

Chile y el Derecho de Acceso a la Información. Notas sobre problemas prácticos y gestión del conocimiento.¹

Carlos Reusser Monsálvez

Master en Informática y Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Especialista en Derechos Humanos por la misma Universidad. Diplomado en Derecho Informático por la Universidad de Chile y Experto en Gestión del Conocimiento por la Universidad Carlos III de Madrid. Coordinador Académico del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

La reforma constitucional de 2005

El artículo 8° de la Constitución Política de la República de Chile tiene una larga y tenebrosa vida en la cual ha sufrido sucesivas modificaciones que van desde la vigencia con mano de hierro, pasando por ciertas derogaciones y finalmente, instalándose nuevos textos.

Nació como una disposición que proscibía líneas de pensamiento y “doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases”; esto es, las perseguidas “ideologías foráneas” como las denominaba el tristemente célebre dictador de la época.²

¹ Texto de la ponencia presentada en el Seminario Internacional “El Derecho de Acceso a la Información Pública” realizado en la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, los días 27 y 28 de junio de 2007.

² El antiguo artículo 8° de la Constitución Política de Chile de 1980 rezaba: Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas precedentemente no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación ni ejercer ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones;

Carlos Reusser Monsálvez

*Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación,
siempre y cuando se reconozca y cite al autor original.*

¿Cómo se verificaba que una persona ajustaba su pensamiento al mandato constitucional?. Como ustedes comprenderán, ese nunca ha sido un obstáculo para las dictaduras, dado que el uso del tormento lo llevan impreso en su definición.

En la actualidad, este artículo 8° ha elevado a rango constitucional el deber de probidad y la publicidad de los actos y resoluciones estatales, además de los fundamentos de los mismos y el procedimiento utilizado, siendo su texto el que sigue:

Artículo 8°.- 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. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, 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.

No crean ustedes que esta nueva disposición ha significado un avance sustancial en el catálogo de derechos de las personas, pues esta norma fue incorporada bajo el epígrafe dedicado a las “Bases de la Institucionalidad”, destinada más bien a la Administración, y no en el de “Derechos y Deberes Constitucionales”, que concentra las disposiciones que gozan de amparo inmediato a través de recursos judiciales directos.

Dejando lo anterior claramente establecido quiero señalar que la perspectiva o dimensión con que abordaré el tema será eminentemente práctica, desde la óptica de un Centro universitario chileno focalizado en Derecho y Tecnologías que ha desarrollado una línea de trabajo en gestión del conocimiento jurídico, recibiendo frecuentes consultas sobre estas temáticas por órganos y servicios públicos.

Y de todas las dimensiones que puede abarcar este tema sólo focalizaré tres aspectos: la forma en que se aborda en Chile el derecho de acceso a la información pública, la relación

ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Si las personas referidas anteriormente estuvieren a la fecha de la declaración del Tribunal, en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además, de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto.

La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará al doble en caso de reincidencia.

Carlos Reusser Monsálvez

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación, siempre y cuando se reconozca y cite al autor original.

directa que tiene con la gestión del conocimiento y la forma en que esto se coordina (o no) con los principios de acceso al derecho a la información.

Problemáticas comunes

Desde el año de publicación de la reforma comenzaron a acercarse a la Universidad un conjunto de organismos públicos que nos plantean lo que ellos entienden que es su problema: los ciudadanos hacen preguntas y entienden que ahora existe la obligación de contestarles. El solo hecho de contestarles en realidad no es el quid del asunto, porque en principio siempre existe la mejor de las disposiciones de absolver las consultas del público, sino que el problema radica en que para realizar esta función requieren contratar un *pool* de profesionales permanentes que desde su perspectiva son improductivos y caros, dado que es personal calificado que deben sustraer de las tareas de avance del día a día y que debe tener presente que argüir que la entrega de tal o cual antecedente afecta el normal funcionamiento del servicio no es justificable.

En conclusión, el dilema tiene para ellos un significativo aspecto económico, que cobre mayor gravitación si a lo anteriormente señalado se suma que mucha de la información solicitada está archivada en lugares de difícil e intrincado acceso, cuando no perdido. Incluso un jefe de servicio público nos comentó que, para ahorrar espacio, su antecesor había ordenado la destrucción de todos los documentos que tuvieran una antigüedad mayor a 10 años porque a su entender, transcurrido el plazo de la prescripción extraordinaria, estaban exonerados de responsabilidad por los abusos, errores u omisiones que pudieren haberse cometido, perdiendo sentido la conservación de la información.

Otro punto en común era que en muchos organismos, aun disponiendo de archivos completos, cuestionaban la procedencia de contestar consultas sobre hechos a su parecer remotos. “¿Por qué tendría yo que encargar a un funcionario que investigue cuantas concesiones telegráficas se otorgaron en 1940?”, fue el tenor de varias preguntas, y el fondo de las mismas es el ya señalado: las reparticiones públicas tienen un presupuesto determinado y la gestión de la información históricamente no ha sido un tema prioritario.

La gestión del conocimiento en la administración pública, base de la administración electrónica

Por razones obvias, lo que se refiere a restricciones o distribución presupuestaria de los organismos del Estado es para nosotros incontestable, salvo que fuéramos un instituto de economía especializado, que no es el caso.

Carlos Reusser Monsálvez

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación, siempre y cuando se reconozca y cite al autor original.

Entonces, y dejado ese aspecto fuera de nuestro análisis, atendido el tenor vinculante de la reforma constitucional que ya estaba vigente, los agentes de la administración pública no buscan que les respondan los porqués de las normas que en cualquier caso están obligados a acatar, si no que les señalen u orienten sobre el cómo hacerlo.

Y al respecto invariablemente les sugerimos que la mayor parte de los requerimientos que hacían se podían solventar a través de metodologías y herramientas de gestión del conocimiento para la construcción de sistemas inteligentes de información para los ciudadanos.

En realidad la respuesta es bastante más compleja de lo que parece y no es traducible a “base de datos disponible en Internet”, como entendieron algunos, aun cuando pudiera ser uno de los componentes principales de la solución.

Me explico: muchas de las cuestiones planteadas efectivamente requieren del levantamiento de información y la construcción de bases de datos, las cuales deberán estar disponibles por el medio que más fácilmente sea accesible para las personas, y será Internet en las zonas geográficas o demográficas en que los índices de acceso a esta red sean altos, pero deberán contemplarse otras formas o métodos de consulta en los lugares y localidades en que existan limitaciones al acceso.

¿Por qué la solución no es sólo una base de datos inteligente y con pretensiones de universalidad? Porque la probidad, por una parte, y el acceso a la información pública, por otra, no se garantizan con sistemas de información, siendo la base de datos sólo un resultado parcial consecuencia del desarrollo de un conjunto de procesos que redefinen muchos de los aspectos y formas de hacer de las instituciones que opten por construirlas, pues el establecerlas requiere el conocimiento de, entre otras cosas, como *sinceramente* funciona la organización del conocimiento en cada institución (el quién sabe cómo se hacen las cosas), cómo se realiza la gestión de registros y documentos, qué factores inciden al tomar una decisión, cuál de los 200 funcionarios de un área es reconocido por los demás como un especialista en determinado tema, cuánto tiempo demora en ser contestado un requerimiento, y un largo etcétera; en otras palabras, estamos hablando de un proceso global en los que recopilaremos *datos*, los cuales sistematizados nos proporcionarán *información*, y a través del análisis que posibilitará la infraestructura tecnológica, tanto el organismo como sus usuarios llegarán a la generación de *conocimiento*, activo fundamental del sistema de administración pública.

Y todo lