sustantivo, que incluyen desde la selección y nombramiento de sus miembros, a facilitar un procedimiento ágil, sencillo y, en su caso, con mínimo costo, que permita una revisión completa de la decisión administrativa y garantice la fuerza ejecutiva de sus resoluciones. Por lo tanto, la opción por este tipo de autoridades parece ser la más adecuada, aunque pueden disfrutar de diferentes características dependiendo del país concreto, pero conviene repasar las condiciones ideales de su desempeño.

## 1. Estrategia institucional y régimen jurídico

El régimen jurídico propio de esta autoridad de control de la transparencia se decanta por la tipología de las denominadas “*Administraciones Independientes*”<sup>63</sup>, que ostentan una clara naturaleza administrativa y no jurisdiccional. Se trata de organismos de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que pretenden aunar las características de independencia, autonomía, especialización y colegialidad en su gestión con objeto de garantizar la neutralidad u objetividad de la Administración frente al Gobierno al realizar funciones de regulación o supervisión de carácter externo en determinados

63 Se trataba de una expresión de carácter sociopolítico más que jurídico para querer significar que no se trata de entes “adscritos” o “dependientes” de una Administración territorial. Martín Rebollo, L., *Leyes...*, op. cit., nota 53, p. 153. Sin embargo, ahora en España aparecen definidas jurídicamente con la denominación de “*autoridades administrativas independientes de ámbito estatal*” en el artículo 109, Ley (España) N°40/2015. Definición. “1. Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley. 2. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial”. Para mayor abundamiento, Gamero Casado, E.; Fernández Ramos, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, 13ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 2016, p. 297, y Sánchez Blanco, Ángel. *Autoridad en la regulación, directriz constituyente*, Pamplona, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2016.



ámbitos, particularmente, sensibles a la dirección política del Gobierno, en el caso que estudiamos para garantizar el respeto del derecho a saber.

Se pueden diferenciar dos clases en función de la procedencia de la garantía de su autonomía:

1. Administraciones con autonomía constitucionalmente garantizada: por ejemplo, en México, el *Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos* (INAI, artículo 6, apartado A, fracción VIII CM)<sup>64</sup> o en España las Universidades públicas (artículo 27.10 CE).
2. Administraciones con autonomía de configuración legal: por ejemplo, en España el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno* (CTBG, artículo 33 LTBG)<sup>65</sup> o en Chile el *Consejo para la Transparencia* (CPLT, artículo 31 LAIP)<sup>66</sup>. En relación con España, hoy en día aparecen reguladas en los artículos 109 y 110 de la Ley N°40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico

64 *Artículo 6.A.Fracción VIII CM.* “La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley. El organismo autónomo previsto en esta fracción, se regirá por la ley en materia de transparencia y acceso a la información pública y protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, en los términos que establezca la ley general que emita el Congreso de la Unión para establecer las bases, principios generales y procedimientos del ejercicio de este derecho. En su funcionamiento se regirá por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad”. Tiene su sede institucional en la Ciudad de México. Téngase también presente el artículo 37 LGTAIP, el artículo 17 LFTAIP y el artículo 2 RIFAI.

65 *Artículo 33 LTBG. Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*, “1. Se crea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. 2. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines”. Tiene su sede institucional en Madrid. En el mismo sentido, los artículos 1 y 4 RDCTBG.

66 *Artículo 31 LAIP.* “Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. El domicilio del Consejo será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de los domicilios que pueda establecer en otros puntos del país. Los decretos supremos que se refieran al Consejo, en que no aparezca una vinculación con un Ministerio determinado, serán expedidos a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”. Téngase también presente el artículo 1 RCPLT.

del Sector Público<sup>67</sup> con la denominación de *autoridades administrativas independientes de ámbito estatal*.

En cuanto a la estrategia institucional encomendada, puede resultar diferente, existiendo varios modelos, todos ellos válidos con sus pros y sus contras. La controversia suele ir aparejada a la regulación concentrada o separada del derecho de acceso a la información y del derecho a la protección de datos personales. Por tal motivo, vamos a analizar brevemente los fines propios de las autoridades independientes de España, Chile y México, en esta materia, como paradigmáticos del ámbito hispanoamericano.

En España, el CTBG se caracteriza por una singularidad mundial, como reza su denominación, pues además de los objetivos propios del derecho a saber, aúna los peculiares del *buen gobierno*: i) promover la transparencia de la actividad pública; ii) velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad; iii) salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública; y iv) garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno<sup>68</sup>. Sin embargo, la garantía del derecho fundamental de protección de datos personales recae en otra autoridad administrativa independiente que es la *Agencia Española de Protección de Datos*<sup>69</sup>, que tiene como objetivos básicos, por un lado, asegurar y facilitar el cumplimiento de la normativa de protección de datos y, por otro, promover entre los ciudadanos el conocimiento de sus derechos en relación con el tratamiento de sus datos personales y apoyarles en el ejercicio de esos derechos.

En Chile, la finalidad esencial del CPLT está referida al derecho a saber, dado que sus objetivos son: i) promover la transparencia de la función pública; ii) fiscalizar el cumplimiento de las normas de transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y iii)

67 Su entrada en vigor ha tenido lugar el 2 de octubre del 2016 por mor de la Disposición Final decimoctava Ley N°40/2015.

68 Artículo 34 LTBG y artículo 2 RCTBG.

69 La misión de la Agencia Española de Protección de Datos deriva de las funciones que la normativa le confiere, en concreto en la Ley Orgánica N°15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal; su Reglamento de desarrollo, aprobado mediante RD N°1720/2007, de 21 de diciembre; el Estatuto de la Agencia, aprobado mediante Real Decreto N°428/1993, de 26 de marzo; la Ley N°34/2012, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; y la Ley N°9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Vid. Agencia Española de Protección de Datos, *Plan Estratégico 2015-2019*, p. 16. En línea: <https://www.agpd.es>. Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2016.

garantizar el derecho de acceso a la información<sup>70</sup>. No obstante, entre sus funciones recogidas en el artículo 33 LAIP, aparece también en la letra m): “Velar por el adecuado cumplimiento de la ley Nº 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado<sup>71</sup>”. Este mandato legal le llevó, por ejemplo, a publicar en el 2011 un conjunto de recomendaciones específicas para ser observadas como guía o parámetro respecto del tratamiento de datos personales que realizan los organismos públicos en el ejercicio de sus funciones. De tal forma que, aun no siendo su misión institucional hoy por hoy, como señala Álvarez Valenzuela, el CPLT ha cumplido un rol gravitante no solo en crear una cultura sobre la transparencia y el acceso a la información pública, sino también en definir los contornos de la tensión entre el acceso a dicha información y la protección de datos personales de las personas, a través de “dos vías: 1) las partes han impetrado la protección de un dato personal y el CPLT ha debido referirse a ello en su decisión; o 2) el propio CPLT ha optado por aplicar directamente la legislación sobre protección de datos, sea porque esta aplicación influía en la decisión o se estimó que constituía una consideración adicional que debía tenerse en cuenta al momento de decidir el caso<sup>72</sup>”. En el momento presente en materia de protección de datos ha surgido en Chile un cierto consenso sobre la necesidad de una autoridad de control que asuma la garantía, fiscalización y promoción del derecho de protección de datos. Entre las opciones que se barajan se encuentra la opción de la atribución de dichas funciones al CPLT, a imagen de lo regulado, por ejemplo, en México, pero veremos qué nos depara el futuro.

70 Artículo 32 LAIP y artículo 2 RCPLT.

71 En idéntico sentido el artículo 4.m) RCPLT. La Ley Nº 19.628, sobre protección de la vida privada, fue promulgada el 18 de agosto de 1999 y publicada en el *Diario Oficial* con fecha 28 de agosto de 1999.

72 En Chile existe, pues, una cierta injerencia del CPLT en materia de tratamiento de datos personales, pero de forma indirecta, dado que “solo proporciona directrices en orden a limitar la intervención estatal (cuando es un órgano de la Administración del Estado el que realiza el tratamiento de datos personales), o cuando debe resolver reclamaciones en solicitudes de acceso a información pública que contengan datos personales, conforme a la normativa legal, sin tomar un rol activo en la defensa y promoción del resguardo de los mismos”, siendo insuficiente su labor, dado que no logra tutelar en forma eficaz la garantía constitucional consagrada en el numeral 4º del artículo 19 de la Constitución chilena y materializada en la Ley Nº 19.628, sobre protección de la vida privada. Álvarez Valenzuela, D., “Acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿Puede el Consejo Para la Transparencia ser la autoridad de control de materia de protección de datos?”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 23, núm. 1, 2016, pp. 66 y 68.

En México, el INAI constituye un modelo de concentración del control de ambos derechos en una sola institución. Su misión institucional consiste en garantizar los derechos de las personas a la información pública y a la protección de sus datos personales, así como promover una cultura de transparencia, de rendición de cuentas y el debido tratamiento de datos personales para el fortalecimiento de una sociedad incluyente y participativa<sup>73</sup>. Los objetivos que persigue el INAI se pueden condensar en los cuatro siguientes<sup>74</sup>: i) Garantizar el óptimo cumplimiento de los derechos de acceso a la información pública y la protección de datos personales. ii) Promover el pleno ejercicio de los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales, así como la transparencia y apertura de las instituciones públicas. iii) Coordinar el Sistema Nacional de Transparencia y de Protección de Datos Personales, para que los órganos garantes establezcan, apliquen y evalúen acciones de acceso a la información pública, protección y debido tratamiento de datos personales. iv) Impulsar el desempeño organizacional y promover un modelo institucional de servicio público orientado a resultados con un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género.

En definitiva, los tres países disfrutaban de modelos diferentes en cuanto a los fines y objetivos del control que realizan:

1. El CPLT de Chile: es una institución cuya misión esencial es el acceso a la información pública, aunque afecta de forma indirecta a la protección de datos personales por tener que velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N°19.628, sobre protección de la vida privada.
2. El CTBG de España: es una institución especializada tanto en acceso a la información pública como en buen gobierno, aunque esta última resulta accidental y singular.
3. El INAI de México: es una institución especializada tanto en acceso a la información pública como en protección de datos personales. Este modelo de autoridad única parece ser la tendencia más actual, cuya principal ventaja es la perspectiva de conjunto que puede proporcionar una respuesta coordinada a las cuestiones de colisión de ambos derechos, que se pierde sin duda al atribuir las funciones a entidades diferentes,

<sup>73</sup> Artículo 2 RIFAI.

<sup>74</sup> Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, *Misión, Visión y Objetivos*. En línea: <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/misionViosionObjetivos.aspx>. Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2016.

amén de un ahorro en el presupuesto económico, aunque exige garantizar un equilibrio adecuado en el ejercicio de ambas funciones<sup>75</sup>.

## 2. Características estructurales

La clave de bóveda de la eficacia del sistema de control administrativo de la transparencia radica, de un lado, en *quién* resuelve, referido a garantizar determinadas peculiaridades estructurales y organizativas que suponen una mutación subjetiva hacia una autoridad de control; y de otro lado, *cómo* resuelve, es decir, sus características funcionales, que veremos más adelante. Centrándonos en los aspectos estructurales, los podemos sintetizar en la independencia, especialización, integridad y apertura de la autoridad de control de la transparencia.

La independencia resulta vital para el éxito de cualquier control administrativo de carácter externo que haga válido el adagio “*nemo iudex in causa propria*”, es decir, nadie puede ser juez en causa propia, al carecer de la neutralidad e independencia necesaria en un órgano llamado a decidir la controversia. Un determinado conjunto de factores puede determinar la independencia real (o percibida) de esta autoridad administrativa que, a su vez, puede presentar dos vertientes: una, de naturaleza *institucional*, y otra, de carácter *funcional y orgánica*, que es en la que conviene prestar más atención.

La independencia *institucional* puede no resultar tan decisiva, pudiendo dotarse a la autoridad de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar pública y privada, bien con separación estricta de la Administración a la que controla, bien con adscripción a esa Administración a través de algún Ministerio. Conviene recordar que también existen modelos de control donde existe dependencia del Parlamento a través del Defensor del Pueblo como órgano de control. Asimismo, resulta relevante ante quién deben rendir cuentas a partir de informes o memorias anuales sobre el desarrollo de su actividad y sobre el grado de cumplimiento de sus objetivos, a efectos de poder verificar el buen funcionamiento de dicho control y su calidad<sup>76</sup>,

75 De hecho, esta corriente es seguida también por los modelos inglés y alemán que se desenvuelven con bastante eficacia. Guichot, E. (coord.), *Transparencia...*, op. cit., nota 38, p. 332, y Piñar Mañas, J. L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en García Macho, R. (ed.), *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 100.

76 Por ejemplo, en España aparece recogido en los artículos 40 LTBG (Relaciones con las Cortes Generales) y 6 RDCTBG (Transparencia).

siendo recomendable que sea ante el poder legislativo. Sería conveniente, si se desea atribuir a la autoridad un mayor nivel de autonomía, que la aprobación del Estatuto de organización y funcionamiento correspondiese a la propia autoridad, y no que fuera la Administración a la que controla la responsable del mismo. En el mismo sentido, la dotación presupuestaria y los medios personales y materiales deberían ser propios, suficientes y garantizados, que no dependiesen de la Administración controlada, para la consecución de una deseable independencia material, es decir, que disfrutase de soberanía presupuestaria. Un importante talón de Aquiles será, quizá, la dotación de medios económicos y personales para la implementación de un control efectivo.

La *independencia funcional y orgánica* es la que resulta más relevante y en la que conviene poner más el acento. La composición de la autoridad y su forma concreta de actuar con objetividad, imparcialidad e independencia, es lo que determinará si realiza eficazmente su función de control administrativo como garantía del derecho a saber. Para ello, resultan recomendables una serie de pautas generales en relación con la colegialidad, el proceso de selección de los miembros, la especialización, la duración del mandato, la inamovilidad, la dedicación y las retribuciones económicas de los miembros.

- *Colegialidad.* La titularidad unipersonal del órgano de control puede conllevar una mayor potencialidad de politización de la persona aunque, también, supone menos presión sobre el presupuesto de la institución y una mayor agilidad en la toma de decisiones. En principio, la composición pluripersonal del órgano encargado de realizar un control de legalidad y resolver una impugnación ciudadana, resulta más garantista que una titularidad unipersonal<sup>77</sup>, aunque conviene tener presente que

77 A estos efectos, en España conviene resaltar los artículos 38.2.c) LTBG y 8.2.d) RDCTBG, que atribuyen la competencia para conocer de las reclamaciones que se presenten en ejercicio del derecho de acceso a la información pública (artículo 24 LTBG) a un órgano unipersonal, el presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y no al órgano colegiado, que lo constituye la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno. El CTBG de España está formado por los siguientes órganos: i) De carácter unipersonal: el Presidente del CTBG, la Subdirección General de Reclamaciones y la Subdirección General de Transparencia y Buen Gobierno, estando estos dos últimos bajo la dependencia orgánica del primero (artículo 7 RDCTBG). ii) De carácter colegiado: la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno formada por ocho miembros (artículos 36.2 LTBG y 13 RDCTBG): el presidente del CTBG, que lo preside, y siete vocales de diferentes instituciones del Estado: a) Un diputado. b) Un senador. c) Un representante del Tribunal de Cuentas. d) Un representante del Defensor del Pueblo. e) Un representante de la Agencia Española de Protección de Datos. f) Un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. g) Un representante de la autoridad independiente de responsabilidad fiscal.

la colegialidad, en sí misma, no es garantía absoluta de objetividad e imparcialidad, pues estas dependen de la composición del órgano y de la forma concreta de ejercer su función<sup>78</sup>. En cualquier caso, la titularidad colectiva requeriría de un número impar de miembros a fin de facilitar el voto y disponer de un número suficiente para reducir la posibilidad de politización<sup>79</sup>. A pesar de resultar más onerosa, una composición adecuada podría ser la de cinco miembros, porque en el caso de tres miembros se pueden originar “problemas de estancamiento, en los que dos personas de ideas afines se oponen constantemente a la otra”<sup>80</sup>.

- *El proceso de selección de los miembros*. Debe aportar confianza en la institución, por lo que deberían estar implicados tres actores: el poder ejecutivo, el Poder Legislativo y la sociedad civil, con un proceso transparente en todas sus fases. Para reforzar el consenso en la elección de los miembros, las decisiones adoptadas por el legislativo deberían garantizar el apoyo bipartidista o multipartidista, por lo que deberían ser por mayoría cualificada de 2/3 o 3/5, y donde la sociedad civil tenga la oportunidad de participar en el proceso de nominación. De ahí que la publicación de una lista de los posibles candidatos refuerza las características de transparencia y apertura. Hay diferentes variables que pasan por el

También asistirá el subdirector general de Transparencia y Buen Gobierno, que actuará como secretario, con voz, pero sin voto.

- 78 La titularidad colectiva de los órganos administrativos, en palabras de Valero Torrijos, presenta ciertas ventajas: “permitir una mayor objetividad de las decisiones adoptadas; garantizar más eficazmente la independencia de los mecanismos de control; asegurar en mayor medida la imparcialidad en las decisiones que se adopten por cuanto proporciona un sutil mecanismo de control recíproco entre sus integrantes; y supone una importante arma defensiva frente a las presiones que pretendan condicionar la actuación revisora. [...] No obstante, la colegialidad ofrece como rémora que puede “fomentar una cierta difusión de la responsabilidad personal al facilitar que unos miembros hagan descansar su decisión personal sobre los motivos esgrimidos por los otros (y, en consecuencia, pervertir el potencial efecto beneficioso del pluralismo que se encuentra en la esencia de la colegialidad)”. Valerio Torrijos, J., *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, p. 372.
- 79 En Chile, el Consejo Directivo del CPLT está compuesto por cuatro miembros y las decisiones se deben adoptar por mayoría y, en caso de empate, resolverá su presidente (artículos 36 y 40 LAIP, y artículo 18.f) RCPLT). En México son siete los comisionados del INAI (artículo 6, apartado A, fracción VIII CM y artículo 18 LFTAIP), mientras que en España, aunque los miembros de la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno son ocho, la competencia de resolución de las reclamaciones recae exclusivamente en un órgano unipersonal: el presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (artículo 38.1.c) LTBG).
- 80 Organización de Estados Americanos, *Comentarios y guía de implementación...*, op. cit., nota 61, p. 55.

nombramiento por parte del ejecutivo o por el nombramiento legislativo, siendo la nominación y/o aprobación por el otro poder público. El nombramiento será, por tanto, mediante convocatoria pública y puede llegar a ser realizado por el ente administrativo cuyas resoluciones revisa, pero sin sujeción a ninguna instrucción jerárquica para poder actuar con plena autonomía e independencia en el cumplimiento de sus fines. En Chile y España, se procede a un nombramiento por parte del poder ejecutivo, previo acuerdo del poder legislativo, pero sin realizar una consulta previa a la sociedad. A diferencia de lo que ocurre en México, que sí prevé una amplia consulta pública, previa al nombramiento por parte del poder legislativo, con posibilidad de veto por parte del poder ejecutivo<sup>81</sup>.

- *Especialización.* La selección de los miembros deberá realizarse de forma objetiva y pública basada en la especialización, profesionalidad y competencia de los mismos, siendo deseable exigir un número mínimo de años de experiencia profesional en la concreta materia del derecho a saber, como mínimo cinco años, al tratarse de una materia novedosa en algunos países, como el caso de España donde la vigencia completa de la LTBG ha tenido lugar el 10 de diciembre del 2015<sup>82</sup>. Asimismo, se puede

81 Chile. Artículo 36 LAIP. “La dirección y administración superiores del Consejo corresponderán a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. El Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad. [...] El Consejo Directivo elegirá de entre sus miembros a su Presidente. Para el caso de que no haya acuerdo, la designación del Presidente se hará por sorteo. La presidencia del Consejo será rotativa. El Presidente durará dieciocho meses en el ejercicio de sus funciones, y no podrá ser reelegido por el resto de su actual período como consejero”.

España. Artículo 9.1 RDCTBG. “El Presidente del CTBG será nombrado por real decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Con carácter previo a su nombramiento, el candidato propuesto deberá comparecer ante la comisión competente del Congreso de los Diputados que, por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, deberá refrendar la propuesta de nombramiento en el plazo de un mes natural desde que se haya recibido la correspondiente comunicación”.

México. Artículo 6, apartado A, fracción VIII CM. “El organismo garante se integra por siete comisionados. Para su nombramiento, la Cámara de Senadores, previa realización de una amplia consulta a la sociedad, a propuesta de los grupos parlamentarios, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, nombrará al comisionado que deba cubrir la vacante, siguiendo el proceso establecido en la ley. El nombramiento podrá ser objetado por el Presidente de la República en un plazo de diez días hábiles. Si el Presidente de la República no objetara el nombramiento dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de comisionado la persona nombrada por el Senado de la República”.

82 En España, el presidente del CTBG será nombrado “entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional” (artículos 37.1 y 9.2 RDCTBG), pero no se exige expresamente



contemplar la presencia ocasional de expertos externos al propio órgano. Resulta reseñable que en México se exijan determinados requisitos de edad, nacimiento o residencia, pero no de especialización, al requerir solamente “gozar de buena reputación<sup>83</sup>” (artículo 28 LFTAIP).

- *Duración del mandato.* Esta característica resulta capital tanto para garantizar una independencia adecuada como para el propio funcionamiento de la autoridad de control, pues facilita la especialización que, aunque debiera disponerse con anterioridad, se puede incrementar durante el mandato. Debe salvaguardarse la independencia con un período de permanencia o estabilidad en el cargo que supere al del organismo encargado de su designación, sea el ejecutivo o el legislativo, reduciendo así el potencial de politización. Otra cautela, puede ser la no renovabilidad del mandato, siendo en tal caso único, o admitir su posible renovación por un solo período como máximo, dependiendo de la duración del mandato. La posible prórroga del mandato puede provocar una mayor preocupación por la renovación en el cargo y por complacer a quienes lo designen, que por un ejercicio independiente, imparcial y objetivo de la función

la especialización en materia de transparencia. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en materia de contratación pública, donde el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de España exige una clara especialización y profesionalidad de sus miembros, al estar compuesto por un presidente y un mínimo de dos vocales, que podrán incrementarse reglamentariamente cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje. Los vocales del Tribunal deben ser funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado (Subgrupo A1) y *que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública*. En el caso del presidente del Tribunal se exige, además, que deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho (artículo 41 TRLCSP).

Por su parte, la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, que no ostenta la competencia para conocer de las reclamaciones que se presenten en ejercicio del derecho de acceso a la información pública (artículo 24 LTBG), está formada por ocho miembros (el presidente del CTBG y representantes de diferentes instituciones y organismos públicos), con una fuerte politización y sin exigirse especialización y/o experiencia profesional en una materia tan sensible como el acceso a la información pública (artículos 35 y 36 LTBG).

- 83 Artículo 28 LFTAIP. “Para ser Comisionado se requiere: I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; II. Tener cuando menos treinta y cinco años de edad, cumplidos el día de la designación; III. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; IV. Haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación, y V. No haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, Senador, Diputado Federal ni Gobernador de algún Estado o Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, durante el año previo al día de su nombramiento”.

de control. Al mismo tiempo, si se trata de un órgano colegiado, en su momento de creación, se hace necesario alternar los mandatos de los miembros, como garantía de continuidad del servicio, al objeto de evitar que expiren en el mismo año los mandatos de más de las dos terceras partes de los miembros. En nuestra opinión, una buena opción puede ser una duración de cinco años, no prorrogables, porque evita la preocupación del designado por un nuevo nombramiento en el cargo, siendo este período suficiente para el logro de los objetivos precisos, y no demasiado largo para perder interés en las últimas tendencias de apertura e integridad<sup>84</sup>.

- *Inamovilidad o imposibilidad de remoción del cargo.* Supone una garantía indispensable para la independencia continuada de la autoridad de control que solo debe verse excepcionada por motivos tasados por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso. Asimismo, debe reconocerse el derecho de recurrir ante el Poder Judicial la posible destitución o suspensión en el cargo.
- *Dedicación y retribución económica.* Lógicamente, un deseable desempeño efectivo de las funciones de la autoridad de control requiere de una dedicación a tiempo completo, que evite distracciones en su importante función y reduzca las posibilidades de conflicto de intereses<sup>85</sup>, y de una recompensa pecuniaria adecuada, que aliente la imparcialidad y objetividad en la toma de decisiones.

84 En España, la duración del mandato del presidente del CTBG es por un período no renovable de cinco años (artículo 37.1 LTBG y artículo 9.2 RDCTBG). En México, se prevé que los mandatos de los siete comisionados del INAI sean por períodos de siete años, sin posibilidad de reelección, cuyo nombramiento se realizará de manera escalonada para garantizar el principio de autonomía. La presidencia del INAI será por un período de tres años, con posibilidad de ser reelecto por un período igual (artículo 6 CM, artículo 38 LGTAIP y artículos 27 y 30 LFTAIP). En Chile, los cuatro consejeros del Consejo Directivo del CPLT durarán seis años, renovables por otro período igual. La renovación es por parcialidades de tres años, mientras que la Presidencia será rotativa y durará dieciocho meses, no pudiendo ser reelegido (artículo 36 LAIP y artículos 7 y 8 RCPLT). Por su parte, el artículo 59 de la ley modelo interamericana sobre acceso a la información dispone que el cargo de los comisionados tenga una duración de cinco años, con una posible renovación por una sola vez.

85 El artículo 58 de la ley modelo interamericana sobre acceso a la información dispone que “1. Los Comisionados desempeñarán sus funciones a tiempo completo y serán remunerados con un sueldo igual al de un juez [de un tribunal de segunda instancia]. 2. Los Comisionados no podrán tener otro empleo, cargo o comisión, a excepción de instituciones académicas, científicas, o filantrópicas”.

- *Garantías de integridad y apertura.* Con carácter público y anual deberían formalizarse una declaración de compromiso y una declaración de intereses en las que se indiquen, expresamente, que no se tiene ningún interés que pudiera considerarse perjudicial para su independencia, o bien los intereses directos o indirectos que se tengan y que pudieran considerarse perjudiciales para la misma. Debe exigirse un estricto régimen de incompatibilidades, tanto durante el ejercicio de sus funciones (con imposibilidad de ejercicio de otras funciones) como después del mismo, como garantía a posteriori que trate de evitar el fenómeno denominado “puerta giratoria” (*revolving door*). Este supone una circulación sin obstáculos de altos cargos entre los sectores público y privado, por lo que la toma de decisiones puede verse condicionada por futuras oportunidades profesionales. Por su parte, el régimen jurídico de abstención y recusación podría reforzarse con posibilidades de requerimiento de abstención por parte del resto de miembros del órgano colegiado. Esta nueva cultura de integridad y transparencia se vería reforzada siguiendo la línea de dar visibilidad a la autoridad y poner en valor su función de tutela de la información pública, mediante la publicación de una información estadística, fiable y precisa, sobre la organización, funcionamiento y resultados de su actuación, y su relación con la vía judicial. La rendición de cuentas al poder legislativo y al público, en general, sobre la eficacia y el impacto del derecho a saber puede mejorar la participación y la colaboración ciudadana a efectos de evaluar correctamente el alcance de la implementación efectiva de esta nueva cultura. Y se podría medir la utilidad y calidad de este control, así como reforzar su prestigio de cara a la ciudadanía.

### 3. Características funcionales

El otro elemento esencial del control de la transparencia se circunscribe a las características funcionales, esto es, al hecho mismo de *cómo* controla. Y aquí es donde entran en juego diversas competencias que deben atribuirse a la autoridad de control si se desea una actividad completa por parte de la misma. De un lado, se le deben atribuir algunas capacidades de carácter primordial, sin las cuales su funcionalidad quedaría significativamente mermada, como resultan ser la resolución ejecutiva de recursos y la posibilidad de imponer medidas de apremio y sanciones en caso de incumplimiento por parte del poder público. Y de otro lado, también deben atribuirse una serie de facultades auxiliares y complementarias que doten a esta autoridad de un

componente integral en materia de transparencia como son la regulatoria, la formativa, la evaluadora y la consultiva.

### 3.1. *Facultad resolutoria y ejecutiva*

La impugnación administrativa ante la autoridad de control debe estar presidida por principios generales que aseguren un procedimiento flexible, ágil y accesible, donde la gratuidad estuviera garantizada. Debe existir una adecuada publicitación de este medio de impugnación, previo a la vía judicial, para que las personas en conflicto con la Administración en materia del derecho a saber, puedan expresar sus reclamaciones de forma sencilla para obtener una respuesta rápida y suficientemente motivada, que no encarezca la defensa de sus intereses. Una cuestión trascendental es el carácter potestativo o preceptivo de la interposición del recurso.

El ciudadano deberá acudir a la autoridad de control por propio convencimiento de su eficacia y calidad técnica, que redundará en un mayor prestigio del órgano de control y permitirá una disminución de la litigiosidad judicial. De forma general, debería disponerse el carácter facultativo de los recursos ante la autoridad de control como un elemento favorecedor de las garantías de las personas, al no generar ningún retraso en el acceso directo a los Tribunales de Justicia. En todo caso, debe priorizarse la implementación de plazos muy breves de resolución<sup>86</sup>. Otra cuestión relevante será la regulación de la lengua en el procedimiento, de capital importancia en países donde existe una población indígena o varios idiomas oficiales.

En cuanto al contenido de la resolución del recurso, dada la independencia y especialización del órgano, debería existir un reconocimiento por el ordenamiento jurídico de la posibilidad de una revisión completa de la decisión administrativa. Eso significaría que pueda anular el acto impugnado, retrotraer actuaciones, imponer nuevos contenidos a la decisión que deberá adoptar la Administración, imponer la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, exigir el cumplimiento de la actividad reclamada, e incluso

86 Debe existir valentía en un cambio cultural administrativo que persiga el cumplimiento de plazos “razonables”, pero propios del siglo XXI, dotando a los ciudadanos de una Administración electrónica generalizada presidida por los principios de celeridad, responsabilidad en la tramitación, simplificación administrativa, transparencia y buena administración. Jiménez Franco, E., “Términos y plazos”, en Rivero Ortega, R. y otros (dirs.), *Instituciones de procedimiento administrativo común (Ley Nº 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)*, Lisboa, Jurua Editorial, 2016, p. 298.

resolver sobre cuestiones no expresamente solicitadas por las partes, pero descubiertas durante el procedimiento de recurso.

Garantizar la fuerza ejecutiva de las resoluciones de la autoridad de control por parte de la Administración es, sin duda, un elemento determinante del éxito de esta institución y una manifestación del principio de buena administración<sup>87</sup>. La Administración solo debe poder dejar de ejecutar la resolución del recurso administrativo si decide impugnarlo judicialmente y solicita su suspensión en tanto resuelva el órgano jurisdiccional sobre la misma.

### 3.2. *Facultad sancionadora*

La capacidad sancionadora de las autoridades de control constituye una mayor garantía del pleno cumplimiento de la normativa y denota una gran

87 Quizás la debilidad más importante del actual régimen jurídico de la transparencia en España sea la falta de fuerza ejecutiva de las resoluciones del CTBG, al no existir previsión alguna ni en la LTBG, ni en el RDCTBG. De esta forma, si la Administración incumple la resolución del CTBG de remitir la información pública al reclamante, se le vuelve a instar a que lo haga, pero nada más. La única posibilidad que se abre en este tipo de supuestos es la presentación de un recurso contencioso-administrativo por inactividad ejecutiva de un acto firme (artículo 29.2, Ley N°29/1998), con lo que la vía administrativa de impugnación habrá resultado inútil y con el consiguiente retraso en el acceso a la justicia administrativa. Eso sí, en España, como garantía de los principios de transparencia y participación ciudadana, “una vez adoptadas y notificadas todas las resoluciones del Consejo, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, serán objeto de publicación en la página web institucional del organismo, así como en el Portal de la Transparencia” (artículo 6 RDCTBG). Ante tal situación, Martín Delgado opina que “debería realizarse una interpretación favorable al carácter ejecutivo de las resoluciones del CTBG y a la posibilidad de hacer uso de los medios de ejecución forzosa que, no obstante, necesitaría de una reforma de la Ley 19/2013”. En este sentido, la reciente novedad introducida por el artículo 39.4, Ley N°39/2015 permitiría dar fuerza a la idea de hacer uso de los medios de ejecución forzosa, al disponer que “las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración”. Martín Delgado, Isaac, “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y buen Gobierno: un instrumento necesario útil y eficaz?”, en López Ramón, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 424-426.

Por su parte, Chile y México tienen una regulación más adecuada. En Chile se reconoce al CPLT la facultad de resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados (artículo 33.b) LAIP y artículo 4.b) RCPLT), así como fuerza ejecutiva de sus resoluciones para que se entregue la información requerida en un “plazo prudencial” (artículo 27 LAIP y artículo 47 RLAIP). En México también existe la capacidad de resolución de recursos y se añade que “las resoluciones del organismo garante son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados” (artículo 6 CM, artículos 41, 157, 180 y 188 LGTAIP y artículos 21 y 163 LFTAIP).

calidad en la salvaguarda del derecho a saber. Esta potestad se debe aplicar, previa instrucción del correspondiente procedimiento disciplinario, tanto por el incumplimiento del deber de publicidad activa o de las responsabilidades en el procedimiento, como por acciones afirmativas para perjudicar el cumplimiento de la ley. Las sanciones, en función de su gravedad, podrán consistir en un simple apercibimiento, una multa económica o la suspensión en el puesto de trabajo durante un período<sup>88</sup>.

Para disfrutar de una mayor seguridad jurídica, resulta recomendable que previamente a la imposición de sanciones, se pueda disponer de medidas de apremio –como en México–, para garantizar aún más el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad activa y acceso a la información pública, que afectan tanto al servidor público encargado de cumplir con la resolución como al particular responsable. En México, por ejemplo, se distinguen entre medidas obligatorias y potestativas. Las primeras imponen que el incumplimiento de los sujetos obligados sea difundido en los portales de obligaciones de transparencia de los organismos garantes y considerados en las evaluaciones que realicen estos. En cuanto a las potestativas, pueden consistir en una amonestación pública, o una multa de ciento cincuenta hasta mil quinientas veces el salario mínimo general vigente en el área geográfica de que se trate<sup>89</sup>. Asimismo, debe contemplarse la posibilidad de incluir sanciones penales cuando la actuación de los servidores públicos devenga en un obstruccionismo intencional y reiterado.

### 3.3. *Facultades auxiliares y complementarias*

A efectos de optimizar su funcionamiento, estas autoridades de control también deben desempeñar diversas funciones coadyuvantes de la revisora de la actividad administrativa, como es la elaboración de dictámenes sobre dudas interpretativas de derecho, aconsejar a la Administración sobre nuevas formas de actuación, la adopción de nuevas buenas prácticas, elaborar

88 En Chile aparece regulado en los artículos 45 a 49 LAIP y artículos 38 a 41 RLAIP, donde se imponen multas económicas que pueden oscilar entre el 20% al 50% de la remuneración correspondiente, e incluso la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días y el duplo de la multa si se persiste en la conducta infractora. En México el artículo 214 LGTAIP establece el apercibimiento, por una única ocasión, y multas económicas que van de ciento cincuenta a mil quinientos días de salario mínimo general vigente en el área geográfica de que se trate (en el mismo sentido, el artículo 202 LFTAIP). En España la necesaria capacidad sancionadora brilla por su ausencia, característica altamente criticable que debería ser reformada para su adición al régimen jurídico español.

89 En México aparecen reguladas en los artículos 201 LGTAIP y 174 LFTAIP.

instrucciones de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la ley, evaluar el grado de aplicación y cumplimiento de la respectiva ley, la emisión de informes preceptivos sobre proyectos normativos que desarrollen la materia, la realización de actividades formativas y de sensibilización de todos los sectores para lograr el necesario cambio cultural a favor de la integridad, la apertura y la transparencia. De esta forma, se atribuye a la autoridad de control un cometido activo y de carácter integral que favorece la construcción de una democracia de calidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Valenzuela, D., “Acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿Puede el Consejo Para la Transparencia ser la autoridad de control de materia de protección de datos?”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 23, núm. 1, 2016.
- Arenilla Sáez, M. (dir.), *Crisis y reforma de la Administración pública*, Oleiros, Ed. Netbiblo, 2011.
- Bröhmer, J., *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Tübingen, 2004.
- Fernández Ramos, S., Pérez Monguió, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2014.
- Gallardo Castillo, M. J., “Transparencia, Poder Público y Derecho Administrativo”, en Sánchez Blanco, A. y otros (coords.), *El Nuevo Derecho Administrativo*, Salamanca, Ed. Ratio Legis, 2011.
- Gamero Casado, E.; Fernández Ramos, *Manual básico de Derecho Administrativo*, 13ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 2016.
- Guichot, Emilio (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Ed. Tecnos, 2014.
- Jiménez Asensio, R., *Integridad y transparencia, imperativos de una buena gobernanza*, en prensa.
- Jiménez, Franco, E., “Legalidad, transparencia e integridad en el combate a la corrupción”, en Sintura, F.; Rodríguez, N. (dirs.), *El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.
- Kauffmann, D. & Kraay, A., “Growth without Governance”, *Policy Research Working Paper*, 2002.

- Lasagabaster Herrarte, I., “Notas sobre el Derecho Administrativo de la Información”, en García Macho, R. (ed.), *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010.
- Martín Delgado, Isaac, “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y buen Gobierno: un instrumento necesario útil y eficaz?”, en López Ramón, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.
- Martín Rebollo, L., *Leyes administrativas*, 20ª edición, Pamplona, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- Olavarría Gambi, M., *La institucionalización y gestión estratégica del acceso a la información y la transparencia activa en Chile*, Santiago, Ed. Consejo para la Transparencia, 2010.
- Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado, 1995.
- Piñar Mañas, J. L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en García Macho, R. (ed.), *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010.
- Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Debate, 1990.
- Rajevic Mosler, E., “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación”, en VV.AA., *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile*, Santiago, Ed. Expansiva-Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- Rivero Ortega, R. y otros (dirs.), *Instituciones de procedimiento administrativo común (Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)*, Lisboa, Juruá Editorial, 2016.
- Sánchez Blanco, Ángel, *Autoridad en la regulación, directriz constituyente*, Pamplona, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- Valcárcel Fernández, P., “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”, en López Ramón, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.
- Valero Torrijos, J., *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.



## **Normativa citada**

Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

Carta Democrática Interamericana del 2001.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para África del 2012.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917.

Constitución Política de la República de Chile de 8 de agosto de 1980 (CL), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. N°100/2005, MINSEGPRES (D.O. 22 de septiembre del 2005).

Convención Africana sobre Acceso a la Información del 2011.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Convenio de las Naciones Unidas sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente de 1998.

Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos del 2009.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil español.

Reglamento interior del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos de 20 de febrero del 2014.

Decreto N°13, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento de la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, promulgado el 2 de marzo del 2009 y publicado en el *Diario Oficial* el 13 de abril del 2009.

Decreto N°20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, aprueba Estatutos de funcionamiento del Consejo para la Transparencia, promulgado el 23 de mayo del 2009 y publicado en el *Diario Oficial* el 3 de marzo del 2009.

Ley N°9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Ley N°19.628, sobre protección de la vida privada, fue promulgada el 18 de agosto de 1999 y publicada en el *Diario Oficial* con fecha 28 de agosto de 1999

Ley modelo interamericana sobre acceso a la información fue aprobada el día 8 de junio del 2010.

Ley N°20.050, de 18 de agosto del 2005, de reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (D.O. de 26 de agosto del 2005).

Ley N°20.880 de 24 de diciembre del 2015, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses (D.O. de 5 de enero del 2016).

Organización de Estados Americanos para América del 2010.

Ley Orgánica N°5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), actualmente derogada por la hoy vigente Ley Orgánica N°15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Ley Orgánica N°15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal.

Leyes modelos sobre acceso a la información pública de la Commonwealth del 2002, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 11 de junio del 2002, que ha sido recientemente derogada y sustituida por la nueva Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 9 de mayo del 2016.

Ley Federal de protección de datos personales en posesión de los particulares de 5 de julio del 2010.

Ley Federal de Archivos de 23 de enero del 2012.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1966.

Resolución Exenta N°398 del 2012 del Consejo para la Transparencia, aprueba el nuevo Reglamento Orgánico del Consejo para la Transparencia y deroga la Resolución Exenta N°43, del 2010 y sus modificaciones. Posteriormente, dicha resolución fue modificada por las siguientes resoluciones exentas dictadas por el Consejo para la Transparencia, N°263 del 2013 y N°354 del 2016.

Reglamento de desarrollo, aprobado mediante RD N°1720/2007, de 21 de diciembre.

Estatuto de la Agencia, aprobado mediante Real Decreto N°428/1993, de 26 de marzo.

Ley N°34/2012, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Reglamento (CE) N°1049/2001, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo del 2001.

Ordenanza tipo de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) de transparencia, acceso a la información y reutilización, de 27 de mayo del 2014.

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea de 1957.

### **Normativas citadas en el ámbito autonómico español:**

1. Andalucía: Ley Nº1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; Decreto Nº434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía; Resolución de 8 de marzo del 2016, por la que se crea un Registro General de Documentos.
2. Aragón: Ley Nº8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Decreto Nº32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y de Funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón.
3. Canarias: Ley Nº12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública.
4. Cantabria: pendiente. Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 10 de febrero del 2016.
5. Castilla-La Mancha: Ley Nº4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha de 6 de septiembre del 2016; Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 30 de diciembre del 2015.
6. Castilla y León: Ley Nº3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; Decreto Nº7/2016, de 17 de marzo, por el que se regula el Procedimiento para el Ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública en la Comunidad de Castilla y León.
7. Cataluña: Ley Nº19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, Decreto Nº169/2014, de 23 de diciembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
8. Extremadura: Ley Nº4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, Ley Nº18/2015, de 23 de diciembre, de cuentas abiertas para la Administración Pública Extremeña; Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 3 de febrero del 2016.
9. Galicia: Ley Nº1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno.
10. Islas Baleares: Ley Nº4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno de las Illes Balears; Decreto Nº24/2016 de 29 de abril, de

creación y de atribución de Competencias a la Comisión para la Resolución de las Reclamaciones en materia de Acceso a la Información Pública.

11. Madrid: pendiente. Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 2 de noviembre del 2016.
12. Murcia: Ley Nº12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
13. Comunidad Foral de Navarra: Ley Foral Nº11/2012 de la Transparencia y del Gobierno Abierto.
14. País Vasco: Decreto Nº128/2016, de 13 de septiembre, de la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública; Proyecto de Ley de Transparencia, Participación Ciudadana y Buen Gobierno del Sector Público Vasco.
15. Principado de Asturias: Proyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno del Principado de Asturias. Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 21 de diciembre del 2015.
16. La Rioja: Ley Nº3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 22 de febrero del 2016.
17. Comunidad Valenciana: Ley Nº2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana; Ley Nº5/2016, de 6 de mayo, de Cuentas Abiertas para la Generalitat Valenciana.
18. Ciudad Autónoma de Ceuta: Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 25 de febrero del 2016.
19. Ciudad Autónoma de Melilla: Decreto Nº 43 de fecha 14 de julio del 2016, relativo a la Aprobación Definitiva del Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Ciudad Autónoma de Melilla. Convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 1 de abril del 2016.

## **Jurisprudencia citada**

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de 19 septiembre del 2006

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do araguaia”) vs. Brasil, de 24 de noviembre del 2010

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo con el caso de Társaság a Szabadságjogokért vs. Hungría, sentencia de 14 de abril del 2009, y el caso de Kenedi vs. Hungría, sentencia de 26 de agosto del 2009

## Materiales de consultas

Aportaciones al III Plan de Acción de Gobierno Abierto de España realizadas desde el 25 de julio de 15 de septiembre del 2016. Disponible en el portal de Gobierno Abierto de España. [http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\\_Home/index/Mas-Transparencia/Gobierno-abierto.html#Componente1](http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Mas-Transparencia/Gobierno-abierto.html#Componente1). Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2016.

Agencia Española de Protección de Datos, *Plan Estratégico 2015-2019*. En línea: <https://www.agpd.es>. Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2016.

Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, *Plan Estratégico 2015-2020*, Madrid, 2015.

Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, *Propuesta de Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, México, Ed. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, 2014.

Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, *Misión, Visión y Objetivos*. En línea: <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/misionViosionObjetivos.aspx>. Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2016.

Instituto Nacional de Administración Pública, *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

Organización de Estados Americanos, *Comentarios y guía de implementación para la ley modelo interamericana sobre acceso a la información*, AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General, Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información, de 23 de abril del 2010.



## REFLEXIONES SOBRE MALAS PRÁCTICAS, CORRUPCIÓN Y ÉTICA DEL BIEN COMÚN. UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

## REFLECTIONS ON BAD PRACTICES, CORRUPTION AND ETHICS OF THE COMMON GOOD. A VISION FROM ADMINISTRATIVE LAW

PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO<sup>1</sup>

**Resumen:** El artículo reflexiona sobre el interés general y el bien común como fundamento del sistema democrático y cómo el Derecho Administrativo, a través de la Administración, se concreta en la corrección y el respeto de estas reglas, valores y principios.

**Palabras clave:** Corrupción. Derecho administrativo. Administración pública. Ética. Bien común.

**Abstract:** The article reflects on the general interest and the common good as the foundation of the democratic system and how Administrative Law, through the Administration, is concentered in the correction and respect of these rules, values and principles.

**Key words:** Corruption. Administrative law. Public administration. Ethics. Common benefit.

1 Profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca. Docente del “Máster Universitario en Estrategias anticorrupción y políticas de integridad” y del “Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global”, ambos de la Universidad de Salamanca. Este trabajo es un extracto y actualización del titulado “Algunas reflexiones sobre malas prácticas, corrupción y ética del bien común. Una visión desde el Derecho Administrativo”, elaborado en colaboración con la Dra. María Cruz Díaz Díaz, *Revista de Estudios Locales CUNAL*, N°180, mayo, 2015.

## I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA: LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Las malas prácticas administrativas o su evolución más nociva y reprochable, la corrupción administrativa, se han convertido en un lamentable denominador común en la gestión pública de una inmensa mayoría de los países, poniendo de manifiesto la vulnerabilidad de las instituciones públicas. Pocas naciones pueden exhibir, no sin tremendo orgullo, que sus estructuras de gobierno y administración no padecen este tipo de patologías y, por lo tanto, su sistema político, su democracia, se encuentran completamente saneadas e inmunes a esta pandemia. Y no es este un problema nuevo, no son pocas las referencias históricas a la corrupción administrativa<sup>2</sup>, pero sí podemos afirmar que en la actualidad el impacto objetivo sobre todas las estructuras que dan soporte al Estado y el consecuente reflejo subjetivo en los ciudadanos, difícilmente encuentran antecedentes mediatos para comparar.

Esta referencia a la extensión temporal y global del problema no supone un vano intento de difuminarlo o diluirlo en la totalidad; simplemente se trata de realizar una primera aproximación a la magnitud de esta realidad y a la extensión que alcanza su larga y amenazante sombra.

Si pudiéramos establecer en un sumatorio la dimensión cuantitativa y cualitativa del problema, el tiempo que llevamos padeciendo en muchos países esta patología, junto a los relativamente escasos avances en la solución del problema (sobre todo desde la perspectiva del ciudadano medio), entenderíamos que, por mucho que se haya escrito y estudiado, aún no conocemos de manera completa los elementos causales de este desviado proceder en el ámbito, esencialmente, público o que, partiendo del sector privado, traspasa ampliamente las fronteras de lo público<sup>3</sup>.

2 Puede consultarse las referencias históricas que se realizan en el muy interesante y, a día de hoy, prospectivo trabajo de Sánchez Goyanes, E.: “La corrupción urbanística (española y globalizada) en el congreso internacional de Río sobre ética y buen gobierno”, Diario La Ley Nº6709, 9 de mayo del 2007.

3 Como señala Barra Gallardo, el tema de la corrupción pertenece al ámbito de lo público y lo privado, aun cuando existe una tendencia a relegar el fenómeno de la corrupción a la esfera de lo público. Sobre esta cuestión, puede consultarse el trabajo de Carlos Gómez-Jara Díez, C.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, en el que se aborda el establecimiento de un importante incentivo para que las empresas que contraten con el Estado adopten programas de cumplimiento (*Compliance Programs*) penales y colaboren con la Administración de Justicia. Barra Gallardo, N., *Fenómenos de corrupción en el mundo*



Gravedad cuantitativa pero mucho más significada, desde nuestro punto de vista, cualitativa ya que, como hemos podido anticipar, supone un impacto directo a la línea de flotación de la confianza que los ciudadanos depositan en sus instituciones y representantes.

O, dicho en otras palabras, los problemas de malas prácticas y especialmente de corrupción, desde un punto de vista teórico-jurídico no plantean mayor dificultad que la de solicitar una previsión normativa adecuada y la correcta aplicación de esta confiando en la buena actuación de los poderes del Estado, particularmente del judicial. En este sentido, sin entrar en el problema del control interno de la gestión pública y la actuación *ex ante*, eminentemente preventiva, sobre la que se asienta el Derecho Administrativo, los casos de corrupción conocidos y juzgados pueden ser identificados como casos de éxito en cuanto al funcionamiento del Estado de Derecho, al menos de una parte de este, ya que, sin desconocer los tradicionales problemas de dilación y déficit de medios<sup>4</sup>, la persecución policial y el proceder de la Justicia es más que evidente e intenso con un empeño ejemplarizante poco conocido hasta la fecha<sup>5</sup>.

Pero el daño que la corrupción provoca no es posible sanearlo, sin más, a través de una sentencia o, en muy contados casos, mediante una actuación administrativa previa. La pérdida de confianza y legitimidad ante el ciudadano cuesta mucho recuperarla (podría incluso decirse que es generacional),

*actual. Relación entre lo privado y lo público*, Santiago, Legal Publishing, 2007, p. 9. Carlos Gómez-Jara Díez, C.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, *Diario La Ley*, N°8.423, Sección Tribuna, 18 de noviembre del 2014 (La Ley N°8.175/2014).

- 4 No son pocas las declaraciones y comentarios realizados sobre la precariedad y falta de adaptación del sistema judicial español a la tipología de los delitos vinculados a la corrupción administrativa. Sirva como ejemplo los diversos comentarios aparecidos en el *Diario La Ley* como “*Veleidades sobre la corrupción, los planes urbanísticos y las devoluciones en caliente*” o “*La declaración de A Coruña de los Tribunales Superiores*”. *Diario La Ley*, N°8.422 y 8.434, Sección Corresponsalía Autonómica, de 10 y 17 de noviembre del 2014. La Ley N°252.506/2014. Igualmente pueden consultarse distintos trabajos doctrinales como, entre otros: De la Cuesta Arzamendi, J. L.: “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *Diario La Ley*, N°8.153, Sección Tribuna, 20 de septiembre 2013, La Ley N°5.149/2013. Gimeno Sendra I, V.: “Corrupción y propuestas de reforma”, *Diario La Ley*, N°7.990, Sección Doctrina, 26 de diciembre del 2012. La Ley N°19.035/2012.
- 5 Sobre esta cuestión resulta significadamente destacado el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N°1 de Valladolid de 17 de noviembre del 2014, por el que fue revocado el tercer grado concedido al exministro y expresidente de Baleares, Sr. Jaime Matas. Auto comentado por el *Diario La Ley* bajo el título “Los padecimientos del interno Matas”. *Diario La Ley*, N°8.434, Sección Corresponsalía Autonómica, de 3 de diciembre del 2014. (La Ley N°274.678/2014).

siendo esa confianza la esencia del propio sistema democrático. Se está afectando al elemento medular del sistema, de tal forma que la confianza en las instituciones y sus titulares no puede ser considerada un bien jurídico más que resulta ser digno de protección. Es el bien de bienes, el elemento medular de una democracia, el que se está socavando. Así podemos verlo reflejado en el *Libro blanco sobre el futuro de Europa (reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025)*<sup>6</sup> al identificar la indiferencia y desconfianza hacia la actuación de los poderes públicos como un campo abonado para la retórica nacionalista y populista.

Desde la perspectiva expuesta de legitimidad y credibilidad, el problema es aún mayor, ya que la corrupción no solo horada el sistema desde su epicentro o desde el punto donde se localiza el supuesto de mala práctica o de corrupción. Su impacto y extensión es tan importante que no es posible acotar su daño dentro de los estrictos límites del ámbito en el que se ha desarrollado. La corrupción extiende también su toxicidad a ámbitos o sectores públicos donde el desempeño de la función es correcto en términos de legalidad y acertado para el interés general. Esto es, la corrupción lanza un velo de desconfianza o suspicacia que, de manera muy injusta, recae sobre todos los actores, teniendo el nocivo efecto de generar una deletérea falta de credibilidad en el conjunto del sistema. Pensar que ante la corrupción y su práctica “todos son iguales” es una patología democrática peligrosa que lleva a que baje la estima y el apoyo ciudadano a la democracia, generando un espacio político donde pueden aflorar movimientos contrarios al mismo sistema democrático constitucionalmente establecido a través de un generalizado consenso, trasladándose la idea que es el propio sistema, corrompido e injusto, el que oprime la libertad y el progreso de los ciudadanos.

Pero aún hay más, el clima de escándalo y común rechazo que genera un marco de malas prácticas y corrupción, puede ser utilizado torticeramente para alcanzar el desprestigio de la persona o institución que injustamente se apunta como corrupta sin más apoyo que el del acceso a un medio de comunicación que lanza la noticia con la finalidad que un mediático juicio inquisitorial dicte un rápido veredicto de culpabilidad. Veredicto, condena social, que no sin mucha dificultad el afectado podrá levantar. Hasta en eso es perversa la corrupción, por cuanto la alarma social que los casos reales generan, puede ser aprovechada como arma para la anulación política o la

6 Disponible en [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/whitepaper\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/whitepaper_en.pdf). Consultado el 9 de marzo del 2017.

destrucción del crédito social y la honorabilidad de un rival trastocando principios tan elementales en un Estado de Derecho como los de seguridad jurídica o presunción de inocencia, sin perjuicio de la vulneración de otros derechos fundamentales como el honor, la propia imagen o la intimidad personal y familiar<sup>7</sup>.

Obvio es que, infelizmente, se conocen este tipo de reprochables comportamientos que, ubicados esencialmente en el ámbito político, deben contar con conjunción de dos elementos: por un lado, la presencia de actores irresponsables y con pocos escrúpulos ajenos a cualquier buen sentido de la vida pública que prefieren la destrucción y el desdén, incluso del propio sistema, por la pírrica victoria de ver, aunque sea por unos días, a su rival desacreditado. Por otro lado, la infeliz existencia de medios de comunicación que se prestan a ese tipo de maniobras. Medios de comunicación que, o bien, abusan de las fundamentales libertades de información y expresión, plegándose a espurios intereses o, simplemente, olvidan su responsabilidad y rigor profesional.

Pero todos, en conjunto, no consideran el principio general de prevención del daño por el que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado y de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un perjuicio, o disminuir su magnitud<sup>8</sup>.

En este marco expositivo, nada más incalificable para un Estado de Derecho que sea desde una institución pública la sede desde la que se pueda llevar a cabo una acción tan reprochable por cuanto, sin duda, habría de ser considerada una intolerable modalidad de corrupción administrativa a través del ejercicio de una violencia de Estado vergonzosa y vergonzante de obligada y expeditiva respuesta tanto en sede administrativa como judicial.

7 Sobre esta cuestión pueden consultarse el trabajo de Rodríguez Fernández, R.: “Los juicios paralelos”, La Ley Penal, N°90, Sección Estudios, febrero del 2012. La Ley N°785/2012.

8 Vid. Sentencia de la Suprema Corte de la Nación Argentina de 28 de octubre del 2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”. Puede consultarse en la página <http://tuespaciojuridico.com.ar/tudocrina/wp-content/uploads/2014/10/Fallo-Corte-buscadores-de-internet.pdf>

## II. HACIA UNA POSIBLE IDENTIFICACIÓN DE LA ETIOLOGÍA DEL PROBLEMA

Redundando en la idea ya expuesta, hay que desentrañar las raíces del problema, seguir avanzando en el estudio y correcto diagnóstico de esta patología que tanto afecta a la salud democrática de un país, de tal forma que el pleno conocimiento nos lleve a remedios y buenas prácticas que prevengan, minimicen y, en su caso, respondan de manera determinante y ejemplar.

Y son muchos los frentes de estudio, análisis y actuación en los que especialistas y operadores de muy distintas disciplinas tratan de aportar su esfuerzo y conocimiento a la búsqueda de causas, diagnosis y, por tanto, de remedios a un problema que, hoy por hoy, en España se eleva y consolida en el listado de inquietudes de los ciudadanos solo superado por la preocupación que provoca el desempleo<sup>9</sup>.

Desde nuestra perspectiva, avanzando en los estudios realizados sobre la materia<sup>10</sup>, son cuatro aspectos los que podríamos destacar en este momento como referencias de particular atención: la actividad contractual, la financiación electoral, el control de la actividad pública y la ética en el servicio público. Cuatro frentes donde, sin lugar a dudas, se libra la batalla contra las malas prácticas y la corrupción pública, pero también, no lo olvidemos, frente a la corrupción de naturaleza privada.

### 1. Contratación pública

La contratación pública, ámbito en el que tenemos en juego gestión y recursos públicos, siendo repetido escenario de no pocas malas prácticas administrativas y gravísimos casos de convergente corrupción pública y privada, esencialmente, a través de la parametrización de los contratos públicos cuyo volumen económico e importancia social los convierte en un área de especial atención y control de especial compromiso para el interés general. Como se ha señalado por buena parte de la doctrina, se trata de

9 [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Indicadores/documentos\\_html/TresProblemas.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html)

10 Nevado-Batalla Moreno, P. T.: "Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas", en *Buen Gobierno y Corrupción. Algunas perspectivas*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile-GRESCO-AECI, 2009.

una auténtica área de riesgo donde el procedimiento de contratación, la cualificación y composición de los órganos de contratación, la existencia de una eficaz y rápida tutela restitutoria de la legalidad y, en su caso, resarcitoria, deben ser elementos básicos e incuestionables que enlazan con esa vocación preventiva del Derecho Administrativo que por muchas veces que se repita siempre serán pocas<sup>11</sup>.

Hace ya una década el profesor Sotiropoulos identificaba como clientelismo “*at the bottom*” el control interesado que cierta burocracia política llega a ejercer frente al personal de nivel intermedio, quienes desarrollan funciones técnicas vinculadas a la contratación pública<sup>12</sup>. Hoy, esa categoría sigue siendo correcta, pero nos encontramos con no pocos supuestos en los que se prescinde sin empacho de este nivel intermedio o, incluso, hay casos tanto a nivel de burocracia política como de burocracia técnica. Todo lo cual nos evidencia el declive de un sistema que, en algunos casos, sin querer generalizar, ya no asegura que la voluntad administrativa es la que se identifica con el interés general, perdiéndose toda prevención y, por tanto, el aseguramiento de satisfacer de manera única y preferente el interés general.

Y en esta decadencia tiene mucho que ver una parte del sector privado y sus fuertes intereses en el mercado de la contratación pública. Obvio es, como acabamos de ver, que el derecho articula medidas de prevención que tratan de asegurar la mejor y más ajustada decisión administrativa en materia de contratación pública, pero, como también apuntábamos líneas atrás, la ofensiva contra las malas prácticas y la corrupción debe alcanzar igualmente a la represión de aquellos operadores que tratan de alcanzar una mejor posición de mercado en el ámbito de la contratación pública a través de medios desviados de la legalidad. Es injustificable que un gestor público u órgano de contratación sucumba a este tipo de influencia, donde las dádivas o las comisiones económicas son el medio habitual, pero el comportamiento de este tipo de operadores privados resulta doblemente nocivo.

11 En este sentido, resulta especialmente acertada la síntesis que realiza el profesor Gimeno Feliú, J. M. en su artículo “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 12 de noviembre del 2014. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/re/menu.3/chk.a03dd2533969b161aae8a4e681c92da1>

12 Sotiropoulos, D.: “Democratization, Administrative Reform and the State in Greece, Italy, Portugal and Spain: Is There a ‘model’ of South European Bureaucracy?”, *The Hellenic Observatory The European Institute*, The London School of Economics and Political Science del Abril, 2004.

En primer lugar, como factor determinante del origen del problema que nos ocupa por su falta de ética profesional apartada de lo que auténticamente puede considerarse como actividad empresarial.

En segundo lugar, por el menoscabo al principio de libre competencia con los efectos que ello conlleva a los mercados.

Estas consideraciones revelan bien a las claras los motivos por los que la tradicional motorización legislativa del Derecho Administrativo tenga en el ámbito contractual y por mayoritaria iniciativa de la Unión Europea<sup>13</sup>, un ámbito de continuos cambios normativos tendentes a tratar de garantizar la pulcritud en la contratación pública a través del respeto de principios tan elementales para el Derecho Administrativo como los de publicidad, concurrencia, vinculación a la mejor oferta o tutela restitutiva. Autoridades de la Unión Europea preocupadas, sin duda, por la corrupción administrativa pero, también, por el buen funcionamiento del mercado interior tal y como una vez se evidenció en la icónica Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero del 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE<sup>14</sup>.

13 Respecto a esta cuestión, pueden consultarse los trabajos de Moreno Molina, J. A., “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al derecho español”; Carbonero Gallardo, J. M.: “Las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública: claves para una primera lectura”; Moreno Molina, J. A., “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al derecho español”, *Contratación Administrativa Práctica*, Nº129, Sección Reflexiones, Editorial La Ley; Carbonero Gallardo, J. M.: “Las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública: claves para una primera lectura”, *Contratación Administrativa Práctica*, Nº131, Sección Esquemas Prácticos, mayo del 2014, Editorial La Ley.

14 La primera consideración de la Directiva 2014/24 UE no puede ser más clara al respecto: “La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia (...)”. A mayor abundamiento, puede consultarse la ponencia del profesor Gimeno Feliú, J. M.: “La aplicación de la legislación contractual tras la entrada en vigor de las nuevas Directivas de contratación pública. El efecto directo y las consecuencias prácticas”, disponible en: <http://cantabria.es/documents/16608/3745123/Ponencia+de+Jos%C3%A9+20Mar%C3%ADa+Gimeno+Feliu.pdf>. Consultado el 3 de marzo del 2017.

## 2. Financiación electoral

La financiación electoral o financiación de los partidos políticos, idéntico escenario, por habitual y extendido, de corrupción y modulación del interés general en beneficio de los denominados “intereses de partido”<sup>15</sup>, confirmando la idea plasmada, entre otros, por el profesor Nieto de la existencia de una descarnada lucha por el poder y su botín<sup>16</sup> en la que, entre otras malas prácticas, no importa alterar el orden de prelación de los intereses a satisfacer, tratando de influenciar políticamente a la burocracia administrativa (recordemos, clientelismo “*at the bottom*”), parametrizando sus decisiones en aquellas materias de especial trascendencia económica como es la contratación pública a la que antes nos referimos.

No es decir nada que no se haya expuesto ya hasta la más cargada reiteración que la financiación de los partidos, como auténtica área de riesgo, ha de estar perfectamente regulada bajo el principio, especialmente significado en este ámbito, de transparencia<sup>17</sup>. Pero no se acaba de lograr ese objetivo y solo a golpe de escándalo basado en un hecho de corrupción periódico y multipartidista se han apreciado avances para que el proceso electoral y los partidos políticos concurrentes no descuiden su posición como elementos fundamentales del sistema democrático, evitando convertirse en agentes degradantes del propio sistema que, precisamente, han de sostener y reforzar a través de su desarrollo y comportamiento.

Descendiendo un poco más, debería recordarse que los partidos políticos, pese a su ubicación constitucional, son organizaciones que tienen como principal objetivo la captación de votos para el triunfo electoral. Objetivo que, sobre todo en los últimos años, puede descubrirse por encima de otras finalidades de mayor rango e importancia para la nación tal y como puede evidenciarse, entre otras máculas de la burocracia política, en el escaso aprecio

15 Vid. Rivero Ortiz, R.: “Financiación de los partidos políticos. Tipificación penal de los actos de sobrecogimiento (de sobres)”, Diario La Ley, N°8080, Sección Tribuna, 10 mayo del 2013 (La Ley N°2228/2013).

16 Pueden consultarse, entre otros, los trabajos “La corrupción en la España democrática” y “El desgobierno de lo público”.

17 En buena medida, la transparencia en la financiación de los partidos ha estado estrechamente ligada a la modalidad elegida. Sin embargo, no parece razonable admitir que el modelo de financiación deba imponer modulación al principio de transparencia como principio elemental para todos los actores, especialmente los cualificados, del sistema democrático. Puede consultarse el trabajo de Rodríguez López, A., “Ventajas e inconvenientes de la financiación pública de los partidos políticos”, *Actualidad Administrativa*, N°18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 octubre del 2011, p. 2259, tomo 2, Editorial La Ley.

al principio de continuidad de políticas públicas más allá de la alternancia democrática<sup>18</sup>. Debiendo entenderse también que la Administración y el derecho que regla su actividad, el Derecho Administrativo, están al servicio de los supremos intereses de la nación, al servicio del bien común y no, particularmente, al servicio de un partido político por mucho que una victoria electoral determine que la correspondiente ideología partidista concrete, por esa elección democrática de los ciudadanos, la concreción del interés general. Precisamente, es el Derecho Administrativo el que evita que puedan producirse arbitrariedades, abusos o desviaciones de poder en beneficio partidista o clientelista.

Por ello, resulta fundamental para el sistema, para el interés público, la existencia de un correcto modelo de financiación basado en la transparencia, por tanto control, y la responsabilidad.

### 3. Control de la actividad pública

Por lo que se refiere al control de la actividad pública, podemos afirmar, sin tampoco demasiada novedad, que se trata del fundamental instrumento que garantiza y, en su caso, defiende el propio sistema garantizando el acierto y legalidad de las decisiones públicas. Control que en pocas ocasiones ha sido objeto de una intencionada voluntad de preterición o, directamente, de elusión justificada y entendida desde la traslación del centro de gravedad de toda acción pública en el bien común, hacia otro punto o puntos particulares o clientelistas, espurios a dicho bien común o general.

18 El problema, en apretada síntesis, puede expresarse en pocas palabras: el abandono del buen sentido político. Y basta poner un ejemplo para la reflexión personal: en relación a la Ley Nº27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite la demanda de cerca de 3.000 ayuntamientos de toda España gobernados por distintos partidos de la oposición y que representan a unos 17 millones de ciudadanos en contra de la reforma local que dicha norma impulsa. Examinar otros sectores de importancia crítica para una nación y sus ciudadanos como pueden ser el educativo, sanitario o la seguridad entre otros, es plantear escenarios de gran desolación política y notable inquietud social. Como anunciaba Ronald Dworkin, ya en el 2006, “estamos ante una cultura política deplorable, mal equipada y preparada para el reto de conseguir la justicia social y afrontar la amenaza emergente del terrorismo. Es necesario recuperar el buen sentido y construir una moral política y personal que, con sus principios comunes a todos, reemplace el desprecio y el desdén por el respeto recíproco y el debate útil”. Dworkin, R.: *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Edit. Paidós, 2008.



Solo de esta manera puede entenderse cómo es posible que los muchos y variados controles que dispone la Administración tanto en su organización como en los propios postulados normativos del Derecho Administrativo no hayan sido capaces de activar respuesta alguna ante las reconocibles señales de peligro que derivaban de comportamientos más que palmarios por su desviación o carácter irregular. Y no es que nos estemos refiriendo a riesgos incubados que en un momento concreto llegan a aflorar (que también deberían ser detectados y corregidos), tampoco a pequeños descuidos, inaplicaciones u omisiones puntuales (que también construyen el camino hacia la corrupción administrativa y, por tanto, han de ser proscritas); nos referimos a clamorosos casos donde no ha habido percepción alguna de peligro para el interés general, sin que pueda haber una respuesta razonable a la omisión en el ejercicio de las funciones de control que tanto órganos específicos para ello como cualquier superior jerárquico respecto a quienes están a él subordinados han de ejercer.

Obviamente, sin respuesta a esta primera pregunta, ya no se plantea la que de manera lógica y sensata podría hacerse un ciudadano medio: por qué tampoco se conoce ninguna exigencia generalizada de responsabilidad por el mal desempeño de las funciones de control prevenidas por el Derecho Administrativo.

En todo caso, podemos decir que siempre se genera cierta tensión cuando se plantea la idea de control o alguna de sus vertientes como la rendición de cuentas, elemental obligación en cualquier organización compleja que no maneja fondos propios (los recursos públicos son de los ciudadanos) o tiene encomendadas obligaciones tan relevantes como la seguridad, la educación, la sanidad o el buen desarrollo de la economía. Y es que el control genera honestidad y, por tanto, confianza en los gestores, pero siendo una verdad incuestionable y mil veces declarada, a la hora de la verdad, el control, la rendición, la fiscalización, resultan incómodas quizá porque no existe el verdadero convencimiento de estar cumpliendo adecuadamente con los deberes que impone la alta responsabilidad que es desempeñar una función pública en el nivel que corresponda, desde el más elevado al más modesto de la jerarquía administrativa, aunque todos igual de importante para la salvaguarda de los intereses de la Administración que son los de todos los ciudadanos.

#### 4. Ética en el servicio público

Finalmente, la ética como fundamento de quien va a ser titular de competencias y potestades cuyo ejercicio solo puede estar orientado al interés general pero, también, ética, moralidad de todos los ciudadanos en cuanto es el ciudadano el que en ejercicio de uno de sus derechos fundamentales puede ejercer un cargo o función pública o decidir quién debe hacerlo para defender sus intereses.

Generar un espacio ético, de ejemplaridad, en el desempeño de las funciones que cada ciudadano tiene encomendadas tanto en el ámbito público como en el privado, es un factor decisivo para la consolidación cívica y, por tanto, democrática de una nación. Y el derecho, en especial el Derecho Administrativo, tiene un papel fundamental en el establecimiento de los perfiles de ese espacio ético en el que se desenvolverá el ejercicio de titularidades públicas ya que, más allá de la educación, el convencimiento personal o la sujeción a unos valores de honestidad que enfilen una conducta profesional, se necesita de los valores objetivos, de la programación y la determinación de la norma en la defensa del interés general para asegurar el único entorno posible en el que desarrollar funciones públicas. En suma, es el Derecho Administrativo el que establece lo que debe ser y lo que no debe ser a la hora de actuar en el ámbito público, supraordenando siempre el interés general frente a cualquier otro tipo de interés.

Desde los parámetros expuestos, no podemos estar más de acuerdo con González Pérez, quien ya tempranamente, hace ya casi veinte años, además de denunciar la *quiebra general de los valores morales en la vida política y en la privada*, ancló la ética de la Administración y, por tanto, de los servidores públicos en el cumplimiento del principio de legalidad y más concretamente en el bloque jurídico-administrativo<sup>19</sup>, que es el que cristaliza los valores de lo público, del interés general en cualquiera de sus modalidades. Pero esos valores, como indica López Quintás, deben ser realizados, deben ser convertidos en principios internos de actuación. *No son una mera idea. Son ideas propulsoras y orientadoras de nuestra conducta*<sup>20</sup>.

19 Intervención en la sesión de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de 20 de febrero de 1995, “Ética en la Administración Pública”. En [http://www.racmyp.es/resultado\\_busqueda.cfm?q=gonzalez%20p%C3%A9rez](http://www.racmyp.es/resultado_busqueda.cfm?q=gonzalez%20p%C3%A9rez). Igualmente puede consultarse el trabajo del mismo autor, *La Ética en la Administración Pública*, 2ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 2014.

20 López Quintás, A., “El conocimiento de los valores”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LX - Número 85, Curso académico 2007-2008, pp. 17-34.

Por tanto, es en el cumplimiento obrar conforme a las reglas propias del Derecho Administrativo donde encontramos una primera y significativa manifestación de comportamiento éticamente correcto en el ámbito de la gestión pública, estableciéndose las condiciones internas y externas para el desarrollo y el progreso social. Y es que, es esa parte del ordenamiento jurídico, el Derecho Administrativo, el que de manera preferente establece la relación que debe tenerse con el bien común, siendo inequívoca manifestación de comportamiento ético. Fuera de esa relación, ni hay ni puede haber ética pública o, como lo hemos denominado, ética del bien común.

Será este el frente al que dediquemos nuestra atención concretado o, más bien, levemente modulado, en la idea de ética del bien común tal y como seguidamente podremos comprobar.

### III. LA AUSENCIA DE UNA ÉTICA DEL BIEN COMÚN: POSIBLES CAUSAS

#### **1. Consideraciones previas. Distinción entre mala gestión pública y corrupción administrativa**

Cualquiera de los temas apuntados en el epígrafe anterior resulta de un interés sobresaliente y ha sido abordado por brillantes y muy superiores autores. No obstante, tal y como hemos anticipado, a la vista de la realidad que el día a día nos muestra, debemos detenernos en el punto relativo al comportamiento en el desempeño de funciones públicas y, por obligada extensión, también privadas.

Y es que, sin ánimo de ser reiterativo en cuanto al fenómeno de la corrupción identificado ya como magnitud de gran escala en todos los sentidos, entendemos que en su etiología la raíz del problema podemos encontrarla en la ausencia de una conducta éticamente correcta vinculada a un desempeño profesional regido por el cumplimiento del principio de legalidad concretado en bloque jurídico-administrativo. Afirmación que por sí misma no supone una gran aportación pero que, si abundamos un poco en el tema, encierra en sí misma una serie de interrogantes que no resultan sencillas de responder.

¿Qué mueve a titulares de altas instituciones de un Estado incumplir sus obligaciones más elementales y discurrir por la sinuosa y oscura senda de la corrupción?<sup>21</sup>.

¿Qué le pasa por la mente a un diputado o un alto cargo de la Administración para hacer un mal uso de fondos públicos en beneficio propio?<sup>22</sup>.

¿Qué razonamiento desarrolla un grupo de diputados para dejarse sobornar?<sup>23</sup>.

¿Por qué autoridades académicas, profesores universitarios, disponen del presupuesto de sus Departamentos con fines privados?<sup>24</sup>.

Todos estos casos y otros cientos que podría mostrarnos el mapa judicial que trazan las sentencias dictadas sobre la materia (generalmente penales y, sin perjuicio, de las evidencias mostradas por las causas abiertas aún *sub iudice*), tienen además el denominador común de evidenciar una corrupción, llamémosla, grosera, de poca elaboración (si es que se puede admitir algún desarrollo intelectual o técnico en la materia, en todo caso, reprochable y de obligada proscripción) que incluso atenta la inteligencia o conocimiento medio de cualquier ciudadano. Es, en muchas ocasiones, un proceder sin empacho de simple saqueo de fondos, muy habitualmente públicos, tan burdo que, como decíamos líneas atrás, llega incluso a sorprender por los perfiles de los sujetos activos involucrados<sup>25</sup>.

Comportamiento que nada tiene que ver con lo que también, siguiendo a Nieto, identifica como la errónea fijación de políticas públicas o la incorrecta

21 Siendo imposible citar el amplio listado de casos, puede consultarse, entre otros, el trabajo de Dolz Lago, M. J., “Caso Munar. Condena por malversación de caudales públicos, fraude a la Administración, falsedad de documentos mercantiles y prevaricación: concurso y delitos continuados”, Diario La Ley Nº8.232, Sección comentarios de jurisprudencia, 20 de enero, 2014. (La Ley Nº89/2014).

22 Entre tantos, puede tomarse como referencia el escándalo del abuso de dinero público por parte de diputados británicos que conllevó la dimisión del presidente de la Cámara de los Comunes.

23 Nos referimos al denominado caso Mensalão. Puede consultarse, entre otras, la obra de Villa, M. A., *Mensalão - o Julgamento do Maior Caso de Corrupção da História Política Brasileira*, San Pablo, Edit. Leya. Texto Editores, 2012.

24 STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 21 de abril del 2014 (La Ley Nº52.819/2014).

25 Tristemente no es sencillo optar entre la que es ya una copiosa jurisprudencia sobre la materia que nos ocupa, pero sirve a título meramente ejemplificativo la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, 4/2014 de 27 de mayo (La Ley Nº62.535/2014) en relación al denominado “Caso Cooperación” relativo a la trama de desvío de subvenciones públicas destinadas a proyectos de cooperación al desarrollo dirigida por un Consejero de la Generalidad Valenciana.

ejecución de estas por razones de incapacidad o negligencia. En síntesis, mala gestión.

Inadecuadas políticas ejemplo de mala gestión, de las que igualmente hay palmarias manifestaciones concretadas en inútiles aeropuertos, tranvías, palacios de congresos, instalaciones deportivas, parques temáticos y demás ocurrencias que se conformaron en las mentes de distintos responsables públicos que han dispuesto (y disponen) de las titularidades activas necesarias para hacerlas cristalizar a costa del esfuerzo fiscal de españoles y demás ciudadanos de la Unión Europea que ahora nos miran con perplejidad.

Es verdad que este tipo de políticas al haber absorbido recursos sin rendimiento alguno ha generado rechazo e indignación, afectando también al principio de confianza de los ciudadanos en sus instituciones, pero evidentemente no alcanza la verificación de un supuesto de irregularidad normativa que pueda conllevar una reacción jurídica concreta más allá de la “responsabilidad política” que puede dirimirse en las urnas y que para algunos es más que suficiente. No obstante, para muchos supone una perniciosa inmunidad que en nada beneficia al interés general pero que, ante la falta de previsión constitucional o estatutaria, la exigencia de responsabilidad por los resultados en la gestión resulta potestativo plantearla y formalizarla en un texto concreto<sup>26</sup>.

Nos situamos, por tanto, ante las malas prácticas, mala gestión al fin y al cabo, pero motivada por la satisfacción de intereses alejados de los que han de ser tutelados en el desempeño de funciones públicas y que conforman la corrupción administrativa.

26 Un destacado intento normativo de exigencia de responsabilidad a cargos y autoridades públicas en el desempeño de sus funciones es la Ley N°1/2014, de 18 de febrero, *de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, cuya exposición de motivos indica, de manera muy ortodoxa, que su objetivo es cumplir, entre otros, con los principios de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como el deber de las administraciones de servir con objetividad a los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia y sometimiento pleno a la ley y al derecho. Pero, además, de forma más novedosa, garantizando *la transparencia y el acceso a la información pública e implantando medidas de buen gobierno que generen una mayor legitimidad frente a los ciudadanos y, consecuentemente, una mayor solidez y calidad democrática*.

## 2. Deficiencias normativas

Una primera causa de la corrupción administrativa existente, podría ser la ausencia de una normativa más rigurosa y depurada.

Pues bien, sin demasiadas dudas, podemos entender que no es realmente una causa determinante del problema.

Si en algo se ha caracterizado la evolución legislativa de los países sujetos a un Estado democrático y de derecho, es la elaboración de una serie de bloques normativos que cualquier especialista en la materia podría evaluar de manera muy positiva en cuanto a la previsión de técnicas de tutela preventiva de los bienes jurídicos propios de la Administración, de actuación *ex ante*, control, transparencia, incluso de reacción a través de la exigencia de responsabilidades administrativas o penales de indudable efecto disuasorio.

Se mire por donde se mire, los ejemplos son elocuentes. Sin ningún ánimo de exhaustividad y a modo meramente ejemplificativo tratando de ampliar el ámbito territorial del análisis, podemos identificar, en un mínimo muestreo comparado, variados y muy notables referentes normativos: el “Estatuto Anticorrupción” de Colombia; las sucesivas modificaciones en materia de contratación pública en España; la muy loable y paradigmática “*Lei de improbidade administrativa*” de Brasil; la severa normativa anti-sobornos en Reino Unido (“*Bribery Act*”); en Argentina la Ley de ética en la función pública; la normativa peruana en materia procesal y de reparación civil a favor del Estado en caso de procesos seguidos sobre delitos de corrupción; el desarrollo de la función constitucional de transparencia y control social del Ecuador; la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de Costa Rica; la relativamente reciente Ley Anticorrupción francesa, etcétera. Y todo ello, sin perjuicio de las convenciones y tratados internacionales suscritos sobre la materia<sup>27</sup>.

Como podemos apreciar, entre normas y modelos legislativos comparados hay para elegir, pero el problema no está en la norma. El problema se identifica en el seguimiento y aplicación de la norma.

Si hiciéramos una valoración del rendimiento normativo en la materia, salvando el ámbito estrictamente penal que acapara el protagonismo del combate

27 Tómesese como referencias a título meramente ejemplificativo la *Convención Interamericana contra la corrupción* o la *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*.

contra este tipo de comportamientos, podríamos afirmar el nivel medio bajo de los resultados obtenidos en cuanto a la aplicación de técnicas preventivas y actuación *ex ante* propias del Derecho Administrativo<sup>28</sup>. Y, nuevamente, ahí tenemos el elemento humano, la actitud, el comportamiento de quien tiene las titularidades activas, las competencias para ejercerlas y, sin duda, quien está dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la norma, como el factor más débil de la ecuación. La insuficiencia normativa no procede del texto que en su día elaboró el legislador, aquella trae causa en la efectiva aplicación de las normas, del cumplimiento del principio de legalidad<sup>29</sup>.

Es más, la existencia de muchas normas con un escaso rendimiento, son malas variables para una buena gobernanza. Algo que ha sido bastante elemental a lo largo de la historia como por ejemplo se expresa en el consejo que Don Quijote da a Sancho, recién nombrado este gobernador de la Ínsula Barataria:

No hagas muchas pragmáticas (Decretos), y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella.

Y, unos pocos años después, en similar sentido, podemos también recordar los consejos de Saavedra Fajardo sobre la Ley:

*La multiplicidad de leyes es muy dañosa a las repúblicas, porque con ellas se fundaron todas, y por ellas se perdieron casi todas. En siendo muchas, causan confusión y se olvidan, o, no se pudiendo observar, se desprecian. Argumentos son de una república disoluta*<sup>30</sup>.

28 Así en la declaración conjunta de 5 de noviembre del 2014 realizada por varias asociaciones de magistrados, jueces y fiscales españoles se manifiesta, a la vista de los casos de corrupción que se padecen, que la responsabilidad de la necesaria regeneración democrática no puede recaer en exclusiva en la Justicia penal (vid. La Ley N°255127/2014).

29 Salvando una cierta distancia, un sencillo pero significativo ejemplo lo podemos tener en la estadística que pudiera hacerse de la aplicación del artículo 145 de la Ley N°30/92 sobre *exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*.

30 Saavedra Fajardo, D., “Idea de un príncipe político cristiano representado en cien empresas”, *Empresa 21: Con la ley rija y corrija*. Puede consultarse en <http://digibug.ugr.es/handle/10481/12066#.VFgWyMstBD8>

Por tanto, no parece lo más acertado la dinámica creación normativa que muy poco aporta o realmente modifica el régimen preexistente salvo por la estratificación de normas que sucesivamente se van acumulando en unos ordenamientos que lejos de buscar la abstracción, la generalidad y la proyección en el tiempo como características básicas de una norma jurídica, responden, desde una mirada cortoplacista, a coyunturas o incluso casos concretos. Y ello es así ya que, en el discurso “oficial” de muchos gobiernos y partidos, se sigue pensando en reformas normativas que resuelvan el problema a golpe de publicación en el correspondiente boletín o diario oficial cuando hay muy pocas zonas ya de insuficiencia o impunidad normativa pero mucha falta de respeto y ejecución de los bloques normativos existentes. Ya lo apuntó Crozier al plantear sus ideas sobre el cambio social y, por tanto, el cambio en la Administración Pública que *no se cambia la sociedad por Decreto*, afirmando con mucho criterio que el correcto funcionamiento de las instituciones *depende de la confianza de los ciudadanos en la acción colectiva. Las instituciones no son creaciones mecánicas del Derecho y no se pueden cambiar por simples medio jurídicos. Son el producto de la historia concreta de cada país y se expresan en una serie de equilibrios integrantes de un sistema complejo. Es esa complejidad lo que hace que no puedan ser cambiadas por simple decisión (...)*. Por tanto, sintéticamente, *toda sociedad es un sistema complejo, y por ello no puede ser transformada o renovada por simple decisión, incluso cuando se dispone de la mayoría de los votos en democracia*<sup>31</sup>.

### 3. El descuido o la confianza excesiva

Una segunda causa de la corrupción administrativa, puede ser el descuido o la confianza excesiva.

Apunte que ya nos sitúa de entrada ante la propia persona responsable y su proceder en el desempeño de la función pública asignada. Y es que, por poco cuidadoso o excesivamente confiado que sea el entorno o el espacio en el que se desempeñen funciones públicas, cada persona debe actuar con responsabilidad y lealtad a los intereses generales que la normativa concreta o, incluso, en ausencia clara de esta (supuesto más que improbable) le debe dictar el sentido común y natural inclinación que se deduce de una persona honesta. En palabras de Cáceres, *las ideas morales existen en todos los hombres, porque lo bueno, lo malo, la virtud, el vicio, el deber, la responsabilidad son palabras*

31 Crozier, M., *No se cambia la sociedad por Decreto* (traducción de Juan Prats i Catalá INAP), Madrid, colección básica de Administración Pública, 1984, pp. 3 y 21.



*que emplea tanto el ignorante como el sabio en todos los tiempos y países. Este es un lenguaje perfectamente entendido por todo el linaje humano (...)*<sup>32</sup>.

Sin embargo, volviendo a realizar una mirada al pasado, históricamente, el Derecho Público como marco del Derecho Administrativo, consciente de la importancia del interés general y el peligro que supone para este, la debilidad humana ha tratado siempre de establecer controles y garantías en los que subyace una clara desconfianza hacia el gestor, no particularizada, pero sí reconocida de manera general, buscando un indudable y beneficioso efecto preventivo tanto por la definición de técnicas de control antes, durante y con posterioridad a la actuación que se tratase, como por el efecto disuasorio derivado de la cierta aplicación de medidas sancionadoras en caso de incumplimiento.

En este sentido, tomando una muestra del derecho comparado, basta señalar a título de ejemplo, las intemporales previsiones que hace la Constitución de Cundinamarca de 1811 en sus artículos 16 y 54 sobre las obligaciones del Poder Ejecutivo:

- “Supervigilar” (*sic*) cuidando que ni en los establecimientos públicos ni en los privados destinados a la instrucción de la juventud, al fomento de la industria, a la prosperidad del comercio y al bien general de toda la *Provincia se introduzcan abusos o prácticas contrarios a la felicidad común.*
- Establecer como primera obligación del Poder Ejecutivo, *poner en ejecución y dar cumplimiento en todas sus partes a esta Constitución, impidiendo que el transcurso del tiempo y descuido introduzcan abusos y corruptelas contrarias a lo que en ella se dispone.*

Acertadas menciones de hace ya más de dos siglos que hoy podríamos admitirlas con aplauso en cualquier norma o tratado de lucha contra la corrupción que, en definitiva, son el resultado de una posición realista y sensata de lo que debe ser la protección del interés general.

Tradición que más o menos se ha continuado hasta la llegada de las antitéticas tendencias que colonizaron las Administraciones Públicas y la poco proporcionada ampliación del sector público englobadas bajo la doctrinal denominación síntesis de “huida del Derecho Administrativo”.

32 Cáceres, E. M., *La moral administrativa y la moral profesional*, Lima, Casa editora La Opinión Nacional, 1928, p. 73.

Y nos referimos de manera más particular a las técnicas del conocido como “gerencialismo público” que, arrancando en la falaz afirmación de la eficacia y eficiencia del sector privado<sup>33</sup> y con una cautivadora semántica basada en la cuasi infalibilidad del sistema que se proponía, pero con una más que notable laxitud en cuanto al empleo de recursos públicos, se asentaba en la adopción de instrumentos y reglas procedentes de aquel sector. Movimiento de enorme éxito y acogida como punta de lanza de la “nueva forma de gestionar” o de los “nuevos tiempos en la vida pública” que no solo trató de huir del Derecho Público y, particularmente, del Derecho Administrativo, por poco eficaz, anticuado, incapaz de dar respuestas adecuadas a los ciudadanos o, en definitiva, ser la auténtica causa de la práctica total de los problemas de las administraciones públicas. Es que trató de enterrarlo con paladas de palabrería y costosos planes estratégicos y de modernización que con un denominador común de “corta y pega” se vendieron como el bálsamo de Fierabrás a un buen número de administraciones.

Pero no se puede ocultar la luna con un dedo y la realidad es tozuda. La experiencia gerencialista y la relativización del propio Derecho Administrativo, allí donde era el régimen general de aplicación (al menos desde el conocimiento más cercano a la realidad española) fue, en no pocos casos, devastadora en términos de malas prácticas y corrupción. El desempeño de funciones públicas como expresión de la tutela y garantía del interés general no puede desarrollarse bajo criterios gerencialistas privados que tienen como fundamento la autonomía de la voluntad o, al menos, sin recordar que la descentralización funcional a través de la creación, por ejemplo, de empresas públicas puede resultar un adecuado medio de prestar un servicio público concreto de una manera más ágil y beneficiosa para el interés general, pero

33 Decimos falaz, mentirosa, ya que de manera claramente intencionada se suele mostrar al sector privado como modelo de eficacia y eficiencia cuando podemos encontrar no pocos casos de ineficacia e ineficiencia en el proceder de muchos operadores privados, incluso ayunos de toda legalidad. La cuestión está en que, salvo en contados casos de gran magnitud, el mercado suele ocultar dichos casos de ineficacia o ineficiencia, en definitiva, de mala gestión, mostrando solo los casos de éxito que son los que el ciudadano toma como referencia. Una parte por el todo que genera un sinécdoque poco real. Por otro lado, aunque lo expuesto podría ser bastante para definir el estado de la cuestión en el sector privado, debemos añadir que la línea comparativa entre sector público y sector privado es, en la práctica, imposible habida cuenta de las importantes diferencias entre la actividad que se desarrolla en cada uno de los sectores, elección de objetivos, continuidad de políticas, ámbito territorial de actuación, medición de resultados o régimen jurídico de aplicación. O, por todas, la diferencia fundamental: en el sector público se genera valor público y se posibilitan las condiciones para generar riqueza y desarrollo, aspectos bastante alejados de la actividad y finalidad del sector privado.

eso no implica que no estén vinculadas en los aspectos fundamentales de su organización y gestión a principios institucionales de Derecho Administrativo como los de publicidad, libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad, etcétera, asumiendo además, de manera natural, el obligado control que ha de ejercerse sobre quien gestiona recursos públicos<sup>34</sup>.

Desde luego, vista la experiencia, se ha tenido que reconocer por la fuerza de los hechos (algunos muy graves) que en el sector privado la autonomía de la voluntad es un principio fundamental, pero que en el ámbito público la voluntad es la que se desprende de la decisión electoral de los ciudadanos, y que a su vez debe ser formalizada a través, esencialmente, de las reglas propias del Derecho Administrativo.

Precisamente, lo expuesto se evidencia en que, al día de hoy, los esfuerzos organizativos y normativos puestos en marcha para recuperar la confianza de los ciudadanos y paliar los efectos de una demoledora crisis económica están pasando por la racionalización de la Administración Pública a través de la reactivación de principios y reglas sobradamente conocidas, cuyo planteamiento debería ruborizar al que las presenta como si de una novedad o innovación se tratara. Ahora nos sorprende que hablemos de cuestiones tan elementales como evitar duplicidades allí donde debería haber coordinada convergencia de esfuerzos y una única competencia, plantear que debe existir mayor cooperación entre Administraciones o que el principio de personalidad jurídica única de la Administración alcance también a su sector público sujeto a Derecho Privado sobre todo al objeto de considerar a sus gestores, sujetos disciplinables. Todo ello junto a medidas de restricción del gasto ciertamente severas que han reactivado con crudeza otros principios igualmente conocidos como los de austeridad y eficiencia.

Igualmente, la propia jurisprudencia está contribuyendo a reubicar el centro de gravedad de la Administración y su sector público –al que ya nos hemos referido–, allí donde se encuentra el interés general. Sentencias como la del Tribunal Supremo de 7 de octubre del 2014<sup>35</sup>, levantan el velo en el caso de

34 Vallecillo Moreno, F.: “Retrato de una empresa pública que no huye del derecho administrativo”, Diario La Ley, N°8.107, Sección Doctrina, 18 jun. del 2013. (La Ley N°2.841/2013).

35 TS, sala segunda de lo penal, S 627/2014 de 7 de octubre (La Ley N°140.871/2014). Sentencia en la que se establece la naturaleza jurídica de los caudales de las sociedades mercantiles del sector público y de las entidades públicas sometidas a derecho privado, considerando, tras el levantamiento del velo, que es malversación la apropiación efectuada en sociedad de capital exclusivamente público que realice funciones asimiladas a las públicas y en sociedades del antedicho sector cuando no persiguen finalidades comerciales sino públicas.

entidades sujetas a derecho privado y fijan una más que destacada doctrina en cuanto a la defensa del interés público por la comisión de delitos en contra de la Administración.

A modo de conclusión, podríamos afirmar que no hay otra cosa, casi todo está inventado y, como dice Martín-Retorillo desde una perspectiva económica, “se trata de medidas duras, pero es que el estado real de nuestras finanzas no permite hacer carantoñas”<sup>36</sup>. Con todo respeto al maestro, nosotros extenderíamos su afirmación al estado de nuestro sistema democrático.

El derecho es una herramienta y depende completamente de quien lo utilice, de su aptitud y actitud. Y cuando se trata de gestionar intereses generales, la existencia de garantías y controles debe ser lo razonable.

#### **4. La ausencia de control social: publicidad y transparencia**

Sin entrar en grandes debates especulativos, desde que en la tradición jurídico-política se empezó a emplear el brocardo *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*<sup>37</sup>, la idea del conocimiento de los actos de gobierno y administración se ha vinculado a la existencia de un sistema democrático. Consecuentemente, los conceptos de publicidad y transparencia no son tampoco una gran aportación en la actualidad. Como no lo es afirmar que la publicidad y la transparencia son los contrafuertes de la estructura democrática, sin los cuales las paredes maestras de la igualdad, la libertad, el sufragio, la solidaridad, etcétera, se derrumbarían o, cuando menos, quedarían agrietados.

Igualmente, podemos admitir que el conocimiento de la actividad pública por los ciudadanos es una garantía que asegura un comportamiento más honesto en la medida que está siendo o puede ser observado.

La Ley N°19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha supuesto para España un paso fundamental en la arquitectura jurídica de la transparencia. Movimiento legislativo un tanto tardío en comparación con otros ordenamientos incluso con las normas previamente adoptadas en el ámbito autonómico, pero no resta su importancia y contribución a un mejor conocimiento de la actividad pública. A mayor

<sup>36</sup> Martín-Retorillo Baquer, L., “Crisis económica y transformaciones administrativas”, *REDA* N°153, enero-marzo del 2012, pp. 89-108.

<sup>37</sup> Lo que a todos toca, todos deben aprobarlo.

abundamiento, la aprobación del Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno<sup>38</sup>, regulando su estructura y funciones, proporciona una real garantía al derecho de acceso a la información pública.

Pero incluso, antes de este bloque normativo con el que actualmente contamos, el sistema de publicidad y transparencia, con todas sus deficiencias y limitaciones (recordemos por ejemplo las críticas que ya desde su entrada en vigor se hicieron al artículo 37 de la Ley de Procedimiento Común), existían mecanismos de transparencia y publicidad de la actividad administrativa que aseguraban, y aseguran, *ad extra* la legalidad y acierto de las decisiones administrativas, por tanto, su probidad. Transparencia que pasaba y pasa por las técnicas y elementos más elementales del Derecho Administrativo, cuya importancia se ha podido depreciar por mayores exigencias sociales de participación y conocimiento pero que, en absoluto, les resta valor ya no desde la perspectiva de la publicidad y la transparencia sino como fundamentales elementos para la fiscalización y el control de la actividad pública.

Pensemos, por ejemplo, en la motivación, elemento reglado del acto administrativo, por la que se conocen las razones de la voluntad de la Administración expresada en un acto sobre el que gravita todo un régimen jurídico de tutela, por el interés general que representa, pero también de revisión en caso de satisfacer las exigencias de legalidad y/o atención a ese interés general que cristaliza. Motivación de los actos administrativos no pocas veces preterida incluso en ámbitos cuyo proceder debería ser considerado ejemplar<sup>39</sup>, pero que, pese a todo, sigue siendo un imprescindible instrumento de control de la actividad administrativa y verdadero indicador de calidad para cualquier administración. Control y calidad que la motivación genera en todos los sectores de la actividad administrativa, pero notoriamente relevante en aquellos ámbitos en los que la discrecionalidad permite un

38 Real Decreto N°919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

39 Noticias como el reproche del TS al CGPJ por la falta de motivación en el nombramiento de altos cargos generan una notable inquietud en cualquier ciudadano, abundando en la sensación de pérdida de seguridad y objetividad en el sistema de formación de la voluntad de los órganos a los que, incluso al más alto nivel, a nivel constitucional, se le encomiendan relevantes funciones para la solidez y garantía del propio Estado. “El TS reprocha al CGPJ su falta de motivación en el nombramiento de altos cargos”, Diario La Ley, N°8440, Sección Hoy es Noticia, 12 de diciembre del 2014 (La Ley N°286860/2014). A mayor abundamiento, puede consultarse el trabajo de Del Guayo Castiella, I., “Los nombramientos judiciales discrecionales y su motivación: nacimiento, evolución y expansión de una jurisprudencia del Tribunal Supremo (2006-2011)” Diario La Ley, N°7907, Sección Doctrina, 23 julio del 2012. (La Ley N°7815/2012).

margen de decisión que ha de ser visualizado, entendido por los ciudadanos en términos, simplemente, de igualdad y objetividad en la actuación de la Administración Pública como principios que sostienen y acrecientan el respeto y la confianza de aquellos en sus instituciones<sup>40</sup>.

Y aún hay más, los derechos anudados a la condición de interesado y la participación de colectivos a través de figuras como los órganos colegiados no burocráticos, o el trámite de información pública, suponen también idóneas manifestaciones de publicidad y transparencia administrativa ubicadas en la base del Derecho Administrativo respecto a las garantías que ofrece al ciudadano en un Estado de Derecho.

Todo lo razonado nos aporta sobrados argumentos para el control de la actividad administrativa sin separarnos, aun a riesgo de incurrir en reiteración, del bloque jurídico-administrativo más elemental. Y, en fin, sin entrar en regímenes de protección reforzada como, por ejemplo, el que regula el acceso a la información en el ejercicio de funciones de relevancia constitucional como, obviamente es, la participación política donde, pese a lo que podría pensarse en un principio habida cuenta de su significada posición en el sistema democrático, pueden conocerse ejemplos de obstaculización por quienes están obligados a facilitar el conocimiento de todo lo que se refiere a su actividad pública<sup>41</sup>.

Por lo tanto, nuevamente, la transparencia, el acceso a la información y consiguiente control, no son problemas de técnicas o procedimientos, no parece que falten normas aunque tal vez podamos convenir que deben

40 Un buen ejemplo de ello, por precisa y suficiente, es la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de septiembre del 2014 (La Ley N°7139/2014), por la que se anula el nombramiento de un interventor a través del sistema de libre designación por carecer de la necesaria motivación que debe acompañar el nombramiento. La sala fundamenta que siendo cierto que la Administración goza de un amplio margen para decidir los intereses que deben primar a la hora de efectuar el nombramiento, en virtud del artículo 54 de la Ley N°30/1992, la exigencia de motivación no se cumple por la simple mención al cumplimiento por el candidato de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, sino que esos méritos deben conformarse con los esgrimidos por el resto de los participantes en el proceso. Y todo ello debe reflejarse en el informe emitido por el titular del centro, organismo o unidad al que esté adscrito el puesto de trabajo, debiendo respetarse en ese trámite, de manera muy especial, los principios de objetividad e igualdad.

41 A título ejemplificativo sirva, por la trascendencia política y judicial de los hechos de los que arranca el conflicto, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de febrero del 2014 (La Ley N°93937/2014), por la que se estima el recurso contencioso-administrativo y declara la nulidad de la negativa de la Administración a facilitar información a una diputada regional acerca de distintas cuestiones, entre otras, el canon abonado por la administración autonómica por carreras de Fórmula 1 contratadas.

perfeccionarse o ampliarse dando mayor satisfacción a una creciente demanda social, el problema se identifica en el factor humano, en el titular o custodio de la información que puede carecer de la cultura de la transparencia que debe informar cualquier modelo auténticamente democrático, afirmación que nos lleva a analizar en el siguiente apartado al servidor público y el elemento fundamental que sintoniza correctamente todos los actos: el compromiso con el bien común.

### **5. El individuo y su ética como causa: el compromiso con el bien común a través del cumplimiento del principio de legalidad**

Podríamos ir desgranando algunas causas más, pero al final, como se ha podido ir observando, todas ellas conducen a la decisión del servidor público tanto en su condición de burocracia política o técnica, esencialmente a su actitud más que a su aptitud o pericia que, siendo importante, no define de manera exclusiva el comportamiento ni responde a las preguntas que nos hacíamos líneas atrás.

Y si hacemos el esfuerzo de descender aún más a la práctica de la gestión pública, podemos atrevernos a decir que, en ese momento de decisión donde el gestor no tiene observador alguno, cuando el procedimiento establecido permite un margen de legal discrecionalidad o, sencillamente, hay un posible espacio de impunidad por la existencia de un vacío normativo o una posible gatera jurídica, la defensa del interés general pasa por los valores y compromiso con el bien común que tenga ese servidor público, ese titular de la competencia. Lo cual puede parecer poco, pero es mucho y debería ser más que suficiente para que, en combinación con los controles y garantías establecidas por el ordenamiento jurídico a través del Derecho Administrativo, el interés general estuviera completamente salvaguardado en beneficio de todos los ciudadanos y la integridad del sistema.

Siguiendo esta argumentación, no podemos olvidar la otra parte de la elemental ecuación ya expuesta en varias ocasiones al inicio de estas reflexiones. Un corrupto existe ya que interviene un corruptor. Y esta idea no supone buscar un posible argumento de justificación a quien debe actuar con corrección y garantía del interés general, pero si tratamos de identificar la etiología del problema, el agente corruptor siempre está presente por más que el foco se centre exclusivamente en lo público.

Por ello, cuando pueden leerse lecciones de honestidad o de cómo gestionar los asuntos públicos dictadas por operadores privados más o menos cualificados, resulta algo sorprendente el escaso análisis y autocrítica que desde estos sectores privados, particularmente empresariales, se hace del papel que desempeñan en todos estos casos y su nivel de aprecio al bien común<sup>42</sup>.

Pero, infelizmente, tanto en un lado como en otro, es ahí donde podemos identificar el problema: en la gran debilidad de la ética social del momento en el que nos encontramos.

Y no es que no haya ética o moralidad, claro que existe, se encuentra incluso formalizada como muy bien cualquier ciudadano o interesado en la materia puede descubrir en numerosos textos e incluso cuerpos normativos de todo tipo<sup>43</sup>. Nos referimos a la ética basada en el bien común que, como un tamiz, depura comportamientos desviados o irregulares. La interiorización, convencida, connatural, de atención preferente al interés general que de alguna manera ha ido perdiendo espacio en nuestras sociedades o que no se es capaz de transmitirse desde la base social a las más altas magistraturas por cuanto, estas, los gestores públicos en su condición de autoridad o cargo público, sin olvidar la figura de los gestores privados, son espejo de la propia sociedad. Como señalara con mucho tino Caputi, “la corrupción estatal, particularmente la que sufre la Administración, es un reflejo de la que aqueja a la sociedad en su conjunto dado que, la moral es una sola, y no sería concebible una disociación tal entre el Estado y la sociedad que permitiese que de una sociedad intachable surjan gobernantes y funcionarios solo preocupados por satisfacer sus intereses personales en desmedro del bien público”<sup>44</sup>, afirmación que seguramente no gusta ni escuchar ni leer, ya que siempre es mejor y más cómodo trasladar la responsabilidad o la culpa a un tercero. El problema es que ese tercero, al que se culpabiliza y se apunta con dedo acusador, tal vez sea mejor o no mucho peor del que censura si llegara a encontrarse en la misma situación y con idénticas oportunidades que el censurado<sup>45</sup>.

42 Vid. nota 2.

43 Consultar, entre otros, el completo trabajo de Rodríguez Arana, J., *La dimensión ética de la función pública*, Madrid, INAP, 2013.

44 Caputi, María C., *La ética pública*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, p. 151.

45 Sin mayor comentario y dejando al lector la identificación de los intervinientes, puede leerse el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados N°170, correspondiente a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda celebrada el viernes 15 de abril de 1994. En [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO\\_170.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO_170.PDF)



El caso de las denominadas “tarjetas opacas” de una entidad financiera, aunque, en puridad, sea un supuesto de presuntas malas prácticas en el ámbito privado, tiene una evidente repercusión pública por las ayudas que desde el Gobierno de España se han otorgado a dicha entidad y los perfiles de los usuarios de dichas tarjetas. Pues bien, esos usuarios conforman una variada muestra de partidos políticos, sindicatos, patronal y profesionales de distinta condición que constituyen una más que significativa representación de los principales sectores de la sociedad española.

El gestor, público o privado, y mucho más el servidor público por elección, no se genera *ad hoc* para serlo, procede de alguna parte, ha recorrido un camino tal vez no académico pero sí de formación cívica en el que ha asumido unos valores y principios que suelen estar en consonancia con los socialmente predominantes. Y sobre la base de esos valores y principios, el servidor público, la autoridad, el cargo desempeñan su función.

Podemos decir que se trata de una visión o modalidad interpretativa de la conocida “teoría de la ciudadanía” asentada en la idea de un patriotismo bondadoso arraigado en todos los ciudadanos cuya manifestación se concreta en una especial relación entre ciudadanos y servidores públicos donde el bien común, el bien de todos, respetado y garantizado, es el fundamento del sistema democrático<sup>46</sup>.

Y ese respeto y por tanto garantía pasa, como hemos anticipado, por el cumplimiento del principio de legalidad materializado en una realidad multilegislativa como es el Derecho Administrativo que regla, organiza, instrumenta la atención al bien común. Tal y como hemos expresado en anteriores trabajos, “la enunciación del principio de legalidad supone referenciar el principio básico del Estado de Derecho, su piedra angular y más eficaz baluarte frente a la corrupción en tanto que su vigencia impide el nacimiento de patologías derivadas de situaciones de ilegalidad. Y es que, precisamente, la vigencia del principio de legalidad supone la síntesis cristalizada de dos postulados básicos de la doctrina liberal en la que se asienta el Estado de Derecho: la aversión al ejercicio del poder de una forma autoritaria, propugnando el gobierno de las leyes, no de los hombres, y por otro lado, la materialización del principio democrático que atribuyendo la soberanía al pueblo, serán sus representantes los que asuman la tarea de

<sup>46</sup> Puede consultarse el trabajo de Moreno de Tejada, A., *Funcionarios ejemplares. Carácter y liderazgo en la Administración española*, Madrid, INAP, 2014, p. 33.

dictar las leyes de obligado cumplimiento para todos, especialmente para la Administración dado su carácter servicial o prestacional frente a los ciudadanos. Se describe por tanto un campo en el resulta difícil el cultivo o el nacimiento de la corrupción<sup>47</sup>.

Frente a ello, podemos encontrar diversos paradigmas de pernicioso relativismo: relativismo moral con una fuerte presencia de un materialismo exagerado<sup>48</sup> (que además, de manera contradictoria, entiende mal las contraprestaciones que debe legítimamente recibir un servidor público), relativismo jurídico (respecto al Derecho Administrativo) y relativismo político.

En lo tocante al relativismo moral, nos hemos expresado ya al respecto posicionándonos a favor de una ética ciudadana y, por extensión, una ética administrativa basada en el respeto a las reglas y determinaciones del Derecho Administrativo.

Por lo que se refiere al relativismo jurídico respecto al Derecho Administrativo, sorprende que el actual debate en relación a la lucha contra la corrupción esté protagonizado por el Poder Judicial a través de la jurisdicción penal, olvidando que el verdadero rompiente contra la corrupción administrativa se encuentra en la propia Administración y el buen funcionamiento de sus órganos como responsabilidad propia por su vinculación con el principio de legalidad y, por tanto, con el bien común.

Cada Poder debe aportar y trabajar en la defensa del Estado y sus intereses, pero sin alterar el equilibrio competencial de lo que corresponde a cada uno. No podemos olvidar que es a la organización administrativa a la que le compete, por obligada responsabilidad propia, el actuar de acuerdo a la legalidad (vínculo general de sujeción a la legalidad previsto en el artículo 103 de la Constitución) y, por tanto, tutelar que en el conjunto de su organización dicha sujeción se respete y, en su caso, se corrija, actuando de manera preventiva. Proceder que no puede ser sustituido sin más por una jurisdicción de *última ratio* que, además, no es una jurisdicción especializada en Derecho Administrativo.

47 Nevado-Batalla Moreno, P. T., “Responsabilidad de los servidores públicos: rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública”, en la corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, Editorial Ratio Legis, 2000.

48 Como indica Arias, A., en su artículo periodístico “Todo se compra y se vende” aparecido en el diario *La Nueva España*, 26 de febrero del 2014, p. 25, la razón por la que proliferan los escándalos de corrupción se encuentra en la mercantilización de todos los aspectos de nuestra vida.

Nadie puede dudar de la loable contribución de la jurisdicción penal a la defensa del Estado de Derecho y del propio sistema democrático, pero la lucha contra la corrupción no puede pivotar, como así parece mostrarse, en la vía penal, resultando sorprendente que por parte de los responsables administrativos no se reivindique de manera más determinante e inequívoca el determinante compromiso que la Administración tiene con la legalidad y el bien común a través del Derecho Administrativo. A las administraciones públicas no se les puede desposeer de las facultades que el propio modelo constitucional de Administración Pública les otorga y que desarrolla y concreta el Derecho Administrativo, cuestión que es de pura dogmática administrativa, un auténtico presupuesto ontológico. En definitiva, como señala Ponce Solé citando a Cassese, el Derecho Administrativo debe restablecer su lugar<sup>49</sup>.

Sobre el relativismo político, podemos señalar algunas manifestaciones que, si bien no son las únicas, resultarían suficientes para ilustrar la exposición que realizamos. A saber:

El ya descrito sentido de la política más preocupado por alcanzar el poder, concentrarlo y mantenerlo, que en realizar planteamientos de salvaguarda y mejora del interés general.

La intemporalidad en el desempeño de cargos públicos o la acumulación de estos ejerciendo simultáneamente funciones que parecería razonable en una democracia y las exigencias profesionales de los responsables de una organización compleja, se exigiera su atención a tiempo completo, sin mezclar desempeños que solo puede tener como motivo la antedicha concentración de poder, restando efectividad al buen fin de las elevadas tareas encomendadas y la apertura de la vida pública a más ciudadanos. Todo ello sin perjuicio de las malas prácticas, cuando no corrupción, que con mayor facilidad pueden generarse en este tipo de supuestos tal y como la realidad y su historia nos muestran sin casi excepción a la que acogerse para negar esta afirmación.

Las situaciones generadas por la delgada línea entre funciones públicas y funciones privadas manifestada en la tan traída y llevada “puerta giratoria”, cuyas bisagras deben equilibrar la imprescindible separación entre lo público

49 Ponce Solé, J.: “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, N°11 enero-junio del 2014, nota 92.

y lo privado, sin avocar al servidor público a tener que renunciar a su muy esencial derecho al trabajo como medio de vida y de desarrollo personal.

O, finalmente, de manera general, el muy amplio desconocimiento o incluso desdén hacia las reglas de Derecho Administrativo que marcan una buena administración tanto desde la perspectiva de la tutela de los derechos de los ciudadanos como respecto a la organización y funcionamiento de la organización administrativa. El resultado suele ser el establecimiento de una vergonzosa distancia entre el discurso político y el proceder de esa burocracia política como órgano superior de la Administración.

No hay vocación de servicio público en ninguno de los comportamientos enunciados, no resultando complicado descubrir comportamientos egoístas que poco o nada contribuyen a generar una cultura del bien común en el que, como tantas veces se reitera, a través del cumplimiento del principio de legalidad, el interés general sea el objetivo único y supraordenado de la vida pública.

#### IV. LA ÉTICA DEL BIEN COMÚN COMO FUNDAMENTO Y ROMPIENTE CONTRA LAS MALAS PRÁCTICAS Y LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA

##### **1. Los perfiles del compromiso social en el ciudadano y la idea de participación**

Tratando de descender un poco más respecto a lo ya expuesto en los epígrafes precedentes, podemos realizar varias consideraciones.

En primer lugar, resulta palmario que la lucha contra las malas prácticas y la corrupción pública en un marco de ética del bien común pasa por atender a la importancia de la base social sobre la que se asienta la organización administrativa, afirmación que, como ya hemos expuesto en anteriores ocasiones<sup>50</sup>, debe ser analizada desde una doble perspectiva.

Por un lado, desde la necesaria existencia de una serie de valores básicos conformadores del pensamiento y sentir de la sociedad. Es indudable que

50 Nevado-Batalla Moreno, P. T., “Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas”, op. cit.

muchos, incluso la totalidad de valores específicos que configuran los principios institucionales y las reglas del Derecho Administrativo, tienen su origen, su antecedente, en una serie de valores de mayor y más amplio calado que la sociedad tiene adquiridos a través de la interiorización individual en cada uno de sus miembros. Difícilmente alguien que no posea bien asumido por su educación y entorno social lo que es la honradez, rectitud, ecuanimidad, justicia, independencia, equilibrio, objetividad, neutralidad, equidad, etcétera, podrá ser un buen servidor público (tanto a nivel de burocracia técnica como de burocracia política) que interiorice y aplique los principios y reglas jurídicas ordenadoras de la actividad pública que no son más que la cristalización de aquellos valores o, si se quiere, de la base ética que sostiene a la sociedad. Y es que, fuera de cualquier tipo de sombra o barniz ideológico o religioso, la sociedad debe tener muy claros una serie de parámetros éticos cuya transgresión ha de tener el oportuno rechazo jurídico, pero también social. “Sin embargo, las medidas de valoración expuestas, cuando las convicciones éticas carecen de solidez y responden más a la inercia que a cualquier otro fundamento, pueden ser objeto de todo tipo de manipulación para escapar del molesto reproche”<sup>51</sup>.

Obviamente, sin entrar en discusiones de fragilidad añadida por tener incorporados una indudable carga ideológica e incluso de posicionamiento político, lo que resulta indudable es que los planteamientos expuestos sobre la existencia de unos firmes valores básicos que el ciudadano tenga interiorizado y que después profile jurídicamente cuando ha de proceder como administrado, político o funcionario público, chocan frontalmente con el relativismo moral que desde ciertos sectores políticos y mediáticos se está imponiendo a la sociedad<sup>52</sup>. Es indudable, pese a que quizás no guste reconocerlo, que el deterioro moral de la sociedad tiene su reflejo en la Administración. Como acertadamente ha indicado Sanz Mulas, “los valores generales de una sociedad inciden de forma determinante en el comportamiento ético tanto

51 Sabán Godoy, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Editorial, 1991, p. 97.

52 Un buen ejemplo de este relativismo moral o molicie social es el que se puede apreciar en el propio lenguaje que se emplea. Se habla genéricamente de malas prácticas o de corrupción cuando lo apropiado debería ser especificar en cada caso el tipo infractor. O la sustitución del concepto de “régimen disciplinario” por el de “normas para la convivencia”. Sin duda, se juega con las palabras y se traslada a la sociedad una sensación de blandura, como si la semántica también tuviera que dulcificarse evitando, fundamentalmente, a quienes carecen de idoneidad para desarrollar una función pública, que las consecuencias de su incorrecto proceder van, en su caso, a ser identificadas de manera suave, por cuanto el rigor y la gravedad en la correcta calificación de un comportamiento parece alejado de los nuevos postulados que ordenan a la sociedad.

de la Administración como de las personas que trabajan en ella. Es difícil que cuando el patrón de valores que se defiende como el ideal en una sociedad es el interés particular, pretendamos que una parte muy importante de esa sociedad como son las administraciones públicas, opere con un modelo ético y de valores radicalmente contrario al general”<sup>53</sup>.

Debería ser preocupación de la Administración Pública proteger y perfeccionar a la sociedad en valores sobre los que posteriormente sostener un sistema de derechos, pero también de deberes y exigencias, dando con su propio ejemplo un impulso moral a este objeto de posibilitar la existencia de mejores ciudadanos, en su caso, servidores públicos.

Por otro lado, muy vinculado a los valores que rigen el sentir y actuar de la sociedad, la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos tanto desde el ejercicio responsable del fundamental derecho al sufragio como en la utilización y empleo de los instrumentos y técnicas que el ordenamiento prevé para la mejor defensa de sus derechos e intereses, que no son únicamente los suyos particulares sino también los de la colectividad de la que forma parte, se perfila como una pieza fundamental del sistema administrativo que, al menos teóricamente, se quiere implementar o se dice que se encuentra ya implementado.

Son muchas las ventajas de la participación ciudadana en los asuntos públicos, pero sus bondades, a los efectos que más nos interesan en el presente trabajo, se pueden sintetizar en dos de indudable ascendencia sobre el fenómeno de la corrupción y las malas prácticas en las administraciones públicas. A saber:

- Una buena participación ciudadana en los asuntos públicos es índice inequívoco de músculo democrático y, por tanto, de solidez del principio democrático como pared maestra del sistema.
- Entender que de la participación deviene conocimiento y, por tanto, control de los asuntos públicos<sup>54</sup>. Este control social es, en no pocas

53 Sanz Mulas, A., *Breves reflexiones sobre ética y administración pública*, Observatorio de los servicios públicos, Escuela de Relaciones Laborales de la UCM /FSAP de CC.OO., p. 17.

54 Cuestión que ya expuso tempranamente Sánchez Morón (1980), pp. 269-271, al estudiar la participación del ciudadano en la Administración Pública, afirmando que “a veces puede ser útil y conveniente un control individual. Pero los casos más frecuentes y efectivos son los del control que se realiza por las organizaciones sociales (...) es necesario ahondar en la necesidad de un control social ampliado a la esfera administrativa, diversificado, pluralista y democrático”. En este ámbito, la información era para Sánchez Morón la piedra de toque del sistema participativo de los ciudadanos (y hoy día, podemos afirmar, aún sigue siendo), señalando al respecto que “la información administrativa aparece como el punto fundamental

ocasiones, el único que llega a producir un efecto sanatorio o a impulsar la reacción del derecho ante casos de malas prácticas o de corrupción pública y ello por dos razones: en primer lugar, por la existencia y continua ampliación de una burocracia política de perfil moral y profesional muy bajo que, entre otras deficiencias, suele carecer de conciencia de responsabilidad por la gestión salvo que los negativos resultados de esa gestión tengan efecto mediático y deba ser la presión social, espoleada por los medios de comunicación, la que le conduzca a abandonar por manifiesta incapacidad u obligue al órgano administrativo o judicial competente a actuar contra su persona.

En segundo lugar, lamentablemente, por el cada vez más frecuente estrepitoso fracaso de los controles ordinarios de la organización administrativa<sup>55</sup> y, en ocasiones, del propio Poder Judicial.

En cualquier caso, pese a que la falta de participación de los ciudadanos es un hecho constatable pese a los reconocidos esfuerzos normativos que se

de todo control administrativo que no implique confusión con el aparato burocrático mismo. A nivel institucional parece coherente con un pluralismo democráticamente finalizado, extender, la información sobre actividades de la Administración a una pluralidad de sujetos, de manera que llegue a consentir un control de la acción administrativa por la opinión pública”.

- 55 Quedan ya para la historia de la administración española algunos casos ciertamente llamativos, pero por su proximidad temporal se destacan los hechos protagonizados por un teniente de alcalde que presuntamente utilizó la tarjeta de crédito vinculada a la empresa municipal que presidía por razón de su cargo político, para pagar gastos de productos de alimentación en un supermercado o costear servicios sexuales en un club de alterne *gay*. En este caso, como en otros, no son los controles internos de la Administración afectada los que detectan una práctica irregular como la de emplear una tarjeta de crédito para fines no institucionales y, en cualquier caso sin justificar, es la fiscalía anticorrupción la que debe presentar una querella contra el presunto infractor por un delito de malversación de caudales públicos. En este caso u otros similares, el fracaso de los medios de intervención y control del gasto son difícilmente justificables y suelen responder al patrón de entidad descentralizada funcionalmente creada en huida del Derecho Administrativo, pero la desviación, la mala práctica, no tiene la evidencia pública de, por ejemplo, una promoción urbanística ilegal o un incremento patrimonial sin posibilidad de ocultación que también suelen pasar desapercibidos a los legañosos ojos de unos órganos administrativos de control y defensa de la legalidad que se ven incluso sorprendidos por las actuaciones de la Fiscalía. Esta situación hace que el sistema punitivo del Estado se trastoque de tal manera que, por un lado, el Derecho Administrativo pierde su carácter preventivo, de actuación *ex ante* y capacidad de reacción ante situaciones de incumplimiento; por otro, el Derecho Penal como disciplina de última ratio pasa a ser derecho de vanguardia y, prácticamente, la única reacción frente a los casos que nos ocupan. Y todo ello sin entrar a conocer otra serie de actuaciones que, sin la trascendencia sancionadora apuntada, evidencian también el decepcionante proceder de algunos órganos de control que toleran y, por tanto, amparan toda una serie de absurdos pagados con dinero público.

han realizado en los últimos tiempos, lo cierto es que de ella quienes más se benefician son quienes por espurios motivos desean precisamente este *statu quo* poco inclinado a la participación, al conocimiento y al control, dejando en una mera declaración de buenas intenciones o de mero rédito político todas las declaraciones sobre la idea de buena administración como pilar fundamental de una democracia de calidad.

Sin duda, a mayor abundamiento, el nacimiento de la idea de buena administración, integra como uno de sus paradigmas (vinculado al rendimiento democrático de un Estado) la participación ciudadana en un nuevo papel, más protagonista, que han de tener los ciudadanos. Como ha señalado de manera muy acertada Arenilla Sáez, “parece que no cabe otra solución para salir de la situación actual que la clase política y, en especial, los altos responsables de la gestión pública asuman un cambio de gestión de estilo basado en los requerimientos señalados por el ciudadano; tomar conciencia de que su actuación no acierta en los deseos del ciudadano y que este, más allá de las manidas declaraciones comunes, debe ser el origen desde el que se diseñen las decisiones políticas y no solo su destino. Al ciudadano no se le puede tratar como un elemento más del sistema, sino como el referente que verifica los logros alcanzados y el que señala los valores del sistema (...) La defensa y potenciación de la democracia vendrá como resultado de ese cambio de enfoque de gestión y de estilo de gobernar por parte de la clase política. Ese cambio es el que permite pasar de ciudadano usuario o contribuyente a ciudadano conformador de la gestión pública y a favor de una democracia operativa”<sup>56</sup>.

Pues bien, siendo más precisos, esta participación ciudadana debemos conocerla en un triple sentido:

- Participación como reflejo del acceso a la información cuyo reflejo más inmediato se tiene en el principio de transparencia, cuestión sobre la que

<sup>56</sup> Arenilla Sáez, M., *La reforma administrativa desde el ciudadano*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, pp. 155-156. De manera más sintética, pero de forma absolutamente coincidente, aunque enfocado en el marco de la UE, resulta atinado traer a colación las palabras del presidente de la Comisión Europea D. José Manuel Barroso, al indicar que *la revitalización de los vínculos entre los pueblos de Europa y la UE hará a esta más legítima y más efectiva. Dar la capacidad a los ciudadanos de participar en las decisiones que afectarán a sus vidas, garantizando entre otras cosas la transparencia sobre cómo se toman, ayudará a lograr estos objetivos*. José Manuel Barroso, “Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea”, 2009, p. 33. Disponible en: <http://www.dcca.dk/graphics/publikationer/Administrative%20lettelser/Smart%20Regulation%20executive%20summary%20Spanish.pdf>



merece la pena detenerse un instante para señalar que la transparencia administrativa, que pese a constituir un pilar de la democracia en ocasiones, se configura en no pocas ocasiones como un principio de pura formalidad o apariencia, sin que inspire verdaderamente la vida pública y especialmente la actividad administrativa<sup>57</sup>.

Y siendo la idea de transparencia incuestionable y alineada con los parámetros constitucionales a los que deben someterse las administraciones públicas, lo que sorprende es que en el momento político-jurídico en el que nos encontramos, con un Estado democrático y de derecho perfectamente consolidado y sin aparentes fisuras, aún debemos plantearnos aspectos como la transparencia administrativa, que están en la base, integran la esencia misma, de ese Estado democrático y de derecho. Sin duda, se trata de un principio democrático básico que requiere de una continua reactivación.

Pese a que la transparencia suele percibirse y exponerse como reflejo o conocimiento de aspectos de corte más bien negativo como el contrapeso al tradicional manto de opacidad del proceder público o vinculado al control de unas potestades que pueden ser ejercitadas en exceso o de manera indebida, no debe olvidarse la importancia del juego de este principio respecto a la necesaria visibilidad de las muchas actuaciones positivas que desarrollan las administraciones públicas. Es este un aspecto importante de la transparencia, proporcionar ejemplos meritorios, buenos ejemplos que generen confianza en los ciudadanos y fortalezcan la habilitación legal de las administraciones públicas.

- Participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas.
- Participación de los ciudadanos en defensa del interés general representado en el auto-cumplimiento del interés general, ejercitando ciertos derechos o desarrollando actividades sin tener que pasar por una tramitación administrativa previa.

Proceder que supone una manifestación de la confianza del Estado respecto al ciudadano respetuoso con el ordenamiento jurídico que se autoimpone un régimen de cumplimiento que, además, descarga a la Administración de intervenir en determinadas tareas autorizatorias. Es esta, dicho a grandes

57 Prieto Romero, C.: “El Ayuntamiento de Madrid: medidas de transparencia en la gestión pública”, *El Consultor*, N°7, 15 de abril del 2007, pp. 1060-1063. Trabajo en el que se pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas que garanticen la transparencia en la gestión de los asuntos públicos.

rasgos, la filosofía sobre la que descansa el sistema de declaraciones responsables y comunicaciones previas incorporado a la normativa sobre procedimiento administrativo<sup>58</sup>. Todo ello sin perjuicio de las facultades de inspección y control *a posteriori* que la Administración puede ejercer al objeto de verificar la exactitud de lo declarado, planteamiento que, en su conjunto, nos obliga a revisar la idea del ciudadano responsable, vinculado al interés común, al interés general que difumina una tradicional visión “patológica” del ciudadano<sup>59</sup>. Y es que partiendo de las bondades que para el sistema supone articular mecanismos de participación ciudadana, la implicación de los ciudadanos en la gestión pública o genéricamente en los asuntos públicos trae su primordial causa en una elevada conciencia de interés general.

Cualquier propuesta sobre buen gobierno o calidad en la Administración queda nihilizado si no se sostiene sobre la ya anticipada existencia de una cultura colectiva de interés general, como piedra angular además de cualquier sistema democrático.

Y esta idea o concepto de interés general no debe limitarse al ámbito subjetivo de los empleados públicos o a su formalización jurídica en normas esencialmente de Derecho Público. La idea de interés general debe alcanzar de manera natural y directa al conjunto de los ciudadanos, por cuanto el convencimiento social y generalizado respecto a la existencia de una serie de valores e intereses que trascienden a los particulares de cualquier individuo u organización es manifestación inequívoca de fortaleza democrática y de legitimación del Estado y su Administración.

Esta afirmación no resulta baladí a la vista de dos importantes consideraciones.

En primer lugar, como han señalado autores como Fukuyama<sup>60</sup>, los cimientos del buen gobierno, de una correcta gobernanza, se encuentran en la propia sociedad, en el capital social de un Estado, por lo que la clave para el éxito del buen gobierno no es la imposición de patrones de conducta sino alentar la educación, la capacitación y la cultura política.

58 Vid. artículo 69 de la Ley N°39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

59 En expresión empleada por el preámbulo del R.D. 522/2006, de 28 de abril, *por el que se suprime la aportación de fotocopias de documentos de identidad en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes*.

60 Fukuyama, F.: *La construcción del Estado: Gobernanza y orden mundial en el siglo XXI*, México, Ediciones B, 2004, p. 142.

Yello con mucha mayor intensidad si tomamos como referente a la Administración Local, cuya proximidad al ciudadano hace que sea paradigma del principio de subsidiariedad como principio que trae causa o supone una modulación del principio de descentralización, tratando de acercar las competencias, titularidades activas de una administración así como los recursos para ejecutarlas, a un nivel lo más básico y cercano al ciudadano posible de tal forma que esa administración más cercana al ciudadano tiene mejores posibilidades de éxito a la hora de responder a las necesidades y expectativas de este. Y de ello, reiteramos, es ejemplo paradigmático la Administración Local.

En segundo lugar, por cuanto va a ser esa sociedad, esos ciudadanos, los que se encarguen de definir y materializar el interés general, eligiendo a los representantes políticos (altos cargos de la Administración) que mejor interpretan o defienden su sentir, o siendo ellos mismos empleados públicos, de ahí que pueda afirmarse que el Estado y la Administración son fiel reflejo de la ciudadanía. Si los ciudadanos carecen de un auténtico sentido de interés general, de interés en los elementos comunes de su colectividad, sus vínculos con principios elementales del sistema democrático y de derecho serán mucho más débiles que los lazos familiares, sociales, partidistas o simplemente particulares, que pueda mantener o haber creado a lo largo de su vida y, en este marco, las prerrogativas y privilegios de la Administración, que solo se justifican desde la atención preferente al interés general, quedan expuestas al peligro de un uso desviado, orientado a la satisfacción de intereses alejados de las finalidades públicas de la Administración<sup>61</sup>.

Si la sociedad tiene bien asumida la idea de interés general, las directrices y criterios de buen gobierno tendrán un campo abonado para su desarrollo, resultando connatural el rendimiento del derecho/deber a una buena administración que se sitúa por encima de cualquier interés particular o partidista.

Son muchos los ejemplos que podrían ponerse tanto para reflejar la falta de un auténtico convencimiento respecto a la idea de interés general, y no tantos para evidenciar su existencia aun cuando la presencia de esta idea, al menos, hay que presumirla si estamos ante un modelo democrático. Entre los casos de falta de convencimiento, por sus especialmente negativos efectos en el ámbito local (aunque son negativos en cualquier nivel), cabe apuntar a

61 Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de Mairal, H.: *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Ediciones RPA, 2007.

título de ejemplo el escaso aprecio al principio de continuidad de políticas públicas cuya falta de rendimiento impide en muchos casos el buen fin, el cumplimiento de objetivos, de acciones públicas orientadas, como no podría ser de otra manera, a atender el interés general y, por tanto, a las necesidades y expectativas de los ciudadanos. Y todo por los cambios de gobierno de turno que, lejos de apreciar las políticas puestas en marcha por quienes hasta la fecha tuvieron las responsabilidades de gestión, y también a las personas que sin especiales vinculaciones políticas han podido estar trabajando en ellas, proceden (en uso de las competencias que le son propias y, por lo tanto, con impecable respeto a la legalidad) a cambiarlas incluso de manera antagónica, sin valorar la posibilidad de mantenerlas y seguir desarrollándolas por su bondad con el interés general.

Es la participación una de las principales vías a través de la que es posible dar cumplimiento a una obligación que alcanza al conjunto de una sociedad democrática: a todos corresponde promover el bien común o, desde otro punto de vista, a todos corresponde facilitar las condiciones en las que el rendimiento democrático, asentado sobre parámetros de buen gobierno, sea más pleno. Y aquí los ciudadanos tienen una responsabilidad propia, ya que se podrán formalizar técnicas e instrumentos de participación, se podrá facilitar la apertura de la Administración, etcétera, pero los efectos que se derivan del empleo de estas técnicas e instrumentos (en términos, por ejemplo, de transparencia y control) dependen de que aquellos tengan asumida su condición y sean conscientes de la significada importancia de su proceder.

Se trata de potenciar el principio de ciudadanía activa de tal manera que, tal y como se señala en el *Manual de la OCDE sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas*<sup>62</sup>, las instituciones públicas se benefician con la existencia de ciudadanos activos y con el dinamismo de la sociedad civil, siendo preciso actuar en un doble plano:

- Inversión en la educación cívica de adultos y jóvenes, respaldando todas las iniciativas que buscan el mismo objetivo.
- Incentivar a la sociedad mediante la creación de un marco jurídico favorable, aportando ayudas, promoviendo sistemas de participación

62 Gramberger, M. *Citizens as Partners: OECD Handbook on Information, Consultation and Public Participation in Policy-Making*, OECD, 2001.

en la gestión de los asuntos públicos y favoreciendo el diálogo constante con la sociedad.

Pues bien, a modo de conclusión, puede indicarse que se precisa un cambio que afecte a la mentalidad y la cultura cívica de los ciudadanos y, consecuentemente, de los empleados públicos, y dicho cambio puede sintetizarse en la interiorización generalizada de la idea de interés general.

El derecho, y en concreto el Derecho Público, puede ayudar, regular, disciplinar, establecer pautas de comportamiento, pero no puede llegar por sí solo a modificar conductas que supongan, en pocas palabras, establecer un vínculo con la legalidad y, por tanto, con la democracia y la real existencia de un Estado de Derecho, más sólidos e intensos que los existentes con el dinero, los amigos, la familia o un partido político.

El ciudadano es responsable, no puede eludir su compromiso social, su vinculación con el interés general, el bien común, que es el suyo.

## **2. Ética del bien común**

A la vista de todo lo expuesto, podemos identificar la ética del bien común como fundamento del sistema democrático y, por tanto, como eficaz tratamiento contra las malas prácticas y la corrupción administrativa. Dos caras de la misma moneda, de tal manera que si el bien común no se identifica como algo real, si el interés general como interés de todos se considera una mera elaboración de corte teórico-doctrinal, difícilmente podremos construir estructuras jurídico-organizativas con la solidez necesaria para sostener el elevado peso que genera una democracia fuerte y desarrollada.

Democracia donde la igualdad, la libertad, la transparencia, el meritocrático y libre acceso a cargos y funciones públicas, la legalidad o el orgullo por el servicio público<sup>63</sup>, entre otros principios o valores afectan siempre a la concreta orientación política y gestión de los asuntos públicos desde una perspectiva democrática, se desarrollan de manera natural en un marco jurídico formalizado al efecto por el Derecho Administrativo. Marco que supone un referente en el que los ciudadanos pueden identificarse e identificar que todo se hace en

63 En la actualidad, debido al notable desprestigio de la vida pública y el aparente fracaso en la respuesta a las necesidades y expectativas a los ciudadanos, resulta lamentable el avergonzado y acomplejado concepto que algunos servidores públicos, especialmente en el ámbito de la burocracia política, tienen de sí mismos.

su beneficio, depurando de manera inmediata las desviaciones de esta ética como elemento corrector y renovador de la confianza.

Ausencia o, en el mejor de los casos, debilidad de una ética del bien común que trastoca prácticamente todo el sistema ya que, como ya decíamos líneas atrás, se provoca una alteración del orden de prelación de los intereses que han de ser atendidos. Variación del orden de valores donde el interés general no se identifica como único y prioritario sino que se desplaza a puestos de inferior categoría, o es, incluso, directamente apartado. Y ello en contra, por un lado, de lo que indica el marco normativo de aplicación que precisa de manera formal y democrática en qué consiste ese interés general y cómo debe ser atendido. Pero también contrario, por otro lado, al simple sentido común que debería imponerse entre todos los que conforman una sociedad y necesita su cobertura para subsistir y desarrollarse adecuadamente en parámetros de igualdad y progreso, cumpliendo el encargo común de la práctica totalidad de nuestros textos constitucionales: promover la justicia social y el bienestar de los ciudadanos.

Tal vez, lo que tratamos de exponer se resume en uno de los pensamientos de Ortega y Gasset sobre la propia civilización y su evolución a lo largo del tiempo: “La civilización no dura porque a los hombres solo les interesan los resultados de la misma: los anestésicos, los automóviles, la radio. Pero nada de lo que da la civilización es el fruto natural de un árbol endémico. Todo es resultado de un esfuerzo. Solo se aguanta una civilización si muchos aportan su colaboración al esfuerzo. Si todos prefieren gozar el fruto, la civilización se hunde”.

Actualizando este pensamiento (y sin pararnos a pensar que además de no contribuir el fruto, este se puede llegar a robar a mansalva), podemos indicar, recordando la citada “teoría de la ciudadanía”, que el bien común requiere el aprecio de todos, derivando sin dificultad el esfuerzo por contribuir a él a través de un servicio desinteresado a los demás. Servicio que tiene como primera y más sencilla obligación el sujetarse a la legalidad como manifestación de la voluntad democrática del conjunto de los ciudadanos a través de sus representantes políticos que gozan de su confianza y completa legitimidad. No debemos olvidar que el respeto a la ley es expresión del respeto a los legisladores y a las autoridades que han de aplicar sus normas.

Esta podría ser una primera y sintética aproximación a la ética del bien común que extendiéndose a todos los ciudadanos, debe ser más exigible aún en quienes se constituyen en autoridades o representantes de los ciudadanos,

servidores públicos al fin y al cabo, cuyo ejemplo y actitud, además de redundar beneficiosamente en la integridad de las instituciones, promoverá y facilitará el ideal social de la ética del bien común, concretándose en términos de confianza ciudadana y legitimidad. La historia nos demuestra que el ejercicio del poder sin legitimación ciudadana no se sostiene a largo plazo.

Los planteamientos expuestos son sencillos de plasmar en unas líneas pero, infelizmente, en estos tiempos de cambios, desafíos y degradación de la confianza ciudadana en sus instituciones y representantes, no es sencillo materializar en la realidad. Es más, desde la perspectiva de nuestro campo del conocimiento, no puede ser un esfuerzo aislado de juristas o de legisladores pensando, como ya hemos anticipado, que las normas pueden tener un efecto sanatorio de eficacia inmediata y que es posible cambiar a golpe de decreto. Como muchas veces hemos repetido, las normas ayudan, disciplinan, ordenan, pero no hacen milagros, generando inmediatamente, de la noche a la mañana, una cultura de cumplimiento o de respeto al bien común.

Esta tarea requiere el concurso y la aportación de todos, en el sentido más amplio posible, a través de una mayor educación cívica<sup>64</sup>, la promoción y regeneración de valores, la existencia de ejemplos tangibles de buenas prácticas, conductas ejemplares para los ciudadanos basadas en el cumplimiento de la legalidad. Acierta Cassese al establecer un vínculo entre Administración y Derecho Administrativo con la cultura administrativa de un país y sus valores cívicos<sup>65</sup>. De ahí que la promoción de una ética basada en el aprecio al bien común debiera ser una política de Estado, transversal al conjunto de la sociedad, convirtiéndose un elemento definidor de la Administración Pública.

Específicamente, para todos los servidores públicos, tanto a nivel de burocracia política como técnica, en el entorno del servicio al ciudadano, la ética del bien común se debe fortalecer en algunos casos y desarrollar en otros, mostrando las positivas consecuencias de un actuar acorde a la legalidad tanto en el ámbito propio, más cercano, como para el conjunto de la nación. Debe ser sencillo, natural, diferenciar lo correcto de lo incorrecto, dimensionando el impacto institucional pero también nacional, repetimos, que tienen los

64 Como señala Peces Barba, determinados comportamientos ciudadanos, no es fácil que surjan de una situación espontánea, son parte del aprendizaje. Peces Barba, G. "Reflexiones sobre la ciudadanía moderna", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LX, Número 85, Curso académico 2007-2008, pp. 73-86.

65 Cassese, S., *Derecho Administrativo: historia y futuro*, Sevilla, INAP y Editorial Derecho Global, 2014, p. 455.

comportamientos públicos. Se debe trabajar para no faltar a la ética del bien común, todo lo contrario para fortalecer dicha ética de cumplimiento y, por tanto, de resultados tangibles que provean de felicidad y tranquilidad a los ciudadanos.

El ciudadano, el hombre tienen un miedo natural, podríamos decir que genético, al futuro y sus contingencias: a la vejez, a la educación de sus hijos, al mantenimiento o restablecimiento de la salud, pero, sobre todo, en nuestro entorno occidental avanzado, es temeroso a no tener un Estado de bienestar donde el desarrollo de una actividad laboral es el ejercicio de un derecho fundamental. El ciudadano reclama protección, certidumbre, seguridad, pero infelizmente no se le ha proporcionado eso, más bien lo contrario debido a comportamientos muy reprochables que, como decimos, es responsabilidad de todos corregirlos. Y esta constatación no supone negar el talento y buen hacer del conjunto de administraciones públicas y los servidores públicos que en ellas desempeñan sus funciones y que, pese a la patología que nos ha tocado padecer, siguen proporcionando servicios y entornos adecuados para el libre ejercicio de derechos y libertades. Pero, infelizmente, las debilidades eclipsan los talentos y las satisfacciones de los ciudadanos que miden con vara severa, igualando por abajo.

Elevados objetivos que requerirán, si en algún momento se aprecian y existe el necesario consenso para su puesta en práctica, el compromiso de, al menos, esta generación, en trabajar en aquello que han hecho todos los pueblos a lo largo de su historia: superar crisis que en nuestro caso se concreta en los diversos problemas funcionales y estructurales de nuestras administraciones públicas, agravados por una desfavorable situación económica y la muchas veces citada deslegitimación ciudadana.

Evidentemente, lo ideal sería que no fuera la necesidad la que nos espolea y se actuara por convencimiento en la necesaria fortaleza del sistema democrático y el bien común sobre el que se asienta y todos nos beneficiamos sobre la base, con la ayuda de una disciplina, el Derecho Administrativo, cuya vocación no es otra que el bien común.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

Sin duda, la idea que subyace a lo largo del presente trabajo es que la ética del bien común encuentra en el marco de la legalidad un mejor acomodo. Y ese



marco de la legalidad viene determinado por el Derecho Administrativo y su objeto, la Administración Pública. Disciplina y organización que durante algún tiempo han padecido lo que en su día calificamos como “ultrapreterición del Derecho Administrativo”<sup>66</sup>, que va más allá del empleo de técnicas organizativas y de gestión tributarias del sector privado. Se trata de un olvido del Derecho Administrativo en el seno de la propia Administración, lo cual es algo más que una huida por motivos organizativos del Derecho Administrativo, es una auténtica ultra preterición de las reglas que tratan de garantizar el acierto de la decisión administrativa y el buen empleo de los medios públicos, todo ello en orden a atender de la mejor manera los intereses generales. Problema del olvido del Derecho Administrativo que no es nuevo si nos atenemos a referencias como las de Bielsa<sup>67</sup>, que ya a principios del pasado siglo advertía sobre la falta de consideración del Derecho Administrativo teniendo presente que su aplicación es, muchas veces, incierta, arbitraria e infructuosa por lo que, al no ser regularmente observado con relativa precisión, el Derecho Administrativo puede reducirse a una serie de opiniones puramente doctrinales.

No podemos afirmar que la aplicación del Derecho Administrativo conlleve una absoluta inmunidad frente a fenómenos de malas prácticas y corrupción. Ni tan siquiera, de ser posible que no lo es, una aplicación mecánica nos puede asegurar ese resultado. Pero de lo que sí podemos estar seguros a la vista de la propia experiencia que la realidad nos muestra muy crudamente, es que preterir el Derecho Administrativo cuyo objeto es la Administración como principal instrumento para la atención y garantía del interés general, conlleva a los indeseados resultados por todos conocidos.

Es más, tal y como hemos tratado de evidenciar, la aplicación del Derecho Administrativo o su consideración como cuerpo regulador propio de la Administración debe ser entendido en un contexto de valores e interiorización de la idea de bien común o interés general por parte de toda la burocracia, política y técnica, que asume responsabilidades específicas en el ámbito de la gestión pública. Pero no solo ellos, también quienes, en su condición de operadores económicos, agentes empresariales, sociales o simples ciudadanos, contribuyen con su actitud y proceder al buen fin de la Administración Pública. Esto es, los elementos metajurídicos del Derecho Administrativo

66 Nevado-Batalla Moreno, P.T., *Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op. cit., p. 101.

67 Bielsa, R., *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, J. Lajouane y Cía. Editores, 1923, pp. 36-37.

bajo el común denominador del tantas veces citado interés general o bien común deben estar presentes en el conjunto de la sociedad, conformarla, vertebrarla por interés de todos.

Ahí, entendemos, se encuentra la esencia, la raíz del problema. No reconocerlo supone actuar en distintos sectores, apreciar causas y debilidades tal y como hemos apuntado en los epígrafes precedentes, pero no se alcanzará una respuesta global en relación a los problemas de malas prácticas y de corrupción pública.

Y es que, resulta más sencillo hacer análisis jurídicos y propuestas en áreas concretas que afrontar una cuestión medular que se vincula a la propia madurez cívica de la sociedad que se genera, esencialmente, desde los primeros años en que el niño comienza a identificar el entorno en el que está creciendo. Como muy bien expresa la muy significativa y de gran calado cita atribuida a Pitágoras, “educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres”.

Pero mientras somos capaces de mejorar como sociedad lo cual requerirá, sin duda, esfuerzo y tiempo de categoría generacional, debemos emplear de la manera más correcta y perfeccionada el Derecho Administrativo. Y esa parece ser la tendencia. Hemos pasado de períodos donde la satanización de esta disciplina era la práctica habitual a plantear como soluciones novedosas para una mejor gestión de los asuntos públicos tratando de minimizar los casos de malas prácticas y corrupción, lo que a todas luces han de ser considerados como reactivaciones de principios y técnicas sobradamente conocidas en el Derecho Administrativo más clásico. Tal vez su novedad se base en que habían caído en un olvido tan profundo que generando una especie de amnesia jurídica colectiva, pocos recordaron que esos principios y valores siempre habían estado ahí a disposición de quienes tenían la obligación ejercer sus competencias de acuerdo a ellos. De nada sirve criticar lo ya pasado y debemos dar la bienvenida a la proscripción de las duplicidades en la organización administrativa, el respeto al principio de autoridad, la objetividad en la contratación pública, el mérito y la capacidad en el reclutamiento de personal, la responsabilidad por la indebida utilización de fondos públicos, el considerar al ciudadano como eje sobre el que debe pivotar toda actuación pública y así un largo etcétera, que nos muestra el valor del Derecho Administrativo o, alzando más la mirada, de la legalidad como pared maestra de un Estado democrático y de derecho, principal rompiente además frente a casos de malas prácticas o de corrupción pública y, por tanto, como inequívoca manifestación de calidad democrática, evitando los males que actualmente afectan a su propia esencia.

La democracia requiere un esfuerzo permanente de contribución por parte de todos, y por lo que se refiere al Derecho Administrativo y su objeto, la Administración, dicho aporte se concreta en la corrección y el respeto a sus reglas desde una interiorización de los valores y principios sobre los que se asienta una sociedad cívica y formada.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arenilla Sáez, M., *La reforma administrativa desde el ciudadano*, Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.
- Barra Gallardo, N., *Fenómenos de corrupción en el mundo actual. Relación entre lo privado y lo público*, Santiago, LegalPublishing, 2007.
- Barroso, José Manuel, “Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea”, 2009. Disponible en: <http://www.dcca.dk/graphics/publikationer/Administrative%20lettelse/Smart%20Regulation%20executive%20summary%20Spanish.pdf>
- Bielsa, R., *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, J. Lajouane y Cía. Editores, 1923.
- Cáceres, E. M., *La moral administrativa y la moral profesional*, Lima, Casa editora La Opinión Nacional, 1928.
- Caputi, María C., *La ética pública*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000.
- Carbonero Gallardo, J. M., “Las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública: claves para una primera lectura”, *Contratación Administrativa Práctica*, N° 131, Sección Esquemas Prácticos, Editorial La Ley, mayo del 2014.
- Cassese, S., *Derecho Administrativo: historia y futuro*, Sevilla, INAP y Editorial Derecho Global, 2014.
- Crozier, M., *No se cambia la sociedad por Decreto*, traducción de Juan Prats i Catalá INAP, Madrid, Colección básica de Administración Pública, 1984.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L., “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *Diario La Ley*, N°8153, Sección Tribuna, 20 de septiembre del 2013, *La Ley* N°5149/2013.
- Del Guayto Castiella, I., “Los nombramientos judiciales discrecionales y su motivación: nacimiento, evolución y expansión de una jurisprudencia del Tribunal Supremo (2006-2011)”, *Diario La Ley*, N°7907, Sección Doctrina, 23 jul. del 2012. (*La Ley* N°7815/2012).

- Díaz Díaz, M. C. y Nevado-Batalla Moreno, P. T., “Algunas reflexiones sobre malas prácticas, corrupción y ética del bien común. Una visión desde el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Locales CUNAL*, N°180, mayo, 2015.
- Dolz Lago, M. J., “Caso Munar. Condena por malversación de caudales públicos, fraude a la Administración, falsedad de documentos mercantiles y prevaricación: concurso y delitos continuados”, *Diario La Ley* N° 8232. Sección comentarios de jurisprudencia, 20 de enero del 2014. (La Ley N°89/2014).
- Dworkin, R.: *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Edit. Paidós, 2008.
- Fukuyama, F., *La construcción del Estado: Gobernanza y orden mundial en el siglo XXI*, México, Ediciones B, 2004.
- Gimeno Feliú, J. M., “La aplicación de la legislación contractual tras la entrada en vigor de las nuevas Directivas de contratación pública. El efecto directo y las consecuencias prácticas”. Disponible en: <http://cantabria.es/documents/16608/3745123/Ponencia+de+Jos%C3%A9%20Mar%C3%ADa+Gimeno+Feliu.pdf>. Consultado el 3 de marzo del 2017.
- Gimeno Feliú, J. M., “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, Observatorio de la Contratación Pública, 12 de noviembre del 2014. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.180/relnenu.3/chk.a03dd2533969b161aae8a4e681c92da1>
- Gimeno Sendra, V., “Corrupción y propuestas de reforma”, *Diario La Ley*, N°7990, Sección Doctrina, 26 de diciembre del 2012. La Ley N°19035/2012.
- Gómez-Jara Díez, C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, *Diario La Ley*, N° 8423, Sección Tribuna, 18 de noviembre del 2014, La Ley N°8175/2014.
- González Pérez, J., *La ética en la Administración Pública*, 2ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 2014.
- Gramberger, M., *Citizens as Partners: OECD Handbook on Information, Consultation and Public Participation in Policy-Making*, OECD, 2001.
- López Quintás, A., “El conocimiento de los valores”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LX, Número 85, Curso académico 2007-2008.
- Mairal, H.: *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Ediciones RPA, 2007.
- Martín-Retortillo Baque, L.: “Crisis económica y transformaciones administrativas”, REDA N°153, enero-marzo, 2012.

- Moreno de Tejada, A., *Funcionarios ejemplares. Carácter y liderazgo en la Administración española*, Madrid, INAP, 2014.
- Moreno Molina, J. A., “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”, *Contratación Administrativa Práctica*, N°129, Sección Reflexiones, Editorial La Ley.
- Nevado-Batalla Moreno, P. T., “Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas”, en *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile-GRESCO-AECI, 2009.
- Nevado-Batalla Moreno, P. T., “Responsabilidad de los servidores públicos: rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública”, en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Editorial Ratio Legis, 2000.
- Peces Barba, G., “Reflexiones sobre la ciudadanía moderna”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LX, Número 85, Curso académico 2007-2008.
- Ponce Solé, J., “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nueva época, N°11, enero-junio 2014.
- Prieto Romero, C., “El Ayuntamiento de Madrid: medidas de transparencia en la gestión pública”, *El Consultor*, N°7, 15 de abril del 2007.
- Rivero Ortiz, R., “Financiación de los partidos políticos. Tipificación penal de los actos de sobrecogimiento (de sobres)”, *Diario La Ley*, N°8080, Sección Tribuna, 10 de mayo del 2013 (a Ley N°2228/2013).
- Rodríguez Arana, J., *La dimensión ética de la función pública*, Madrid, INAP, 2013.
- Rodríguez Fernández, R., “Los juicios paralelos”, *La Ley Penal*, N°90, Sección Estudios, febrero 2012, La Ley N°785/2012.
- Rodríguez López, A., “Ventajas e inconvenientes de la financiación pública de los partidos políticos”, *Actualidad Administrativa*, N°18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 de octubre del 2011, tomo 2, Editorial La Ley.
- Saavedra Fajardo, D., *Idea de un príncipe político cristiano representado en cien empresas*, Empresa 21: Con la ley rija y corrija.
- Sabán Godoy, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Editorial Civitas, 1991.
- Sánchez Goyanes, E., “La corrupción urbanística (española y globalizada) en el congreso internacional de Río sobre ética y buen gobierno”, *Diario La Ley* N°6709, 9 de mayo del 2007.

Sanz Mulas, A., *Breves reflexiones sobre ética y administración pública*, Observatorio de los servicios públicos, Escuela de Relaciones Laborales de la UCM /FSAP de CC.OO.

Sotiropoulos, D., “Democratization, Administrative Reform and the State in Greece, Italy, Portugal and Spain: Is There a ‘model’ of South European Bureaucracy?”, *The Hellenic Observatory The European Institute*, The London School of Economics and Political Science, abril 2004.

Vallecillo Moreno, F., “Retrato de una empresa pública que no huye del derecho administrativo”, *Diario La Ley*, Nº8107, Sección Doctrina, 18 junio del 2013. (La Ley Nº2841/2013).

Villa, M. A., *Mensalão - o Julgamento do Maior Caso de Corrupção da História Política Brasileira*, San Pablo, Edit. Leya, Texto Editores, 2012.

## Normativa citada

Convención interamericana contra la corrupción o la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, 1996.

Ley Nº1/2014, de 18 de febrero, *de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura*.

Ley Nº30/92 sobre *exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*.

Ley Nº39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley Nº255127/2014.

Real Decreto Nº919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

## Jurisprudencia citada

Sentencia de la Suprema Corte de la Nación Argentina de 28 de octubre del 2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”. Puede consultarse en la página, <http://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/wp-content/uploads/2014/10/Fallo-Corte-buscadores-de-internet.pdf>

STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 21 de abril del 2014 (La Ley Nº52819/2014).

STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, 4/2014 de 27 de mayo (La Ley Nº62535/2014) en relación al denominado “Caso Cooperación”.

TS, Sala Segunda de lo Penal, S 627/2014 de 7 de octubre (La Ley Nº140871/2014).

STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de septiembre del 2014 (La Ley Nº7139/2014).

STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de febrero del 2014 (La Ley Nº93937/2014).

### **Fuentes consultadas**

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Nº170 correspondiente a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda celebrada el viernes, 15 de abril de 1994.  
[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO\\_170.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO_170.PDF)

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Nº170 correspondiente a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda celebrada el viernes, 15 de abril de 1994.  
[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO\\_170.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO_170.PDF)

Diario La Ley, Nº 8434, Sección Corresponsalía Autonómica, de 3 de diciembre del 2014 (La Ley Nº274678/2014).

Diario La Ley, Nº8440, Sección Hoy es Noticia, 12 de diciembre del 2014 (La Ley Nº286860/2014).

Disponible en [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/whitepaper\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/whitepaper_en.pdf). Consultado el 9 de marzo, 2017.

[http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Indicadores/documentos\\_html/TresProblemas.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html)

<http://digibug.ugr.es/handle/10481/12066#.VFgWyMstBD8>





## LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO CONTEXTO Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

### GOOD ADMINISTRATION AS A CONTEXT AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE FIELD OF THE EUROPEAN UNION

MARÍA JOSÉ CORCHETE MARTÍN<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente trabajo, se analizará el cómo la transparencia o la idea de “gobierno abierto” se ha ido convirtiendo en el objetivo de todo Estado que pretenda ser democrático, realizando un análisis detallado, tanto en forma empírica como teórica, de dos conceptos clave: buena administración y acceso a la información pública. Observando en forma concreta cómo opera ello en un ámbito tan específico como lo es la Unión Europea.

**Palabras clave:** Unión Europea. Buena administración. Acceso a la información pública.

**Abstract:** In the present work, we will analyze how transparency or the idea of “open government” has become the goal of any State that pretends to be democratic. Carrying out a detailed analysis, both empirically and theoretically, of two key concepts; good administration and access to public information. Observing in a concrete way how it operates in a specific field such as the European Union.

**Key words:** European Union. Good administration. Access to public information.

<sup>1</sup> Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca.

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años y como consecuencia, entre otros motivos, de contextos de crisis económica y su repercusión negativa en materia de derechos y libertades fundamentales, se ha ido generando y consolidando un sentimiento de clara desafección entre representantes y representados que ha llevado a cuestionar no la democracia en sí, pero sí su calidad. Como ya tuve ocasión de comentar en otros trabajos<sup>2</sup>, el problema de la desafección entre la clase política que dirige “nuestro destino” y los ciudadanos, no es un tema nuevo en las democracias actuales; sin embargo, en la medida en que este sentimiento sigue latiendo a lo largo y ancho de los continentes, la reflexión continúa siendo obligada.

Bien es cierto que se han ido produciendo avances importantes en el ámbito de la participación ciudadana en los asuntos públicos; sin embargo, el camino aún es largo, pero necesario de ser recorrido. Concretamente, la transparencia o la idea de “gobierno abierto” se han convertido, en las últimas décadas, en el objetivo de todos aquellos Estados que realmente quieran ser democráticos<sup>3</sup>.

Estas páginas pretenden acercarnos a dos conceptos clave dentro del objetivo de la transparencia, como son la buena administración y el acceso a la información pública, y ello en un ámbito tan complejo como es la Unión Europea. Ambos conceptos serán analizados tanto desde una perspectiva teórica como empírica y ello con la finalidad de valorar, no solo su trayectoria hasta el momento sino, sobre todo, las perspectivas de futuro en relación con la necesaria consolidación de los derechos implicados. Para ello llevaremos a cabo un análisis minucioso de la casuística porque, como podremos comprobar, tanto la labor de control del Ombudsman europeo (DPE) como la jurisprudencia de los tribunales europeos han resultado y continúan siendo determinantes, no solo para concretar una legislación tímida e imprecisa en

2 Trabajo terminado y enviado para su publicación el 2 de mayo del 2016. Elaborado en el marco del proyecto “Gobernanza económica europea y transformación constitucional”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, referencia DER2014-57116-P. Corchete Martín, María José, *La participación ciudadana en los asuntos públicos y su contribución a la calidad de la democracia. Reflexiones al hilo de algunas experiencias participativas*, Estudios de Deusto, vol. 63/2, 2015, pp. 81-109.

3 Precisamente para Bobbio, N., la democracia se puede definir de las más diversas formas, pero no hay definición de la misma que pueda dejar de lado la inclusión, entre sus características, de la visibilidad o transparencia del poder. De ahí que el autor italiano defina la democracia o régimen democrático como “un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de las decisiones colectivas, en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados”, *El Futuro de la Democracia*, 1ª edición, Barcelona, Plaza&Janés, 1985, pp. 11-12.

la materia sino, también, para la garantía efectiva de los derechos que serán objeto del presente trabajo.

## II. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE TRANSPARENCIA?

Muchas son las definiciones que sobre transparencia se han vertido desde la doctrina, cada una de ellas con matices diferentes, pero con un denominador común: su carácter irrevocable del término democracia; por tanto, hablar de transparencia implica hablar de democracia, y hablar de democracia implica *presuponer* la transparencia. Sin embargo, esta deducción *lógica* que podemos hacer en la teoría, no siempre puede ser llevada a la práctica. Por ello resulta conveniente tratar de contestar la siguiente interrogante: ¿qué implica la transparencia?

Para López Ayllón y Arellano Gault<sup>4</sup>, la transparencia implica rendición de cuentas (accountability) en la medida en que se ocupa de las formas a través de las cuales los gobiernos abordan, técnica y políticamente, la *res pública* y, en este sentido, la rendición de cuentas, aplicada a este tipo de asuntos, obligaría a los servidores públicos a explicar, detalladamente, su actuación y sus resultados. En este sentido, la transparencia contaría con una serie de elementos tales como información, justificación, responsabilidad y sanción, esta última en sentido amplio. La finalidad no es otra que la de garantizar la legalidad y el carácter democrático de las responsabilidades públicas.

Sin embargo, la transparencia implicaría algo más; concretamente, *el poder conocer*, esto es, el acceso a la información. Sin acceso a la información no es posible el control de los poderes públicos y, por tanto, la exigencia de responsabilidad en la toma de decisiones. De hecho, para Gordillo<sup>5</sup>, “la transparencia para conocer es un requisito previo y fundamental para la materialización del principio participativo en las estructuras administrativas”; de ahí que debamos contemplar a los ciudadanos como el principal y verdadero motor de la transparencia cuando se reconoce su derecho de acceso a la

4 Cfr. López Ayllón, S. y Arellano Gault, D., *Estudio en materia de transparencia de otros sujetos obligados por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, pp. 13-20.

5 Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte general, 8ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 15.

información pública, lo que permite la posterior rendición de cuentas por parte de las autoridades responsables de los actos y decisiones públicas. Como ya apuntó de manera temprana el tribunal Constitucional español (TC) en la STC 6/81, de 16 de marzo<sup>6</sup>, tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a comunicar y recibir información “son derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos” (FJ 4); y es precisamente este carácter institucional de ambos derechos lo que llevó al Tribunal español a considerar que “la preservación de esta comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales (...) y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder”<sup>7</sup>. Como acertadamente advierte Bustos Gisbert, partiendo de la correlación entre conocimiento y libertad, el hombre nunca será libre a la hora de tomar decisiones si no tiene un conocimiento suficiente de las cuestiones que le afectan o, “(...) al menos la posibilidad de adquirir dichos conocimientos”<sup>8</sup>. Por ello, la rendición de cuentas no sería posible sin la garantía efectiva de los derechos fundamentales a la libertad de información y a la libertad de expresión<sup>9</sup>.

Si nos ubicamos en el ámbito de la Unión Europea, para Cotino Hueso<sup>10</sup>, siguiendo a un sector de la doctrina, la transparencia comprendería, principalmente, “el acceso público a documentos e información de los poderes públicos, que no se adopten decisiones a puerta cerrada, publicidad de órdenes del día y de las actas de cualquier órgano decisorio, política de información activa, condiciones de las normas y actos de los poderes públicos, posibilidad de tener un interlocutor único en las relaciones con la administración, así como la identificación del nombre de los servidores en contacto con el público”; otros autores añadirían, además, a este contenido, “la participación en general

6 [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

7 Entre dichas actuaciones se encuentran la censura previa, el secuestro de publicaciones, grabaciones u otros medios informativos, salvo que exista resolución judicial, art. 20.2 y 5 CE. (FJ 3).

8 Bustos Gisbert, R., “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Nueva Época julio-septiembre 1994, núm. 85, p. 264.

9 Sobre la relación y distinción entre el acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas, vid López Ayllón, S. y Arellano Gault, D., *Estudio en materia de transparencia (...)*, op. cit., p. 15.

10 Cotino Hueso, L., “Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución Europea y en la realidad de su ejercicio”, en H. López Bofill, M. Carrillo (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, tirant lo blanch homenajes8congresos, Valencia, 2006, pp. 289-291.

en el proceso de adopción de decisiones, derecho a conocer las razones de la decisión, el derecho de acceso a los expedientes y, por último, el derecho del interesado en el procedimiento a ser oído, antes de adoptarse la decisión”.

Como podemos comprobar, a pesar de la multiplicidad de definiciones existentes del término “transparencia” y de los distintos matices que se van introduciendo en todas ellas en función de las diversas experiencias y del tiempo transcurrido, podemos advertir la existencia de un objetivo común: la transparencia como “visibilidad” en el ejercicio del poder. Es entonces cuando, partiendo del objetivo, podemos comenzar a desengranar el concepto a partir de los instrumentos que lo integran; en nuestro caso, y desde el ámbito de la Unión Europea, nos centraremos en dos de ellos: el derecho a la buena administración y el derecho de acceso a documentos.

### III. EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS EN LA CARTA DE NIZA (CDFUE)

El reconocimiento de estos derechos en la Carta de Niza (2000), hoy Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>11</sup>, tuvo su proyección más inmediata en el Libro Blanco de la Gobernanza en Europa (2001), donde ya se hacía referencia a la necesidad de potenciar la visibilidad de su acción, así como de los principios que debían inspirarla<sup>12</sup>. El Libro Blanco se refiere “a la manera en que la Unión Europea utiliza los poderes que le otorgan los ciudadanos”<sup>13</sup>. Sin embargo, no ha sido hasta la entrada en vigor de la CDFUE (2009), cuando el objetivo de la transparencia ha sido concretado de manera expresa a través del reconocimiento de los derechos a la buena administración (art. 41) y el acceso a documentos (art. 42).

<sup>11</sup> [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

<sup>12</sup> Sobre el Libro Blanco de la Gobernanza vid el comentario de Guillén Carrau, J., “La buena administración en la UE tras el tratado de Lisboa: ¿más por menos?”, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3870621.pdf>, pp.76-80.

<sup>13</sup> [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001\\_0428es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001_0428es01.pdf). Este texto justifica el por qué reformar la gobernanza, estableciendo una serie de principios de “buena gobernanza” así como una propuesta de cambios orientados a propiciar una mayor participación de todos los actores sociales, mejores políticas, mejores normativas y mejores resultados, así como la contribución de la UE a la Gobernanza mundial. Desde una perspectiva de futuro se afronta la preocupación por la desconfianza o falta de interés en las instituciones y en las políticas, siendo el objetivo conectar Europa a los ciudadanos “como requisito previo a unas políticas pertinentes y efectivas”.

Bien es verdad que el Tratado de la Unión Europea (TUE), en sus artículos 8D y 138E, ya introdujo en este ámbito la figura del DPE, precisamente para recibir e investigar las reclamaciones relativas a los casos de mala administración comunitaria. De hecho, este tratado recoge por primera vez el derecho de acceso a los documentos (art. 255) como derecho que contribuye al objetivo de la Gobernanza.

En la actualidad, tanto la institución del DPE (art. 43) como el derecho a la buena administración y el derecho de acceso a los documentos, ya contemplados de una manera más detallada y conforme a una sistemática más adecuada, vuelven a tener un reflejo explícito en la CDFUE.

### **1. El derecho a la buena administración como “derecho intuitivo”**

Este derecho se engloba dentro del objetivo de la transparencia en el ejercicio de las funciones administrativas. De esta forma, cuando hacemos alusión a la buena administración, nos estamos refiriendo a un modo de actuación, aquel que es conforme a una serie de parámetros para evitar la falta de razonabilidad de las decisiones discrecionales de la administración, los retrasos, las negligencias así como la inactividad administrativa, lo que nos lleva a pensar que el concepto de buena administración, al igual que ocurre con el concepto de transparencia, aunque este último mucho más amplio, es un concepto fundamentalmente intuitivo en la medida en que no abarcaría propiamente conductas ilegales de la administración, más concretas y delimitables, sino todas aquellas que resultan irregulares y que también pueden repercutir de manera negativa sobre los derechos e intereses de los ciudadanos administrados.

Para poder entender este concepto y su importancia, no solo desde la perspectiva del correcto funcionamiento de las instituciones y órganos públicos (principio de buena administración) sino, también, desde la perspectiva de los ciudadanos y la defensa de sus derechos (derecho a la buena administración)<sup>14</sup>, conviene remontarnos al origen del concepto de

14 En el asunto Tillack, el Tribunal de primera instancia mantuvo la eficacia jurídica del derecho a la buena administración recogido en la CDFUE, estableciendo que “... el principio de buena administración no confiere por sí mismo derechos a los particulares a menos que constituya la expresión de derechos específicos como los derechos de toda persona a que se traten sus asuntos imparcial, equitativamente y dentro de un plazo razonable, a ser oída y a acceder al expediente, o el derecho a la motivación de las decisiones que le afecten según

buena administración, concepto vinculado, por otro lado, al origen de la figura del *Ombudsman* escandinavo.

Efectivamente el concepto original de *Ombudsman* resulta clave para entender el interés que despertó esta institución, no solo en Europa sino, también, en países de otros continentes, adaptándose a los ordenamientos jurídicos de cada país. La defensa de los particulares frente a la actuación de los poderes públicos, principalmente en el ámbito de la administración pública, sigue siendo el objetivo y razón de ser de esta figura cuyo origen se remonta a la primera década del siglo XIX.

El primer país en contemplarla en su Constitución fue Suecia, marcando ya su especial carácter. En este sentido, para D.C. Rowat<sup>15</sup>, existen unas notas clave para diferenciar al auténtico Ombudsman de otras figuras afines, siendo estos rasgos: su independencia e imparcialidad, su función de control de la mala administración –injusticias y errores administrativos– a través de las quejas ciudadanas y actuaciones de oficio, así como su poder de investigación, crítica y publicidad de las acciones administrativas, aunque no de revocación, y ello con la finalidad de garantizar el carácter democrático de los Estados a través de la garantía de los derechos de los ciudadanos administrados. Por tanto, para el autor, el empleo del término *Ombudsman* debe restringirse a las instituciones que tengan esta combinación única de características pues, de lo contrario, se puede olvidar la importancia vital de uno o más de estos rasgos. Y es que precisamente lo que se busca es cubrir aquellos espacios donde no tienen cabida los mecanismos tradicionales y más formales de garantía como son, por ejemplo, aquellos de carácter jurisdiccional, colocándose el ciudadano en una situación de clara indefensión<sup>16</sup>; *una tierra de nadie* que no puede quedar impune. Desde esta perspectiva, esta figura de carácter *extrajudicial* se ha ido convirtiendo en un verdadero propulsor del control de la administración y de la garantía de los derechos de los administrados, socializando al gobernante y abriendo vías de diálogo y comunicación a raíz de su relación directa con los ciudadanos y los distintos órganos y poderes

se recogen en el artículo 41 de la CDFUE, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000” (STPI Tillack v. Commission, de 4 de octubre del 2006, T-193/04).

15 Rowat, D. C., *El Ombudsman*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 39.

16 Escalante, D., en el Prólogo a la citada monografía de Rowat, ya apuntaba que “el espíritu del Ombudsman es salvaguardar los derechos de la persona humana y el orden jurídico establecido, donde quiera que rigen los sistemas democráticos...”. Pues bien, en ambos campos sigue residiendo en la actualidad el progresivo y continuo interés por esta institución, y la causa de que se haya convertido en una institución propia y típica de las democracias del siglo XX.

públicos<sup>17</sup>. Sin embargo, y como hemos apuntado, conviene advertir que, en realidad, las conductas que pueden ser investigadas por el Ombudsman se encuentran dentro del concepto de mala administración que incluye una serie de comportamientos y actitudes sin delimitación alguna; de ahí que hiciéramos referencia al concepto de buena administración como un concepto abierto y, fundamentalmente, intuitivo<sup>18</sup>. No obstante, esta indeterminación deberá ser aclarada en cada caso por el legislador al concretar las funciones y competencias de esta institución en un ámbito determinado, así como por la jurisprudencia de los tribunales de justicia y la misma labor del Ombudsman. En el ámbito de la UE, esta indeterminación trató de afrontarse de manera temprana a través del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (CEBCA), aprobado por el Parlamento Europeo en el 2001 e impulsado por el propio Defensor del Pueblo<sup>19</sup>.

Sin embargo, partiendo de la naturaleza de esta figura como *Magistratura de persuasión* y, partiendo de la naturaleza de este CEBCA como un instrumento no vinculante en términos jurídicos<sup>20</sup>, se podría pensar en un escenario más voluntarista que realmente eficaz, pero el hecho de que la CDFUE goce del mismo valor jurídico que los Tratados y, además, contemple de manera expresa y detallada el derecho de los ciudadanos a la buena administración

17 Cfr. Corchete Martín, M. J., *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, Estudios Jurídicos, 2001, pp.16-19.

18 Partiendo del carácter abierto del concepto de mala administración, conviene puntualizar que el ámbito de actuación de esta institución debe ceñirse a actos o decisiones administrativas, quedando fuera del mismo la labor política, tanto del Parlamento como de sus Comisiones, así como los actos legislativos.

19 Como se recoge en el Prefacio de este Código, su finalidad consiste en proporcionar directrices sobre las etapas prácticas que llevan a una mayor eficacia, transparencia y rendición de cuentas, así como la convicción de que las instituciones deben aceptarlo como una norma de responsabilidad, evitando una actitud defensiva o evasiva. El hecho de que este Código vaya destinado a los funcionarios de la UE refleja la necesidad de un cambio en la manera de actuar con la finalidad de mejorar y reforzar la calidad y la eficacia de su trabajo. [www.ombudsman.europa.eu/es/resources/code.faces](http://www.ombudsman.europa.eu/es/resources/code.faces)

20 El TJUE ya tuvo ocasión de pronunciarse en relación con la naturaleza y eficacia de los Códigos de buena conducta administrativa. Concretamente, en la Sentencia del 30 de abril de 1996, C-58/94, el TJ inadmite el recurso presentado por Países Bajos dirigido contra el Código de Conducta del Consejo y de la Comisión, ya que al tratarse de un acto que constituye el reflejo de una mera coordinación voluntaria, no está destinado a producir efectos jurídicos, puesto que solo los actos de tal carácter pueden ser objeto de un recurso de anulación.



(art. 41)<sup>21</sup>, permite mantener un cierto optimismo en relación con el objetivo que se pretende<sup>22</sup>.

Este Código, aunque solo es aplicable a las instituciones y funcionarios de la Unión Europea (art. 2), ha tenido una gran repercusión en los Estados miembros en la medida en que, como se señala en el mismo, ha servido de impulso e inspiración para Códigos de Buena Administración en estos países<sup>23</sup>.

21 Art. 41:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a. el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;

b. el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c. la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

22 Entre los principios generales recogidos en el CEBCA (arts. 3-27) se encuentran la legalidad, la ausencia de discriminación, proporcionalidad, ausencia de abuso de poder, imparcialidad e independencia, objetividad, coherencia, asesoramiento, justicia, cortesía, derecho a ser oído y a hacer observaciones, plazo razonable, motivación y notificación de las decisiones, acceso a la información, protección de datos, etcétera.

23 Concretamente la experiencia española es una clara prueba de ello y, principalmente, en el caso de las Comunidades Autónomas. Las últimas reformas Estatutarias no solo recogen de manera expresa el derecho de los ciudadanos a la buena administración (E. A. de la Comunidad Valenciana, art. 9, LO 1/2006; E. A. de Cataluña, art. 30, LO 6/2006; E.A. de la Comunidad Balear, art. 14, LO 1/2007; E.A. de Andalucía, art. 31, LO 2/2007; E.A. de Castilla y León, art. 12, LO 14/2007) sino, también, la buena administración como principio rector de la organización y actuación administrativa, como es el caso del E.A. de Aragón, arts. 15-16, el E.A. de la Comunidad Foral de Navarra, art. 28 bis, o la C.A. de Extremadura, art. 39). Por otro lado, los Códigos de Buena Conducta Administrativa se han ido extendiendo también tanto a nivel de Corporaciones locales como de Comunidades Autónomas, haciendo referencia expresa a la influencia de la Carta de Niza. Así, el Código de Buena Conducta Administrativa del Ayuntamiento de Huesca (diciembre del 2010), Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la C.A. de Cantabria (febrero del 2014), Código de Buena Conducta Administrativa de la institución del DP de la Comunidad Foral de Navarra (junio del 2003) o el Código de Buenas Prácticas Administrativas del Síndic de Greuges de la la C.A. de Cataluña, entre otros.

## **2. El derecho de acceso a los documentos y su importancia para la calidad de la democracia**

Este derecho constituye una manifestación del objetivo de la transparencia en un Estado Social y Democrático de Derecho y, al mismo tiempo, de todos y cada uno de los principios y derechos que contribuyen a su fundamento y garantía como es el caso de la buena administración, tanto desde la perspectiva de principio rector de la conducta de los órganos e instituciones administrativas, como desde la perspectiva de los ciudadanos administrados a partir de su catalogación como derecho fundamental (art. 43 CDFUE).

Esta doble perspectiva resulta importante en la medida en que el derecho de acceso a la información pública, con carácter general, o a los documentos con carácter particular, implica la concurrencia de una doble dimensión del derecho: subjetiva, en tanto en cuanto exista un interés particular en un determinado documento, y objetiva, en la medida en que concurra un interés general en conocer y, por tanto, con la finalidad de controlar la acción u omisión de los poderes públicos y sus consecuencias en un contexto democrático. Por tanto, no es necesario que exista una afectación directa para ejercer el derecho de acceso a los documentos, siendo suficiente un mero interés. Sin duda, la ausencia de límites al reconocimiento de la condición del solicitante supone un paso más en el compromiso con la transparencia y la rendición de cuentas.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de la CDFUE, la UE ya había reconocido el derecho de acceso de los ciudadanos a la información en poder de sus instituciones en el art. 255 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)<sup>24</sup>. Por primera vez, la transparencia se enmarca expresamente como objetivo en el articulado de un Tratado Comunitario<sup>25</sup>.

24 El Tratado de la Comunidad Europea, también conocido como Tratado de Ámsterdam, entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

25 El Tratado de Maastricht no lo recogía en su articulado sino en una Declaración aneja al Tratado “relativa al derecho de acceso a la información”, donde se recomendaba a la Comisión presentar ante el Consejo un informe sobre las medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las Instituciones con la finalidad de reforzar su carácter democrático, aumentando el grado de transparencia informativa. De esta forma, el Consejo a través de la Decisión de 20 de diciembre de 1993 y la Comisión, a través de la Decisión de 15 de febrero de 1994, pusieron en marcha el Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión (93/730/CE) (DO L 340 31.12.1993 p. 41).

Dos años después de la entrada en vigor del TCE fue aprobado el Reglamento 1049/2001 del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión<sup>26</sup>, vigente en la actualidad.

Este Reglamento configura con gran amplitud el derecho de acceso a los documentos, fortaleciendo el objetivo de la transparencia tanto desde la vertiente del control de los poderes públicos como desde la vertiente de la participación ciudadana en los asuntos de tal naturaleza (art. 1); de hecho, el objetivo es claro: garantizar una mayor participación del ciudadano en el proceso de toma de decisiones, así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración. Para lograr dicho objetivo, el Reglamento introduce algunas novedades importantes. Concretamente y en relación con el derecho de acceso a los documentos, incluye, no solo el acceso a los documentos elaborados por las instituciones sino, también, aquellos documentos que estas reciban, así como los de carácter preparatorio o de uso interno, ampliando el contenido del art. 255 TCE<sup>27</sup>. Además, en el art. 3.a), se define como *documento* “todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referente a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución”.

En cuanto a la tramitación de las solicitudes de acceso, el Reglamento regula un procedimiento ágil (quince días para resolver, con silencio negativo) y la posibilidad de formular reclamación ante el DPE o recurso judicial (art. 8.1), en caso de denegación de la solicitud. Dicha denegación deberá ser motivada (art. 7.2). Para facilitar el acceso, el Reglamento dio entrada, en cada Institución de la Unión, a un registro de documentos accesibles al público por medios electrónicos.

Se reconoce el derecho de acceso a los documentos a los ciudadanos de la Unión, así como a toda persona física o jurídica que resida o tenga su

26 DO L 145, 31-5-2001, Reglamento que desarrolló el art. 15.3 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

27 Ello contrasta, por ejemplo, con el ordenamiento jurídico español. La Constitución, en su art. 105 b, se remite a la ley para regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. El legislador, a través de la Ley N°30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RJAP y PAC) establece, en su art. 37, que “Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando un expediente, obren en los archivos administrativos (...) siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

domicilio social en un Estado miembro (art. 2.1). Sin embargo, el art 2.2 amplía el ámbito de aplicación personal del derecho cuando establece que, con arreglo a los mismos principios, condiciones y límites, las instituciones *podrán conceder el acceso a los documentos* a toda persona física o jurídica que no resida ni tenga su domicilio social en un Estado miembro<sup>28</sup>. Esta ampliación de la titularidad del derecho de acceso a los documentos tiene su justificación en el Convenio Aarhus que hizo necesario extender este derecho a cualquier sujeto, con independencia de su lugar de residencia, aunque solo en materias medioambientales<sup>29</sup>. No obstante, de la redacción del precepto reglamentario parece desprenderse “posibilidad” en el acceso y no un reconocimiento general o, al menos, no en las mismas condiciones que los ciudadanos o residentes en el ámbito de la UE.

Por último, y como no podía ser de otra manera, el derecho de acceso a los documentos, como cualquier derecho fundamental, no es un derecho absoluto y, por esta razón, el Reglamento prevé excepciones o limitaciones al acceso. El art. 4 hace referencia al interés público en lo que respecta a la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales, la política financiera, monetaria o económica de la Unión o de un Estado miembro. También cabe la denegación del acceso a los documentos cuando se trata de proteger la intimidad e integridad de la persona “en particular, de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales”. Para determinados supuestos recogidos en los apartados 2 a 7, la excepción al acceso solo se aplica mientras no exista un interés público superior en la divulgación, constituyéndose en una excepción a las excepciones formuladas en dichos apartados<sup>30</sup>.

28 Una vez más el concepto de “solicitante” de la información recogido en el Reglamento Europeo N°1049/2001 supera a aquel previsto en la legislación española en la medida en que la Ley N°30/92, de 26 de noviembre RJAP y PAC, en su art. 31, hace referencia al concepto de *interesado* y a su legitimación en el procedimiento administrativo cuando exista una *afectación* como consecuencia de una resolución. El art. 35 recoge los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas, estableciendo en su apartado a) el derecho “(...) a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesado/s, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”.

29 La Conferencia de la ONU sobre medio Ambiente (Río, 1992-2001) supuso un paso importantísimo en aras del reconocimiento e impulso del acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones, así como en el acceso a la justicia en materia medio ambiental ([http://www.unece.org/env/pp/documents/ cep43f.pdf](http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43f.pdf)) (6/4/2016).

30 El paralelismo existente en relación con las excepciones fijadas por el Reglamento de la UE N°1049/2001 y el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos

Sin embargo, y a pesar de contar con una regulación bastante completa en esta materia, desde época temprana comenzaron a suscitarse problemas en relación con el ejercicio del derecho de acceso a los documentos por parte de los ciudadanos. Concretamente, dichas dificultades se plantearon en relación con la interpretación que de las excepciones o limitaciones efectuaron las autoridades administrativas, obstaculizando el acceso a determinadas informaciones, tanto de interés particular como general. La interpretación que de los límites y excepciones previstos por el legislador se llevaron a cabo por parte de las instituciones comunitarias fue claramente restrictiva y, por ello, limitando de manera desproporcionada el ejercicio de los derechos de acceso a los documentos y a la buena administración. En este escenario es donde adquieren protagonismo las instituciones de garantía y control, contribuyendo, con carácter general, no solo al *fortalecimiento en clave garantista de estos derechos* sino, sobre todo, *a fraguar una cultura de transparencia y responsabilidad en las instituciones* como fundamento del carácter democrático de la Unión Europea.

(18 de junio del 2009) resulta evidente a tenor de su art. 3, “Posibles límites al acceso a los documentos públicos: 1) Cada Parte puede limitar el derecho del acceso a los documentos públicos. Los límites deberán estar previstos por una ley, ser necesarios en una sociedad democrática y tener como objetivo la protección de: a) la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales; b) la seguridad pública; c) la prevención, la investigación y el procesamiento de actividades criminales; d) las investigaciones disciplinarias; e) la inspección, control y supervisión por autoridades públicas; f) la intimidad y otros intereses privados legítimos; g) los intereses económicos y comerciales; h) las políticas estatales de cambio de moneda, monetarias y económicas; i) la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales y la administración eficaz de la justicia; j) el medio ambiente; o k) las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto. Los Estados interesados, a la hora de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante una declaración enviada al Secretario General del Consejo de Europa, pueden declarar que las comunicaciones oficiales con la Familia Real y su Casa Real o el Jefe de Estado también están incluidas entre las posibles limitaciones. 2) El acceso a la información contenida en un documento oficial puede ser rechazado si puede o probablemente pueda dañar los intereses mencionados en el párrafo 1, *a menos que haya un interés público que prevalezca en dicha revelación*. 3) Las Partes considerarán la posibilidad de fijar unos plazos más allá de los cuales los límites mencionados en el párrafo 1 dejen de ser aplicables”.

## IV. ÓRGANOS E INSTITUCIONES DE CONTROL Y GARANTÍA. EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. El Defensor del Pueblo Europeo y el control de la mala administración. Hacia una cultura de la transparencia desde la “persuasión”

Desde que en el año 1995 esta institución comenzara su andadura, muchos han sido los objetivos alcanzados en un ámbito de actuación pública con un déficit claro de garantías para el ciudadano en sus relaciones con los órganos e instituciones de la UE. El DPE tratará de desvelar casos de mala administración basándose en las reclamaciones ciudadanas o en sus actuaciones de oficio; a él le corresponde “buscar una solución rápida, sencilla e independiente o, en su defecto, remitir el caso al Parlamento Europeo, como Comisionado de este órgano, buscando un control de carácter político sobre aquellas instituciones que hayan actuado de manera irregular”, a través de procedimientos parlamentarios como las sesiones de interpelaciones y preguntas, comisiones de investigación o el seguimiento de peticiones<sup>31</sup>.

Precisamente porque los casos denunciados ante el DPE sobre mala administración son, sin duda, muy numerosos e inabarcables para el objetivo de este trabajo, hemos tratado de seleccionar aquellos que reflejan, de forma meridianamente clara, los problemas que con mayor frecuencia se suscitan en relación con el acceso a la información y, más concretamente, con el derecho de acceso a los documentos. La finalidad de este análisis es demostrar el impacto que la labor de control del DPE ha tenido sobre la interpretación de este derecho y su proyección sobre el derecho a la buena administración con un carácter más general. Para ello, haremos un breve, pero intenso, recorrido por los informes anuales y especiales y, a través de las quejas y actuaciones de oficio, intentaremos cumplir con el objetivo propuesto.

31 El art. 44 de la CDFUE recoge el derecho de petición estableciendo que “Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo”. De hecho, es la Comisión de Peticiones el órgano parlamentario al que el DPE presenta sus informes, anuales y monográficos, estableciéndose entre ambos una relación complementaria y de cooperación, dadas sus diferentes competencias respecto a las peticiones y reclamaciones de los ciudadanos de la UE. La Comisión de Peticiones vendría a desempeñar una función adicional de supervisión sobre las funciones del DPE en su relación con el Parlamento.

El primer informe presentado por esta institución al Parlamento Europeo fue en el año 1995. En él ya quedaban patentes las dificultades en relación con el ejercicio del derecho de acceso a los documentos, teniendo en cuenta el escaso recorrido de este derecho en el ámbito de la Unión hasta ese momento.

Merece comentario la reclamación N°45/95 presentada por un parlamentario europeo ante la negativa del Consejo a facilitarle “toda la legislación existente, incluidos los informes sobre las actas del Consejo” en relación con un tema de su interés como representante parlamentario. El DPE solicitó *una respuesta motivada* al Consejo, pero este argumentó que el Defensor carecía de legitimación para examinar la reclamación, en la medida en que el solicitante no había probado la existencia de una acción administrativa incorrecta del Consejo, siendo su petición de carácter político.

El DPE consideró *que los ciudadanos no tienen que aportar una prueba irrefutable de mala administración cuando se dirigen al DPE, siendo suficiente alegar una situación de mala administración y que existan suficientes motivos para pedir la intervención de esta institución y su opinión* en el caso que se le plantea. Además, el Defensor del Pueblo justificó su legitimación en el caso, por la naturaleza de su función y, en relación con el caso concreto, determinó que *independientemente de la motivación política de la petición*, el Consejo debe *cumplir con la legalidad*.

Teniendo en cuenta que el Consejo alegó que ya se había adoptado un Código de conducta que permitía el acceso público a sus documentos, el DPE, finalmente, dio por cerrado el expediente en tanto en cuanto el reclamante *podría tener acceso a dicha información sobre la base del citado Código*.

La reclamación N°180/95 también fue presentada por un parlamentario al serle negado, en este caso por la Comisión Europea, un informe sobre los aditivos en los productos alimenticios, vulnerando los principios sobre el acceso público a los documentos de la Comisión<sup>32</sup>. La respuesta llegó, pero con *un retraso excesivo*. Cuando el DPE se dirigió a la Comisión, aunque el reclamante ya había recibido la información solicitada, advirtió que el retraso en la contestación también *constituye un acto de mala administración*. La Comisión se comprometió a que en el futuro trataría de responder a las solicitudes de los documentos en el plazo establecido de un mes.

Un año después, en 1996, ante el gran número de reclamaciones recibidas de ciudadanos por las continuas demoras en la recepción de los documentos

32 D.O. 1994, N°L 46, p. 58.

solicitados, el DPE, por iniciativa propia, elevó una solicitud de información a las instituciones y órganos comunitarios, constatándose *la existencia de retrasos generalizados en el envío de los documentos solicitados*, pudiendo estar en el origen de este problema *la escasa formación de los funcionarios responsables de responder a las solicitudes en cuanto al tratamiento de las peticiones de acceso*. El hecho de que durante este período los Códigos de Buena conducta administrativa aún no estuvieran implantados en todas las instituciones y órganos de la Unión, dio lugar a estas irregularidades administrativas que, años después y, a través de un incisivo control por parte del Defensor, se fueron corrigiendo, lo que refleja la eficacia de su labor de control y, sobre todo, de su poder de persuasión sobre los órganos e instituciones de la Unión para la garantía efectiva del derecho a la buena administración. Precisamente conviene destacar que ante las irregularidades detectadas, en el año 2000, el DPE presentó un informe especial al Parlamento, relativo a dicha investigación<sup>33</sup>. Sobre la base de sus consideraciones, esta institución presentó un proyecto de recomendación a las diferentes instituciones, órganos y agencias descentralizadas comunitarias, incidiendo en varios puntos: *la necesidad de adoptar estos Códigos de Buena conducta, que sus normas fueran comprensibles para el ciudadano*, por lo que deberían centrarse solamente en las relaciones de los funcionarios con el público y, además, para garantizar su eficacia y accesibilidad, *deberían publicarse en forma de Decisión en el Diario oficial*.

La respuesta de las instituciones y órganos europeos fue positiva, aceptando la recomendación del Defensor en su totalidad, aunque, en algunos casos, solicitando más tiempo para llevar a cabo este cometido.

Por otro lado, y en relación con el derecho de acceso a los documentos, las dificultades que se plantean son muy diferentes aunque todas ellas suponen, en cualquier caso, un obstáculo al ejercicio efectivo de este derecho con clara afectación, igualmente, al derecho a la buena administración. El caso 1487/2005/GG es un buen ejemplo de ello; un asunto que versa sobre dos importantes cuestiones: *la cuestión de las lenguas que deben utilizarse en las presentaciones en internet de la Presidencia de la UE y la cuestión de si se puede considerar al Consejo responsable de los sitios web de la Presidencia*.

Para el DPE es muy importante que la información publicada en el sitio web de las instituciones y órganos de la Unión sea accesible al mayor número

33 <http://www.euro-ombudsman.eu.int> (OI/1/98/OV).



de ciudadanos; sin embargo, en caso de limitarse el número de lenguas, la elección de estas debe basarse en consideraciones objetivas y razonables<sup>34</sup>.

Dado que el Consejo no había entrado a valorar esta cuestión, sin duda, de gran relevancia para el acceso a la información pública, el DPE consideró que dicha cuestión debía ser sometida al Parlamento Europeo. La queja partió de un ciudadano alemán y la cuestión era resolver si incluir o no esta lengua en los sitios web de la Presidencia. Sin embargo, ante las preguntas de algunos parlamentarios en relación con la no inclusión de sus lenguas (italiano y español), el Defensor del Pueblo se dirigió a la Presidencia justificando la oportunidad de que el Consejo decidiera ofrecer los sitios web de la Presidencia en todas las lenguas<sup>35</sup>. Para el Consejo, el incremento de lenguas oficiales, veintiuna, suponía un verdadero problema de índole logística en cuanto al régimen lingüístico, reconociendo que no ejercía influencia alguna en la elección de las lenguas en las que la Presidencia ofreciera su propia información, no siendo responsable de ello, teniendo en cuenta, además, que los sitios web son mantenidos por el Estado, que en cada momento ejerce la Presidencia.

El Defensor, no satisfecho con la respuesta del Consejo, planteó una propuesta de solución amistosa, pero esta no fue aceptada por el Consejo. El DPE, a pesar de ello, dirigió a este órgano un Proyecto de Recomendación (21 de marzo del 2006) y, partiendo de la importancia que el propio Consejo atribuye a la labor de la Presidencia<sup>36</sup>, consideró que esta es, funcionalmente, parte del Consejo y, en consecuencia, el hecho de que cada Estado miembro que detente la Presidencia en cada momento deba correr con los costes de los sitios web, no resulta razonable por la vinculación funcional que existe entre ambos; en

34 En su sentencia en el asunto C-361/01 P Kik contra OAMI (referente a las lenguas que se emplean en los procedimientos ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior), el Tribunal de Justicia señaló que, aunque el reglamento correspondiente trataba las lenguas oficiales de la Comunidad de forma distinta, el Consejo adoptó “una decisión apropiada y proporcionada al limitar la elección a las lenguas cuyo conocimiento está más extendido en la Comunidad Europea” (<http://curia.europa.eu>).

35 Sobre la cuestión de las lenguas ya se habían planteado algunas quejas sin una solución efectiva. Entre otras, asunto 939/99/ME sobre prácticas lingüísticas de la Presidencia y de la Comisión, concretamente por la publicación del calendario de la Comisión solo en francés, o el asunto 11/46/2001/IP, sobre la presentación en internet de la Presidencia belga y su contenido solo en neerlandés, inglés, francés y alemán.

36 En su propio sitio web ([www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu)), el Consejo formula la siguiente declaración en el epígrafe “Sitios web de la Presidencia”: “La Presidencia del Consejo desempeña una función vital en la organización de los trabajos de la institución y actúa, en concreto, como fuerza motriz del proceso de toma de decisiones legislativas y políticas. Le corresponde organizar y presidir todas las reuniones y alcanzar las transacciones capaces de resolver las dificultades.

este sentido, el Consejo, en principio, sería responsable en lo que atañe a los sitios web de su Presidencia. El Defensor, aun reconociendo que corresponde fundamentalmente al Estado que ejerza la Presidencia el decidir sobre los contenidos que desee ofrecer en un sitio web de este tipo, ejerció *su función de impulso* instando al Consejo a debatir y a llegar a un acuerdo sobre las presentaciones en internet con la finalidad de hacer lo más accesible posible la información ofrecida, debatiendo y estableciendo, entre otros temas, qué lenguas deberían utilizarse en estos sitios web, dado el interés para todos los Estados miembros<sup>37</sup>.

No conviene olvidar que, en la actualidad, uno de los medios más importantes para la comunicación entre las instituciones públicas y los ciudadanos es internet y, por ello, resulta de especial interés que en el ámbito de la UE los sitios web públicos sean accesibles a los ciudadanos, ofreciendo la información en tantos idiomas como sea posible. Sin embargo, el Consejo se mostró muy reticente ante el proyecto de recomendación del Defensor al argumentar que los sitios web de la Presidencia no tienen por objeto sustituir al sitio web del Consejo y, tampoco, al registro de documentos que están disponibles en todas las lenguas comunitarias, sino complementarlos. En cualquier caso, para el DPE, en la medida en que *dicha información complementaria también reviste interés público*, debería tener una difusión lo más amplia y adecuada posible. No obstante, conviene precisar que el presente caso no versa sobre el contenido de estas páginas, sino sobre la *presentación* de esta información. El Consejo, aunque no siguió el proyecto de recomendación, sí manifestó su compromiso de informar del mismo a los Estados miembros. Al no plantear ningún argumento nuevo, el DPE reiteró lo expuesto en su proyecto de recomendación al Consejo, esta vez con carácter definitivo.

Otro problema espinoso al que se ha tenido que enfrentar el Comisionado Parlamentario Europeo es al incumplimiento de *la obligación de cooperación leal entre las instituciones europeas*. Espinoso por sus graves repercusiones, no solo desde una perspectiva estrictamente institucional sino, también, desde la perspectiva de los ciudadanos y sus derechos. El caso fue considerado grave y por ello fue objeto de un informe especial, así como de una petición de auxilio al Parlamento Europeo. Detrás de esta falta de cooperación interinstitucional se escondían intereses económicos importantes; concretamente, aquellos representados por los lobbies del sector de fabricantes de automóviles y su

37 Decisión de 14 de junio del 2000 sobre asunto 939/99 ME (<http://www.ombudsman.europa.eu>).

capacidad de influencia en relación con la estrategia de la Comisión sobre las emisiones de dióxido de carbono por los automóviles<sup>38</sup>.

El conflicto se suscitó como consecuencia de una reclamación formulada por una ONG que actuaba en el ámbito del medio ambiente (reclamación 676/2008/RT Lobbies). Se pedía el acceso a la información y a los documentos en poder de la Dirección General de Empresa e Industria y del ex vicepresidente Verheugen. Dichos documentos hacían referencia a las reuniones mantenidas entre la Comisión y los representantes de los fabricantes de automóviles, en las que se debatió la estrategia de la Comisión sobre las emisiones de dióxido de carbono por estos vehículos. La Comisión solamente concedió el acceso a una parte de los documentos solicitados.

Dicha institución, con fundamento en el Reglamento N°1049/2001, de 31 de mayo, informó de *la necesidad de consultar a sus respectivos autores*. Tras esta consulta, concedería el acceso a todas las cartas que no estuvieran sujetas a las excepciones fijadas en dicho reglamento. Mientras el acceso fue concedido en relación con quince cartas, ello no fue posible en relación con el acceso a tres cartas remitidas por Porsche AG al ex vicepresidente Verheugen, conforme a la excepción contemplada en el art. 4.2, párrafo primero, del Reglamento N°1049/2001<sup>39</sup>, ya que supondría un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de la empresa.

La demandante alegó que se había vulnerado su derecho de acceso a las cartas de Porsche AG de manera indebida. De hecho, el DPE, tras haberlas examinado, llegó a la misma conclusión que la reclamante, considerando que se trataba de un caso de mala administración. El Defensor presentó un proyecto de recomendación a la Comisión que, de forma reiterada ignoró, con

38 Para Morata, F., “los motivos para ejercer una acción de lobbying en Bruselas son innumerables. Una razón básica reside en el hecho de que están en juego las ganancias o pérdidas evidentes en términos de regulaciones, financiaciones e influencia. Al mismo tiempo, la complejidad misma del sistema decisorio, más fragmentado organizativamente, menos integrado jerárquicamente y más competitivo que los sistemas nacionales, ofrece una accesibilidad mucho mayor a los grupos organizados”, en “Influir para decidir: la incidencia de los lobbies en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Nueva Época, núm. 85, octubre-diciembre 1995, p. 264.

39 El art. 4-2 establece: “Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de:  
Los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la protección intelectual,  
Los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico,  
El objetivo de las actividades de inspección, investigación o auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior”.

la excusa de necesitar más tiempo o de conceder al menos parcialmente el acceso a dichas cartas, incumpliendo los plazos establecidos en la normativa europea. Cuando el DPE decidió presentar un informe especial sobre el asunto ante el Parlamento, aún no tenía información que demostrara que la Comisión se había puesto en contacto con Porsche AG. Considerando entonces dicha actitud vulneradora del principio de cooperación leal, conforme a la jurisprudencia del TJUE<sup>40</sup>, el Defensor consideró que la Comisión incumplió la obligación de cooperar de buena fe en sus relaciones mutuas, contemplada en el art. 13.2 TUE, siendo esta actitud perjudicial, no solo para el diálogo interinstitucional sino, además, para la imagen pública de la UE, con el riesgo de menoscabar la confianza de los ciudadanos en la institución y de socavar la capacidad del DPE y del Parlamento de supervisarla de manera adecuada y eficaz. Sin el compromiso de la leal colaboración entre todas las instituciones de la UE, la labor del DPE, tal y como ha sido configurada originalmente, se debilita, repercutiendo de forma claramente negativa en relación con el control sobre las instituciones y, en consecuencia, sobre la protección de los derechos de los ciudadanos europeos conforme a la CDFUE. Este caso constituye un claro ejemplo de ello.

Ciertamente, las normas pueden marcar claros objetivos, pero el interés en alcanzarlos resulta imprescindible. El caso que vamos a analizar a continuación, sin duda, revela las dificultades existentes aun en el seno de la UE en relación con el objetivo de la transparencia. La situación de opacidad que se denunció ante el DPE, esta vez en relación con el acceso al cuerpo de funcionarios, nos lo demuestra. De hecho, la Comisión Europea mostró desde el principio una actitud reticente en relación con las peticiones del Defensor del Pueblo de dotar de mayor visibilidad a los procedimientos para la contratación de su personal (1004/97/(PD) GG).

En el año 1997, el Defensor inició una investigación de oficio sobre el carácter secreto de los procedimientos para la contratación de personal de la Comisión Europea. El DPE había detectado dos temas recurrentes en las observaciones formuladas por las instituciones comunitarias ante este tipo de reclamaciones. Por un lado, el art. 6 del Anexo III del Estatuto de los Funcionarios, que establece que los procedimientos del tribunal del concurso deberán ser secretos y, por otro lado, el amplio margen de discrecionalidad de que gozan estos tribunales.

<sup>40</sup> Asunto C-230/81 Luxemburgo contra el Parlamento (1983) Rec. 255, ap. 37, y asunto C-240/86 República Helénica contra Consejo (1988) Rec. 5323, ap.16.

Partiendo de la finalidad del art. 6 de garantizar la independencia de los tribunales de los concursos, el Defensor consideró que, aunque dicha finalidad resulta legítima, ello no debe obstaculizar la aplicación de los derechos del candidato. En cuanto al ámbito de discrecionalidad que se les reconoce a estos tribunales, ello tampoco puede impedir que las autoridades públicas cumplan los principios de buena administración. Con base en lo expuesto, el Defensor del Pueblo preguntó a la Comisión si estaba dispuesta a permitir: que los candidatos llevaran consigo las preguntas tras finalizar la prueba, comunicar los criterios de evaluación a aquellos candidatos que lo solicitaran, dar a conocer a estos los nombres de los miembros del tribunal de selección, así como permitir que los candidatos que hubieran realizado un examen, pudieran consultar una copia corregida de la prueba.

La Comisión no puso objeciones a las dos primeras cuestiones en la medida en que ello era posible *mediando una solicitud*. En cuanto a las otras dos preguntas, la Comisión consideró que apenas había reclamaciones y que, en todo caso, el margen de discrecionalidad de los tribunales de concursos está sujeto a la supervisión del Tribunal de Justicia (TJ) y del Tribunal de Primera Instancia (TPI).

En cuanto a la divulgación de los nombres de los miembros de los tribunales de los concursos, el DPE consideró que una administración anónima resulta alejada del público, considerándolo un hecho inaceptable. La Comisión accedió a tal sugerencia.

Pero en relación con el acceso de cada candidato a la corrección de su examen, aspecto muy relevante para el Defensor, en cuanto garantiza la confianza del público en los procedimientos de los tribunales de los concursos, la Comisión no se mostró favorable a su reconocimiento. Para el DPE debe ser aceptable si el candidato es el autor del examen escrito y, en este caso, no se le puede negar el acceso al mismo; solicitar dicho acceso supone una decisión del candidato y no le corresponde a la Administración decidir si es razonable solicitar esa información. Sin embargo, la Comisión estimó que ya había permitido dicho acceso al DPE en las dependencias de la Comisión en un caso en el que este había mostrado su deseo de consultar el documento. Para la Comisión, esto podría volver a producirse en virtud de la labor que los Tratados le confieren al Defensor del Pueblo; por el contrario, la Comisión se opone a que dicho acceso se extienda a los candidatos en la medida en que, en los concursos, el criterio de calificación no depende únicamente de la calificación del examen del candidato sino, también, del conjunto de participantes de la prueba. Por

ello, la entrega del examen corregido ni siquiera le aportaría beneficio alguno tomando la prueba aisladamente.

En este caso, resulta evidente el escaso interés de la Comisión por cambiar la situación denunciada formalmente por el DPE. De hecho, en ningún momento, se mostró receptiva ante las recomendaciones más sustanciales con fundamento en dos únicos argumentos: la ausencia de excepciones a las reglas aplicables en virtud del Estatuto de los Funcionarios y la jurisdicción de los Tribunales Comunitarios, y la imposibilidad de poder tomar decisiones definitivas en tanto no se constituyera la futura Comisión, a quien le correspondía dar una respuesta definitiva sobre el asunto. En conclusión, sin argumentos coherentes y razonables, la opción de solicitar la corrección de una prueba por parte de su autor, quedaba fuera de toda posibilidad, siendo la vía indirecta a través del DPE la única opción admitida por la Comisión.

Otro de los casos planteados que exige nuestra atención por constituir una de las conductas más graves de mala administración desde una perspectiva democrática, es la falta de motivación de las resoluciones de los órganos e instituciones de la Unión, no solo porque se impide el control sobre las instituciones sino, también, el ejercicio del derecho a la defensa. A pesar del transcurso del tiempo, esta conducta sigue repitiéndose en la práctica, y ello a pesar de ser contraria a los objetivos, principios y derechos recogidos en el marco de la UE. Una muestra de ello es la reclamación N°1542/2000/(PB) SM 2002) sobre vulneración del derecho de acceso a la información, derecho de acceso a los documentos, así como del derecho a la buena administración, concretamente en relación con el derecho a la motivación de las decisiones.

El demandante, un estudiante, solicitó el acceso a cuatro documentos del Consejo (9862/99, 12521/99, 7594/00 y 8443/00). Esta institución solo le concedió el acceso a dos de ellos, denegándole los otros dos por contener dictámenes de su Servicio Jurídico (8443/00 y 7594/00). Ante la ausencia de motivación, el DPE se dirigió al Consejo, que sostuvo haber proporcionado razones suficientes al reclamante en la medida en que dichos documentos no podían ser divulgados *para no menoscabar su facultad de recabar dictámenes jurídicos independientes*. Concretamente, y en relación con el primer documento denegado, el DPE consideró que las razones fueron suficientes al contener una cuestión de derecho en el contexto de un posible procedimiento judicial futuro. Sin embargo, en cuanto a la denegación del segundo documento, un dictamen relativo a la propuesta del Reglamento N°1049/2001, el Defensor admitió que no hubo motivación suficiente al considerar el Consejo que, de

acuerdo con el art. 4.2 de dicho reglamento, su divulgación *también* podría menoscabar su facultad de recabar dictámenes jurídicos independientes.

Para el DPE, *las excepciones a la norma deberán aplicarse con carácter limitado*, de ahí que no acepte el argumento del Consejo según el cual todo dictamen de su Servicio Jurídico debe quedar automáticamente eximido de divulgación. Por tanto, *resulta necesario hacer una distinción entre los distintos tipos de dictámenes jurídicos*; si versa sobre un procedimiento legislativo ya concluido, debería aplicarse el art. 4.3 del Reglamento, *demonstrando* que su divulgación podría menoscabar gravemente el proceso de decisión de esa institución, no siendo suficiente la referencia a la categoría de documentos a la que pertenece el solicitado por el reclamante, ya que la limitación sería tan absoluta que impediría el ejercicio del derecho, también de manera absoluta.

El informe especial del DPE fue enviado al Parlamento, recomendando al Consejo reconsiderar la solicitud del reclamante al documento solicitado. El proyecto de recomendación del Defensor del Pueblo (18 de octubre del 2001) tuvo que recordar al Consejo su competencia para conocer del asunto, cuestionada al estar relacionada con la legalidad de la decisión. El DPE argumentó que *la mala administración se produce cuando un organismo público no actúa de conformidad con las normas o principios a los que ha de atenerse obligatoriamente, así como determinar si se ha actuado conforme a Derecho*, teniendo en cuenta la función del TJUE.

Además, conforme a la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, *las instituciones y órganos europeos tienen la obligación de razonar de forma adecuada sus decisiones* y, por ello, el DPE consideró que era competente para tramitar la reclamación.

Sin embargo, el Consejo sostuvo firmemente que, *en ausencia de unos motivos específicos* en favor de la divulgación del documento N°7594/00, a parte del interés general en garantizar la transparencia y la apertura del proceso de toma de decisiones del Consejo y, en consecuencia, de un interés superior en su divulgación, el contenido del documento está amparado por la excepción del art. 4.2 del Reglamento N°1049/2001. Para el DPE, la negativa a permitir el acceso resulta “especialmente sorprendente” en la medida en que dicha negativa afecta a un dictamen elaborado en relación con el proyecto de Reglamento N°1049/2001, precisamente, sobre *el acceso del público a los documentos*.

Una vez más resulta pertinente insistir en que el hecho de que la institución del Defensor del Pueblo se configure como una Magistratura de persuasión,

implica atender a la naturaleza peculiar de sus funciones; de ahí la importancia de su *auctoritas* para que sus resoluciones sean respetadas y cumplidas, así como el impulso del control político llevado a cabo en el seno del Parlamento a partir de los informes anuales o especiales que esta institución le presenta a modo de *radiografía de la actuación administrativa en el seno de la Unión Europea*. No conviene olvidar que el hábitat natural del Defensor es aquel espacio donde los tribunales no pueden llegar y, en este sentido, la persuasión y el auxilio del Parlamento, de quien es Comisionado, son sus únicas armas. Sin actitud por parte de los órganos e instituciones europeos resulta difícil combatir la mala administración. No obstante, y haciendo un balance general de su actividad durante poco más de veinte años, debemos reconocer su importante contribución, no solo a detectar los casos de mala administración y a persuadir a las autoridades de tales irregularidades administrativas sino, lo que resulta en el fondo más relevante, ir creando una cultura de transparencia en el ejercicio del poder.

## **2. Los tribunales de justicia de la UE y el impulso de la buena administración desde su jurisprudencia**

Al igual que justificamos en el anterior epígrafe la necesidad de seleccionar los asuntos tratados por el DPE en relación con el derecho a la buena administración y el acceso a los documentos, teniendo en cuenta el largo recorrido de esta institución desde el año 1994, volvemos en este momento a reproducir el mismo argumento en relación con la labor de los tribunales de la UE. Las sentencias seleccionadas en este apartado tratarán de completar el análisis de las cuestiones examinadas en relación con el control de la mala administración por el Defensor del Pueblo y ello con el mismo objetivo, la tutela de los derechos fundamentales, esta vez desde una perspectiva jurisdiccional.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de la CDFUE<sup>41</sup>, los tribunales europeos ya se pronunciaron sobre los derechos comentados dando lugar a

41 En sus conclusiones en el asunto Radu, C-396/11, la abogada general Sharpston resaltó la relevancia de esta carta que, aunque entró en vigor en el año 2009, “fue considerada tempranamente como un catálogo de derechos fundamentales dotado de autoridad, puesto que confirma los principios generales inherentes al Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Al pronunciar sus sentencias el Tribunal de Justicia ha deducido con frecuencia una orientación de las disposiciones de la Carta. Como resultado, la Carta adquirió la condición de *Derecho de eficacia atenuada*, es decir, aunque sus disposiciones no fueran directamente aplicables como parte del derecho



un importante cuerpo jurisprudencial que ha contribuido, no solo a resolver los casos concretos sino, también, a dar claridad al contenido material de estos derechos, reforzando así su garantía en relación con la actuación de los órganos e instituciones europeos.

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999), que introdujo cambios importantes en relación con el derecho de acceso a los documentos, especialmente en cuanto a la necesidad de motivación y una interpretación estricta de las excepciones al acceso a los documentos, resulta de interés hacer referencia a dos importantes pronunciamientos del TPI (Tribunal de Primera Instancia) de 19 de julio de 1999.

En el asunto Rothmans International contra la Comisión (T-188/97), el TPI sentó una serie de criterios de interpretación fundamentales en relación con la conciliación entre el derecho de acceso a los documentos y sus excepciones, tomando como regla general la denominada *regla de autor* para poder acceder a un documento; esto es, el consentimiento del autor del documento resulta imprescindible para su acceso. Sin embargo, dicho esto, el TPI introduce una *excepción*, en la medida en que esta *regla general deberá interpretarse de manera restrictiva en favor de la transparencia* como objetivo general de la UE. De ahí que nos llame la atención cómo la jurisprudencia fijada en esta sentencia del TPI fue “obviada” por la Comisión en relación con la reclamación 676/2008/RT Lobbies, planteada por el DP, y que dio lugar al conflicto entre ambas instituciones por la deslealtad de la Comisión hacia el Parlamento y su Comisionado.

De forma paralela, en el asunto Hautala contra la Comisión (T-14/98), la Sra. Hautala, parlamentaria europea, solicitó un informe del grupo de trabajo “exportaciones de armamento convencional”, pero dicha solicitud le fue denegada. Este informe fue aprobado por el Comité Político del Consejo en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común. Su acceso era restringido y, por tanto, no fue objeto de difusión con excepción de un número limitado de autorizados en los Estados miembros, la Comisión y el secretario general del Consejo. La justificación de tal denegación se basó en que *el acceso al informe podía afectar a las relaciones de la UE con terceros países, por lo que se trataba de proteger el interés público en las relaciones internacionales*, contemplado por la normativa europea como una excepción al acceso de los documentos. Sin

de la Unión, eran sin embargo aptas para producir efectos jurídicos, en muchos casos de largo alcance, dentro de la Unión”.

embargo, el TPI planteó *la posibilidad de conceder un acceso parcial al informe con fundamento en el derecho a la información y el principio de proporcionalidad*. De esta forma, el Consejo podría ponderar los intereses en conflicto, evitando que el derecho de acceso a los documentos fuera anulado y, por tanto, limitado de forma absoluta. Sin embargo, en la medida en que el Consejo consideró que el derecho de acceso a los documentos se aplica únicamente a los documentos como tales y no a la información contenida en ellos, alegó un error de Derecho, solicitando que la decisión del TPI debía ser anulada; por este motivo, el Consejo recurrió en casación. Años después, el Tribunal de Justicia (TJ), (Consejo/Hautala, C353/99), resolvió el recurso consagrando *el derecho de acceso a la información* con fundamento en la importancia del derecho de acceso a los documentos en manos de las autoridades públicas, así como en la declaración Nº 17 del Tratado de Maastricht que vincula este derecho al carácter democrático de las instituciones. Para el TJ, la interpretación del Consejo “tendría el efecto de menoscabar, *sin la menor justificación*, el derecho de acceso del público a los elementos de información contenidos en un documento que no estén amparados por alguna de las excepciones enumeradas en el art. 4.1 de la Decisión 93/731”; además, “la denegación de acceso parcial constituye ciertamente una medida manifiestamente desproporcionada para garantizar la confidencialidad de los elementos de información a los que sea de aplicación alguna de dichas excepciones”; por todo ello, desestimó el recurso de casación.

Sin duda, podemos advertir la importancia de este pronunciamiento en la medida en que se introduce un cambio relevante en cuanto al concepto de documentos, *pasando de una concepción estrictamente formal a una concepción material*; un paso con importantes consecuencias para la clarificación de un concepto de especial relevancia para la configuración, no solo del derecho de acceso a los documentos en sentido estricto a partir del derecho a la información sino, también, del derecho a la buena administración.

Esta precisión conceptual que requieren las declaraciones de derechos formuladas en las cartas de manera semánticamente muy abierta, se vuelve a plantear en relación con el concepto jurídico indeterminado de las *demoras injustificadas o dilaciones indebidas* como conducta contraria al derecho a la buena administración; de ahí que también haya requerido de su precisión por parte de los tribunales europeos. Concretamente, en relación con el derecho de acceso a los documentos y con fundamento en el Reglamento Nº 1049/2001, la Sentencia del Tribunal General (TG), en el caso Valero Jordana contra la Comisión, estableció que corresponde a la institución destinataria de una

solicitud de acceso a documentos que contengan datos personales, “(...) dar una respuesta en los *plazos previstos en dicho texto conforme al Reglamento núm. 45/2001*, en su caso garantizando la coordinación de las personas o servicios habilitados para tratar de las solicitudes de acceso basadas en el Reglamento núm. 1049/2001 y la protección de datos personales”.

Sin embargo, el problema se plantea cuando la norma no prevé un plazo determinado. Entraría “en juego” el llamado *plazo razonable* utilizado en sede jurisdiccional, precisamente por su carácter indeterminado.

*Para el TJ*, el carácter de la razonabilidad debe ser apreciado de acuerdo con las *circunstancias propias de cada asunto y, en particular, de la transcendencia del litigio para el interesado, de la complejidad del asunto, del comportamiento del demandante y del de las autoridades competentes*. No obstante, la lista de estos criterios no es exhaustiva, y la apreciación del carácter razonable del plazo no exige un examen sistemático de las circunstancias del asunto en función de cada uno de ellos cuando la duración del procedimiento se revela justificada en función de uno solo. *La función de estos criterios es determinar si el plazo de tramitación de un asunto está o no justificado*. Así, la complejidad del asunto o, un comportamiento dilatorio del recurrente puede tenerse en cuenta para justificar un plazo, a primera vista, demasiado largo; y, a la inversa, puede considerarse que un plazo sobrepasa los límites del plazo razonable también en función de un solo criterio, en particular cuando su duración se deriva del comportamiento de las autoridades competentes. En su caso, la duración de una fase procesal puede calificarse de razonable en un primer momento cuando parece conforme con el plazo medio de tramitación de un asunto del mismo tipo que el que se analiza<sup>42</sup>.

42 Cfr. STJE de 15 de octubre del 2009, ap.8, asuntos acumulados C 238/99 P; C 244/99 P; C 245/99 P; C 247/99 P; C 250/99 P; C 252/99 P; C 254/99 P. (véanse los apartados 179, 181 a 183, 187, 188, 207 y 210). De hecho, el 3 de diciembre de 2015, el Consejo aprobó un Reglamento por el que se reforma el Tribunal General. La finalidad de la reforma: *permitir que el Tribunal General asuma una carga de trabajo cada vez mayor* y velar por que se garantice el acceso a la justicia en la UE en un plazo razonable. La reforma establece un aumento progresivo del número de jueces del Tribunal General y la fusión del Tribunal de la función pública europea con el Tribunal General. En el momento de la entrada en vigor de la reforma, prevista para finales de diciembre del 2015, aumentará en 12 el número de jueces. En septiembre del 2016, los siete puestos de juez del Tribunal de la Función Pública Europea se transferirán al Tribunal General, al que se asignarán nueve jueces más en septiembre del 2019. En total, esto supone 21 jueces más al término del proceso. Este aumento del número de jueces permitirá al Tribunal General *dictar sentencias en un plazo razonable*, de conformidad con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales. También permitirá al Tribunal General sustanciar más casos en salas de cinco jueces o en Gran Sala, lo que hará posible una deliberación más profunda en casos importantes.

Igualmente relevante se muestra *la falta de motivación de los actos administrativos* en la medida en que supone también una grave vulneración del derecho a la buena administración, como así hemos podido comprobar desde la actuación fiscalizadora del DPE. Tanto el art 41 de la CDFUE como el art. 18 del Código de Buena conducta administrativa recogen este derecho que, por otro lado, ha sido objeto de numerosas resoluciones por parte de los Tribunales europeos. Conforme a la jurisprudencia europea, el alcance de la obligación de motivación también depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado<sup>43</sup>, además y, como ya apuntó el TG en el caso Valero Jordana, (p. 48), “la motivación exigida por el art. 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer el control”. En el caso de que se deniegue una solicitud de acceso a documentos, para el Tribunal, la Institución “... deberá demostrar en cada caso concreto, sobre la base de los datos de los que dispone, que los documentos a los que se solicita el acceso están efectivamente amparados por las excepciones enumeradas en el reglamento núm. 1049/2001”. Solo así podrá garantizarse el control de la actividad de las instituciones en relación con la garantía de los derechos de los ciudadanos, en este caso, del derecho fundamental de acceso a los documentos.

Por último, debemos hacer mención a la que se ha calificado como *histórica sentencia del TJUE* que rompe el muro del secretismo en el polémico asunto de las negociaciones del Acuerdo Transatlántico de Comercio entre EEUU y la UE.

La sala Primera del TJ da respuesta al recurso de casación del Consejo que buscaba impedir el acceso a los documentos de las negociaciones internacionales, tanto a ciudadanos europeos como a sus respectivos representantes en el Parlamento Europeo.

La Sentencia C/350/12 P no se refiere directamente al Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP) pero sí le afecta por establecer –creando jurisprudencia frente al secretismo habitual de la Comisión la obligación de permitir el acceso a los documentos de una negociación internacional, total o parcialmente, a cualquier ciudadano o representante parlamentario europeo, eliminando la posibilidad de alegar, indiscriminadamente como

43 STJ Comisión contra Sytraval y Brink's France, C 367/95.

hasta el momento, hipotéticos perjuicios o justificaciones basadas en que la negociación está ya en curso. La sentencia interpreta, a mi parecer adecuadamente, el equilibrio de intereses entre las instituciones europeas (transparencia y discreción en la negociación internacional). Para el Tribunal, “el interés público relativo a la transparencia del proceso de toma de decisiones se vería vacío de contenido si solo se considerara una vez finalizado tal proceso, como propone la Comisión”. Sin embargo, el Tribunal también reconoce que es necesario establecer excepciones en cuanto a la transparencia de las líneas negociadoras de aquellos apartados sobre los que aún no se haya alcanzado acuerdo, y ello sin que suponga la negación de acceso al resto del documento no afectado por dichas excepciones.

Para el TJ es importante recordarle a la Comisión que cuando *esta realice negociaciones que supongan cambios en la legislación, la transparencia deberá prevalecer sobre otros intereses*.

Sin duda, son muchos los casos y problemas que se suscitan en relación con el derecho a la buena administración y, en particular, con el derecho de acceso a los documentos y, aunque en los últimos quince años el avance en el objetivo de la transparencia es evidente, como se ha intentado mostrar en el presente trabajo, aún queda un largo recorrido para alcanzar el objetivo, aunque, sin duda, este último pronunciamiento del TJ apunta en una muy buena dirección. Por ello, creo que las perspectivas son prometedoras. La promoción de la transparencia y de la buena administración también desde los Tribunales, así como las reformas legislativas que se han llevado a cabo, lo demuestran, sin dejar a un lado todos aquellos proyectos que requieren ser retomados y que aún necesitan de un impulso que, sin duda, en algún momento, ha de llegar, como es el caso de la imprescindible reforma del Reglamento N°1049/2001 para permitir un mayor y mejor acceso a los documentos de la UE, así como la extensión de su alcance a todas las instituciones, órganos, oficinas y agencias europeas, tal y como se recoge en el Tratado de Lisboa (Propuesta de Resolución 10 de junio del 2013).

## BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, N., *El Futuro de la Democracia*, 1ª edición, Barcelona, Plaza&Janés, 1985.
- Bustos Gisbert, R., “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Nueva Época julio-septiembre 1994, núm. 85.

Corchete Martín, María José, *La participación ciudadana en los asuntos públicos y su contribución a la calidad de la democracia. Reflexiones al hilo de algunas experiencias participativas*, Estudios de Deusto, vol. 63/2, 2015.

Corchete Martín, María José, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, 1ª edición, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, Estudios Jurídicos, 2001.

Cotino Hueso, L., “Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución Europea y en la realidad de su ejercicio”, en H. López Bofill, M. Carrillo (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, tirant lo blanch homenajes & congresos, Valencia, 2006.

Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte general, 8ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

Guillén Carrau, J., “La buena administración en la UE tras el tratado de Lisboa: ¿más por menos?”, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3870621.pdf>

López Ayllón, S. y Arellano Gault, D., *Estudio en materia de transparencia de otros sujetos obligados por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008.

Morata, F., “Influir para decidir: la incidencia de los lobbies en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Nueva Época, núm. 85, octubre-diciembre 1995.

Rowat, D. C., *El Ombudsman*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

## **Normativa citada**

Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión (93/730/CE) (DO L 340 31.12.1993 p. 41).

DO L 145, 31-5-2001, Reglamento que desarrolló el art. 15.3 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

D.O. 1994, N°L 46.

El Tratado de la Comunidad Europea, también conocido como Tratado de Ámsterdam, entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

Ley N°30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RJAP y PAC).

Reglamento Europeo N°1049/2001.

Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos (18 de junio del 2009).

### **Jurisprudencia citada**

Asunto 939/99 ME, de 14 de junio del 2000 sobre (<http://www.ombudsman.europa.eu>).

Asunto C-230/81 Luxemburgo contra el Parlamento (1983) Rec. 255, ap. 37, y asunto C-240/86 República Helénica contra Consejo (1988) Rec. 5323, ap.16.

Asunto Radu, C-396/11, la abogada General Sharpston.

STJ C-361/01 P Kik contra OAMI (referente a las lenguas que se emplean en los procedimientos ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior).

STJ Comisión contra Sytraval y Brink's France, C 367/95.

STPI Tillack v. Commission, de 4 de octubre del 2006, T-193/04.

STJE de 15 de octubre del 2009, ap.8, Asuntos acumulados C 238/99 P; C 244/99 P; C 245/99 P; C 247/99 P; C 250/99 P; C 252/99 P; C 254.

STJUE 30 de abril de 1996, C-58/94.

Materiales consultados

<http://www.consilium.europa.eu>

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

<http://www.euro-ombudsman.eu.int> (OI/1/98/OV).

[http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001\\_0428es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001_0428es01.pdf)

<http://www.ombudsman.europa.eu/es/resources/code.faces>

<http://www.tribunalconstitucional.es>

Conferencia de la ONU sobre medio Ambiente (Río, 1992-2001), (6/4/2016).





## EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

## THE ACCESS TO THE INFORMATION IN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente artículo reconoce que el derecho al acceso a la información, está presente tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, como en diversos ordenamientos constitucionales hispanoamericanos.

**Palabras clave:** Acceso a la información. Tribunal Constitucional. Derecho comparado.

**Abstract:** This article recognizes that the right to access information is present both in the jurisprudence of the Chilean Constitutional Court and in various Hispanic-American constitutional systems.

**Key words:** Access to information. Constitutional Court. Comparative law.

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidades de Chile y Finis Terrae.

## I. ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO AMERICANO

Los diversos ordenamientos constitucionales hispanoamericanos han ido reconociendo en el último tiempo el derecho de acceso a la información.

Así, la Carta Fundamental de Colombia, además de las referencias generales acerca de la publicidad de las sesiones de las Cámaras y de las leyes y actuaciones judiciales, consagra también el derecho de todas las personas a “acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”<sup>2</sup>.

Por su parte, la Constitución mexicana incorporó expresamente una serie de principios y bases que deben regir el derecho de acceso a la información y vinculadas a la publicidad como regla general, el respeto a la privacidad y datos personales y el establecimiento de mecanismos de acceso expeditos<sup>3</sup>.

2 Constitución de Colombia, artículo 74. Vid. Jacobo Pérez Escobar, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, 2004. Se ha dictado la Ley N°1712, de 6 de marzo del 2014, reglamentada por Decreto N°103, de 20 de enero del 2015. Ha señalado la Corte Constitucional de Colombia que es titular del derecho a acceder a la información pública toda persona, sin exigir ninguna cualificación o interés particular para que se entienda que tiene derecho a solicitar y a recibir dicha información de conformidad con las reglas que establece la Constitución y el proyecto de ley. Esta disposición se ajusta a los parámetros constitucionales del derecho de petición, de información y del libre acceso a los documentos públicos, a los principios de la función pública, que consagran los artículos 20, 23, 74 y 209 de la Carta (Sentencia C-274/13).

3 “I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad; II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes; III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos; IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión; V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos; VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales; VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”. Constitución Política de México, artículo 6. Vid. Ignacio Burgoa, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 2009. El año 2003 entró en vigor, en junio del 2003, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Vid. Rigoberto Martínez B., *El derecho de acceso a la información en México*, 2009.

La Constitución de Perú de 1993 consagra el derecho a “solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”<sup>4</sup>. Del mismo modo, se alude a la transparencia en relación al origen de los recursos económicos de los partidos políticos<sup>5</sup>.

Por su parte, en el capítulo II de la Constitución de Argentina (“nuevos derechos y garantías”), reformado en 1994, se incluyen dos disposiciones. Así, se establece el derecho a ser provisto de información ambiental por las autoridades públicas<sup>6</sup>, a la vez que se incorpora un caso específico de derecho de acceso a la información, en cuanto a que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a una información adecuada y veraz”<sup>7</sup>.

La Constitución de Costa Rica de 1949, modificada el año 2001, garantiza “el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado”<sup>8</sup>.

4 Constitución Política de Perú, artículo 2, N° 1.

5 *Ibid.*, artículo 35. Su regulación normativa se encuentra en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N°27806, y en el Reglamento de la Ley (D.S. 043-2003).

6 De acuerdo a lo señalado en el artículo 41, “*Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales*”.

7 Según el artículo 42, “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno*”. Vid. Ley N°27.275, de 14 de septiembre del 2016. Vid. Santiago Díaz C., “El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley”, *Lecciones y Ensayos* 86, 2009, pp. 151 y ss.

8 Artículo 30. Ello, sin perjuicio del derecho de petición, que garantiza el artículo 27. Jorge Córdoba Ortega, “El derecho de acceso a la información pública y la existencia de herramientas que posibilitan la transparencia en la gestión administrativa en Costa Rica. Una visión legislativa”, *Revista Centroamericana de Administración Pública* 62-63, 2012. No existe aún normativa legal sobre el tema. Se ha sentenciado que “*El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquellas. (...)*”. (Resolución N°136-2003 del 15 enero del 2003).

Por su parte, la Constitución de República Dominicana alude a la transparencia y publicidad, dentro de los principios que debe orientar la actuación de la Administración Pública<sup>9</sup>.

A su vez, la Ley Fundamental de Venezuela tutela el derecho a ser informado “por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”<sup>10</sup>.

La Constitución ecuatoriana del 2008 consagra expresamente el derecho de las personas a “acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas”. A la vez que, agrega, “no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información”<sup>11</sup>. Para tal efecto, se prevé expresamente una acción de acceso a la información pública<sup>12</sup>. A la vez que se crea una Función de Transparencia y Control Social<sup>13</sup>.

9 Constitución de República Dominicana, artículo 138. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la libertad de información se reconoce que *“Toda persona tiene derecho a la información. Este derecho comprende buscar, investigar, recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público, por cualquier medio, canal o vía, conforme determinan la Constitución y la ley”* (artículo 49 N°1). Vid. Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, Ley N°200-04, y el Decreto N°130-05, que crea el reglamento de dicha ley. Relevante es la sentencia del TC/0052/13.

10 Constitución de Venezuela, artículo 143. Aún no se ha dictado normativa legal que la reglamente.

11 Constitución de Ecuador, artículo 18 N°2.

12 *“Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley. Existe una Ley orgánica de transparencia y acceso a la información pública (Ley N°2004-34, 18 de mayo del 2004).*

13 *“La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado*

A su turno, la Constitución boliviana del 2009 consagra la publicidad y transparencia con motivo de la jurisdicción<sup>14</sup>, de la administración<sup>15</sup> y de la política fiscal<sup>16</sup>.

Finalmente, cabe citar el caso de Panamá, en la que se consagra el acceso a las bases de datos o registros<sup>17</sup>.

Por último, existen casos, como en Uruguay, en el que el acceso a la información se entiende constitucionalmente de manera implícita<sup>18</sup>, sin perjuicio de lo cual existe normativa legal y reglamentaria que regula la materia<sup>19</sup>.

## II. ANTECEDENTES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN CHILE<sup>20</sup>

Como se sabe, la Comisión de Ética Pública, en 1994, instó a legislar sobre acceso a la información. En tal sentido, se estimó conveniente incorporar en la Constitución Política de la República (en adelante CPR), los principios de probidad funcionaria y de transparencia en la función pública. Así, se consideró necesario que el nuevo artículo octavo, además de incorporar el principio de probidad, “debiera expresarse que toda función pública se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o de interés nacional, deban mantenerse en secreto”<sup>21</sup>.

y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa” (artículo 204).

<sup>14</sup> Constitución de Bolivia, artículo 180.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, artículo 232. Vid. Ley N°28168, de 17 de mayo del 2005, de Transparencia en la gestión pública del Poder Ejecutivo.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, artículo 323.

<sup>17</sup> Constitución de Panamá, artículo 43.

<sup>18</sup> Artículo 72: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

<sup>19</sup> Ley N°18.381, que regula derecho de acceso a la información pública (17 de octubre del 2008) y su Decreto Reglamentario N°232/010, de 2 de agosto del 2010.

<sup>20</sup> Enrique Navarro Beltrán, “Bases constitucionales del principio de publicidad”, en H. Nogueira (coordinador), *Las bases de la institucionalidad. Realidad y desafíos*, Ed. Librotecnia, 2014, pp. 219-252. Una versión preliminar del presente artículo, en la parte general, en *RDUT* 1/2013, pp. 143 y ss.

<sup>21</sup> Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre probidad pública y la prevención de la corrupción, creada por Decreto N°423, publicado en el *Diario Oficial* el 18 de abril de 1994.

Del mismo modo, cabe recordar que a fines de los noventa se modifica la Ley de Bases de la Administración del Estado, incorporando expresamente el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, “de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”<sup>22</sup>. De esta forma, como ha señalado el Tribunal Constitucional (en adelante TC), “el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto del 2005, en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental”<sup>23</sup>.

De igual modo, debe destacarse la sentencia dictada por la Corte Interamericana, en el 2006, en el caso Marcel Claude Reyes y otros contra la República de Chile, en el que se resalta que “el valor del acceso a la información comprende la promoción de los objetivos más importantes en las Américas, incluida una democracia transparente y efectiva, respeto por los derechos humanos, la estabilidad de los mercados económicos y la justicia socioeconómica. Es ampliamente reconocido que, sin acceso público a la información en poder del Estado, los beneficios políticos que derivan de un clima de libre expresión no pueden realizarse plenamente. El acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite un debate público sólido e informado. De esta manera el acceso a la información habilita a los ciudadanos para asumir un papel activo en el gobierno, que es condición de una democracia sana. Un mecanismo transparente que brinda acceso a información en poder del Estado es también esencial para fomentar un clima de respeto por todos los derechos humanos. El acceso a la información en poder del Estado es igualmente necesario para evitar futuros abusos de los funcionarios gubernamentales y para asegurar la garantía de contar con recursos efectivos contra tales abusos”<sup>24</sup>.

Cabe sí señalar que, en la misma decisión, la Corte Interamericana si bien se destaca la nueva legislación dictada a fines de los noventa, la estima insuficiente por considerar que solo se aplica a los actos administrativos y por la amplitud y vaguedad de las excepciones previstas<sup>25</sup>.

Una década después se propusieron diversas medidas para fortalecer la transparencia.

22 Artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley N°19.653.

23 TC, Rol N°634/2006, consid. 11.

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de julio del 2005, cap. VII, N°48.

25 Ibid., cap. VII, N°90.

Ahora bien, el derecho a recibir la información forma parte de la libertad de expresión tutelada en el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República. En efecto, tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional, la “historia y la doctrina constitucional en general permiten afirmar que estas libertades –se refiere a las de opinión e información– comprenden también el derecho a recibir informaciones”<sup>26</sup>.

El mismo Tribunal ha concluido que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– “como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, “constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos”<sup>27</sup>.

26 TC, Rol N°226/1995, 30.10.1995, consid. 20.

27 TC, Rol N°634/2006, 9.08.2007, consid. 9. En el mismo sentido, Roles N°s. 1732/2010, c. 12 y 2558/2013, c. 13. Por lo mismo, se ha sentenciado que el mandato de publicidad tiene como finalidad garantizar un régimen republicano democrático, garantizando el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad por sus actos y a dar cuenta de ellos; promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública y fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad. Ahora bien, la publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado. Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta las causales que la CPR establece para calificar el secreto o reserva, crea excepciones a dicha publicidad. (TC, Rol N°2153/2011, c. 15. En el mismo sentido, Rol N°2246/2013, c. 22).

### III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 2005 Y LA CONSAGRACIÓN DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN

La reforma constitucional del 2005 consagra expresamente la publicidad, en el inciso segundo del artículo octavo<sup>28</sup>, al indicar que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, 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”.

Tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional, la transparencia se asocia a la idea de acceder a la información por parte de los ciudadanos<sup>29</sup>.

Para un autor, la publicidad “se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios”,

28 La moción de los senadores de la Alianza por Chile (Boletín N°2526-07), que sirvió de base al texto aprobado, proponía: “*Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional*”. Por su parte, la moción de los senadores de la Concertación (Boletín N°2534-07) expresaba que “*toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella*”. En el debate producido en la Comisión del Senado, se incorporaron no solo las “resoluciones”, sino también los “actos” de la Administración.

29 El profesor Rolando Pantoja hace presente que “en general la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que le asigna la Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y tener siempre a disposición de los ciudadanos los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos”. Por su lado, el profesor Humberto Nogueira indicó que el principio de transparencia “dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática”. (En Pfeffer, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pp. 29 y 30). En el mismo sentido, el senador Larraín hizo presente que la publicidad “consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptan”, mientras que la transparencia “significa que las personas puedan acceder a la información” (En Senado de la República, *Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación*, 2006, p. 49).



mientras que la transparencia “se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas”<sup>30</sup>. Durante la tramitación de la reforma constitucional, se recordó por el profesor Rolando Pantoja que la publicidad se “entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos”<sup>31</sup>.

Efectivamente es posible sostener que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece nuestro artículo octavo. Por lo mismo, como lo recuerda Bobbio, uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional Democrático es que “la publicidad es la regla; el secreto la excepción”<sup>32</sup>.

Adicionalmente, debe tenerse presente que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19 N°14, el derecho de petición, conforme al cual se pueden presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes<sup>33</sup>.

30 Hernández E., Domingo, “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”, en Humberto Nogueira (editor), *La Constitución Reformada de 2005*, 2005, p. 33.

31 Pfeffer U., Emilio, *Reformas Constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 29.

32 Norberto Bobbio, *El Futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica de España.

33 Se ha sentenciado por el TC que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen democrático y republicano establecido en el art. 4°, y así se dejó constancia en la discusión de la reforma constitucional del año 2005. Este principio, a su vez, se relaciona íntima y directamente con el aseguramiento de la participación ciudadana, consagrado en el inc. final del art. 1°, y con el derecho de petición del art. 19, N°14 (TC, Rol N°1732/2010, c. 14. En el mismo sentido STC 1812/2010, c. 48).

Por último, no debe olvidarse que las excepciones solo pueden establecerse por ley de quórum calificado<sup>34</sup> y que estas deben interpretarse restrictivamente<sup>35</sup>.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional resolvió que al referirse a los derechos de las personas, dicha expresión “está siendo utilizada en el mismo sentido amplio que en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, comprendiendo tanto la protección de derechos subjetivos o derechos en sentido estricto cuanto de intereses legítimos”<sup>36</sup>, concluyendo que una disposición que permite que el jefe superior del órgano requerido deniegue, por resolución fundada, la entrega de determinada información que se le solicita, en base a una supuesta “afectación sensible de intereses de terceras personas”, no resulta compatible con el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución. En efecto, y como se recordó, desde la vigencia de la Ley N°20.050 solo corresponde a una ley de quórum calificado la determinación del contenido y alcance de las causales de secreto o reserva previstas en la Carta Fundamental. Así, la

34 Este punto fue resaltado por la diputada señora Guzmán, enfatizando que “los problemas que actualmente genera la aplicación de la ley de probidad en lo que concierne a la transparencia de los actos de Gobierno se deben a que cada servicio, incluso mediante un reglamento, puede decretar el secreto y la confidencialidad de los actos propios de sus funciones. Eso, obviamente, lleva a que nada sea transparente” (En Senado de la República, *Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación*, 2006, p. 60). Como señala un autor, “debe descartarse, desde luego, toda alternativa de restringir el principio por medio de actos reglamentarios o, incluso, a través de decretos con fuerza de ley”. Hernández E., Domingo, “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”, en Humberto Nogueira A. (editor), *La Constitución Reformada de 2005*, 2005, p. 36. Otro autor, en el mismo sentido, sostiene que “es inconstitucional –y siempre lo ha sido– declarar la reserva o secreto de los actos estatales, los documentos y antecedentes en que se fundan o de los procedimientos de los cuales son su resultado, mediante disposiciones infralegislativas”. Por lo mismo, se habría producido la “derogación de todos los preceptos reglamentarios que, en la actualidad, declaran confidencialidad de actos del Estado, así como las disposiciones legales que remiten o reenvían el ejercicio de esa potestad a los reglamentos o a disposiciones, incluso de inferior jerarquía que éstos” (Fernández G., Miguel A., “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8, inciso 2º, de la Constitución”, en Francisco Zúñiga (editor), *Reforma Constitucional*, 2005, pp. 200 y 205). Con matices, por último, se ha afirmado que el texto constitucional vigoriza la publicidad “al elevarla a rango constitucional como regla general, definiendo los objetivos que autorizan su restricción y entregando a un legislador especial –de quórum calificado– el desarrollo de estos casos de excepción, minimizando la potestad reglamentaria” (Ramírez A., José A., “Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005”, en Francisco Zúñiga (editor), *Reforma Constitucional*, 2005, p. 244).

35 En tal sentido, el senador Larraín señaló que las excepciones “*deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal*” (en Senado de la República, *Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación*, 2006, p. 55).

36 TC, Rol N°634/2006, consid. 23.

autoridad administrativa debe sujetarse a los parámetros fijados por aquella a la hora de denegar la entrega de documentación pública que le haya sido solicitada, por estar afecta a secreto o reserva”<sup>37</sup>.

En cumplimiento del mandato constitucional, se dictó la Ley N°20.285, sobre acceso a la información pública y que fuera publicada en el *Diario Oficial* con fecha 20 de agosto del 2008<sup>38</sup>. De acuerdo a la misma, en virtud del principio de transparencia de la función pública, “los actos y resoluciones de los órganos del Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que le sirven de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”<sup>39</sup>. Asimismo, es pública “la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”<sup>40</sup>.

Para efectos de lo anterior, se regulan los antecedentes actualizados que deben mantenerse a disposición del público en los sitios electrónicos por parte de los órganos de la administración, principio conocido como “transparencia activa”<sup>41</sup>. Del mismo modo, se regula el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, específicamente los principios que lo informan<sup>42</sup>, el procedimiento ante la autoridad, el amparo ante el Consejo para la Transparencia y el reclamo de legalidad ante la Corte de Apelaciones<sup>43</sup>. Obviamente, también se contiene la normativa que regula el régimen jurídico del Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público<sup>44</sup>.

37 Ibid., consid. 28.

38 El Reglamento de la misma se contiene en el Decreto N°13, publicado en el *Diario Oficial* de 13 de abril del 2009.

39 Artículo 5, inciso 1° de la Ley N°20.285.

40 Artículo 5, inciso 2° de la Ley N°20.285.

41 Título III de la Ley N°20.285.

42 Particularmente los principios de relevancia, libertad de información, apertura o transparencia, máxima divulgación, divisibilidad, facilitación, no discriminación, oportunidad, control, responsabilidad y gratuidad (artículo 11).

43 Título IV de la Ley N°20.285.

44 Título V de la Ley N°20.285. Sobre el primer año de labor de dicho órgano vid. Enrique Rajevic M., “La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 2009, pp. 31 y ss.

#### IV. SENTENCIA DEL TC Y ÓRGANOS AUTÓNOMOS

Al Tribunal Constitucional le correspondió revisar la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley N°20.285<sup>45</sup>. Especialmente, en relación a leyes orgánicas constitucionales de ciertas instituciones.

Así, por ejemplo, debe destacarse que dicho tribunal dejó expresamente a salvo el control amplio de legalidad que le corresponde a la Contraloría General de la República<sup>46</sup>. De igual forma, señaló que no le resulta aplicable a dicho órgano el reclamo ante el Consejo para la Transparencia<sup>47</sup> y, por lo mismo, no son vinculantes las normas generales que dicte dicho consejo<sup>48</sup>. En relación al Banco Central, como órgano autónomo, se declara que tampoco le resulta aplicable el artículo octavo en cuanto establece un reclamo ante el referido Consejo para la Transparencia<sup>49</sup>. Idéntico razonamiento se efectúa respecto del Ministerio Público<sup>50</sup>, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones, “por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión –organizativa, institucional y normativa implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”<sup>51</sup>. Por lo mismo, tampoco resultan aplicables a dichos órganos las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia<sup>52</sup>.

Adicionalmente se establece que no resulta procedente el reclamo de legalidad respecto del Tribunal Constitucional y de los tribunales electorales, “toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de

45 TC Rol N°1051/2008.

46 *Ibíd.*, consid. 34.

47 *Ibíd.*, consid. 37.

48 *Ibíd.*, consid. 38.

49 *Ibíd.*, consid. 41. Cabe tener presente que se declaró inconstitucional la normativa que obligaba al Banco Central a “adoptar” las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia, al estimar que dichos términos imperativos afectaban su autonomía constitucional (considerando 54).

50 La Corte Suprema, en queja, acogida, ha señalado que respecto del Ministerio Público debe reclamarse directamente ante la corte de apelaciones respectiva (Rol N°6787-2010, 6 de diciembre del 2010).

51 *Ibíd.*, consid. 44.

52 *Ibíd.*, consid. 48.

la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”. Por consiguiente, “no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones”. Por lo demás, se concluye que “el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8° de la Constitución se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer, en los términos que contempla el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que el mismo ARTÍCULO NOVENO del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos”<sup>53</sup>.

## V. TC Y ALCANCE DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Una revisión de la jurisprudencia del TC en los últimos doce años nos permite sintetizar su principal doctrina<sup>54</sup>.

### 1. Derecho de acceso a la información

Se ha sentenciado que el artículo 8° constitucional no consagra un derecho de acceso a la información, sino que dicho derecho es reconocido implícitamente por el artículo 19, N°12, de la misma Carta Fundamental, al regular la libertad de información<sup>55</sup>.

53 Ibid., consid. 46.

54 La jurisprudencia en Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander, “Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015”, *Cuaderno 59 del TC*, 2015.

55 Así, “el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos”. (TC, Rol N°634/2007, c. 9). En el mismo sentido, Roles N°s. 1990/2011; 2153/2011, c. 15; y 2246/2012, c. 22. Se ha señalado que el artículo 8° de la Constitución establece, en primer lugar, una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. “No habla ni de

Del mismo modo, se ha recordado que la circunstancia de que se encuentre el artículo 8° en el Capítulo I de la Constitución no significa superioridad sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos fundamentales<sup>56</sup>.

Su propósito es: a) garantizar un régimen republicano democrático, que asegure el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos; b) promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública, y c) fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad<sup>57</sup>.

## 2. Acceso a los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos

Del mismo modo, se ha puntualizado que el artículo 8° de la Constitución, modificado el 2005, amplió el principio de publicidad que rige para los órganos de la Administración del Estado, extendiéndolo no solo a los “actos” emanados de estos, sino que también a sus resoluciones. Asimismo, el principio de publicidad se hace exigible a los fundamentos de tales actos o resoluciones, así como a los procedimientos que se utilicen en cada caso, no reduciéndolo –como hacía la Ley N°18.575– solo a los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial<sup>58</sup>.

El acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino solo sobre: a) sus actos y resoluciones (expresión

acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta, pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información”. Igualmente, tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban “dar estricto cumplimiento” a dicha publicidad. “Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza”. (TC, Rol N°1990/2011, cc. 18 y 19) (En el mismo sentido, Rol N°2558/2013, c. 13).

56 Así, “si bien el artículo 8° constitucional se encuentra inserto en las bases de la institucionalidad, este está estructuralmente limitado por el secreto o la reserva, el que procede, entre otras razones que debe tener en cuenta el legislador, por afectar derechos de las personas. La publicidad siempre debe armonizarse con esos derechos. Por lo demás, el artículo 19 de la Constitución, que se encuentra en el Capítulo III de la misma, donde se consagra la protección de la vida privada, no por eso tiene menor entidad o valor que las disposiciones contenidas en el Capítulo I. Más todavía si la Constitución garantiza, respecto de la vida privada, su “respeto y protección” (TC, Rol N°1990/2011; c. 40). En el mismo sentido, Rol N°2153/2011).

57 TC, Rol N°1990/2011, c. 25.

58 TC, Rol N°634/2006, c. 14.

suficientemente amplia como para comprender, de manera genérica, la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad); b) sus fundamentos o motivaciones, y c) los procedimientos que utilicen (acceder a los expedientes, donde constan los trámites por los cuales pasa una decisión)<sup>59</sup>.

La publicidad se refiere a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, de manera que no resulta aplicable este mandato cuando lo solicitado no constituye actos o resoluciones específicas, determinadas o determinables. Al no estar referida a estos, tampoco es posible identificar sus fundamentos, ni menos los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial<sup>60</sup>.

Respecto de los actos y resoluciones que no llevan en sí mismos sus fundamentos, ha recordado el TC que la ley debe procurar que las personas puedan acceder a conocerlos. Por ejemplo, pueden acceder al expediente administrativo, donde constan los informes, dictámenes, pruebas, etcétera; o a las discusiones, que constan en actas o grabaciones de algún tipo. Nada dice la Constitución respecto de la oportunidad en que debe hacerse público el fundamento. Este, por tanto, puede conocerse simultáneamente con el acto o con posterioridad; y hacerse público de oficio o a petición de parte interesada. Ello lo tendrá que establecer la ley<sup>61</sup>.

### 3. Carácter no absoluto del derecho

Se ha fallado que dicho derecho no tiene carácter absoluto<sup>62</sup>. La publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece<sup>63</sup> y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado, que para la Administración se traduce en el deber de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente<sup>64</sup>. Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta

59 TC, Rol N°1990/2011, c. 21. En el mismo sentido, Roles N°s. 2153/2011, c. 15; 2246/2012, c. 22; 2379/2012, c. 25; y 2558/2013, c. 21.

60 TC, Rol N°2505/2013, c. 9.

61 TC, Rol N°1990/2011, c. 21.

62 TC, Rol N°634/2007. En el mismo sentido, Roles N°s. 1732/2010 y 1800/2010.

63 TC, Rol N°1990/2011.

64 TC, Rol N°1892/2011; c. 15.

las causales que la Constitución establece para calificar el secreto o reserva, cree excepciones a dicha publicidad<sup>65</sup>.

La dicotomía información público/privada es una cuestión de constitucionalidad para verificar si una información está o no regulada por el artículo 8° de la Constitución. En cambio, la dicotomía información público/reservada es una cuestión de legalidad, porque da por descontada la aplicación del artículo 8° de la Constitución, siendo resorte del juez de fondo determinar si ello acontece aplicando la regla general de publicidad o la excepción de las reservas<sup>66</sup>.

Del mismo modo, se ha recordado que la Ley N°20.285 constituye un elemento de partida para la interpretación del artículo 8°. Pero, en definitiva, son las leyes las que deben interpretarse conforme a la Constitución y no esta en base a aquellas<sup>67</sup>. Además, el carácter público de los actos, fundamentos y procedimientos, puede lograrse a través de las modalidades que el propio legislador establezca, sin que exista un único mecanismo. Por lo mismo, puede consistir en la entrega de un documento, en el acceso a ellos, en su publicación, en la puesta a disposición del público, en su difusión por distintos medios<sup>68</sup>. En suma, la Ley N°20.285 no puede considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el artículo 8°<sup>69</sup>.

#### 4. Alcance para todos los órganos del Estado

El derecho de acceso a la información se aplica a todos los órganos que ejerzan alguna función pública<sup>70</sup>. En otras palabras, la obligación constitucional de publicidad establecida en el artículo 8°, se aplica, sin distinción, a todos los órganos del Estado<sup>71</sup>.

65 TC, Rol N°1990/2011.

66 TC, Rol N°2505/2013, c. 26.

67 TC, Rol N°1990/2011.

68 TC, Rol N°1990/2011.

69 TC, Rol N°1990/2011. En el mismo sentido, Rol N°2152/2012.

70 Esta norma se aplica a todos los órganos del Estado, no solo a los órganos de la Administración del Estado. Por lo tanto, queda comprendida aquí cualquier entidad creada por la Constitución o por la ley que ejerza algún tipo de función pública. Indudablemente, la ley tendrá que considerar la naturaleza propia de cada órgano para definir la publicidad. De hecho, eso es lo que ha efectuado la Ley N°20.285, que ha diferenciado ámbitos de aplicación de acuerdo a cada órgano (Rol N°1990/2011; c. 20).

71 TC, Rol N°1732/2010, c. 8. En el mismo sentido, Roles N°s. 1892/2011, c. 9 y 1812/2010, c. 47.



## 5. Reserva o secreto

El TC ha insistido que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución. El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no es inmunidad ni ausencia de control. Existen otras formas de fiscalización, como es el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, etcétera. Todas esas formas permiten un escrutinio de lo que la Administración hace o deja de hacer y permiten que los ciudadanos puedan realizar una crítica fundada de las decisiones de la autoridad<sup>72</sup>.

Así, la Constitución establece varias causales para que el legislador determine cuándo se ven comprometidos determinados bienes jurídicos. Estas dicen relación con los derechos de las personas, la seguridad de la nación, el interés nacional y cuando “la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos”. Se trata, en consecuencia, de una causal constitucional de reserva o publicidad. Nada hay en la Constitución que la haga menos importante o menos valiosa que el resto de las causales<sup>73</sup>.

De igual forma, ha expresado que la publicidad que establece el artículo 8° de la Constitución está limitada estructuralmente por las causales de reserva o secreto calificadas por el legislador. Entre estas causales, se encuentran los derechos de las personas. Por lo mismo, no son los derechos los que deben subordinarse a la publicidad, sino esta a aquellos. De ahí que el artículo 20 del título cuarto de la Ley N°20.285 establezca que cuando se requiera una información que afecte derechos de terceros, estos deben ser consultados por la autoridad requerida. Y si se oponen a la entrega, el órgano requerido queda impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados. La existencia de derechos involucrados, entonces, veta la publicidad<sup>74</sup>.

En este punto, el TC ha sentenciado que una de las excepciones que contempla la norma para la publicidad es la afectación de derechos de las personas. Cabe

72 TC, Rol N°2153/2011, c. 20. En el mismo sentido, Roles N°s. 2246/2012, c. 26 y 2379/2012, c. 27.

73 TC, Rol N°2997/2016; c.7.

74 TC, Rol N°2246/2012; c. 66.

resaltar que la Constitución utiliza la expresión “afectare”, no la de privar, amenazar o perturbar. Con ello, permite que el legislador considere cualquier lesión, alteración o menoscabo, como una razón calificada para establecer la excepción a la publicidad. La Constitución tampoco utiliza la expresión “derechos constitucionales”. Habla de “los derechos de las personas”. Caben aquí, en consecuencia, derechos de rango legal. La Constitución, de igual modo, no señala cuáles son esos derechos. Lo relevante es que la publicidad del acto o resolución, o de su fundamento o del procedimiento respectivo, afecte los derechos de las personas. Si la afectación no tiene que ver con la publicidad, sino con el acto mismo, o su fundamento, o el procedimiento que le precedió, estamos frente a otro ámbito, diferente del cubierto por el artículo 8º<sup>75</sup>.

## 6. El acceso y la divisibilidad de la información

La única manera –recuerda el TC– en que un determinado acto, documento, procedimiento o información en poder de la Administración del Estado tenga la calidad de secreto o reservado, es mediante declaración expresa y explícita: a) del legislador mediante ley de quórum calificado, y b) de la autoridad administrativa, dentro de las causales señaladas por la ley. Sin esa declaración, se aplican en toda su amplitud los principios de transparencia y máxima divulgación<sup>76</sup>.

También se ha fallado que el artículo 8º de la Constitución no exige ningún test de interés público al momento de analizar la existencia de una causal de secreto o de reserva. Si se invoca una causal y esta reúne los requisitos que la Constitución establece, no hay publicidad. No cabe configurar, entonces, un test de proporcionalidad cuando la Constitución resolvió, por anticipado, el conflicto. No cabe intermediar un test que balancee esta causal con la publicidad. De ahí que, cuando hay un derecho invocado, la reserva vence la publicidad. De lo contrario, los derechos contrapuestos a la publicidad serían excepciones relativas. Cabe agregar que un test en tal sentido, incorporado durante la tramitación de la Ley N°20.285, fue expresamente eliminado durante su paso por el Senado<sup>77</sup>.

75 TC, Rol N°1990/2011, c. 27. En el mismo sentido, Rol N°2379/2012, c. 33.

76 TC, Rol N°2505/2013, c. 21.

77 TC, Rol N°2246/2012, c. 67.

Igualmente, se ha sentenciado que es deber de los órganos de la Administración entregar la información en los términos más amplios posibles, excluyendo solo aquello que se encuentre sujeto a excepción. Esa entrega en términos amplios alcanza a todo aquello que no tenga el carácter de reservado. De esta suerte, el principio de máxima divulgación también permite la entrega parcial de información en aplicación del principio de divisibilidad<sup>78</sup>.

El principio de divisibilidad -ha puntualizado el TC- importa un ejercicio razonable del legislador, que por una parte busca optimizar el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y, por la otra, dar eficacia a las causales de reserva. Este principio es la ejecución del principio de proporcionalidad. Cuando se establece un principio general como la publicidad de los actos de los órganos de la Administración del Estado y se prevén excepciones a este principio, estas últimas deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general. Además, el principio de proporcionalidad exige que las excepciones no traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo perseguido. Su presencia permite que la norma no sea entendida únicamente como una regla binaria, donde las cuestiones son públicas o reservadas, extendiendo las excepciones más allá de lo permitido. En tal sentido, el principio de divisibilidad admite una correspondencia más coherente con el mandato constitucional del artículo 8°<sup>79</sup>.

Nuestro sistema se estructura sobre la base de la corrección funcional, ha remarcado el TC. Esto significa que cada órgano del Estado tiene atribuciones que deben ser respetadas por el resto de los órganos. En este sentido, se deja sentado que ni siquiera el Congreso Nacional puede solicitar determinada información a los órganos de la Administración del Estado que ejerzan potestades fiscalizadoras, si los documentos y antecedentes pueden afectar el desarrollo de una investigación en curso<sup>80</sup>.

## **7. No supone un derecho a elaborar información**

La publicidad, afirma el TC, opera respecto de documentos o actos que ya existen. De acuerdo al art. 8° de la CPR, la publicidad opera respecto de documentos o actos que ya existen. La Constitución habla de “actos y resoluciones” y de

78 TC, Rol N°2506/2013, c. 32.

79 TC, Rol N°2506/2013, c. 34.

80 TC, Rol N°2558/2013, c. 8.

“fundamentos” y de “procedimientos”. Lo mismo hace la Ley N°20.285, que dispone que lo que se entrega, después de solicitada la información, es copia de la misma (art. 19). El derecho de acceso a la información, que regula la Ley N°20.285, pone a la Administración en la obligación de dar o entregar los actos o documentos que ella tenga. No es un derecho a que la Administración elabore una información. Eso transformaría la obligación de dar en una de hacer. La imposición ya no sería entregar algo, sino hacer un informe. Eso excede o contraviene el derecho legal de acceso a antecedentes que ya existen: actos, resoluciones, fundamentos, procedimientos. Este no es un derecho a que se procese, sistematice u ordene antecedentes contenidos en dichos documentos. El derecho de acceder no puede transformarse en un derecho a obtener informes hechos ad hoc para cada peticionario<sup>81</sup>.

En ninguna parte la Constitución –se insiste– obliga a que la Administración deba hacer algo más, como procesar, sistematizar, construir, elaborar, un documento nuevo o distinto. Eso es algo que puede hacer el receptor de la información, toda vez que la ley no permite que se impongan condiciones de uso o restricciones a su empleo<sup>82</sup>.

EL TC también ha señalado que la afectación del debido cumplimiento de las funciones, implica impactar negativamente en las labores del servicio, interfiriendo la publicidad en la toma de decisiones. Ello puede traducirse en revelar o difundir prematuramente algo, en entorpecer la deliberación interna, en dificultar el intercambio de información para facilitar las decisiones. Esta causal se da cuando la publicidad requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores; cuando se formulen requerimientos genéricos, referidos a un elevado número de actos administrativos; cuando se trate de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución; cuando se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. Dichas causales tienen que ver con que se menoscabe o impacte negativamente, interfiriendo las tareas entregadas por el ordenamiento jurídico a un órgano determinado. En definitiva, cuando la publicidad afecte la mejor toma de decisiones, porque se revela prematuramente algo o se difunde un asunto que no estaba destinado a ese propósito<sup>83</sup>.

81 TC, Rol N°2558/2013, c. 11.

82 TC, Rol N°2558/2013, c. 22.

83 TC, Rol N°2153/2011, c. 17. En el mismo sentido, Roles N°s. 2246/2013 y 2919/2015.

Se ha considerado, enmarcada en esta causal, la legitimidad de negar el acceso a la información de los anteproyectos de ley, por comprometer negativamente el ejercicio de la potestad legislativa del Presidente de la República, al obstaculizar la necesidad de aunar posiciones de los distintos órganos y sectores afectados por la normativa en preparación<sup>84</sup>. También ha considerado que los antecedentes necesarios a defensas judiciales ante instancias internacionales, pueden entorpecer la función del Estado, pues la entrega de información se puede traducir en una ventaja estratégica de la contraparte, o producir indefensión<sup>85</sup>.

## VI. DECISIONES DEL TC EN MATERIA DE INAPLICABILIDAD

Debe señalarse que al Tribunal Constitucional le ha correspondido conocer de algunas presentaciones de inaplicabilidad<sup>86</sup> dirigidas en contra de determinados preceptos contenidos en la Ley N°20.285 sobre acceso a la información.

### 1. Remuneraciones

Así, desechó recursos dirigidos contra el artículo 2°<sup>87</sup>, en el marco de un juicio en que se reclamaba la publicidad de sueldos de los profesores de la Universidad de Chile<sup>88</sup> e igualmente respecto del artículo décimo, letra h)<sup>89</sup>,

84 TC, Rol N°2243/2013.

85 TC, Rol N°2919/2015.

86 Enrique Navarro Beltrán, “Control de constitucionalidad de las leyes 1811-2011”, *Cuaderno 43 del TC*, 2011.

87 Artículo 2°.- *Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente esta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente. También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente.*

88 TC Rol N°1892/2011, 17 de noviembre de 2011. La ICA de Santiago acoge en parte requerimiento de U. de Chile (Rol N°6248-2011, 7 de junio del 2012). También se acoge requerimiento en relación a documento que no está en su poder (ICA de Santiago, Rol N°6624-2011, 16 de mayo del 2012).

89 Artículo décimo.- *El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia*

referido a las remuneraciones de ciertos directores superiores de TVN, en atención al carácter público de la entidad<sup>90</sup>.

## 2. Información reservada y correos

En esta materia, se acogieron diversas acciones de inaplicabilidad. La primera, respecto del inciso 2º, del artículo 5º<sup>91</sup>, y de la letra b), del numeral 1º del artículo 21º<sup>92</sup> de la referida ley, al estimarse que afectaba la vida privada del recurrente, como consecuencia de que se faculta al Consejo para la Transparencia para disponer la exhibición de evaluaciones personales, en relación a informes psico-laborales<sup>93</sup>. En otro caso, también dirigida contra el aludido inciso 2º del mismo artículo 5º, se admite la inaplicabilidad, al considerarse que se infringe la inviolabilidad de las comunicaciones privadas,

*de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes. En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados: (...) h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.*

90 TC, Roles N°s. 1732/2010 y 1800/2010, 21 de junio del 2011.

91 “Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

92 Artículo 21.- *Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: (...) b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptadas.*

93 TC, Rol N°1990/2011, 5 de junio del 2012. Vid. en tal sentido, respecto del sistema de la Alta Dirección, diversas sentencias de la ICA de Santiago (Roles N°s. 7938-2010, 17 de junio del 2011; 3436-2010, 15 de junio del 2011; 6344-2010, 3 de mayo del 2011 y 3547-2010, 4 de marzo del 2011).

al obligarse a exhibir correos electrónicos de funcionario público<sup>94</sup>. Otro caso fue acogido parcialmente<sup>95</sup>.

### 3. La reserva solo puede establecerse por ley

Con posterioridad, se ha sentenciado que es contraria a la Carta Fundamental, la disposición que autoriza<sup>96</sup>, mediante reglamento interno, la reserva de documentos del Ministerio Público<sup>97</sup>.

### 4. Derecho a impugnar decisión del CPLT

Se estima que vulnera la Carta Política una norma que establece que no cabe reclamo de ilegalidad contra el Consejo para la Transparencia si este otorgó el acceso a la información, que un servicio denegó inicialmente, fundado en que lo pedido afecta “el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”. Se estima que la disposición<sup>98</sup> afecta el derecho a la defensa jurídica y el debido proceso, en su vertiente del derecho al recurso<sup>99</sup>.

94 TC, Rol N°2153/2011, 11 de septiembre del 2012. En el mismo sentido, Roles N°s. 2246/2012 y 2379/2012.

95 TC, Rol N°2689/2014.

96 Inciso cuarto del artículo 8° de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, precepto que dispone lo siguiente: “Son públicos los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Con todo, se podrá denegar la entrega de documentos o antecedentes requeridos en virtud de las siguientes causales: la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; cuando la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del organismo; la oposición deducida por terceros a quienes se refiera o afecte la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el respectivo Fiscal Regional o, en su caso, el Fiscal Nacional, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional. El costo del material empleado para entregar la información será siempre de cargo del requirente, salvo las excepciones legales”.

97 TC, Rol N°2341/2012, cc. 13 y 24.

98 Artículo 28, inciso segundo, de la Ley N°20.285: “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”.

99 TC, Rol N°2997/2016.

Con antelación, el TC rechazó un cuestionamiento al mismo artículo<sup>100</sup>. Por una parte, porque aquella vez la información ya se había entregado<sup>101</sup>. Y, por la otra, estaba formulado el requerimiento de tal forma, que implicaba una contienda entre el municipio requerido que entrega la información y el Consejo para la Transparencia<sup>102</sup>.

## **5. Información que empresas privadas entregan a órganos de la Administración del Estado**

En esta materia, cabe citar un primer caso, en que rechazó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5° de la Ley de Transparencia, puesto que se determinó que dicho artículo no corresponde ser aplicado en los casos en que la dicotomía se plantea a nivel de información pública o reservada, cuestión que sería de mera legalidad y más propia del juez del fondo<sup>103</sup>. Además, se señaló que no solo la Administración debe entregar actos y resoluciones, sino también información pública en sentido amplio<sup>104</sup>. Finalmente, se sostuvo que, en ciertas circunstancias, la Administración no solo queda obligada a entregar información previamente existente, sino que debe construir información nueva a partir de lo existente<sup>105</sup>.

Un segundo caso fue acogido. Allí se declaró la inaplicabilidad del referido artículo 5°, en su inciso segundo, reconociendo –de manera consistente con la jurisprudencia anterior aplicable en la materia– que: a) cada órgano del Estado tiene atribuciones que deben ser respetadas por el resto de los órganos; b) que durante la historia legislativa de la normativa se observa que no se incluyó dentro del concepto de “información pública” los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades fiscalizadoras y que sean de interés público; c) que el artículo 8° no hace pública toda la información que posea el Estado, sino solo la que allí expresamente se señala, y d) que, en definitiva, el derecho de acceso a la información pone a la Administración en la obligación de dar o entregar una información, no de hacer o crear informes ad hoc

<sup>100</sup> TC, Rol N°2895/2015.

<sup>101</sup> *Ibíd.*, c. 11.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, c. 15.

<sup>103</sup> TC, Rol N°2505/2014.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, cc. 9°, 15° y 17°.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, c. 22°.



para quien solicita tal o cual información<sup>106</sup>. En otro caso más reciente, de manera similar se expresa que la norma reprochada excedía lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución<sup>107</sup>.

Otro requerimiento fue también acogido, teniendo en cuenta que el precepto de la Ley de Transparencia ya citado, excede lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución. Así, dado que el artículo 5° de la Ley obliga a entregar “la información elaborada con presupuesto público” y también “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”, se constata que amplía el objeto del acceso a la información, porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de estos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución. Así, resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece, porque la Administración o produce información o la posee a algún título. El punto, se concluye, es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración<sup>108</sup>.

Por último, puede citarse una sentencia en que solicitaba información respecto de un contrato de compraventa de energía, considerado un elemento determinante para que la CORFO haya adjudicado la licitación del proyecto, teniendo presente especialmente que ello conduce a ese órgano del Estado a discernir un aporte significativo como subsidio al proyecto mismo. Se afirma por el TC que el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado constituye una regla general que, como tal, encuentra excepciones en aquellos casos en que la publicidad afecte el cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional, como lo expresa la parte final del inciso segundo del artículo 8° del texto constitucional. Aplicado al caso concreto, no resulta dicha norma jurídica contraria a la Constitución, atendido que no afecta garantías constitucionales de la parte requirente por estar debidamente resguardado el secreto o reserva acerca del modelo original que contiene el proyecto de energía renovable no convencional<sup>109</sup>.

106 TC, Rol N°2558/2013.

107 TC, Rol N°2907/2015.

108 TC, Rol N°3111/2016.

109 TC, Rol N°2870/2015.

## Conclusiones

1. El derecho a acceso a la información se encuentra reconocido en diversos ordenamientos constitucionales en Hispanoamérica (Colombia, México, Perú, República Dominicana, Venezuela, Ecuador, Bolivia y Panamá). En otros casos, de modo implícito. En nuestro caso, a partir de la reforma constitucional del 2005, se incorpora el principio de publicidad, estableciendo excepciones a través de una ley de quórum calificado.
2. La normativa se aplica a toda la Administración del Estado y funcionarios públicos, pero el TC ha señalado una serie de alcances respecto de órganos constitucionales autónomos.
3. Se ha entendido que el acceso a la información, aunque no se encuentra expresamente reconocido en el texto constitucional, es consecuencia de la libertad de información y es una de las bases fundamentales del régimen democrático.
4. Se trata de un derecho no absoluto que admite diversas excepciones, en atención a la protección de diversos bienes, lo que solo procede por ley de quórum calificado. El artículo 8° de la Constitución no exige ningún test de interés público al momento de analizar la existencia de una causal de secreto o de reserva. Si se invoca una causal y esta reúne los requisitos que la Constitución establece, no hay publicidad.
5. El derecho de acceso a la información, que regula la Ley N°20.285, pone a la Administración en la obligación de dar o entregar los actos o documentos que ella tenga. No es un derecho a que la Administración elabore una información. EL TC ha señalado que la afectación del debido cumplimiento de las funciones, implica impactar negativamente en las labores del servicio, interfiriendo la publicidad en la toma de decisiones. Ello puede traducirse en revelar o difundir prematuramente algo, en entorpecer la deliberación interna, en dificultar el intercambio de información para facilitar las decisiones.
6. El TC ha resuelto que son públicas las remuneraciones de los funcionarios públicos. En cambio, no lo son, los informes psico-laborales como tampoco los correos electrónicos. Se ha fallado que la administración tiene siempre derecho a impugnar decisión del CPLT. A su vez, que el inciso 2° del artículo 5 de la Ley de Transparencia excede el mandato constitucional del artículo 8°.
7. Se tramita actualmente ante el H. Congreso Nacional una reforma constitucional destinada a reconocer constitucionalmente –y de

manera explícita- el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública<sup>110</sup>. Dicha reforma es precisamente una reacción a fallos del TC, en triple sentido: a) en cuanto a que el artículo 8° no establecería el principio de transparencia<sup>111</sup>; b) dado que la Constitución no consagraría un derecho de acceso a la información de un modo expreso<sup>112</sup>; y, por último, habida consideración que la Constitución no hablaría de información<sup>113</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica de España.
- Díaz C., Santiago, “El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley”, *Lecciones y Ensayos* 86, 2009.
- Fernández G., Miguel A., “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8, inciso 2°, de la Constitución”, en Francisco Zúñiga (editor), *Reforma Constitucional*, 2005.
- Guzmán, en Senado de la República, *Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación*, 2006.
- Hernández E., Domingo, “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”, en Humberto Nogueira A. (editor), *La Constitución Reformada de 2005*, 2005.
- Larraín, Hernán, en Senado de la República, *Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación*, 2006. Historia de la ley N° 20.285.
- Martínez B., Rigoberto, *El derecho de acceso a la información en México*, 2009.

110 Boletín N°8805-07. La reforma modifica dos preceptos de la Constitución. Por una parte, el artículo 8°. En ella se agrega como principio que rige a los órganos del Estado, junto al de probidad, el de transparencia, agregando que este incluye “los principios de publicidad y de acceso a la información pública”. Por la otra, se modifica el artículo 19, N°12, estableciendo un nuevo derecho subjetivo, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

111 TC, Rol N°1990/2011.

112 TC, Rol N°634/2007.

113 TC, Roles N°. 2246/2012, 2153/2011 y 2379/2012.

Navarro Beltrán, Enrique, “Control de constitucionalidad de las leyes 1811-2011”, *Cuaderno 43 del TC*, 2011.

Navarro Beltrán, Enrique y Carlos Carmona Santander, “Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015”, *Cuaderno 59 del TC*, 2015.

Navarro Beltrán, Enrique y Carlos Carmona Santander, “Bases constitucionales del principio de publicidad, en H. Nogueira (coordinador), *Las bases de la institucionalidad. Realidad y desafíos*, Ed. Librotecnia, 2014.

Pérez Escobar, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, 2004. Se ha dictado la Ley N°1712, de 6 de marzo del 2014, reglamentada por Decreto N°103, de 20 de enero del 2015.

Pfeffer U., Emilio, *Reformas Constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005.

Rajevic, M., “La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 2009.

Ramírez A., José A., “Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005”, en Francisco Zúñiga (editor), *Reforma Constitucional*, 2005.

## **Normativa citada**

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de julio del 2005 cap. VII, N°48

Constitución de Colombia

Constitución Política de Perú

Constitución de Venezuela

Constitución de Ecuador

Constitución de República Dominicana

Constitución de Bolivia

Constitución de Panamá

Decreto N°13, publicado en el *Diario Oficial* de 13 de abril del 2009

Decreto N°130-05 que crea el reglamento de la Ley N°200-04, Ley General de Libre Acceso a la Información Pública

Decreto N°423, publicado en el *Diario Oficial* el 18 de abril de 1994. Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre probidad pública y la prevención de la corrupción

Ley General de Libre Acceso a la Información Pública Ley N°200-04

Ley N°18.381, que regula derecho de acceso a la información pública (17 de octubre del 2008) y su Decreto Reglamentario N°232/010, de 2 de agosto del 2010

Ley N°27.168, de 17 de mayo del 2005, de Transparencia en la gestión pública del Poder Ejecutivo

Reglamento de la Ley (D.S. 043-2003)

Ley N°2004-34, 18 de mayo del 2004, Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público

Ley N°19.653, sobre Probidad Administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado

Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública

### **Jurisprudencia citada**

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-274/13

SCS, Rol N° 6787-2010

TC, Rol N°226/1995

TC, Rol N°634/2006

TC, Rol N°634/2006

TC, Rol N°634/2006

TC, Rol N°634/2007

TC, Rol N°1051/2008

TC, Rol N°1732/2010

TC, Rol N°1800/2010

TC, Rol N°1812/2010

TC, Rol N°1732/2011

TC, Rol N°1892/2011

TC, Rol N°1990/2011

TC, Rol N°2153/2011

TC, Rol N°2152/2012

TC, Rol N°2246/2012

TC, Rol N°1800/2012

TC, Rol N°2341/2012

TC, Rol N°2379/2012

TC, Rol N°2243/2013

TC, Rol N°2246/2013

TC, Rol N°2505/2013

TC, Rol N°2506/2013

TC, Rol N°2558/2013

TC, Rol N°2505/2014

TC, Rol N°2689/2014

TC, Rol N°2870/2015

TC, Rol N°2895/2015

TC, Rol N°2907/2015

TC, Rol N°2919/2015

TC, Rol N°2997/2016

TC, Rol N°3111/2016

ICA de Santiago, Rol N°6248-2011

ICA de Santiago, Rol N°6624-2011

ICA de Santiago, Rol N°7938-2010

ICA de Santiago, Rol N°3436-2010

ICA de Santiago, Rol N°6344-2010

ICA de Santiago, Rol N°3547-2010

## **Materiales consultados**

Boletín N°2526-07

Boletín N°8805-07 La reforma modifica dos preceptos de la Constitución

## LOS DOS SISTEMAS PROCESALES PENALES VIGENTES EN CHILE

### THE TWO CRIMINAL PROCEDURAL SYSTEMS IN CHILE

CARLOS KÜNSEMÜLLER L.<sup>1</sup>

**Resumen:** La Reforma Procesal Penal fue la consecuencia de intensos debates sobre los déficits que se mantenían en el Código de 1906, los cuales no se ajustaban a una república democrática, ni mucho menos a los tratados internacionales suscritos por Chile. Lo anterior provocó que se hiciera exigible una transformación integral del ordenamiento penal en su conjunto, que incluya al Derecho Penal material y al Derecho Penal ejecutivo o penitenciario, teniendo como base los principios o garantías para el debido proceso, consagrados en el nuevo Código Procesal Penal, como también en nuestra Constitución Política.

**Palabras clave:** Código Penal. Proceso inquisitivo. Proceso acusatorio. Procedimiento penal. Reforma procesal.

**Abstract:** The Criminal Procedure Reform was the consequence of intense debates about the deficits that were maintained in the Code of 1906, which did not conform to a democratic republic, much less to the international treaties signed by Chile. This caused that an integral transformation of the criminal code as a whole was required, including the material Criminal Law and the Executive or Penitentiary Criminal Law, based on the principles or guarantees for due process, enshrined in the new Criminal Procedure Code, as well as in our Political Constitution.

**Key words:** Criminal Code. Inquisitive process. Accusatory process. Criminal procedure. Procedural reform.

<sup>1</sup> Ministro de la Excma. Corte Suprema y Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile.

## I. INTRODUCCIÓN

Antes de entregar una información detallada sobre el desenvolvimiento de la reforma procesal penal en Chile –entrada en vigencia en todo el territorio de la República a partir del año 2005, previo establecimiento gradual– resulta indispensable dejar constancia de una mínima información histórica que facilita el estudio y comprensión del proceso reformista.

En el año 1906 se introduce un procedimiento criminal de corte netamente inquisitivo, el que desechó expresamente los modelos de enjuiciamiento existentes a la época, apartándose así, de los Códigos más adelantados, basándose para ello en razones económicas y de recursos materiales, manteniendo en lo esencial, la estructura del procedimiento penal inquisitivo establecido durante el S. XIII, en los Libros III y VII de *Las Siete Partidas*, y que se introdujo a Latinoamérica durante la Colonia y que subsistió a las gestas emancipadoras del S.XIX<sup>2</sup>.

En el mensaje del proyecto del Código se declara que “Ni siquiera ha sido posible separar en este Proyecto las funciones de juez instructor de las del juez sentenciador, reforma ya adoptada en el Código de Procedimientos Criminales de la República Argentina”. Se agrega que “Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles. Pero para adoptar en Chile una regla diferente se requeriría duplicar a lo menos el número de jueces en los departamentos que no tienen sino uno solo; y todavía sería preciso, para aprovechar las ventajas del sistema, que ante el juez encargado del fallo se actuara toda la prueba del plenario, circunstancia que impediría constituir en sentenciador al juez de distinto departamento”. Por lo demás, “no faltan medios de temperar los malos efectos del procedimiento del Proyecto que someto a vuestra deliberación, y según el cual el juez que instruye el sumario conoce del proceso hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva”.

El Poder Ejecutivo destaca como remedio a los males aceptados del proyecto, el que sea el mismo juez que lleva a cabo la indagación y dirige la parte adversaria y que en una mínima expresión es el plenario el que dicte la sentencia definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando

2 Horvitz-López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 17-24.



desde la instrucción del sumario. “(...) este Proyecto consigna como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal, es de todo punto indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo”.

Como precisa Maier, “Guste o disguste, la historia política y jurídica latinoamericana actual es una continuación de los esquemas socio-políticos de Europa continental, introducidos por los pueblos hispano-lusoparlantes, conquistadores del territorio que hoy llamamos Iberoamérica o, más modernamente, Latinoamérica”. Añade que el sistema judicial no podía escapar de esa caracterización general. La historia de los sistemas judiciales de Iberoamérica muestra perfectamente, en su diseño, la situación descripta. Particularmente la América hispana recibe de sus colonizadores todo el modelo de organización judicial y las formas operativas de resolver conflictos sociales, cuyas bases políticas responden a los problemas y a las soluciones que la convivencia y la organización judicial planteaban en la metrópoli<sup>3</sup>.

Dentro de la “herencia socio-jurídico-cultural” que recibieron los países desprendidos de España, se encuentra el sistema penal inquisitivo, tanto en su variante sustantiva como adjetiva. Si bien la reforma producida en el siglo XIX en Europa, atemperó los rigores de la inquisición con importantes cambios en el procedimiento penal y la organización judicial, “la contradicción entre el discurso principista y su realización en Iberoamérica” fue evidente, ya que la situación de la organización judicial y del enjuiciamiento penal latinoamericano continuó fiel al modelo pre-reforma y no incorporó las modificaciones imprescindibles para tornar real la ideología política expuesta en sus Constituciones, especialmente en el área de la organización judicial y del procedimiento penal<sup>4</sup>. Un ejemplo de esta situación es precisamente el Código Procesal de 1906, que, entre otras notas características, no introduce el juicio público, oral, contradictorio y continuo, como base de la sentencia penal ni tampoco la separación entre juez acusador y juez sentenciador.

En los países iberoamericanos, solo muy entrado el siglo XX comienza a producirse una reacción que busca ajustar las instituciones y los procedimientos

3 Maier, J., “Democracia y Administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma del sistema penal”, en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993, pp. 25 y ss.

4 Maier, J., op. cit., p. 35.

judiciales en materia penal a las ideas republicanas<sup>5</sup>. Una evaluación del proceso penal chileno contenido en el Código de 1906, puede encontrarse en el comentario de Cristián Riego, incluido en la obra colectiva antes mencionada<sup>6</sup>. Este autor, que participó activamente en la elaboración del nuevo Código Procesal Penal, enuncia como principales notas características del proceso inquisitivo, las siguientes:

a) La existencia de un solo juez con la totalidad de las funciones (infracción de la garantía de imparcialidad del tribunal); b) excesivo recurso a la segunda instancia (la doble instancia, tal como se contempla en el Código, se constituye en un elemento que acrecienta la poca autonomía con que cuentan los tribunales inferiores); c) ausencia de la facultad de seleccionar las causas que se conocerán, sobre la base de los principios de necesidad del proceso penal, de irrenunciabilidad e indisponibilidad de la acción penal pública y de legalidad en cuanto a la actuación de los órganos del sistema; d) baja eficacia en el esclarecimiento de los delitos más graves; prueba de ello es la estadística, que muestra de manera persistente que la gran mayoría de las causas terminadas en los tribunales ha concluido por sobreseimiento temporal, esto es, no por insuficiencia de la investigación, no por sentencia definitiva; e) el proceso como fuente de desigualdad, ya que el carácter discriminatorio del sistema penal se expresa, fundamentalmente, en diversas formas de privación que afectan a grupos importantes pertenecientes a los sectores de mayor debilidad social y económica, muchas veces, por hechos de escasa o nula gravedad; f) la presunción de inocencia y el auto de procesamiento; dice relación con el régimen aplicable a los imputados, esto es, a quienes se hallan sometidos al proceso en calidad de eventuales responsables de los hechos investigados o juzgados. El artículo 274 del Código de Procedimiento Penal establece el sometimiento a proceso –“encargatoria de reo”–, resolución esta que implica someter al inculcado a un estatuto jurídico particular, el de reo o procesado. Esta condición jurídica especial implica una fuerte merma en el goce de los derechos reconocidos a las personas por el sistema jurídico y hace, según denuncia Riego, “que la estructura del proceso penal chileno resulte contradictoria con uno de los principios básicos del debido proceso, como es la presunción de inocencia”, y g) la prisión preventiva y la peligrosidad; uno de los efectos principales de la condición de procesado dice relación con

5 Maier, J., op. cit., p. 36.

6 Riego, C., “Aproximación a una evaluación del proceso penal chileno”, en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993, pp. 261 y 288.

la prisión preventiva, que puede disponerse como consecuencia directa del sometimiento a proceso. El fundamento principal de esta medida cautelar es, sin duda, una suerte de presunción de responsabilidad penal, dado que uno de los requisitos legales para someter a proceso a un individuo es la existencia de presunciones fundadas de su participación en el delito. En estas condiciones, la prisión preventiva se presenta, de acuerdo a las estadísticas, en la causa principal de las privaciones de libertad en Chile, que afecta a personas no condenadas; lo anterior se agrava por cuanto el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal autoriza a mantener en prisión preventiva a un reo, basándose en criterios de peligrosidad, representados por causales específicas de “peligro para la sociedad”, que distorsionan gravemente los criterios político-criminales para la aplicación de la privación de libertad, que buscan excluir de la prisión a personas no condenadas.

En su comentario a la ponencia de Riego, Haroldo Brito expresa: “Yo creo que el problema del proceso penal, es sin duda el problema fundamental que tiene la ciencia penal actual en nuestro país. Creo que las reformas intentadas hasta ahora, que no pasan de ser simples modificaciones, hechas con el propósito de ganar celeridad, no son desde luego suficientes, si creemos que el problema es enfrentar realmente el proceso penal con un criterio de reforma integral; con un criterio de reforma que incorpore una serie de elementos que son propios del sistema de derecho procesal, y que incorpore todos aquellos conocimientos de la criminología, de la sociología y de todas estas ciencias que forman el conjunto de las ciencias penales, para que pueda decirse a su respecto que es una actividad que podemos los jueces hacer con absoluta tranquilidad”. Este alto magistrado destaca el hecho de que no son dos o tres las cuestiones negativas del proceso penal, sino muchas y que el análisis de ellas puede llevar a los jueces a imaginar la posibilidad de que aquello que han venido haciendo por mucho tiempo de un modo determinado, pueda ser también resuelto de un modo distinto, sobre la base de una visión crítica del sistema vigente y el conocimiento de las experiencias de otros países<sup>7</sup>.

La reforma a los sistemas de enjuiciamiento criminal es, con alto grado de probabilidad, uno de los temas que ha adquirido mayor relevancia en las últimas décadas en los procesos de transformación y modernización de los

7 Brito, “Comentario de Haroldo Brito Cruz a la ponencia de Cristián Riego R.”, en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993, pp. 289 y ss.

sistemas jurídicos latinoamericanos orientados a la adecuación de los mismos a los estándares propios de los países democráticos<sup>8</sup>.

Recuerdan los autores recién citados –Duce y Riego, miembros del Comité Técnico de redacción del Anteproyecto de Código Procesal Penal– que el gobierno democrático del Presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle, quien asumió en marzo de 1994, le dio un nuevo impulso a la idea de promover reformas importantes destinadas a lograr la modernización y adecuación de nuestro sistema judicial a los requerimientos de un estado democrático.

Dentro del marco de desarrollo de dicha orientación, la reforma procesal penal pasó a ser una de las prioridades de las políticas públicas en el ámbito de la administración de justicia para el sexenio del gobierno en curso. En el primer discurso anual ante el Parlamento, en el que se dio cuenta del programa de trabajo del gobierno, el Presidente de la República expresó la necesidad de “reformular profundamente nuestro procedimiento penal, de modo que agilice la resolución de los conflictos y que permita el contacto directo entre el juez y las partes que solicitan justicia. También se requiere separar la función investigadora –que deberá confiarse al Ministerio Público– de la sentenciadora, que en esencia corresponde al juez. Ello a fin de cautelar debidamente las garantías procesales propias de un Estado democrático, lograr la sanción de los delincuentes, el amparo de las víctimas y otorgar seguridad a la ciudadanía”<sup>9</sup>. La ministra de Justicia de entonces, doña Soledad Alvear, manifestó en reiteradas oportunidades que la reforma del procedimiento penal era una de las prioridades de su gestión.

En forma paralela a las iniciativas estatales, un conjunto de organizaciones no gubernamentales, institutos académicos y universidades se abocaron a desarrollar un intenso trabajo dirigido a provocar el debate académico y público de estos temas, lograr afinar los diagnósticos y generar los consensos necesarios que permitieran conducir a un buen resultado, tanto desde una perspectiva técnica como política, los esfuerzos dirigidos a lograr una reforma estructural del sistema de justicia criminal.

8 Duce, M.-Riego, C., “La reforma procesal penal en Chile. Informe acerca del Proceso de Reforma al Sistema de Enjuiciamiento Criminal Chileno”, en Horst Schönbohm y Norbert Lösing (editores), *Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer y Corporación de Promoción Universitaria, 1995, pp. 145 y ss.

9 Duce, M.-Riego, C., op. cit., p. 148.

Durante el año 1994 se elabora el proyecto del Código Procesal Penal, destinado a reemplazar el viejo texto de 1906, a partir de un Foro de discusión que se integra con sesenta y un académicos, abogados y magistrados, convocados con el criterio de buscar la más amplia representatividad entre los diversos roles al interior del sistema jurídico y las diversas sensibilidades políticas, culturales e ideológicas.

Se nos predica –con toda razón– que el juicio público es el paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de justicia penal. En la república democrática, este sistema de enjuiciamiento es el único método que debe dar base a la decisión penal, de modo que su incorporación al sistema positivo constituye un imperativo del sinceramiento de nuestras instituciones operativas con nuestras instituciones programáticas. El punto de partida que debe constituir el núcleo central del procedimiento penal implica, sintéticamente, un debate cumplido con la presencia ininterrumpida del imputado, su defensor y los jueces que van a dictar la sentencia, debate que incorpora los únicos elementos en los cuales se puede fundar una decisión (inmediación)<sup>10</sup>.

Los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y vigentes en el ordenamiento jurídico nacional consagraron, con fuerza vinculante para el legislador, los principios y garantías reconocidos como estándares universales del debido proceso<sup>11</sup>.

El artículo 19 N°3, inciso 5°, de la Carta Política de 1980, impone al legislador el deber de “establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”. Los tratados internacionales que contemplan un catálogo de garantías componentes del debido proceso de ley –Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos–, fueron ratificados por Chile y tienen eficacia de ley en el territorio, según lo estatuido en el artículo 5° de ese texto constitucional.

En el mensaje con que el Poder Ejecutivo envió a la Cámara de Diputados el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Penal se expresa que “Desde el punto de vista político y constitucional, el mayor defecto del sistema penal en Chile es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias de un debido proceso. El sistema penal en Chile, en su fase procesal, contradice así una de las garantías inherentes al sistema político. Según lo

<sup>10</sup> Maier, J., op. cit., pp. 37-38.

<sup>11</sup> Horvitz, M.-López, J., op. cit., pp. 18-19.

acreditan diversos estudios, y la observación histórica lo pone de manifiesto, el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpado y que no se corresponde con la noción de ciudadanía propia de un Estado democrático. La consolidación de la democracia exige la reforma al proceso penal de modo que satisfaga las exigencias de un juicio público y contradictorio. La reforma al proceso penal que proponemos constituye, entonces, una profundización de las instituciones democráticas que conforman al Estado chileno”. Se añade que la reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal, pero, sin perjuicio de otros objetivos político-criminales, “(...) supone, por sobre todo, de un modo urgente y prioritario, modificar al proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, con igualdad de armas entre el Estado y el inculpado y con plena vigencia de la oralidad, la oportunidad y la inmediación”. Más adelante se expresa: “En consecuencia, este proyecto establece las bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el modelo inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio”.

En el sistema procesal resultante de la reforma, las funciones de investigar y acusar ya no están radicadas en el juez, sino en un organismo autónomo, jerarquizado, denominado Ministerio Público, el que “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.” Y agrega que “En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales” (artículo 83 de la Constitución Política de la República).

Es menester hacer notar como una característica sin duda excepcional en una república unitaria como es Chile, que el Código de 1906 mantiene actualmente su aplicación a los hechos delictivos ocurridos antes de la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, atendido lo prescrito en el artículo 483 del Código Procesal Penal: “Las disposiciones de este Código solo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”. Ello explica que, por ejemplo, las personas acusadas de delitos de lesa humanidad perpetrados por agentes del Estado durante la dictadura militar, sean juzgadas de acuerdo a la normativa del Código de Procedimiento Penal inquisitivo.

## II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

Como rasgos generales del nuevo sistema de justicia penal, que intenta dar respuesta integral a cada uno de los problemas que presentaba el anterior modelo, se exponen los siguientes<sup>12</sup>:

- a) Diversificación de las soluciones que ofrece el sistema de justicia penal.  
La esencia de la reforma a la justicia penal reside en consagrar un sistema procesal que responda a las actuales exigencias de la sociedad chilena, lo que exige, fundamentalmente, un catálogo diversificado de mecanismos jurídicos destinados a resolver los conflictos penales.
- b) El rol central en la determinación de la mejor solución corresponde al Ministerio Público.  
Este papel deberán cumplirlo los fiscales del Ministerio Público, encargados de la persecución penal oficial, quienes para conseguirlo deberán emplear su propio criterio, el acuerdo con el imputado y su defensor, a través de negociaciones directas.
- c) Las soluciones van desde la facultad de no investigar hasta el juicio oral.  
Estas alternativas se mueven entre un extremo de mínima actividad – decisión de no iniciar investigación –, porque el hecho no constituye delito o se halla extinguida la responsabilidad penal y un extremo de máxima actividad, con plena intervención del órgano jurisdiccional, cual es el juicio oral público, previa acusación del fiscal, que se desarrolla ante el tribunal penal. Entre estos dos extremos operan numerosas otras variables de solución, como el archivo provisional, el principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios y los procedimientos especiales, como el abreviado, el simplificado, el monitorio. A estos cabe agregar los procedimientos especiales por delito de acción privada y declaración de inimputabilidad por enajenación mental.
- d) La oralidad constituye la forma esencial de generar resoluciones judiciales.  
En las audiencias orales y públicas, queda muy claro que es el debate genuino e informado entre los interesados, la mejor forma en que estos

12 Carocca, A., *El nuevo sistema procesal penal*, Santiago, Edit. Jurídica La Ley, 2003, pp. 17 y ss.

pueden interactuar con el tribunal –que forma su convicción solo con lo que ve y percibe por sus propios sentidos– para producir la decisión judicial más justa.

e) Amplio reconocimiento de las garantías individuales.

Una de las ideas matrices del nuevo sistema es hacer un amplio reconocimiento de los derechos y garantías de las personas, especialmente del imputado, quien es el objeto de la persecución penal estatal. También se instala un importante e inédito reconocimiento a los derechos de las víctimas en el proceso, otorgándoles incluso la titularidad de la acción penal y la facultad de instar por la terminación del juicio, en ciertos casos especiales.

El artículo 83 de la Carta Fundamental asigna al Ministerio Público la adopción de medidas para proteger a las víctimas.

f) Se establece una nueva forma de organización y administración de los tribunales.

El nuevo modelo de gestión judicial introduce una clara separación entre las labores jurisdiccionales y las administrativas, liberándose de estas últimas a los magistrados y encomendándola a funcionarios especializados (p. ej., administradores de tribunal).

### III. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS

La doctrina nacional especializada ha desarrollado los principios y garantías del sistema procesal penal chileno, instituido como culminación del proceso de reforma, anteriormente caracterizado<sup>13</sup>.

Hemos dejado establecido que uno de los fines centrales de ese proceso, ha sido la adecuación del sistema procesal penal a las exigencias de un Estado democrático, exponiéndose como preocupación fundamental la de poner fin a la inconsistencia existente entre el Código de 1906 y los catálogos de garantías individuales reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales de la persona humana, suscritos y ratificados por Chile. Este objetivo aparece reflejado de manera explícita en el Mensaje

13 Horvitz, M.-López, J., op. cit., pp. 31 y ss.; Tavolari, R., “Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal chileno”, en *El proceso en acción*, Santiago, Edit. Libromar Ltda., 2000, pp. 557 y ss.



del Presidente de la República, transcrito, en líneas anteriores, en su parte pertinente.

Los principios jurídicos son pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado orden positivo: ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una nación<sup>14</sup>. Antes de llegar a término la primera mitad del siglo XX, se configuró en el mundo occidental una corriente destinada a garantizar no pocos derechos fundamentales, a través de la constitucionalización de los mismos, surgiendo, a poco andar, la necesidad de crear tribunales especializados para hacer cumplir esos derechos; de ahí la aparición en el Viejo Mundo de los Tribunales Constitucionales<sup>15</sup>.

En consecuencia –dice Tavolari–, los principios procesales conforman el “modo de ser” de un sistema procesal, que al propio tiempo que inspira las normas específicas que lo constituyen es el referente supletorio al cual acudir, cuando tales normas se tornan insuficientes. “De estos principios podemos predicar, por una parte, cierto grado de trascendencia y, por ende, de inmutabilidad y generalidad”<sup>16</sup>.

La tarea emprendida por la doctrina procesalista, de proponer una sistematización de los principios y garantías que informan el proceso penal chileno a partir de la reforma, es un cometido bastante nuevo, ya que la escasa bibliografía existente en materia procesal penal, surgida al alero del viejo Código de 1906, se centró, fundamentalmente, en los denominados *principios formativos del procedimiento*. De allí que las invocaciones a las doctrinas foráneas resulten obligadas en la determinación del contenido de principios que son comunes a los diferentes sistemas procesales contemporáneos<sup>17</sup>.

Las nociones de *principios* y *garantías* se hallan indisolublemente ligadas y la diferenciación entre ambas *resulta algo forzada*, porque, en el fondo, el reconocimiento de garantías procesales obedece, en buena medida, a lo que se ha denominado “la constitucionalización de los principios procesales penales”. Así, por ejemplo, al consagrar como garantía el derecho a un juicio

14 Tavolari, R., op. cit., p. 557.

15 Hitters, J., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo I, Argentina, EDIAR, 1991, p. 29.

16 Tavolari, R., op. cit., p. 558.

17 Horvitz, M.-López, J., op. cit., pp. 33-34.

oral y público, simplemente se están elevando a rango constitucional los principios de oralidad y publicidad, desplazando a la escrituración y el secreto<sup>18</sup>.

Una “Lectura Constitucional” del proceso penal lleva a proponer, antes que principios, garantías, en atención a que, según expresa Ramos Méndez, “(...) tradicionalmente se suele hablar de principios para referirse a estas máximas fundamentales que deben inspirar el proceso. Sin embargo, es frecuente asistir a solemnes declaraciones de principios que luego hallan escaso eco en la realidad. Por eso vale la pena optar por otra manifestación del lenguaje que pone el acento en el grado de cumplimiento y no en la mera enunciación. Se habla de garantías, porque están ahí para exigir su observancia (...)”<sup>19</sup>.

Como principios capitales, informadores del proceso penal que, tras una puesta en marcha gradual a lo largo del país, terminó por estar vigente en todo el territorio en el 2005 y, específicamente, de la actividad estatal persecutoria de delitos, se citan los siguientes:

1. Principio de oficialidad; 2. Principios de investigación oficial y aportación de parte; 3. Principio acusatorio, y 4. Principios de legalidad y oportunidad<sup>20</sup>.

1. El principio de oficialidad —opuesto el principio dispositivo— puede ser analizado desde dos perspectivas: el comienzo del procedimiento y la disponibilidad de la pretensión penal.

En cuanto al inicio del procedimiento, este principio implica no solo el derecho, sino el deber del Estado de perseguir *de oficio* los delitos, con independencia de la voluntad de la víctima o de cualquiera otra persona. Tiene consagración constitucional y legal. El artículo 83 de la Constitución Política prescribe que el “Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos (...) y en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley”. Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público prescribe en su artículo 1º: “El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del

18 Horvitz, M.-López, J., op. cit., pp. 34-35.

19 Ramón Méndez, *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Barcelona, Bosch Edit., 1991, pp. 8 y ss.

20 Horvitz, M.-López, J., op. cit., p. 35.

imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley”.

Ha desaparecido la facultad que en el antiguo sistema se otorgaba a los tribunales para dar inicio a la investigación penal.

Aun cuando el principio de oficialidad rige con carácter general, el Código Procesal Penal reconoce, por vía excepcional, manifestaciones del principio dispositivo, que se corporizan en la acción penal privada y acción penal pública previa instancia del particular.

En lo tocante a la disponibilidad de la pretensión penal, si bien es incompatible con el principio de oficialidad, el nuevo Código mantiene el reconocimiento de eficacia a la renuncia, el desistimiento y el abandono de la acción penal privada. Cabe añadir a estas figuras tradicionales los *acuerdos reparatorios*, transacciones representativas de una salida alternativa al proceso, que pueden ser celebradas directamente entre el imputado y la víctima, basadas, como su nombre lo indica, en una reparación satisfactoria para ella, en casos de delitos de escasa gravedad y cuya aprobación provoca el sobreseimiento definitivo del proceso y la extinción de la responsabilidad penal del imputado. Esta institución, como también la *suspensión condicional del procedimiento*, significa una morigeración necesaria al principio de legalidad procesal, de antigua data en el sistema inquisitivo y abren la vía que conduce a un *Derecho Penal de alternativas*<sup>21</sup>. Se advierte en estos mecanismos la vertiente procesal de las tendencias crecientes de *despenalización*, que procuran no solo evitar la pena, sino incluso la utilización del entero aparato penal, es decir, del sistema judicial penal propiamente dicho<sup>22</sup>.

## 2. Los principios de investigación oficial y aportación de parte.

El principio de investigación oficial –actividad judicial independiente de los requerimientos de parte– ha sido ligado tradicionalmente con el procedimiento penal, que involucra intereses públicos y el principio de aportación de parte con el proceso civil, en el que solo están implicados intereses privados.

21 Künsemüller, C., “Las actuales relaciones entre Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo”, en *Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavorari Oliveros*, Santiago, Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal y Universidad de Los Andes, 2007, p. 329.

22 Barbero Santos, M., “La Defensa Social, treinta años después”, *Doctrina Penal*, 30, 1985, p. 217.

Procede afirmar la vigencia del *principio de investigación oficial* en el nuevo Código, desde que el Ministerio Público –representante del Estado–, en cuanto destinatario de este principio, dirige autónomamente la investigación y tiene la carga de generar durante el juicio oral, la prueba en que deberá basarse la sentencia que acoja la acusación e imponga condena.

### 3. El principio acusatorio.

La esencia de este postulado radica en la separación de los poderes y funciones que convergen en una persecución penal: investigación, acusación y enjuiciamiento, asegurando la permanente imparcialidad del juez (*ne procedat iudex ex officio*).

“El principio acusatorio se ha convertido en el principio fundamental del moderno método de enjuiciamiento criminal, que rige desde el inicio mismo del proceso”<sup>23</sup>. Como “una exigencia constitucional en todos los procesos penales”, destaca el Tribunal Constitucional español el respeto al principio acusatorio<sup>24</sup>.

Es característica propia del proceso inquisitivo que el acusador y el juzgador sean la misma persona, de la cual participa de manera plena el Código Procesal de 1906, caracterizado como “uno de los sistemas inquisitivos más puros del mundo contemporáneo”<sup>25</sup>. En este cuerpo legal, están entregadas al juez unipersonal las funciones de indagar, acusar y sentenciar.

Conviene recordar que el Código Modelo de Proceso Penal para Latinoamérica, tenido a la vista por los redactores del nuevo Código chileno, consagra como principio fundamental, la adopción del modelo acusatorio, con nítida separación entre las funciones de juzgar, acusar y defender.

En el Código surgido de la reforma, se confía al Ministerio Público, en forma exclusiva, la tarea de dirigir la investigación, de acusar y sustentar la acusación ante los órganos jurisdiccionales respectivos.

23 Picó I Junoy, J., “La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio (un estudio desde el Derecho Comparado)”, en *Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavorari Oliveros*, Santiago, Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal y Universidad de Los Andes, 2007, pp. 335 y ss.

24 STC, 95/19.06.1995.

25 Horvitz, M.-López, J., op. cit., p. 45.

“En consecuencia, este proyecto establece las bases de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el modelo inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio”<sup>26</sup>.

Se configura un efectivo régimen acusatorio caracterizado no solo por la separación absoluta de los órganos encargados de las funciones de acusar y sentenciar, sino por la exigencia de una acusación previa, para que tenga lugar el proceso (*Wo kein Kläger da kein Richter*—donde no hay acusador no hay juez—). En consecuencia, no se dará comienzo jamás a una investigación penal, por espontánea decisión judicial; ella requerirá, en cambio, siempre, iniciativa del fiscal<sup>27</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el Código Procesal Penal admite que la acción penal pueda ser ejercida por la víctima y otras personas relacionadas con ella, debiendo deducirla ante el juez de garantía (juez de control de la instrucción), quien debe decidir sobre su admisibilidad. Como expusimos anteriormente, en algunos casos, será necesaria la iniciativa del particular para que pueda iniciarse una investigación penal tratándose de ciertos ilícitos.

La doctrina llama la atención sobre “la fuerza con que rige el principio acusatorio en el nuevo sistema procesal penal chileno”<sup>28</sup>, particularmente, si se compara su estructura con otras propuestas surgidas en el Derecho Comparado, ajustándose a la nota esencial del principio acusatorio, cual es que “el Estado procede a desdoblarse sus competencias de acusación y decisión en dos órdenes de funcionarios, pertenecientes al mismo Estado, pero distintos entre sí”<sup>29</sup>.

En las discusiones que sirvieron de base a la elaboración del texto, se impuso el carácter autónomo –reconocido constitucionalmente– del Ministerio Público, por encima de las alternativas que implicaban crear un juez de instrucción con funciones investigadoras o un Ministerio Público dependiente del Poder Judicial. Otra iniciativa legal, citada como demostrativa del propósito de establecer un sistema puro o auténticamente acusatorio, es la creación de la Defensoría Penal Pública, entidad que –lamentablemente– carece de

26 Mensaje del Ejecutivo, Código Procesal Penal.

27 Tavolari, R., op. cit., p. 571.

28 Horvitz, M.-López, J., op. cit., p. 45.

29 Ascencio Mellado, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, Estudios Trivium, 1991, p. 18.

autonomía, dependiente del Ministerio de Justicia, encargada de la defensa de los imputados que no pueden obtenerla a su propia costa.

Numerosas son las garantías procesales vinculadas al principio acusatorio, que algunos autores denominan *principios político-procesales*, recogidas en el Código Procesal Penal como *principios básicos*: imparcialidad, derecho a la defensa, contradicción, principio de inocencia, *non bis in idem*, correlación entre acusación y fallo.

#### 4. Principios de legalidad y oportunidad.

En cumplimiento al principio de legalidad, el Estado, a través del Ministerio Público, está obligado a iniciar y sustentar la persecución penal de todo hecho delictivo que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su arbitrio<sup>30</sup>.

El procesalista Maier explica que en el principio de legalidad convergen dos principios menores que, sumados, dan origen al de legalidad: el *principio de promoción necesaria* (deber de poner en movimiento la persecución penal ante la noticia de un delito) y el *principio de irretractabilidad* (imposibilidad de suspender, interrumpir o hacer cesar la indagación ya comenzada)<sup>31</sup>. Se suele encontrar la fundamentación del principio de legalidad en el principio de igualdad ante la ley, en cuanto garantiza la aplicación igualitaria de las normas punitivas y evita discriminaciones, excluyendo cualquier mecanismo formal de selección entre los casos que han de ingresar al Derecho Penal Adjetivo.

“El derecho de nuestros países, en general, se ha aferrado al *principio de legalidad*, que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla general de obligación. Pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De allí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir esta selección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticas convenientes. Ello significa modificar, en parte, el sistema de ejercicio de las acciones del Código Penal, tolerando excepciones a la “legalidad”, con criterios de “oportunidad”, legislativamente orientados”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Maier, J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1989, p. 46.

<sup>31</sup> Maier, J., *ídem*.

<sup>32</sup> Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, Parte General, IX La eficacia del proyecto, p. 315.

En la actualidad, se califica al principio de legalidad como “sumamente desacreditado”, situándose su desprestigio más que nada en motivos derivados de la praxis procesal penal, ya que esta demuestra la existencia de mecanismos informales de selección –exentos de normativización– que muchas veces redundan en una política penal persecutoria de los sectores social y económicamente más desprotegidos, lo que a fin de cuentas significa desigualdad<sup>33</sup>. También contribuye a desestimar la vigencia irrestricta del principio de *legalidad*, la irrupción en el Derecho Penal material de soluciones alternativas, tendientes a sustituir la coacción penal obligatoria, para hacer realidad los principios limitativos del *ius puniendi* estatal, subsidiariedad y *última ratio*. Precisamente, el mensaje del Proyecto del Código Procesal Penal deja en claro que la reforma no está dirigida únicamente a terminar con el antiquísimo procedimiento inquisitivo, sino que persigue también como meta el hacer realidad los principios fundamentales de lesividad, de *última ratio* y constitutivos, junto a otros postulados, “de un patrimonio común, de una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado”<sup>34</sup>. Esta conexión entre principios penales y procesales, es oportuna para tener presente que si bien el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal son disciplinas autónomas, no se trata de compartimientos estancos, desconectados entre sí; se trata, al contrario, de dos sistemas complementarios, cuyas funciones están subordinadas a la forma en que están reguladas las del otro<sup>35</sup>. “El Derecho material, y su formulación de criterios de selección y el Derecho formal, con la formulación del escenario, dependen el uno del otro, y solo las prestaciones respectivas de ambos hacen posible el proceso penal y la producción del caso”<sup>36</sup>.

Las críticas dirigidas al principio de *oficiosidad u obligatoriedad*, han generado como reacción que, frente a la clásica actitud de iniciar una pesquisa por todo delito conocido, se responda con la posibilidad reglada de no instruir un proceso en el evento de cumplirse los requisitos que la ley determina.

Maier precisa que el panorama político-criminal universal propone, hasta ahora, sobre todo, en el ámbito cultural próximo a nosotros, soluciones

33 Horvitz, M.-López, J., op. cit., p. 46; Maier, J., *Derecho Procesal Penal argentino*, op. cit., pp. 552 y ss.

34 Muñoz Conde, F., cit. por Künsemüller, C., *Las actuales relaciones entre Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo*, op. cit., p. 329.

35 Cury, E., *Derecho Penal Parte General*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 118.

36 Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal 16 II*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 150.

basadas, fundamentalmente, en el abandono del principio de legalidad de la persecución penal (obligatoriedad), parcial para aquellos órdenes jurídicos que contenían a este deber como regla de principio, al establecer ciertos criterios de oportunidad, fundados utilitariamente<sup>37</sup>.

El *principio de oportunidad* es definido por Roxin como el “que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible”<sup>38</sup>.

Entre un *principio de oportunidad libre* o de *discrecionalidad* (entrega el ejercicio de la facultad persecutoria a la discreción total del Ministerio Público), y un *principio de oportunidad reglada* (la ley establece los casos y condiciones en que el ente persecutor está autorizado para ejercer esta facultad, bajo un sistema de controles), se prefiere este último, al cual asigna el impulsor del Código Procesal Penal Modelo Iberoamericano dos objetivos centrales:

Primero, la descriminalización de hechos delictivos, evitando el ejercicio del poder penal en los casos en que otras formas de respuesta del Estado frente a la conducta antijurídica pueden conducir a mejores resultados; segundo, la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta irrenunciable su actuación como sistema de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobrecargada, que no permite, precisamente, el tratamiento preferente de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por los instrumentos penales, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la sustentación rígida del principio de legalidad<sup>39</sup>.

Después de reproducir las críticas dirigidas al principio de oficiosidad, Tavolari apunta que “No puede sorprender, entonces, que se proclame la necesidad de una discriminación positiva, encaminada a determinar si bajo supuestos que corresponde establecer, debe o no someterse a todo el que ha delinquido, a enjuiciamiento penal”. El Proyecto de Código Procesal Penal recoge la respuesta actual a la clásica actitud de incoar proceso penal

37 Maier J., *Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica*, op. cit., pp. 39-40.

38 Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, 2000, p. 89.

39 Maier, J., *Derecho Procesal Penal argentino*, op. cit., p. 558.



por todo delito de que se tenga noticia, con la posibilidad de no instruir un proceso si se dan las hipótesis que la ley determina<sup>40</sup>.

El *principio de oportunidad* se halla consagrado en el Código Procesal Penal, cuyo artículo 170 dispone: “Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Este, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere”.

Se prevén en el texto legal controles jurisdiccionales para el evento que el fiscal se excediere en el ejercicio de esta atribución.

La historia fidedigna de este precepto da cuenta que el Senado tuvo presente que, tras el principio de oportunidad, existe una decisión de política criminal que es adoptada por el Ministerio Público de conformidad a su Ley Orgánica Constitucional, y, puesto que es el propio Código el que determina las hipótesis legales de aplicación de este principio, el juez interviene para comprobar que no se esté ejerciendo dicha atribución fuera de ese marco.

#### IV. COMENTARIO FINAL

Atendidas las estrechas relaciones que vinculan al Derecho Penal Sustantivo y al Derecho Penal Adjetivo –constitutivos de un binomio inescindible, en cuanto el segundo ordenamiento es el instrumento del primero y le permite operar en la realidad social–, generan honesta inquietud entre muchos penalistas las tendencias expansionistas que han invadido últimamente al Derecho Penal y a la Política Criminal, orientadas claramente hacia un reforzamiento y protección del Derecho Penal en sí mismo, más que a una protección del individuo como miembro de la comunidad humana, teniendo como divisa el aseguramiento de la denominada “eficiencia penal”, olvidando

40 Tavolari, R., op. cit., p. 569.

que el ser humano tiene derechos anteriores y superiores al Estado y que este debe su existencia a aquel y no viceversa<sup>41</sup>.

Sería ilusorio pensar que la vigencia de un Código Procesal Penal constituye un remedio universal para los males de la administración de justicia penal. En nuestra situación, el Código representa el núcleo a partir del cual se pueden transformar prácticas obsoletas y viciadas sobre el ejercicio del poder penal del Estado<sup>42</sup>. La modernización del sistema procesal exige una transformación integral del ordenamiento penal en su conjunto, que incluya al Derecho Penal material y al Derecho Penal ejecutivo o penitenciario.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ascencio Mellado, J., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, Estudios Trivium, 1991.
- Barbero Santos, M., “La Defensa Social, treinta años después”, *Doctrina Penal*, 30, 1985.
- Brito, H., “Comentario de Haroldo Brito Cruz a la ponencia de Cristián Riego R.”, en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993.
- Carocca, A., *El nuevo sistema procesal penal*, Santiago, Edit. Jurídica La Ley, 2003.
- Cury, E., *Derecho Penal Parte General*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- Duce, M. y Riego, C., “La reforma procesal penal en Chile. Informe acerca del Proceso de Reforma al Sistema de Enjuiciamiento Criminal Chileno”, en Horst Schönbohm y Norbert Lösing (editores), *Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer y Corporación de Promoción Universitaria, 1995.
- Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal 16 II*, Barcelona, Bosch, 1984.
- Hitters, J., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo I, Argentina, EDIAR, 1991.
- Horvitz, M. y López, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

41 Künsemüller, C., op. cit., pp. 333-334.

42 *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, op. cit., p. 314.

- Künsemüller, C., “Las actuales relaciones entre Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo”, en *Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Santiago, Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal y Universidad de Los Andes, 2007.
- Maier, J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1989.
- Maier, J., “Democracia y Administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma del sistema penal”, en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993.
- Méndez, Ramón, *El Proceso Penal Lectura Constitucional*, Barcelona, Bosch Edit., 1991.
- Picó I Junoy, J., “La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio (un estudio desde el Derecho Comparado)”, en *Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Santiago, Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal y Universidad de Los Andes, 2007.
- Riego, C., “Aproximación a una evaluación del proceso penal chileno”, en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993.
- Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Edit. del Puerto, 2000.
- Tavolari, R., “Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal chileno”, en *El proceso en acción*, Santiago, Edit. Libromar Ltda., 2000.

### **Normativa citada**

*Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, Parte General, IX La eficacia del proyecto.



## ADMINISTRACIÓN DE RIESGO LITIGIOSO

### LITIGIOUS RISK ADMINISTRATION

JORGE FRANCISCO BALMACEDA HOYOS<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente artículo trata sobre cómo en la actualidad los abogados litigantes deben administrar los riesgos litigiosos que se enfrentan en la vida profesional. Para ello, es necesario identificar las crisis y tener las herramientas suficientes para solucionarlas, evitando que perjudique a los clientes o a la firma de abogados que los represente.

**Palabras clave:** Riesgos litigiosos. Abogados litigantes. Crisis. Solución de conflictos. Operatoria. Litigación. Administración. Clientes.

**Abstract:** This article deals with how litigious lawyers currently have to manage the litigious risks that they face in their professional life. For this, it is necessary to identify the crises and have the sufficient tools to solve them, avoiding that it harms the clients or the law firm that represents them.

**Key words:** Litigious risks. Litigating lawyers. Crisis. Conflict resolution. Operative. Litigation. Administration. Clients.

<sup>1</sup> Doctorando en Derecho Privado por la Universidad de la Sorbonne (París 1), Francia.

## I. INTRODUCCIÓN

Todo el tiempo se producen crisis. Nadie es inmune a ellas. Ellas son problemas que destruyen o dañan la imagen de nuestros clientes, su patrimonio, o el de nuestras oficinas.

Las crisis son fundamentalmente de dos tipos: las que empiezan a desarrollarse lentamente y terminan como un gran problema, difícil de manejar, como una revolución, por ejemplo, y aquellas que surgen de improvisto, como los accidentes.

Prevenir y manejar una crisis requiere miradas críticas, presencia física y asertividad.

La administración de riesgo litigioso es básicamente un trabajo de abogados litigantes, ya que por razones profesionales ellos se encuentran calificados para manejar este tipo de conflictos. Sin embargo, es un trabajo de equipo también, y para ello requerirán recabar gran cantidad de información de parte de los dependientes de sus clientes, esto es, de sus empleados, ejecutivos, contadores, etcétera.

El “riesgo” lo podemos definir como (en traducción libre): *“la probabilidad de daño multiplicada por la magnitud del mismo, que eventualmente podría ocurrir, y donde el daño es un retroceso a un interés legítimo”*<sup>2</sup>.

Las herramientas a utilizar para acotarlo serán varias: declaraciones orales, escritas, y herramientas aritméticas que nos ayudarán en el manejo de las crisis, previniendo o reduciendo los daños a nuestros clientes y a nosotros mismos.

En la civilización occidental, judeo-cristiana, no creemos en el destino, pero sí en probabilidades que pueden ser manejadas, de forma responsable y con cuidado. Para ello utilizaremos las herramientas mencionadas anteriormente.

<sup>2</sup> Perry, S., “Risk, harm and responsibility”, en D. Owe (editor), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 321-346.

## II. CÓMO SURGEN LAS CRISIS Y CÓMO PODEMOS MANEJARLAS

Para manejar adecuadamente el riesgo litigioso, debemos tener claro que existen dos tipos fundamentales de crisis. Las primeras son aquellas que constituyen la suma de pequeños errores y que estallan de improviso. Este tipo de crisis son el resultado final de múltiples errores, tales como: sentirnos cómodos con los riesgos, no respetar las emociones de nuestras audiencias, tener una perspectiva equivocada de las cosas, falta de coordinación adecuada de nuestros equipos, subestimación de los problemas, y, en resumen, cuando hemos ignorado las señales que advertían la existencia de un problema. A modo de ejemplo, podemos decir que esto es lo que ocurrió en su época con el accidente del transbordador espacial “Challenger”: hubo una serie de correos que no fueron tomados en serio por la gente de N.A.S.A., que se tradujo en la tragedia y que probablemente pudo ser evitada. Este tipo es el que conocemos como “pitones”, esto es, crisis que comienzan creciendo lentamente hasta convertirse en “serpientes enormes”.

El otro tipo de crisis son aquellas que aparecen de improviso, sin dar señales de alarma y que pueden causar un desastre. El segundo tipo son conocidas como “cobras”, en analogía a las rápidas víboras.

Ambas son difíciles de manejar y requieren de inteligencia emocional para solucionarlas y de una aproximación científica, para limitar tanto como sea posible el daño al patrimonio de nuestros clientes y su reputación.

Para administrarlas adecuadamente, debemos seguir un proceso progresivo, por etapas. Estas son:

1. La primera fase consiste en tratar de evitar la crisis o prevenir su desarrollo.

Es la cosa más obvia y probablemente por ello dejamos de hacerlo muchas veces. El consejo en este punto es no seguir la corriente sino tratar de comprender hacia dónde vamos y cómo queremos hacerlo. Se requiere humildad y conciencia, para comprender que todos podemos fallar y que nadie es inmune al error. Algunas compañías exitosas se encuentran muy claras de ello e invierten mucho tiempo, dinero y esfuerzos para evitar cometer errores en cada una de las etapas propias a la elaboración de productos o realización de servicios. Por ejemplo, Toyota Motor Co. se ha ganado a través de muchos años la reputación de construir vehículos virtualmente infalibles, gracias al método “Lean”, que consiste justamente en ello.

En relación a esta etapa cabe destacar lo dicho por:

- a) Aristóteles, quien declarara: *“un hombre sabio piensa todo lo que dirá pero no dice todo lo que piensa”*.
- b) Está escrito en la Biblia que Noé comenzó a construir su arca antes que comenzara a llover (y muchos se rieron de él), pero el tiempo le dio la razón, y la supervivencia de las especies (...).

2. En segundo término, debemos prepararnos a administrar las crisis haciendo un “plan de crisis”.

Es vital generar planes previos y tener equipos comunicacionales y de contención de crisis listos para enfrentar estas eventualidades. Así, por ejemplo, muchas aerolíneas cuentan con ellos, los que se encuentran listos para actuar en el momento necesario, y prestar apoyo psicológico, si fuere el caso.

Contar con archivos de respaldo también es una forma de prevenir crisis. Cuando perdemos información importante por error, o debido a catástrofes, debemos estar preparados para que nuestro negocio continúe funcionando. Para ello deberemos contar con un debido respaldo.

Finalmente, tendremos que cuidarnos de las sutilezas. En ocasiones, las crisis en sí mismas no causan tanto daño como sus efectos secundarios: la desesperación de nuestros colaboradores o de nuestros clientes puede causar mucho más daño que las mismas crisis. De ahí la importancia de planear, para prever estas dificultades, y reducirlas al mínimo posible.

3. Luego, tendremos que reconocer la crisis.

Esta es una de las etapas más difíciles. El común de la gente y algunos ejecutivos tienden a ser indulgentes e incluso ingenuos frente a ellas. “Nadie ve lo que no quiere ver”, aunque a veces ello sea evidente. Algunas compañías tienden incluso a mostrar información que indica que ellas funcionan bien, cuando en realidad se están cayendo a pedazos. Las palabras de Demóstenes se deben tomar muy en serio sobre este punto: “no hay nada más fácil que el autoengaño, ya que lo que desea cada hombre es lo primero que cree”.

Para evitar la autocomplacencia, debemos escuchar a terceras personas, que verán las cosas con perspectiva y desinteresadamente. El sentido común muchas veces proviene de la gente común.

Otra forma de ayuda será contratar consultores independientes, que nos permitan conocer la percepción que tiene el público de nuestra posición,



para saber si estamos haciendo las cosas correctamente, o si solo estamos haciendo aquello que nos agrada y que nos hace sentir cómodos.

4. En cuarto lugar, debemos luchar para contener la crisis y sus efectos.

Este es el momento de ir contra la corriente. Debemos tomar medidas decisivas para evitar que la situación empeore. Para ello se requiere experiencia, valor y tranquilidad, con la finalidad de tomar las decisiones correctas y necesarias.

Sin duda, lo peor que se puede hacer frente a una crisis es no hacer nada. Los problemas no se resuelven nunca por sí solos, y cuando lo hacen, generalmente es para peor de males. Por lo tanto, debemos enfrentar las crisis y sus adversidades. Siempre ganaremos algo con ello.

En este momento, probablemente estaremos recibiendo mucha información irrelevante que nos puede confundir. Los consejos a seguir para evitarlo son:

a) Enfocarse en lo esencial y ver el problema en toda su dimensión.

Tendremos que revisar mucha información seguramente y escuchar a numerosas personas que querrán darnos información que estiman sería de ayuda. En este contexto, debemos considerarles meros consejeros y fijarnos en nuestro objetivo, percepciones y conclusiones, sin olvidar que una respuesta rápida será vital para el éxito de nuestra gestión.

b) Priorizar las acciones a tomar.

Probablemente tendremos que lidiar con relaciones públicas y conflictos legales. La forma correcta de hacerlo será considerar qué tiene que decir la opinión pública sobre el problema, considerando los efectos de largo y corto plazo, sin olvidar que como abogados podemos proporcionar muchas herramientas para resolver una crisis, pero que esta tiene múltiples aristas, y que la legal es solo una de ellas.

Como abogados, normalmente aconsejamos a nuestros clientes no hacer declaraciones frente al estallido de una crisis. Esto puede ser útil para disminuir responsabilidades, pero es a su vez también riesgoso. Lo anterior, ya que puede traducirse en rabia y pérdida de confianza del público. Por ello, no debemos olvidar que somos solo consejeros y nuestro deber es dar las opciones a enfrentar, por escrito, anticipando posibles escenarios a enfrentar, pero haciendo recordar a la vez que las decisiones de mérito no son nuestras.

Ejemplo de la eficacia de una actitud frontal, valiente y directa, es el caso Unión Carbide, en Bhopal, India, 1984, donde tras la muerte de miles de personas, los ejecutivos de la compañía se dieron cuenta que la credibilidad de esta era más importante que su estatus legal. Fueron valientes y tomaron sobre sus hombros fuertes riesgos. Incluso, su C.E.O. fue a prisión por algunos días, pero el tiempo demostró que la decisión de enfrentar directamente el problema fue la correcta, ya que la compañía sobrevivió y se expandió. La opinión pública recompensó la actitud, en definitiva.

En cambio, Exxon tomó la decisión contraria cuando el Exxon Valdez se hundió. Ellos decidieron seguir los consejos de sus abogados y no admitir responsabilidades con la finalidad de estar en mejor posición para una defensa judicial. El resultado fue una catástrofe y la compañía sufrió pérdidas en su reputación y grandes perjuicios económicos.

En síntesis, es mejor enfrentar la realidad y confeccionar un plan conforme a las intenciones de nuestro cliente y sus posibilidades. Ello no siempre implica asumir responsabilidad total, pero sí demostrar que nuestro cliente es responsable y confiable. En definitiva, será decisión del cliente definir el camino a seguir.

El consejo será actuar con prontitud en conjunto al equipo de riesgo, efectuando declaraciones que nosotros podremos redactar o ayudar en ello, con la finalidad de reducir culpas, en la medida de lo posible, y siempre mostrando respeto hacia el público.

5. La quinta etapa es resolver la crisis. Es probablemente el mayor desafío.

Actuar rápido es esencial. El tiempo cuenta, porque las crisis no esperan. Por ello, deberemos evitar perder tiempo en encontrar el mejor plan y utilizar uno que sea lo suficientemente bueno.

No existen soluciones únicas. Algunas empresas ofrecen reembolsos (pensemos en la situación del último teléfono Galaxy Note de Samsung, por ejemplo), descuentos en nuevas compras, sufragar gastos de transporte y alojamiento, etcétera. El punto es tomar medidas que devuelvan la confianza de los clientes y sean empáticas. Mientras tanto, pondremos el plan elegido en práctica, luego de calcular nuestras opciones con árboles de riesgo y matrices de impacto.

Tampoco existen soluciones mágicas. Nuestros mejores esfuerzos pueden fallar. Al decir de Peter L. Bernstein (en traducción libre):

*Una tremenda idea yace enterrada en la noción de que simplemente no sabemos. En vez de atemorizarnos, las palabras de Keynes nos dan una gran noticia: no somos prisioneros de un futuro inevitable. La incertidumbre nos hace libres<sup>3</sup>.*

6. Finalmente, debemos sacar conclusiones para el futuro.

Deberemos tomar notas de lo ocurrido, para prevenir futuras crisis y evitar su repetición.

### III. HERRAMIENTAS

Existen muchas herramientas que podemos utilizar para manejar crisis. Ejemplos de ellas son:

a) Priorización

Según esta herramienta, debemos enfocarnos en el valor de nuestro objetivo. Es de uso común y de acuerdo a ella deberemos dedicar nuestro tiempo solo a los objetivos más valiosos y rentables que debamos enfrentar, desestimando los restantes.

b) La matriz de impacto

Es una consecuencia de la herramienta anterior. Se basa en un diagrama que nos lleva a confrontar el valor de ciertos objetivos contra los esfuerzos que implicarían. El consejo es elegir los objetivos que consumirían menos esfuerzo y que rendirían mayores utilidades.

c) El método Delphi

Consiste en hacer un panel de tres expertos. Si se hace adecuadamente y de manera respetuosa, puede llevar a conclusiones poderosas, generalmente de consenso.

d) Los árboles decisorios

Funcionan en base a la atribución de porcentajes y deduciendo probabilidades a partir de estos.

3 Against the Gods, The Remarkable Story of Risk, Peter L. Bernstein, John Wiley & Sons, Inc., par. 3., p. 229.

#### IV. RIESGOS QUE DEBEMOS ENFRENTAR COMO ABOGADOS EN NUESTRA CONDICIÓN DE TALES

El riesgo es la “materia prima” de un litigante. De esta suerte, enfrentaremos riesgos estratégicos, operacionales, reputacionales, financieros y de cumplimiento.

a) Riesgos estratégicos

Hay muchos de ellos involucrados. Los más importantes son el “riesgo cliente” y el “ciclo económico”. El primero se refiere al hecho que algunos clientes pueden ser malos pagadores, especialmente si abrimos ventanas muy amplias para ello. Para disminuir este tipo de riesgo, debemos averiguar sobre la solvencia de nuestro cliente, examinar qué tan leal ha sido en el pasado con nosotros mismos o con otros colegas y ver qué tan comprometido se ve con el caso y/o con nuestra firma. El segundo tipo de riesgo dice relación con la cantidad de tiempo y recursos que nos demandará un determinado cliente. Si vemos que perjudicará nuestra práctica general, el consejo es claro: dejarlo partir.

b) Riesgo operacional

Esta forma puede tener lugar si no usamos buenos software de gestión o si intentamos abarcar asuntos que vayan más allá de nuestra cobertura geográfica. Las soluciones son evidentes: contratar un buen software y generar asociaciones con otras oficinas en distintos territorios, a fin de potenciar nuestra cobertura.

c) Riesgo reputacional

Es el más delicado de todos, ya que como indica el aforismo: “falsus in uno, falsus in omnibus”. Nuestra reputación es nuestro mayor activo como abogados y, por lo mismo, debemos tener especial cuidado con ella. Debemos ser confiables para nuestros clientes. Para reducir un eventual daño a ella, debemos evitar tomar clientes que no encajen con la visión de nuestra firma o que nos hagan sentir incómodos o produzcan conflictos de interés con nuestros clientes habituales. De igual forma, no debemos tomar casos ajenos a nuestro know-how.

d) Riesgos financieros

Para evitar flujos de caja negativos, deberemos examinar, siempre que sea posible, la solvencia de nuestros potenciales clientes y establecer métodos y ciclos de pago que sean seguros para nuestra firma.

e) Riesgos de administración

Todas las firmas se ven expuestas a perder su personal, generalmente, después de haber invertido muchos recursos en ellos. Ello ocurrirá muchas veces cuando ellos estén muy estresados o no se sientan suficientemente considerados o pagados. El consejo para reducir esta forma de riesgo, es promover la creación de ambientes de trabajo amistosos y horarios de trabajo razonables, que no impliquen esfuerzos sobrehumanos, como lamentablemente a veces ocurre. Del mismo modo, reconocer los triunfos a sus autores, y promover el ascenso de los mejores elementos dentro de nuestras organizaciones.

f) Riesgo de cumplimiento

Para reducirlo, debemos ceñirnos a los códigos de ética y leyes vigentes como, asimismo, a las reglamentaciones de salud y seguridad.

Otras formas de reducir los riesgos en nuestra práctica son las entrevistas exhaustivas a nuestros potenciales clientes, donde manifestemos nuestro interés y aprehensiones (costo de oportunidad, ventanas de pago, etcétera) y la contratación de seguros de responsabilidad.

Finalmente, podemos hacer árboles de decisión y matrices de probabilidad/ impacto para analizar el impacto y probabilidad de resultar impagos, pérdida de clientes, pérdida de recursos, daño a la reputación, y otros, con la finalidad de reducirlos tanto como sea posible.

## V. OPERATORIA DE LOS ÁRBOLES Y DE LAS MATRICES DE PROBABILIDADES EN LITIGACIÓN

Veamos dos ejemplos para ilustrar su funcionamiento:

1. El primer caso se refiere a una productora de frutas (la llamaremos M). Recibe una factura de parte de una exportadora de frutas con la cual efectuó una operación de exportación de berries hacia Europa (la llamaremos S). El documento menciona que M adeudaría a S la suma de U.S.\$125.461 con ocasión de anticipos y a un aumento de costos en el proceso de exportación. Ello se traduciría, básicamente, en que la operación de exportación no produciría beneficios económicos a nuestro cliente, el que sin embargo debería pagar una suma considerable a S.

Nuestro cliente, M, decide confirmar con otra exportadora sobre sus resultados en la misma temporada (la llamaremos G). La respuesta de esta compañía es que los precios informados por la exportadora y los costos asociados no son exactos. En su opinión, el resultado debió haber sido positivo, incluso con costos altos. En consecuencia, nuestro cliente emite a su vez una factura. La intención de nuestro cliente es demandar a S, conforme a una cláusula arbitral existente en el contrato de exportación, y recuperar la diferencia entre los anticipos recibidos y las sumas debidas a M (U.S.\$30.280). Para proceder, lo primero que debemos hacer es separar los hechos positivos para nuestra teoría del caso de los negativos:

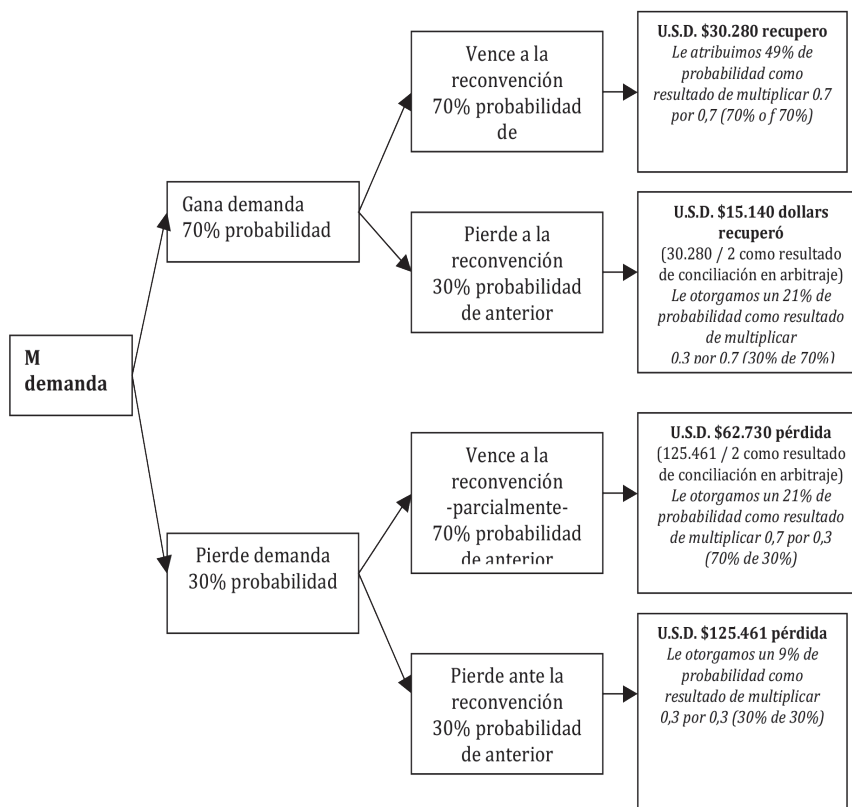
### **Hechos positivos**

- a) M indica que si su factura no es observada, será considerada como “final” (carta fechada el 1 de julio del 2008).
- b) G informa que la factura no se adecua a los precios reales pagados por la fruta, considerando el envío a Europa, confirmando un resultado positivo de U.S.\$30.280 (carta fechada el 10 de julio del 2008).
- c) La cláusula tercera del contrato establece que pueden existir diferencias de precios entre los precios convenidos y que ellas serán el precio definitivo a pagar.
- d) Una conciliación es posible durante el arbitraje y ello reduciría una eventual pérdida.

### **Hechos negativos**

- a) La cláusula tercera también indica el precio de cada variedad de los berries y señala que ellos ya habrían sido proporcionados.
- b) Alza efectiva del costo de las exportaciones.
- c) Una conciliación solo reduciría una eventual pérdida.

El árbol de probabilidades resultante surge de atribuciones de porcentaje que hacemos ab-initio. Él es el siguiente:



Según el árbol de probabilidades, la mejor opción es recuperar 30.280 dólares (triunfo pleno), con un 49% de probabilidades de éxito.

No había seguros comprometidos.

En arbitraje, el juez podría resolver salomónicamente, lo que se traduciría en opciones intermedias a ganar o perder la totalidad de las sumas disputadas: 15.140 dólares que recupero versus 62.730 de pérdida, con un 21% y 9% de probabilidades, respectivamente, como expresa el árbol. El peor escenario posible significaría perder 125.461 dólares, como resultado de perder la demanda y ante la reconvencción. Le conferimos un 9% de probabilidades solamente. El consejo a dar por escrito al cliente es: considerando las posibilidades disponibles, demandar es una buena opción, aunque hay riesgo en ello. La decisión final es suya.

2. El segundo ejemplo corresponde al uso de una matriz de probabilidad/ impacto.

El caso se refiere a una empresa que quería demandar la nulidad de un convenio colectivo basada en que ya habían suscrito un contrato con el presidente del sindicato en su calidad de tal y sus términos eran más benignos para la compañía.

La matriz resultante es la siguiente:

+					
IMPACTO	4				Perder demanda y resultar multada
	3	Ganar demanda		No hacer nada y estar a los términos del convenio colectivo	
	2				
	1				
-		1	2	3	4
		PROBABILIDAD			
		+			

Como siempre, ella se construye en base a los hechos positivos y negativos relacionados a la teoría del caso. Estos eran los siguientes:

Hechos positivos

a) El presidente del sindicato, en su calidad de tal, firmó un contrato fijando términos más beneficiosos para la empresa (28 de abril del 2008).



b) Los miembros del sindicato dirigen una carta con fecha 10 de junio del 2008 al gerente general de la empresa, señalando que ellos esperan que el nuevo convenio colectivo resulte aplicado.

### **Hechos negativos**

a) El gerente general no responde dentro de plazo al sindicato.

b) Una multa puede resultar impuesta por la falta de respuesta.

Como vemos en la matriz, en la columna de “impacto”, las consecuencias más perniciosas para nuestro cliente resultarían del hecho de perder la eventual demanda de nulidad y resultar multado por no haber respuesta oportunamente.

Por otra parte, no hacer nada y respetar el convenio colectivo tendría un impacto y probabilidad menores. La posibilidad de anular el convenio era remota. El consejo dado por escrito al cliente sería: considerando las posibilidades disponibles, intentar demandar la nulidad del convenio no es razonable, dado que los riesgos de perder son muy grandes y los costos asociados también. La opción sugerida es respetar el convenio colectivo. La decisión es suya.

## **VI. FORTALEZAS Y DEBILIDADES**

1. Las ventajas de las técnicas referidas son muchas. Algunas de ellas son las siguientes:

a) Son útiles para cerrar disputas en base a evidencia racional y matemática.

b) Permiten mostrar gráficamente a nuestros clientes el costo real de litigación. Muchas veces las personas sobreestiman sus posibilidades de obtener en un eventual juicio. Los árboles de decisión y las matrices de impacto nos acercan a la realidad y ayudan en consecuencia a tomar decisiones mejores y menos pasionales.

c) Permiten limitar el riesgo litigioso y el riesgo cliente. Sirven para evaluar el riesgo que nuestros clientes deben enfrentar y el nuestro al vincularnos a ellos. En ocasiones, esta segunda forma es olvidada, y ella es muy importante. Como abogados estamos expuestos a no recibir el pago de nuestros servicios

o a lesionar nuestra reputación. Estas herramientas nos ayudan a evitarlo, en gran medida.

d) Ellas pueden ser usadas no solo por abogados, sino también por ingenieros, administradores, contadores, etcétera. Ellas sirven como un lenguaje común entre diferentes disciplinas, facilitando la comunicación con nuestros clientes. Muchas veces los abogados nos referimos solo verbalmente a los riesgos, en circunstancias que nuestros clientes los quieren llevar a números. Gracias a estas herramientas, somos capaces de hacerlo, construyendo un “puente” hacia ellos, especialmente cuando se trata de ingenieros y empresarios.

e) Ellas no dependen de cálculos aritméticos complejos. Son herramientas simples. No se basan en matemáticas sofisticadas que muchas veces son ajenas a los abogados. Funcionan en base a una combinación del uso de lenguaje, diagramas y rangos porcentuales. Por ello, cualquier profesional, técnico y la mayoría del público en general las puede comprender.

f) Han sido puestas en práctica, en base a casos reales, y han funcionado de manera efectiva.

g) Son una guía para ayudar a nuestros clientes a tomar un adecuado curso de acción.

Ellas nos ayudan a asistir a nuestros clientes para que puedan tomar decisiones informadas, evitando la litigación aleatoria. Muchas veces los clientes llegan hasta nuestras oficinas buscando consejo en litigación y para ello requieren una aproximación sobre los riesgos que deberán enfrentar. La única forma de hacerlo seriamente es a través de las herramientas referidas. Caso contrario, deberemos limitarnos a señalar lo que en nuestro criterio podría ocurrir, o revisar y referir jurisprudencia atingente.

h) Ellas limitan nuestra responsabilidad. Lamentablemente, en ocasiones, los clientes tienden a culpar a sus abogados cuando pierden sus casos, aunque estos sean poco defendibles. Las herramientas vistas aclaran que la decisión final es siempre del cliente. El consejo, una vez más, es formular nuestras apreciaciones por escrito, acompañando al informe las matrices, árboles de riesgo y resultados de un panel Delphi, si fuere el caso, presentando todas las opciones visibles y con la mayor información sobre riesgo posible.

i) Ellas reducen los costos de litigación. En la medida que los clientes visualizan los costos reales de litigación, tienden a abrirse a la opción de una conciliación cuando el costo parece razonable en función de las herramientas vistas. Solo

algunos clientes prefieren ir a juicio como cuestión de principios. La mayoría opta por la certeza (relativa) y no asumir grandes riesgos.

j) Son más que cálculos a mostrar a nuestros clientes. Las técnicas referidas incluyen habilidades de “inteligencia emocional”. Asistir a nuestros clientes frente a una crisis implica ser atentos pero firmes, acompañarlos al lugar de los hechos, escribir declaraciones, documentos, y eventualmente asistir a entrevistas o conferencias de prensa.

k) Ellas nos ayudan a diferenciar y manejar los diferentes tipos de crisis.

l) Constituyen una explicación racional para comprender los riesgos que enfrentamos en litigación.

## 2. Debilidades

Son menos que sus fortalezas, pero existen y hay que considerarlas.

a) Son una aproximación al riesgo, no una certeza absoluta. A veces nuestros clientes quisieran tener una certeza casi total, más allá de las probabilidades, lo que es imposible. Los árboles de decisión y las matrices de impacto/probabilidad se basan en porcentajes atribuidos por personas según su percepción del riesgo existente. Aunque sean una aproximación a la exposición al riesgo, ellas se basan en criterios subjetivos y, por lo tanto, siempre existe la posibilidad de no asignar correctamente un porcentaje realista, *ab initio*. Una aproximación efectiva dependerá de la experiencia, conocimientos y habilidades del equipo que las desarrolle.

b) Aunque las herramientas no son muy sofisticadas, en ocasiones puede ser igualmente complicado para un abogado trabajar con números. Bien conocido es el aforismo que indica: “*Iudex Non Calculat*”. Muchas veces dependemos de cálculos efectuados por contadores o ingenieros. Luego, a veces será un desafío utilizarlas.

c) No existe una “regla de oro” para calcular el riesgo. Los árboles de decisión y las matrices de impacto/probabilidad nos ayudarán a aproximarnos al riesgo a enfrentar que se traducirán en términos como: improbable, posible, probable, imposible. Una combinación de todas las herramientas nos permitirá acercarnos de mejor manera al riesgo real.

d) No es poco frecuente que ambas partes sean demasiado optimistas en su percepción del riesgo. A menudo, subestimarán las probabilidades de

pérdida y sobrestimarán sus probabilidades de triunfo. Será nuestro deber, entonces, explicar a nuestros clientes sus verdaderas posibilidades, en función de lo que dispone la jurisprudencia sobre la materia en cuestión, y las herramientas referidas.

e) Ellas son escasamente utilizadas por los abogados en Chile. Son más bien herramientas al servicio de aseguradoras y de la industria financiera.

## VII. CONCLUSIÓN

El riesgo es la esencia en litigación, tanto para nuestros clientes como para nosotros mismos y nuestras compañías de abogados.

Quedarse mudos y no hacer nada no es aconsejable ante una crisis. La más de las veces deberemos trabajar junto a nuestros clientes, preparar declaraciones e incluso acompañarlos “en terreno”, dando apoyo y preparar un buen plan de litigación. Esto será, especialmente cierto, con aquellas compañías cuyo principal activo es precisamente su público. Para ello deberemos ayudarles a mostrar preocupación por ellos y mantener su confianza. Algo tan simple como lo anterior puede marcar una diferencia de vida o muerte en una empresa. La reputación se construye a través de largos años de duro trabajo y a veces se pierde en unos pocos días si no se recibe la guía y consejo adecuados.

Las crisis se pueden evitar en algunos casos y, cuando ello no sea posible, utilizaremos las herramientas vistas para administrarlas y ayudar a nuestros clientes de la mejor manera posible, limitando sus daños y pérdidas. Para ello, usaremos las probabilidades, en nuestro favor.

Por otra parte, no deberemos nunca tomar un caso sin considerar los riesgos que puede implicar a nuestra firma, y no lo tomaremos si consideramos que ello puede resultar peligroso para ella, sus recursos o reputación.

Dentro de las herramientas a utilizar, aplicaremos árboles de decisión y matrices de probabilidad/impacto junto a otros métodos complementarios para mostrar a nuestros clientes que su defensa cuenta con apoyo científico, la que busca limitar sus riesgos tanto como sea posible.

## BIBLIOGRAFÍA

Against the Gods, The Remarkable Story of Risk, Peter L. Bernstein, John Wiley & Sons, Inc., par. 3, p. 229.

Perry, S., “Risk, harm and responsibility”, D. Owen (editor), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.



## EL ADMINISTRADOR PROVISIONAL DE ESTABLECIMIENTOS EN EL SISTEMA ESCOLAR: ¿ES ÚTIL ESTA TÉCNICA DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA?

### THE PROVISIONAL ADMINISTRATOR OF ESTABLISHMENTS IN THE SCHOOL SYSTEM: IS THIS TECHNIQUE OF ADMINISTRATIVE INTERVENTION USEFUL?

CARLOS RIVERA HERNÁNDEZ<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente trabajo, se analizan las normas de la Ley N°20.529 –en lo sucesivo ley SAC– que regula el Administrador Provisional de Establecimientos Subvencionados o que reciban aportes del Estado<sup>1</sup>. Sugiere que la deficiente técnica que emplea el legislador en el diseño normativo del referido interventor, deviene en la pérdida de su eficacia normativa y práctica, impactando negativamente en la gestión administrativa y política de los órganos administrativos del sector educacional.

**Palabras clave:** Intervención administrativa. Técnica legislativa. Efectividad normativa.

**Abstract:** In the present work, the norms of Law N°20.529 –hereinafter SAC– that regulate the figure of the provisional administrator of establishments subsidized or that receive contributions of the State, are analyzed. It suggests that the limited legal configuration of said controller results in the loss of its normative and practical effectiveness, negatively impacting the administrative and political management of the administrative organs of the sector.

**Key words:** Intervention provisional. Legislative technique. Normative effectiveness.

<sup>1</sup> Artículos 87 al 98 de la Ley N°20.529.

## I. INTRODUCCIÓN

El Administrador Provisional Escolar de la Ley N°20.529 tiene como objeto central dar protección a un bien jurídico de la mayor relevancia en nuestra Constitución Política: la educación. Y es posible afirmar que es una institución jurídica-administrativa, en general, desconocida en el sistema escolar, a pesar de gozar de existencia legal previa, aunque muy inmediata, en la Ley N°20.184<sup>2</sup>, de 23 de junio del 2007, del Ministerio de Educación, que agregó un artículo único<sup>3</sup> al Decreto con Fuerza de Ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación.

Una de las causas de la escasa visibilidad del actual administrador, puede atribuirse razonablemente a su pacífica tramitación parlamentaria, y a que solo es una ley que creó todo un sistema de aseguramiento de la calidad de la educación. Un asunto no menor para estos efectos, es que tampoco los preceptos de esta ley que regulan a este interventor, fueron impugnados en el Tribunal Constitucional (en adelante TC)<sup>4</sup>. Esta situación contrasta con el público e intenso debate que produjo la tramitación del proyecto de Ley de Administrador Provisional y de Cierre de Instituciones de Educación Superior, ahora Ley N°20.800, de 26 de diciembre del 2008<sup>5</sup>, normativa que se

2 Este trabajo solamente considerará como marco temporal de investigación, desde el año 1990 hasta el año en curso. Y fue durante este lapso (2007) que se publicó la Ley N°20.184. Sin embargo, es posible afirmar que la existencia jurídica de esta figura en materia educativa, data del año 1980, en el Decreto Supremo N°8.143 de 1980, del Ministerio de Educación Pública, que “Reglamentaba los Requisitos de Adquisición y Pérdida del Reconocimiento de Cooperador de la Función Educacional del Estado a Establecimiento de Educación Particular”. En su artículo 11° señalaba que si no era posible realizar la sustitución del sostenedor en el evento que indica, “[...] el Ministerio de Educación podrá designar a un funcionario de su dependencia para que administre el establecimiento y arbitre las medidas que permitan mantener su funcionamiento normal. El nombramiento regirá de inmediato y permanecerá vigente durante el año laboral docente en curso. En casos calificados y por resolución fundada podrá prorrogarse dicha administración por el o los años laborales docentes que aseguren la continuidad del servicio educacional”.

3 Artículo 52° bis., del DFL N°2, de 1998 del Ministerio de Educación.

4 Esto queda de manifiesto de la STC Rol N°2731-14, considerando sexagésimo, cuando se objeta la modificación que el proyecto de Ley de Administrador Provisional y de Cierre en Educación Superior, realiza al artículo 89 de la Ley N°20.529, incorporando una nueva causal para nombrar administrador provisional en establecimientos de enseñanza básica y media. El Tribunal señala que: “[...] la modificación que se objeta es una causal más para nombrar un administrador provisional. Las otras cinco causales también se aplican a los establecimientos municipales. Y cuando se ejerció el control preventivo del artículo 89, que se modifica, no fue considerado como propio de ley orgánica constitucional (STC 2009/2011)”.

5 Ley N°20.800, del Ministerio de Educación, que “Crea el Administrador Provisional y Administrador de Cierre de Instituciones de Educación Superior y Establece Regulaciones



generó a raíz de los graves problemas detectados en la Universidad del Mar y en la Universidad Arcis<sup>6</sup>.

Por su parte, en la doctrina, la situación no es muy diferente, a pesar de que este tipo de interventores administrativos, como se verá más adelante, existe hace años en nuestro país y se aplica actualmente en diversas materias, principalmente en los mercados regulados. Este desinterés de la academia se manifiesta concretamente en que luego de un tiempo de búsqueda razonable, no fue posible encontrar artículos académicos sobre esta técnica específica de policía administrativa. Y la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y de la Contraloría General de la República (en adelante CGR)<sup>7</sup>, tampoco puede citarse como una fuente importante de información<sup>8</sup>.

En virtud de lo anterior, parece relevante, pertinente y necesario, investigar sobre esta técnica de intervención administrativa inserta en la normativa educacional. En este contexto, es menester señalar que la hipótesis de este trabajo se enfoca en un ámbito más bien específico: sugiere que la deficiente técnica legislativa utilizada por el legislador en la configuración de este interventor educativo, redundará (y redundará) en la pérdida de su eficacia normativa. Para sustentar esta tesis, en primer lugar, se estudiarán las características en general, de la administración provisional en el derecho

en Materia de Administración Provisional de Sostenedores Educativos”, de 26 de diciembre del 2014.

- 6 La figura del administrador provisional fue propuesta luego de la crisis de la Universidad del Mar el año 2012, por parlamentarios de distintos sectores. Así el Boletín N°8364-04, de los diputados Auth, Cristina Girardi, Mario Venegas, Carolina Goic, Alejandra Sepúlveda y Lautaro Carmona. Y también la moción de los senadores Zaldívar, Lagos y Walker, que propusieron un proyecto de ley que asegura la continuidad de prestación del servicio educativo en el caso de instituciones de educación superior expuestas a la cancelación de su personalidad jurídica y pérdida del reconocimiento oficial (boletín N°8775-04).
- 7 Solo dos dictámenes sobre este interventor provisional de la ley SAC, estaban disponible en la base de datos electrónica de la CGR. Un primer dictamen, el N°10.351, del 2016, se pronuncia sobre diversos aspectos que derivan del carácter de empleador que posee el administrador provisional. Los demás dictámenes encontrados se refieren al administrador provisional que se estableció en el Decreto Ley N°8.143, de 1980, del Ministerio de Educación (dictámenes N°s. 27.348, del 2002, y 32.380, del 2008). Y el dictamen N°37.723, del 2009, se pronuncia, además, sobre el ámbito de aplicación temporal del administrador provisional que la Ley N°20.184, mediante el artículo único 52 bis., incorporó al D.F.L. N°2, de 1998, del Ministerio de Educación.
- 8 La Municipalidad de Lonquimay recurrió de protección (Rol N°75.921-2015) en contra de la Superintendencia de Educación, a raíz del nombramiento de un administrador provisional en la escuela Malalmahuida, Región de la Araucanía. La Corte de Apelaciones de Santiago desestimó el recurso en base al artículo 54 de la Ley N°19.880, pues existía un recurso del municipio pendiente ante la administración (considerandos segundo y tercero). La Corte Suprema confirmó la sentencia apelada (Rol N°21.173-2015).

chileno. En segundo lugar, se revisarán las normas pertinentes de la Ley N°20.529, que regulan y estructuran este interventor educativo, señalando las debilidades institucionales de las que adolece precisamente, en virtud de la deficiente técnica legislativa aplicada en su diseño. Y, en tercer lugar, se realizará una breve comparación normativa con la más nueva de las figuras de intervención en educación: el Administrador Provisional y de Cierre en Educación Superior, regulado en la Ley N°20.800. Finalmente, debemos señalar que el trabajo hará referencia a un caso real y público, en que una comunidad educativa pide a la autoridad administrativa el nombramiento de un administrador provisional, con el objeto primero de exponerlo, para luego ir verificando en base a él, muchas de las afirmaciones que se realizarán.

## II. DESARROLLO

### 1. El interventor, inspector delegado o administrador provisional en el derecho chileno

La referida técnica de intervención es utilizada por el legislador desde 1997<sup>9</sup>. En STC, Rol N°2731-14<sup>10</sup>, señaló que su ámbito de aplicación ha sido respecto de empresas que operan bajo la modalidad de contratos administrativos<sup>11</sup>, como de empresas que operan bajo régimen de autorización<sup>12</sup>.

Por otra parte, al revisar las respectivas normas de regulación, podemos apreciar que tiene distintas denominaciones según la actividad en que interviene: como inspector delegado (Ley de Bancos y AFP), interventor

9 Podemos ver cómo, ya en el año 1997, aparece en el ordenamiento jurídico nacional, la figura del *inspector delegado*. El Superintendente puede nombrarlo frente a cualquier hecho grave que haga temer por la estabilidad económica de la institución (artículo 24 del D.F.L. N°3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos).

10 STC Rol N°2731 -14, considerando segundo, sobre el control de constitucionalidad de la Ley N°20.800, que crea el Administrador Provisional y de cierre en Educación Superior.

11 Así, en empresas sujetas a contratos administrativos, existe en materia eléctrica (D.F.L. N°4/2006, del Ministerio de Economía), en materia sanitaria (D.F.L. N°382/1988, del Ministerio de Obras Públicas, siendo introducida la figura del administrador provisional por la ley N°19.549, de 1998), en materia de concesiones de obras públicas (D.S. N°900/1996, del Ministerio de Obras Públicas), en materia de transporte público de pasajeros (Ley N°18.696/1998).

12 En materia de empresas sujetas a autorización, existe respecto de los bancos (D.F.L. N°3/1997, del Ministerio de Hacienda); de las AFP (D.L. N°3.500); de las Isapres (D.F.L. N°1/2006, del Ministerio de Salud); en establecimientos educacionales de enseñanza básica y media (Ley N°20.529), y en establecimientos educacionales de educación superior (Ley N°20.800).

(Ley Eléctrica y La ley de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas) y, desde luego, administrador provisional (transportes, servicios sanitarios, pensiones, Isapres y educación).

### **Características generales:**

El administrador provisional: i) tiene por objeto *resguardar los intereses de terceros ajenos a los dueños de las empresas o establecimientos afectados*; ii) *se designa en situación de crisis de estas* (liquidación, caducidad, quiebra, mala calidad de servicio<sup>13</sup>, compromiso de fondos de terceros, riesgo patrimonial); iii) *con el propósito de intentar corregir lo que los propietarios no pueden llevar a cabo, porque tienen conflictos entre sus intereses de propietarios y los derechos de los terceros*. Una característica esencial es que *reemplaza a la administración que puso el dueño, con el propósito de dar continuidad al servicio, mejorarlo o salvar la institución de su disolución sin poner en cuestión su propiedad. Su designación es temporal* y se sujeta a rigurosas reglas de *rendición de cuentas*, y iv) *es una medida excepcional*<sup>14</sup>. De ahí que requiera autorización del legislador, causales tasadas estrictas y, en general, un procedimiento de reclamo jurisdiccional<sup>15</sup>.

## **2. Concepto y características propias del administrador provisional regulado por la Ley N°20.529**

El artículo 87 de la Ley N°20.529 establece que “La Superintendencia, mediante resolución fundada, podrá nombrar un administrador provisional para que asuma las funciones que competen al sostenedor de un establecimiento educacional subvencionado o que reciba aportes del Estado, con el objeto de asegurar el adecuado funcionamiento de dicho establecimiento y la continuidad del servicio educativo. El administrador provisional durará en

13 El artículo 89, letra a), de la ley SAC, se señala que se podrá nombrar un administrador provisional: “Cuando el establecimiento educacional se mantenga en la categoría de Desempeño Insuficiente por cuatro años consecutivos [...]”.

14 Siempre se trata de una medida excepcional, que procede ante causales tasadas legalmente, dado que significa una intensa restricción a los derechos del particular que desarrolla la actividad. Es decir, el legislador reconoce siempre que ha de ser una medida proporcionada a la gravedad por él mismo calificada. En razón de ello, es que corresponde aplicar un principio rector de toda intervención pública: la proporcionalidad.

15 No obstante, en el caso de la figura en estudio, la Ley N°20.529 solo establece una instancia administrativa de reclamo ante el Superintendente de Educación.

su cargo solo hasta el término del año escolar en curso, salvo lo establecido en el inciso segundo del artículo 94”.

Como ya se señaló, el antecedente inmediato de las normas de la Ley N°20.529 –que regulan este nuevo administrador provisional– es la Ley N°20.184<sup>16</sup>. Si se analizan ambas figuras, podemos apreciar respecto a sus hipótesis de procedencia, que son de redacción muy similar. La diferencia más importante es que el administrador de la ley SAC, contempla una causal relacionada con el rendimiento académico del establecimiento, la que se revisará más adelante (ver 5.1)<sup>17</sup>.

### **Características principales del administrador provisional de la ley SAC:**

- i) **Solo interviene en la prestación del servicio público educacional:** en efecto, se excluyen los establecimientos educacionales no financiados con recursos públicos. Lo anterior se debe a la lógica particular con que opera el sector educacional<sup>18</sup>. Claro, pues estos establecimientos son los

16 Ley N°20.184, del 23 de junio del 2007, del Ministerio de Educación. El propósito del proyecto queda establecido en la historia de la Ley, donde el H. Diputado informante señala: “En los últimos días hemos podido conocer las dificultades que enfrentan los alumnos de los diversos Colegios Britania, este no es un hecho aislado [...], en ocasiones algunos sostenedores no dan cumplimiento a sus obligaciones y los alumnos y profesores se ven enfrentados a situaciones de tanta gravedad como el hecho de que los alumnos no tengan agua en su establecimiento lo que atenta no solo contra la posibilidad de educarse adecuadamente, sino que va en contra de su salud y en definitiva atenta en contra de la dignidad de nuestros jóvenes y el adecuado desarrollo de la acción educativa. El proyecto pretende contribuir a la solución de situaciones como la descrita y para ello propone otorgar al Ministerio de Educación la facultad de nombrar administrador provisional para garantizar el término del año escolar de los establecimientos educacionales [...]”. (Moción de los diputados Burgos J., Duarte G., Errázuriz M., Muñoz A., Olivares C., Ortiz J., Paredes I., Silber G., y Walter P., 07 de septiembre, 2006. Cuenta en Sesión N°73, legislatura 354, Cámara de Diputados, Boletín N°4503-04, Historia de la Ley N°20.184, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 4-89). Debemos considerar un asunto de mayor relevancia, y que explica el carácter de administrador de cierre del interventor de la ley SAC: los Colegios Britania eran establecimientos particulares subvencionados.

17 Otras causales que no contemplaba la Ley N°20.184, son: (i) la ausencia injustificada del sostenedor (artículo 89, letra b)); (ii) la renuncia perjudicial del sostenedor al reconocimiento oficial (artículo 89 letra f)) y (iii) el abandono perjudicial del sostenedor a su proyecto educativo (artículo 89 letra g)).

18 Un ejemplo de lo que acabamos de afirmar, es el caso de la atribución de la Superintendencia de Educación establecida en el artículo 49, inciso segundo, de la Ley N°20.529. La referida norma permite a los fiscalizadores del servicio “ingresar a los establecimientos educacionales y dependencias del sostenedor”, pero el inciso segundo señala que “Respecto de los establecimientos educacionales particulares pagados, el ejercicio de esta atribución exigirá la existencia de una denuncia o reclamo [...]”.

menos regulados de la educación formal; no obstante, la continuidad del servicio educativo de los estudiantes de los referidos establecimientos, se garantiza mediante otras técnicas de intervención administrativa<sup>19</sup>.

- ii) **Es uno de los administradores provisionales más intensamente regulados por la ley, lo que no significa necesariamente que su regulación sea adecuada desde una perspectiva de su técnica legislativa**<sup>20</sup>: el legislador trató de ser muy minucioso al regular la intervención de este administrador. En consecuencia, existe poco espacio para la regulación administrativa. Sin embargo, y como se verá, esta detallada regulación no necesariamente implicó una regulación normativa adecuada y eficaz. Lo anterior abre márgenes más o menos amplios de interpretación de sus normas.
- iii) **Su nombramiento es facultativo o discrecional**<sup>21</sup>: el superintendente puede ejercer esta atribución cuando se configura alguna de las causales legales, pero no está obligado por la concurrencia de esa sola circunstancia<sup>22</sup>. En efecto, se trata de una potestad reglada en cuanto a su ejercicio, pero discrecional en su procedencia<sup>23</sup>. Dicha discrecionalidad se explica en la necesaria concordancia que debe existir entre las causales del nombramiento y el cumplimiento de su objeto. En este sentido, la evaluación que la autoridad debe realizar, debe considerar, junto con la observancia de los

19 Por ejemplo, la letra k) del artículo 49, en relación con el inciso segundo de la letra d) de la ley SAC, permite a los fiscalizadores ingresar a un establecimiento particular pagado, sin mediar denuncia, con el objeto de verificar los requisitos del reconocimiento oficial.

20 El TC, en la citada sentencia Rol N°2731-14, considerando cuarto, expresa lo siguiente: “Que el administrador provisional que diseña el proyecto sigue muy de cerca al administrador provisional establecido en materia de Isapres (Ley N°19.895) y el creado en materia de educación escolar (Ley N°20.529). Pero es lejos el administrador más regulado que pueda existir en nuestro sistema jurídico [...]”.

21 De esta manera, el artículo 89 de la ley SAC señala que “*Solo se podrá nombrar un administrador provisional en los siguientes casos [...]*”. El adverbio “*solo*” nos indica la taxatividad de las causales que habilitan la designación del interventor, y por su parte, el verbo “*podrá*”, le otorga un claro carácter discrecional a la facultad en estudio.

22 Dictamen N°10.213, de la Contraloría General, 23 de marzo del 2017: “Por consiguiente, encontrándose la consulta de que se trata en el ámbito de competencia de esa autoridad administrativa, esta Entidad de Control no advierte inconvenientes para que aquella decida efectuar o no la designación en cuestión, en ejercicio de la facultad que el legislador colocó dentro de la esfera de sus atribuciones”.

23 Lo señalado redundaba en una enorme presión sobre la autoridad administrativa, pues las comunidades escolares, al verificar la existencia de causales, comienzan en muchos casos, a exigir su nombramiento, no comprendiendo necesariamente las variables fácticas que la autoridad debe analizar antes de proceder, como tampoco las consecuencias del nombramiento de un administrador provisional. El caso del colegio San Nicolás de Independencia, que se analizará más adelante, es un claro ejemplo de lo que estamos afirmando.

hechos que sustentan las causales, la circunstancia que esta administración excepcional sea útil y congruente con el fin establecido en la normativa<sup>24</sup>.

- iv) **Su nombramiento es excepcional o de última ratio:** de ahí que requiera autorización del legislador, causales estrictas y un procedimiento de reclamo, en este caso administrativo, estando su designación a cargo de autoridades administrativas o políticas superiores. En este caso específico, lo designa el superintendente de Educación<sup>25</sup>. Esta característica también implica que la Superintendencia de Educación deberá necesariamente recurrir de manera previa a cualquier otra facultad que posea para tratar de mejorar los problemas del establecimiento, antes de recurrir al nombramiento de un administrador provisional.
- v) **Es nombrado por una autoridad fiscalizadora, de perfil técnico:** el legislador parece haber decidido que, en el ámbito de aplicación de la ley SAC, la decisión sobre la procedencia de la designación del administrador provisional se radique en una autoridad fiscalizadora, de carácter más técnico, lo que hace suponer que la finalidad que se tuvo a la vista fue resguardar que su designación siempre estuviese amparada en razones objetivas y técnicas, para mejor y mayor resguardo del interés público<sup>26</sup>.

24 Yendo un poco más allá, es posible afirmar que esta institución está sobre regulada, pero la paradoja es que, sin embargo, no se abordaron algunos aspectos centrales, cuya regulación debió ser más precisa. Por ejemplo, en el caso de los establecimientos particulares subvencionados, los datos disponibles muestran que la mayoría de los sostenedores (67,0) son dueños de un solo establecimiento educacional, y solo unos pocos tienen a su cargo una cantidad de establecimientos similar a los sostenedores municipales (8,3). (Almonacid, C., en Bellei, C., Contreras, D., Valenzuela, J., *La agenda pendiente en educación Profesores, administradores y recursos: propuestas para la nueva arquitectura de la educación chilena*, Santiago, Editorial Ocho Libros, 2008, pp. 159-219). En este mismo orden de ideas, supongamos lo siguiente: se designará un administrador provisional en una entidad educativa de dependencia municipal, invocando la causal del atraso reiterado en el pago de las remuneraciones o de las cotizaciones previsionales o de salud del personal del establecimiento. En este escenario lógico, concluir que casi con seguridad, la totalidad de los establecimientos educacionales de ese sostenedor municipal debieran presentar el mismo atraso en el pago de este tipo obligaciones, por la forma centralizada en que se manejan los recursos de la subvención municipal en sostenedores municipales, cayendo, en consecuencia, en la misma hipótesis que habilita el nombramiento del interventor educativo. Entonces se presentan las siguientes preguntas: ¿se puede entonces designar un administrador provisional que reemplace la figura del sostenedor municipal? (jefe del Departamento de Educación o gerente de una Corporación de Derecho Privado), o ¿habrá que nombrar un administrador en cada establecimiento educacional?

25 El inciso final del artículo 89 de la ley SAC establece que “El nombramiento del administrador provisional será una atribución privativa e indelegable del Superintendente”.

26 Resulta evidente que administración provisional se funda en expresas consideraciones de interés público. Este interventor debe tratar de realizar una administración que restituya un mínimo equilibrio de los derechos fundamentales amagados por una mala administración,

vi) **Opera en virtud de una autorización administrativa:** como ya se señaló, el ámbito general de aplicación de este tipo de interventores en Chile, ha sido respecto de empresas bajo la modalidad de contratos administrativos o bajo régimen de autorización. En este sentido, y según la mentada jurisprudencia del TC, la forma de actuación estatal aplicable en el ámbito educativo es la *autorización*, manifestada en concreto, bajo la figura del Reconocimiento Oficial<sup>27</sup>. Así, el tribunal ha señalado que, jurídicamente, el reconocimiento oficial es una autorización<sup>28</sup>. En virtud de lo anterior, la autorización implica un intenso control preventivo<sup>29</sup>.

### 3. Caso de análisis: Colegio San Nicolás de Independencia

El caso real que a continuación se presenta se utilizará, en lo sucesivo, para ir ilustrando con un ejemplo concreto, las diversas debilidades que el administrador provisional presenta en su configuración legal.

#### i) **Antecedentes del Establecimiento Educacional**

El establecimiento Colegio San Nicolás, RBD 10.237-7, estaba ubicado en Gamero N°541, comuna de Independencia, Región Metropolitana de Santiago. Su dependencia era particular subvencionado. Contaba con trece docentes en su planta y tenía, a la fecha de la ocurrencia de los hechos, ciento cincuenta y ocho estudiantes.

que llevó al establecimiento a una crisis, y dar continuidad del servicio educacional hasta el término del año escolar.

27 La Ley General de Educación, N°20.370, del 2010, en su artículo N°45, indica que el “reconocimiento oficial del Estado es el acto administrativo en virtud del cual la autoridad confiere a un establecimiento educacional la facultad de certificar válida y autónomamente la aprobación de cada uno de los ciclos y niveles que conforman la educación regular, y de ejercer los demás derechos que le confiere la ley”.

28 Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°2731-14, considerando decimoprimer.

29 Ídem. En este sentido, los autores Ferrada y Quezada levantan una muy interesante tesis. Creen que la educación, por las razones de orden público, ha sido “publicada” mediante el reconocimiento oficial de establecimientos educacionales. Y en esta misma lógica, es razonable plantear que “la educación formal, no así la informal y no formal, para mayor resguardo del interés público concernido, ha sido publicada (...)” y esto se materializaría “a través del denominado “reconocimiento oficial de establecimientos educacionales”, técnica de intervención utilizada en este caso” (Ferrada, Juan Carlos, Quezada, Flavio, “Transferencia de inmuebles educacionales por el solo ministerio de la ley y autonomía local”, pp. 2-23 (obra inédita).

## ii) Los hechos

El sitio web de la radio Biobío de Chile informó de la siguiente manera los hechos acaecidos<sup>30</sup>: “Un grupo de profesores y apoderados del Colegio San Nicolás de Independencia decidieron tomarse el recinto, en protesta por el cierre del establecimiento a un mes del inicio del año escolar. La medida de presión ocurre luego que la sostenedora del recinto, María Eliana Cox, informara al Ministerio de Educación el cierre del recinto el pasado 29 de enero a través de un documento”.

El presidente del Centro de Padres señaló, según el mismo medio, lo siguiente: “Nos han dado la opción de poder reubicar a nuestros niños, pero como grupo de padres no queremos tomar esa opción [...] Somos un colegio chiquitito, hemos creado una comunidad y es lo que queremos defender [...] nos ha brindado una pequeña luz de esperanza que es que el grupo de Centro de Padres se convierta en una corporación de educación sin fines de lucro [...]”<sup>31</sup>.

La H. diputada Karol Cariola<sup>32</sup> y el alcalde de la comuna de Independencia, Gonzalo Durán<sup>33</sup>, intercedieron en el conflicto, apoyando a la comunidad, realizando diversas gestiones ante las autoridades. Así lo informó el diario *La Nación* en su página web: “[...] quienes junto a la comunidad escolar insistieron en la petición de que se nombre a un Administrador Provisional (AP) con el objetivo de que el plantel pueda seguir funcionando por lo menos un año”<sup>34</sup>. Por otra parte, el abogado de los apoderados presentó una acción de protección ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago<sup>35</sup>, solicitando la reapertura del Colegio y el nombramiento de

30 Radio Biobío [en línea]: “*Profesores se toman colegio para revertir su cierre: 300 niños quedarían sin estudiar*”. [Consulta: 15 de octubre del 2016]. Disponible en: <<http://www.biobiochile.cl/noticias/2016/02/17/profesores-se-toman-colegio-para-revertir-su-cierre-300-ninos-quedarían-sin-estudiar.shtml>>

31 Ibidem.

32 Karol Aída Cariola Oliva (Santiago, 1 de abril de 1987) es una matrona y política chilena. Electa Secretaria General de las Juventudes Comunistas de Chile en el XIII Congreso de la organización.

En la elección parlamentaria del 17 de noviembre del 2013 resultó elegida diputada para las comunas de Recoleta e Independencia, con el 38,5% de los votos.

33 Gonzalo Durán Baronti (47 años). Militante del Partido Socialista de Chile. Actual alcalde de la comuna de Independencia.

34 Diario *La Nación* [en línea]: “comunidad escolar del colegio san Nicolás organizó “simbólico” ingreso a clases”. [Consulta: 10 de septiembre del 2016]. Disponible en: <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/educacion/comunidad-escolar-del-colegio-san-nicolas-organizo-simbolico-ingreso-a/2016-03-03/131421.html>>

35 Rol N°17.538-2016.



un administrador provisional por parte de la autoridad administrativa fiscalizadora. El día 08 de marzo del 2016, el abogado referido presentó ante la Corte un “tégase presente”, donde informa que “al día de hoy, hay constancias de que la actual sostenedora del establecimiento ha procedido a dismantelar el inmueble donde se encuentra el colegio [...]”<sup>36</sup>. El día 08 de marzo del 2016, ante la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados, el dirigente del Centro de Padres del Colegio San Nicolás, Jorge Barrales, deja de manifiesto cuál es el verdadero propósito de sus representados respecto al futuro del establecimiento, y la razón efectiva por la cual, además, están solicitando la designación del administrador provisional. En efecto, argumenta que el proyecto educativo es viable y ellos pueden ser pioneros en una solución frente al eventual cierre de colegios por la reforma educacional en marcha<sup>37</sup>.

La conclusión es evidente e ineludible. Los apoderados piden la designación de un administrador provisional para evitar un cierre inminente del establecimiento, pero ha quedado claro que ellos no solamente pretendían la continuidad del servicio educativo hasta fin de año. Su real intención era seguir con el proyecto educativo más allá del término del año escolar, bajo otra figura legal. Sin embargo, lo que los apoderados y la comunidad educativa no saben, es que, y como se verá más adelante, en ninguna hipótesis, en el caso de un establecimiento particular subvencionado, el administrador provisional de la ley SAC es realmente provisional, sino que por el contrario, es de cierre, por lo que su designación está lejos de ser útil para sus propósitos.

Resulta interesante, para estos efectos, revisar el oficio ordinario N°0409, de 22 de abril del 2016, de la Superintendencia de Educación, en donde

36 Página web del Poder Judicial de Chile [en línea]: “Tégase presente”. [Consulta: 10 de septiembre del 2016]. Disponible en: <[http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=2&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Corte=90&CRR\\_IdEscrito=6827439&CRR\\_IdDocEscrito=2987442](http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=2&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdEscrito=6827439&CRR_IdDocEscrito=2987442)>

37 En el minuto 1:31:48, del video oficial del canal de la Cámara de Diputados, se puede ver y escuchar lo siguiente: “hablar de que el proyecto educativo no es viable y que la mejor solución sea cambiar a los niños [...] creo que es un poco ortodoxa [...] porque si este colegio puede ser un pionero en solucionar un problema que a lo mejor se les va a venir con la reforma de educación de aquí a final de año (...)”. Canal de Televisión de la Cámara de Diputados de Chile [en línea]: sesión del 08 de marzo del 2016, Comisión de Educación de la Cámara de Diputados, minuto 01:38:48. [Consulta: 09 de septiembre del 2016]. Disponible en: <http://www.cdtv.cl/Programa.aspx?idPrograma=46> Ley N°20.845, “de Inclusión Escolar, que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado”, del Ministerio de Educación. Publicada en mayo del 2015.

la máxima autoridad del servicio responde al jefe de Gabinete de la Subsecretaría de Educación, en relación a la petición de la H. diputada Cariola de designar un administrador provisional en el referido establecimiento. De esta forma, en el número 7° del documento referido, se señala básicamente que el nombramiento de un administrador provisional, para este caso en particular, primero, carece de sentido y segundo, no asegura el adecuado funcionamiento del establecimiento educacional, pues i) la mayor parte de los estudiantes han sido reubicados; ii) por tanto que el número de estudiantes que quiere permanecer en el colegio, hace inviable en el mediano plazo la continuidad del servicio educativo, y iii) que en virtud de las fiscalizaciones de la propia Superintendencia de Educación, se pudo constatar que el establecimiento se encuentra cerrado y sin moradores<sup>38</sup>.

#### **4. Problemas en la configuración legal del administrador provisional de la Ley N°20.529**

La ley SAC, como se verá, entrega limitadas facultades al administrador provisional. Y uno de los principales problemas es que su figura adolece de la robustez económica suficiente para cumplir el mandato conferido por la ley. Por otra parte, la deficiente técnica legislativa ha permitido también que el nombramiento del administrador provisional provoque una relación poco determinada entre dicha figura interventora y el órgano administrativo del cual depende su nombramiento: la Superintendencia de Educación.

##### **4.1. Legislación inadecuada y poco eficaz en proveer al administrador de facultades de percibir recursos económicos suficientes para cumplir el mandato del legislador**

i) El administrador provisional de la Ley N°20.529 ocupa la misma posición jurídica del sostenedor, sustituyéndolo, para todos los efectos legales<sup>39</sup>, por lo

38 Página web de la Cámara de Diputados [en línea]: Oficio N°0409, del 22 de abril del 2016, del Superintendente de Educación al jefe de Gabinete de la Subsecretaría de Educación. [Consulta: 15 de octubre del 2016] Disponible en <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=OFICIOFISCALIZACIONRESPUESTA&prmID=77184&prmNUMERO=574&prmRTE=13695>>

39 El artículo 91 de la Ley N°20.529 señala que “Desde la fecha de designación del administrador provisional el sostenedor del establecimiento será sustituido por este para todos los efectos legales, quedando inhabilitado para percibir la subvención educacional”.

que no está autorizado, en general<sup>40</sup>, para percibir más recursos económicos a los que por ley le hubieren correspondido al primero<sup>41</sup>. Y deberá gestionar el establecimiento educacional con los mismos recursos que percibía el sostenedor original, y aunque hubo modificaciones legislativas que pretendían mejorar esta debilidad, resultaron ineficientes e ineficaces.

En este sentido, la modificación introducida en el artículo 92 de la Ley N°20.529, por la Ley N°20.800, artículo 29 N°3, letra a)<sup>42</sup>, que reemplaza una parte de la letra c), si bien establece que el administrador provisional podrá percibir y administrar los recursos que pudiese llegar a disponer la Ley de Presupuestos del Sector Público, dicha regulación es imprecisa e insuficiente, en tanto no establece una cantidad fija de recursos ni señala a qué institución se imputarán los mismos y, por otra parte, tampoco señala el procedimiento para obtenerlos ni bajo qué circunstancias el Ministerio de Hacienda podría autorizarlos, por lo que no se otorga más financiamiento, sino meros recursos eventuales. Este carácter de eventualidad queda de manifiesto en la disposición legal, al señalar textualmente: “así como los que pudiese disponer la ley de Presupuestos del Sector Público”<sup>43</sup>.

40 La actual ley contempla nuevas posibilidades de financiamiento, pero no parecen ser lo suficientemente efectivas.

41 El artículo N°29 de la Ley N°20.800, sobre el Administrador Provisional y de Cierre de Instituciones de Educación Superior, en sus numerales 2 y 3, que introdujo, respectivamente, nuevas normas a los artículos 91 y 92 de la Ley N°20.529, intentaron subsanar este problema de financiamiento, como se verá, sin mucho éxito.

42 Este artículo señala lo siguiente: “Reemplázase, en la letra c), del artículo 92, de su inciso segundo, la expresión “y otros aportes regulares que entregue el Estado”, por el siguiente texto: “otros aportes regulares que entregue el Estado, así como los que pudiese disponer la ley de Presupuestos del Sector Público para asegurar la continuidad del servicio educacional del establecimiento correspondiente, solamente hasta el término del año escolar respectivo, siempre que concurren las siguientes circunstancias: i) que los aportes regulares que deba recibir no sean suficientes para financiar las remuneraciones del personal docente y asistentes de la educación, el pago de suministros básicos y demás gastos indispensables para su funcionamiento; ii) que los hechos que originaron el nombramiento del administrador provisional se produzcan durante el transcurso del año escolar respectivo, y iii) que dichos recursos se destinen íntegramente al pago relacionado con los gastos señalados en el numeral i) precedente”.

43 Del conjunto de normas que regulan el administrador provisional escolar, se puede desprender razonablemente que la autoridad administrativa, si quiere que el interventor acceda a estos recursos en virtud de la situación de crisis de un determinado establecimiento, deberá primero realizar la designación, para luego iniciar las gestiones ante el Ministerio de Educación. De prosperar esta solicitud, y luego de dictada la resolución administrativa de la autoridad educacional, tendrá además que esperar la visación del Ministerio de Hacienda. Entonces, como la autoridad fiscalizadora no sabe si contará con los recursos para hacer viable la continuidad del servicio educativo del establecimiento, muy probablemente se abstenga de realizar la designación el administrador provisional.

En la Historia de la Ley N°20.184 –como sabemos, antecedente directo e inmediato de las normas de la Ley N°20.529–, el H. senador Juan Antonio Coloma interviene y hace una reflexión muy asertiva en este mismo sentido, señalando que no se explica cómo el administrador provisional, con solo las facultades del mandatario civil y administrando la misma subvención existente con antelación a su nombramiento, obtendrá los recursos para enfrentar el año escolar<sup>44</sup>.

ii) Luego, además de no contar con financiamiento especial, este administrador carece, en principio, de una atribución que le permita liberar las retenciones de subvención efectuadas por las Secretarías Regionales Ministeriales de Educación. En efecto, la segunda norma introducida por la Ley N°20.800, cuyo propósito fue dotar a esta figura de más recursos en casos críticos, es, por un lamentable error de referencia, de discutible aplicación. Lo anterior, pues, se hace mención equivocadamente a la norma del inciso segundo del artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación. Dicha disposición se refiere a la ejecución de la retención como medida precautoria impuesta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador instruido por los Secretarios Regionales Ministeriales de Educación<sup>45</sup>, que se encuentra derogado<sup>46</sup>. En conformidad a lo dispuesto en

44 El senador señala textual: “[...] Nos hallamos ante un establecimiento educacional virtualmente quebrado que no está pagando las remuneraciones; que no entera las cotizaciones previsionales y de salud; que se encuentra con los servicios básicos suspendidos [...] y que, además, puede tener embargos, ejecuciones o retiros de mobiliario. O sea (...) está en situación dramática y en la cual el riesgo es que los alumnos pierdan el año escolar. Lo que se plantea mediante la iniciativa en debate es [...] el nombramiento de un interventor provisional, quien va a administrar la subvención. [...] Dicho personero recibirá una subvención que podrá alcanzar para, en teoría, asegurar la continuidad del servicio educacional, pero no para pagar las cotizaciones previsionales atrasadas, ni para levantar los embargos, ni para impedir las ejecuciones o retiros de mobiliario que el mismo proyecto señala. Porque [...] por mandato del Código Civil, ese funcionario solo podrá cobrar la subvención. Pero, en esta lógica, no veo de dónde va a obtener los recursos para enfrentar el año escolar en forma razonable y con un mecanismo distinto del aplicado por el sostenedor original. Este no suele ser un problema de caja, sino de deuda. (*Historia de la Ley N°20.184*, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 55-89). Recordemos el citado oficio del Superintendente de Educación, N°0409, sobre el caso del Colegio San Nicolás, que señala en la letra b) del N°7 “Que, la subvención que recibiría el establecimiento con el número de alumnos que aún no son reubicados, veinte estudiantes [...] hace inviable en el mediano plazo el funcionamiento básico del establecimiento”.

45 Artículo 53 del Decreto con Fuerza de Ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación.

46 Artículo 113, N°11, de la Ley N°20.529.

la Ley N°20.529, dichos procedimientos son ahora de competencia exclusiva de la Superintendencia de Educación<sup>47</sup>.

Y en rigor, la norma que habilita la retención de la subvención por un monto equivalente a las cotizaciones previsionales y de salud que los sostenedores mantengan impagas, es el artículo 7 de la Ley N°19.609<sup>48</sup>, del Ministerio del Interior, que “Permite Efectuar Anticipos del Fondo Común Municipal”. Y precisamente a esta norma debió referirse el proyecto de ley, y no a la disposición que se cita en su artículo 91 inciso 4 (el aludido artículo 54 del DFL N°2, de 1998). En este mismo sentido, también se ha pronunciado la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República<sup>49</sup>, y la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas<sup>50</sup>. No obstante, la Contraloría General de la República, en su dictamen N°31.380 del 2000<sup>51</sup>, validó un error en la técnica legislativa en virtud del cual se hizo referencias a otras leyes. En rigor,

47 La referida norma es la del inciso cuarto del artículo 91 de la ley SAC, que expresa que “Mientras dure la administración provisional de un establecimiento específico, excepcionalmente y por resolución fundada del Ministerio de Educación con la visación del Ministro de Hacienda, se podrán dejar sin efecto las retenciones de pago adoptadas por aplicación de lo previsto en el inciso segundo del artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N°2, del mismo Ministerio, de 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos [...]”.

48 Ley N°19.609, del Ministerio del interior, de 2 de junio de 1999, que “*Permite efectuar anticipos del fondo común municipal, en los casos que indica*”.

49 Dictamen N°21.529, del 2005, de la CGR, que expresa lo siguiente: “Al respecto, cabe señalar que Ley N°19.609, publicada en el Diario Oficial del 2 de junio de 1999, que permite efectuar anticipos del Fondo Común Municipal en los casos que indica [...]”.

50 Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 20 de enero del 2016, autos sobre recurso de protección Sentencia Rol N°911-2015, en el que se señala: “y, en este entendido, la actuación tanto de la Secretaria Ministerial de Educación como la del Coordinador Nacional de Subvenciones no ha sido arbitraria, ello porque el artículo 7 de la Ley N°19.609, en armonía con el Decreto con Fuerza de Ley N°2 de 1998 del Ministerio de Educación [...] deviene que en el caso de ocasionarse demora en el íntegro de las imposiciones previsionales devengadas, por parte de los sostenedores de establecimientos educacionales subvencionados, el Ministerio de Educación se encuentra en la obligación de retener la parte de los recursos que a dichas personas les corresponde percibir [...] (considerando décimo quinto)”.

51 Dictamen N°31.380, del 2000. Se trata de una consulta del INDAP y requiere a la CGR, pues “solicita un pronunciamiento acerca de la vigencia del precepto contenido en el N°4 del artículo 3° de la ley orgánica de ese servicio, N°18.910, el cual podría encontrarse derogado por el artículo 78 de la ley N°19.253 (...). La entidad recurrente adjunta un informe del fiscal de la misma, en el que se sostiene que la disposición contenida en el referido N°4 se encontraría vigente, por cuanto su derogación se habría producido por un error de transcripción en la redacción del referido artículo 78 de la ley N°19.253 (...). Finalmente, la CGR señala que “de las consideraciones anteriores aparece que no resulta suficiente para interpretar el sentido del mencionado artículo 78 el tenor literal de dicha disposición, debiéndose, en consecuencia, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 19 y del artículo 22 del Código Civil, recurrir a su intención o espíritu y al contexto de la ley”.

fueron problemas de vigencia o derogación de disposiciones legales por errores de transcripción de las normas. La entidad contralora recurrió, para el efecto, al espíritu del legislador por aplicación los artículos 19 y 21 del Código Civil.

Pese a todo lo afirmado con anterioridad, y aunque en virtud el dictamen recién referido del órgano contralor, pudiese aplicarse el inciso cuarto del artículo 91 de la ley SAC, no es posible concebir razonablemente cómo, aún dejadas sin efecto las retenciones referidas, este interventor pueda utilizar esos recursos liberados, si se considera la restricción temporal que le impone el artículo 91 inciso segundo de la ley SAC<sup>52</sup>.

#### **4.2. Defectos en la técnica legislativa: una perspectiva institucional**

i) Ninguna de las facultades otorgadas a este administrador temporal, permite hacer frente a uno de los problemas más complejos de abordar, y que se presenta en la mayoría de los casos de crisis: un cierre intempestivo de locales escolares<sup>53</sup> en virtud de ausencia injustificada del sostenedor o por abandono de su proyecto educativo. Pues si este se encontrase cerrado o clausurado, el superintendente de Educación deberá solicitar a la autoridad política administrativa el auxilio de la fuerza pública, para luego esperar la gestión de esta y, finalmente, la ejecución material del requerimiento. Porque carece de una atribución legal expresa para requerir *directamente* el auxilio de la fuerza pública y forzar de esta manera, al más breve plazo, el ingreso al recinto. Contar con esta atribución, como si la tienen otras instituciones de similar naturaleza<sup>54</sup>, parece ser del todo razonable.

52 No debemos olvidar que el sostenedor original es el responsable de todas las obligaciones generadas con anterioridad al nombramiento del interventor.

53 Artículo 89 de la Ley N°20.529. La referida norma señala “solo se podrá nombrar un administrador provisional, en los siguientes casos”, letra b), “Cuando el representante legal o el administrador de la entidad sostenedora se ausente injustificadamente, poniendo en riesgo la continuidad del año escolar”, y letra g), “Cuando un sostenedor abandone, durante el año escolar, su proyecto educativo, dejando de prestar el servicio educacional en el establecimiento de su dependencia”.

54 El inciso segundo y siguientes del artículo 4° de la Ley N°18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros señala que “Carabineros, asimismo, prestará a las autoridades administrativas el auxilio de la fuerza pública que estas soliciten en el ejercicio legítimo de sus atribuciones. En situaciones calificadas, Carabineros podrá requerir a la autoridad administrativa la orden por escrito, cuando por la naturaleza de la medida lo estime conveniente para su cabal cumplimiento. La autoridad administrativa no podrá requerir directamente el auxilio de la fuerza pública, ni Carabineros podrá concederla, respecto de asuntos que esté investigando el Ministerio Público o estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia y que hayan sido objeto de medidas ordenadas o decretadas por ellos y comunicadas o notificadas, en su caso, a Carabineros”. El asunto central es que en el caso de otras

Y sobre el caso real de análisis, recordemos lo que expone la autoridad en su mentado oficio N°0409, letra d) y c) del punto N°7, donde se señala “Que, consta por las fiscalizaciones realizadas que el Colegio se encuentra cerrado y sin moradores”, y, en la letra c), “Que, el abogado de los apoderados informa mediante un “téngase presente” a la Corte de Apelaciones de Santiago (...) que la sostenedora del Colegio San Nicolás había procedido a dismantelar el establecimiento educacional; d) Que, consta por las fiscalizaciones realizadas [...] que el Colegio se encuentra cerrado y sin moradores”. Como se puede apreciar, frente a un colegio cerrado y sin muebles, y con seguridad en una situación financiera crítica, y concurriendo las causales que hacen proceder su designación, la pregunta aparece inevitable: ¿tiene algún sentido designar un administrador provisional?

Por otra parte, tampoco podría desempeñar fielmente su mandato frente a obligaciones como la de rendir cuenta pública de los recursos entregados al sostenedor en el año anterior –actualmente ausente–, en tanto y casi con seguridad, no tendría acceso a la información que se requiere para tal efecto. Lo anterior coloca al administrador en una situación de eventual incumplimiento normativo. Y la ley SAC solo contempla que el administrador pueda solicitar al sostenedor toda la información que estime necesaria para llevar a cabo su función. Pero dicha atribución es totalmente insuficiente en estos casos, pues en rigor, la norma solo contempla la facultad de la Superintendencia de Educación de incoar un procedimiento sancionatorio por eventual infracción a la normativa educacional, en contra del sostenedor que no permita el acceso al establecimiento y/o no entregue la información solicitada<sup>55</sup>.

ii) A lo anterior debe agregarse que los requisitos para ser nombrado administrador provisional, ya sea persona natural o jurídica<sup>56</sup>, son incluso

Superintendencias (por ejemplo, de Medio Ambiente y la de Electricidad y Combustibles) el legislador ha regulado una norma expresa en esta materia, otorgándole la facultad de requerir directamente de Carabineros, el auxilio de la fuerza pública (art. 28 inciso 4, Ley N°20.417 y art. 19 de la Ley N°18.902).

55 Artículo 22 inciso tercero, del Decreto Supremo N°538, del 2013, del Ministerio de Educación.

56 Artículo 3, del Decreto N°538, del Ministerio de Educación, señala que el postulante debe acompañar a su solicitud: “1. Copia simple de la cédula de identidad; 2. Currículum Vitae; 3. Certificado de obtención de un Título Profesional o Licenciatura (...); 4. Certificado de antecedentes; 5. Declaración jurada ante Notario en la que el postulante exprese: a) No estar afecto a ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades a que se refiere la ley N°20.529, ley N°18.575 (...), b) Que los antecedentes que se adjuntan son auténticos, fidedignos, veraces y plenamente vigentes (...). 6. Todos aquellos antecedentes, documentos u otros, que permitan acreditar una experiencia de a lo menos 5 años, en gestión de establecimientos educacionales como docente, directivo o sostenedor.

más laxos que los exigidos para ser sostenedor<sup>57</sup>. Esto, claramente muestra que el legislador no actualizó esta normativa para una adecuada protección del patrimonio público, el que ha ido avanzado a hacer exigible un administrador permanente que tenga la calidad de persona jurídica de derecho público o de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objeto social único sea la educación.

#### **4.3. Relaciones jurídicas poco certeras e indefinidas entre la Superintendencia de Educación y el administrador provisional**

##### *i) De la fiscalización del establecimiento educacional intervenido*

La Ley N° 20.529 no contempla un estatuto jurídico especial para el período de administración de este mandatario, que permita fiscalizarlo de manera diferenciada por parte de la Superintendencia de Educación, procurando siempre, en todo caso, el cumplimiento de la normativa educacional esencial, pero estableciendo un distingo razonable atendidas las particularidades inherentes a la gestión de un establecimiento intervenido de manera excepcional, en virtud de una fuerte crisis institucional.

##### *ii) Confusión de roles entre la autoridad administrativa que designa al administrador provisional, el fiscalizador y el fiscalizado*

Luego, en casos en que proceda el financiamiento complementario por parte de la Superintendencia de Educación en la remuneración del administrador provisional, deberá este entregar una boleta de honorarios al órgano de la administración que lo designó<sup>58</sup>, rindiendo cuenta de la gestión que justifica el desembolso. Lo anterior produce una relación al menos confusa entre el

Artículo 4°.- En el caso del postulante persona jurídica, los documentos que se indican precedentemente, se requerirán respecto de representantes legales y/o administradores de dicha institución, según corresponda.

57 El artículo 2 del DFL N° 2, de 1998, señala los requisitos que debe cumplir una persona jurídica que desee ser sostenedor: “Para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar el beneficio de la subvención, deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...) Tratándose de sostenedores particulares, éstos deberán estar constituidos como corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro de acuerdo al Título XXXIII del Libro I del Código Civil, como personas jurídicas de derecho público, como corporación o entidad educacional en los términos de esta ley o como otras personas jurídicas sin fines de lucro establecidas por leyes especiales”.

58 El artículo 16, inciso tercero del Decreto N° 538, de 2013, del Ministerio de Educación, señala que “en el caso de recibir el complemento de la remuneración señalado, deberá entregar otra boleta de honorarios en la dirección nacional de la Superintendencia de Educación”.



“fiscalizado” y el “ente fiscalizador”, pareciendo el primero un funcionario del segundo, más que una figura independiente que reemplaza al sostenedor y mantiene su autonomía.

## 5. Administrador provisional (o de cierre) de Educación Escolar

Ponemos de manifiesto desde ya que, por las razones que se expondrán a continuación, es posible sostener con meridiana propiedad que el administrador provisional de la Ley N°20.529 es en general un administrador de cierre, y solo excepcionalmente un administrador provisional, en el caso del artículo 94 de la citada norma. Y para hacerse cargo de lo aseverado, se analizará primero, en lo pertinente, la normativa del interventor provisional escolar, la historia de su ley actual y de la Ley N°20.184, para luego cotejarlas con las normas atinentes de la Ley N°20.800<sup>59</sup>.

*Única hipótesis en que el administrador provisional de la Ley N°20.529 opera como un administrador provisional. Caso del Artículo 94*

El Artículo 94<sup>60</sup> señala que el administrador provisional tendrá facultades para reestructurar un establecimiento educacional que se encuentre en las condiciones que establece el artículo 89, letra a), es decir, desempeño insuficiente por cuatro años consecutivos, siempre que se trate de establecimientos municipales, y que no existan establecimientos cercanos que impartan el mismo nivel educativo con vacantes. Y luego nos expresa, en su segundo inciso, que en el caso de la reestructuración, “el administrador provisional

59 Ley N°20.800. Crea el Administrador Provisional y Administrador de Cierre de las Instituciones de Educación Superior y establece regulaciones en materia de Administración Provisional de Sostenedores Educacionales. Ley que además contiene normas que modificaron otras disposiciones legales del Administrador Provisional de la Ley N°20.529.

60 Artículo 94 de la Ley N°20.529. Este señala: “El administrador provisional tendrá facultades para reestructurar un establecimiento educacional que se encuentre en las condiciones que establece el artículo 89, letra a) , siempre que se trate de establecimientos educacionales administrados por municipalidades, sea directamente o por sus corporaciones municipales, o administrados por otras entidades creadas por ley, y no existan establecimientos cercanos que impartan el mismo nivel educativo, ordenados en mejor categoría y que cuenten con vacantes. En el caso de la reestructuración a que se refiere el inciso anterior, el administrador provisional se hará cargo de las obligaciones legales hasta la entrega del establecimiento educacional a la municipalidad o corporación respectiva, o a la entidad creada por ley que corresponda, la que deberá materializarse dentro del plazo de tres años, contado desde la fecha de su nombramiento”.

se hará cargo de las obligaciones legales hasta la entrega del establecimiento educacional a la municipalidad o corporación respectiva, o a la entidad creada por ley que corresponda, la que deberá materializarse dentro del plazo de tres años, contado desde la fecha de su nombramiento”.

### 5.1. Administrador de cierre

La historia de la ley refuerza lo señalado respecto a la naturaleza de administrador de cierre de este interventor. La otrora ministra de Educación, Mónica Jiménez, señaló en la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados lo siguiente: “Si un establecimiento educacional es objeto de sanciones graves que ameriten la pérdida del reconocimiento oficial, o si por razones sobrevinientes no puede seguir funcionando regularmente [...]: Si el establecimiento es particular subvencionado: El administrador deberá tomar todas las medidas para dar adecuado cierre al establecimiento [...]. Si el establecimiento es municipal: El administrador provisional se hará cargo de proceder al cierre del establecimiento [...] si existen establecimientos gratuitos de mejor desempeño en la comuna o comunas cercanas. Si no existen establecimientos gratuitos de mejor desempeño en la comuna o comunas cercanas, procederá a la reestructuración del establecimiento. Tendrá un plazo máximo de 2 años, luego del cual devolverá el establecimiento a su sostenedor, sea este un municipio o institución creada por ley”<sup>61</sup>.

En virtud de lo recién analizado, cuesta comprender la denominación de “*provisional*” que la Ley N°20.529 otorga a este administrador, pues, y como se analizó, en la mayoría de los casos, opera como un interventor de cierre, y solo en la hipótesis del artículo 94, como administrador provisional.

Otro antecedente lo encontramos en la historia de la Ley N°20.184, como ya se señaló, antecedente directo del administrador de la Ley N°20.529. En la página 59, el H. senador Juan Antonio Coloma hace una reflexión en donde queda de manifiesto que este administrador, el de la Ley N°20.184, que también se denominó “provisional” fue, sin duda, un administrador de cierre. En esa oportunidad, señaló lo siguiente:

61 Historia de la Ley N°20.529. Boletín N°5083-04. Biblioteca del Congreso Nacional. Anexo al Certificado de la Comisión de Educación, Deportes y Recreación, relativo al proyecto de Ley sobre el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y media y su Fiscalización, pp. 840-1.834.

Si, por ejemplo, la subvención es 100; las deudas, 300, y lo necesario para mantener funcionando el establecimiento, 100, seguirán –lo dijo un señor senador que me antecedió– los embargos, van a continuar las cotizaciones impagas, etcétera. Por eso, no sé si aquí procede buscar una fórmula al estilo de lo que sucede en ciertas empresas con la continuidad de giro –como me “sopló” el senador señor Orpis–, en el sentido de dar al administrador una facultad adicional o generar alguna figura que le permita conseguir el funcionamiento normal del establecimiento. Porque, más allá de la intención que anima a este proyecto, al final se puede generar un problema mucho más grave, pues se nombrará al administrador provisional, la gente pensará que eso es la solución, pero se seguirán cobrando las deudas previsionales y otras, sin que haya posibilidad alguna de pagarlas (...) <sup>62</sup>.

## 5.2. Concepto de administración provisoria

Un tercer argumento, y que, junto con el texto expreso de ley y su historia, refuerzan lo ya expresado, es el concepto mismo de administración provisional o provisoria. En la jurisprudencia del TC, Rol N°2731-14, considerando 172, se hace referencia a la cualidad “*provisoria*” del administrador de educación superior (Ley N°20.800), y el TC indica lo siguiente:

*[...] aunque parezca evidente, puesto que debe ser la palabra más mencionada en este proyecto de ley, cabe consignar que la dimensión provisoria admite por corolario que la administración titular permanece [...] Primero, la administración titular solo se “suspende” <sup>63</sup>.*

Y como acabamos de estudiar, en general, el establecimiento debe cerrarse, existiendo en una sola hipótesis, *la devolución del establecimiento al sostenedor*. Pero la conclusión más demoledora que resulta del análisis de la historia de la ley y de la actual norma, es que nunca y en ningún caso, el administrador provisional de un establecimiento particular subvencionado será efectivamente provisional <sup>64</sup>.

<sup>62</sup> *Historia de la Ley N°20.184*, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 59.

<sup>63</sup> Artículo 17 de la actual Ley N°20.800.

<sup>64</sup> Por el ejemplo, si la autoridad hubiese cedido a la presión nombrando un administrador provisional en el caso del colegio San Nicolás, el objetivo de su comunidad de continuar su proyecto educativo, nunca se hubiese podido concretar.

### 5.3. El administrador provisional de la ley SAC no admite prórroga, y su símil de educación superior, si otorga esa posibilidad

Finalmente, un cuarto y último argumento en este sentido, es el propio inciso segundo del artículo 87 de la ley SAC, que señala que el administrador provisional durará en su cargo solo hasta el término del año escolar en curso (salvo lo establecido en el inciso segundo del artículo 94). Y, por su parte, el artículo 12 de la Ley N°20.800 expresa con claridad: “El administrador provisional durará en su cargo un año, plazo prorrogable por una sola vez hasta por igual período, cuando ello sea necesario”. Podemos ver cómo entonces, por una parte, al admitir prórroga el interventor en educación superior, refuerza la diferencia entre un administrador provisional y uno de cierre. De esta forma, al ser susceptible de prórroga, se produce el efecto de administración provisional propiamente tal, ese que solicitaba en su oportunidad, el H. senador Coloma para el “hermano menor” del administrador de la ley SAC<sup>65</sup>, al señalar: “Por eso, no sé si aquí procede buscar una fórmula al estilo de lo que sucede en ciertas empresas con la continuidad de giro (...)”<sup>66</sup>.

## III. CONCLUSIONES

En el presente trabajo, se esbozó la siguiente tesis: la deficiente técnica legislativa que aplicó el legislador en la configuración del administrador provisional de la ley SAC, redundará (y redundará) necesariamente en la pérdida de su eficacia normativa. Y para justificar los argumentos desarrollados, se trabajó de forma teórica y también empírica. Bajo la primera fórmula, se revisaron normas específicas de la ley SAC, otras que fueron sus antecedentes más directos y la ley de administrador provisional o de cierre en educación superior, recurriendo a argumentos de ley, y a su historia legislativa. Y bajo la segunda pauta, se expuso la experiencia de un caso real y muy actual, utilizándose como ejemplo para cotejar muchas de las afirmaciones y razonamientos que se iban desplegando.

Dicho esto, y a estas alturas del trabajo, es posible señalar con razonable certeza, que existen muy buenos argumentos jurídicos y fácticos, y en un número considerable, como para sostener académicamente la tesis que se

65 Ley N°20.184.

66 *Historia de la Ley N°20.184*, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 59.

desarrolló en este artículo. Los principales fundamentos esgrimidos pueden resumirse en los siguientes:

- a) El administrador del SAC pierde su sentido de existencia normativa, si constatamos lo poco eficaz que puede resultar su intervención ante un establecimiento escolar en crisis económica y de cierre inminente. Lo anterior debido a que, en general, recibirá los mismos recursos que su antecesor.
- b) Es claro que los esfuerzos del ejecutivo por perfeccionar esta figura, resultaron ser muy poco certeros en dotar de nuevos recursos económicos al administrador provisional, fallando nuevamente en la técnica legislativa.
- c) Se explicó cómo ante una situación de ocurrencia frecuente, como lo es un cierre intempestivo de un local escolar, la normativa de la ley SAC no contempla ninguna solución para que el interventor o la autoridad administrativa del servicio en cuestión, puede requerir directamente el auxilio de la fuerza pública para acceder a un establecimiento cerrado.
- d) Se expuso que, no obstante el carácter excepcional de esta intervención administrativa, el legislador no estableció norma alguna que se hiciera cargo de la crisis institucional del establecimiento administrado provisionalmente, debiendo por tanto el interventor enfrentar la actividad fiscalizadora, en igualdad de condiciones que otros establecimientos educativos en condiciones de normalidad.
- e) Se constató fundadamente que el administrador provisional, en general, no actúa como tal, sino en un caso –hipótesis del artículo 94 de la ley SAC– operando en todas las demás situaciones, como un verdadero administrador de cierre. Esta situación no comprendida por las comunidades educativas (esencialmente porque el diseño normativo no es lo suficientemente claro), produce indirectamente una afectación en la eficacia de la norma.

## BIBLIOGRAFÍA

- Almonacid, C., en Bellei, C., Contreras, D., Valenzuela, J., *La agenda pendiente en educación Profesores, administradores y recursos: propuestas para la nueva arquitectura de la educación chilena*, Santiago, Editorial Ocho Libros, 2008.
- Ferrada, Juan Carlos, Quezada, Flavio, *Transferencia de inmuebles educacionales por el solo ministerio de la ley y autonomía local*, 2017, pp. 2-23 [en prensa].

## Normativa citada

Decreto con Fuerza de Ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación.

Decreto con Fuerza de Ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos.

Decreto N°538, del 2013, del Ministerio de Educación, que Aprueba Reglamento que Establece los Requisitos que Deben Cumplir las Personas para el Ingreso y Permanencia en el Registro Público de Administradores Provisionales de la Superintendencia de Educación y demás Materias que Indica.

Decreto Supremo N°8.143, de 1980, del Ministerio de Educación Pública, que Reglamentaba Los Requisitos de Adquisición y Pérdida del Reconocimiento de Cooperador de la Función Educacional del Estado a Establecimiento de Educación Particular.

Ley N°18.961, del Ministerio de Defensa Nacional, Ley Orgánica Constitucional de Carabineros.

Ley N°19.609, del Ministerio del interior, de 02 de junio de 1999, que *“Permite efectuar anticipos del fondo común municipal, en los casos que indica”*.

Ley N°20.184, de Ministerio de Educación. Faculta la Designación de Administrador Provisional en Establecimientos Educativos Subvencionados en casos que indica.

Ley N°20.370, del Ministerio de Educación, establece la Ley General de Educación.

Ley N°20.529, del Ministerio de Educación. Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización.

Ley N°20.800, del Ministerio de Educación, que Crea el Administrador Provisional y Administrador de Cierre de Instituciones de Educación Superior y Establece Regulaciones en Materia de Administración Provisional de Sostenedores Educativos.

Ley N°20.845, del Ministerio de Educación. De Inclusión Escolar, que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educativos que reciben aportes del Estado”.

## Jurisprudencia citada

Dictamen N°31.380, del 2000, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°27.348, del 2002, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°21.529, del 2005, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°32.380, del 2008, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°37.723, del 2009, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°10.351, del 2016, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°10.213, del 2017, de la Contraloría General de la República.

SCA Rol N°17.538, del 2016.

SCA Punta Arenas, Rol N°911, del 2015.

SCS Rol N°21.173, del 2015.

STC Rol N°2731, del 2014.

### **Materiales consultados**

Burgos J., Duarte G., Errázuriz M., Muñoz A., Olivares C., Ortiz J., Paredes I., Silber G., y Walter P. 07 de septiembre, 2006. Cuenta en Sesión N° 73, legislatura 354. Cámara de Diputados. Boletín N° 4503-04.

Radio Biobío [en línea]: “*Profesores se toman colegio para revertir su cierre: 300 niños quedarían sin estudiar*”. [Consulta: 15 de octubre del 2016]. Disponible en: <http://www.biobiochile.cl/noticias/2016/02/17/profesores-se-toman-colegio-para-revertir-su-cierre-300-ninos-quedarian-sin-estudiar.shtml>

Diario *La Nación* [en línea]: “comunidad escolar del colegio san Nicolás organizó “simbólico” ingreso a clases”. [Consulta: 10 de septiembre del 2016]. Disponible en: <http://www.lanacion.cl/noticias/pais/educacion/comunidad-escolar-del-colegio-san-nicolas-organizo-simbolico-ingreso-a/2016-03-03/131421.html>

Cámara de Diputados [en línea]: Oficio N°0409, del 22 de abril del 2016, del Superintendente de Educación al Jefe de Gabinete de la Subsecretaría de Educación. [Consulta: 15 de octubre del 2016]. Disponible en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=OFICIOFISCALIZACIONRESPUESTA&prmID=77184&prmNUMERO=574&prmRTE=13695>

Poder Judicial de Chile [en línea]: “Téngase presente”. [Consulta: 10 de septiembre del 2016]. Disponible en: [http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=2&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Corte=90&CRR\\_IdEscrito=6827439&CRR\\_IdDocEscrito=2987442](http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=2&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdEscrito=6827439&CRR_IdDocEscrito=2987442)





## REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

### NORMAS DE PUBLICACIÓN

#### **1. En referencia a arbitraje y evaluación de artículos:**

**1.1.** La evaluación de artículos recibidos en *Revista de Derecho* Universidad Finis Terrae consiste en el envío en forma anónima a un árbitro, quien puede aprobar su publicación, desestimarla o solicitar modificaciones. Si el resultado de su evaluación es negativo, el artículo será sometido a la evaluación de otro árbitro. Si ambos coinciden en rechazar el artículo, este no será publicado. No obstante, si el segundo árbitro considera que el artículo puede ser aceptado, se pedirá la colaboración de un tercer árbitro, que dirimirá la publicación final del artículo.

**1.2.** El Comité Editorial puede solicitar artículos a investigadores de reconocido prestigio, los cuales estarán exentos de arbitraje.

**1.3.** El tiempo de evaluación de los artículos recibidos no sobrepasará los cuatro meses.

**1.4.** La decisión final sobre la publicación del artículo será informada al autor vía correo electrónico, especificando las razones en caso de que sea rechazado.

**1.5.** Los artículos aprobados serán publicados en el número inmediatamente siguiente después de su aprobación.

**1.6.** Los autores al enviar sus artículos dan cuenta de la aceptación de entrega de los derechos para la publicación de los trabajos.

**1.7.** Las opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Universidad Finis Terrae.

#### **2. En referencia a la presentación de los artículos y reseñas:**

**2.1.** Los artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas deben ser inéditos.

**2.2.** Los artículos deben incluir título, resumen y tres a cinco palabras clave, en español e inglés, y biografía mínima del autor que contenga sus grados académicos, su actual filiación académica o institucional, sus últimas publicaciones y su correo electrónico.

**2.3.** La extensión de los artículos no debe sobrepasar las veinticinco páginas formato Word, incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1½, fuente Arial o Times New Roman 12. Las reseñas no deben sobrepasar las cuatro páginas formato Word incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1 ½ espacio, fuente Arial o Times New Roman 12.

### **3. En referencia al envío y recepción de los artículos y reseñas:**

**3.1.** Los artículos deben enviarse vía correo electrónico, en formato Word, a la dirección de la revista (enavarro@uft.cl) y el asunto debe ser “Presenta artículo Revista de Derecho UFT”.

**3.2.** El envío de artículos implica la aceptación de nuestras normas editoriales.

### **4. En referencia al sistema de citas:**

**4.1. Sobre la bibliografía citada.** Todas las referencias a libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos deberán efectuarse en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Bibliografía citada” se incluirá un listado de todas las obras citadas, ordenadas alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la referencia a los artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

En todas las referencias, se indicarán el apellido y nombre del autor, seguido de un paréntesis que contenga el año de publicación. Posteriormente se escribirá el título de la obra en cursiva.

Finalmente, debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.

Ejemplos de referencia:

-de libro: Cruz-Coke, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición.

-de traducciones: Le Tourneau, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis, tercera edición.

-de capítulo de libro: Colombo, Juan (2001). “La Judicatura: Bases Constitucionales del Derecho Procesal”. En Navarro, Enrique (edit.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur Ltda., pp. 535-566.

-de artículo de revista: Silva Cimma, Enrique (2007). “Notas sobre autonomía financiera de la Contraloría General de la República”. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año XI, N° 11, pp. 49-50.

-de periódico: Uzal, Manuel (2012). “Mi posición sobre el aborto”. Diario *El Mercurio*, 19 de marzo.

- de fuente manuscrita: Archivo Nacional-Fondo Varios (1889). Carta de Domingo Santa María a Pedro Pablo Figueroa, 31 de enero.

-de documentos en formato electrónico: Bermúdez, Jorge (2005). “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=arttext&pid=2>>

**4.2. Sobre las normas citadas.** Se deberán efectuar en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Normas citadas”, se incluirá un listado de todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas en el trabajo. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo: Ley N° 19.880, del 29 de mayo del 2003, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

**4.3. Sobre la jurisprudencia citada.** Las referencias a las sentencias se harán al pie de página, y harán indicación de las partes en cursiva, al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación.

Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente y, si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. En su defecto, se deberá señalar a lo menos el tribunal que la haya dictado o su sigla, el rol y la fecha.

Asimismo, se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales bajo el título de “Jurisprudencia citada”.

Ejemplo:

-*Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp.65-73.

-ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.

## **5. En referencia a resúmenes y palabras clave:**

**5.1.** El resumen debe contener la información básica del documento original y, dentro de lo posible, conservar la estructura del mismo. No debe sobrepasar las quince líneas. El contenido del resumen es más significativo que su extensión.

**5.2.** El resumen debe empezar con una frase que represente la idea o tema principal del artículo, a no ser que ya quede expresada en el título. Debe indicar la forma en que el autor trata el tema o la naturaleza del trabajo descrito con términos tales como estudio teórico, análisis de un caso, informe sobre el estado de la cuestión, etcétera.

**5.3.** Debe redactarse en frases completas, utilizando las palabras de transición que sean necesarias para que el texto resultante sea coherente. Siempre que sea posible deben emplearse verbos en voz activa, ya que esto contribuye a una redacción clara, breve y precisa.

**5.4.** Las palabras clave deben ser conceptos significativos tomados del texto que ayuden en la indexación del artículo y a la recuperación automatizada. Debe evitarse el uso de términos poco frecuentes, acrónimos y siglas.



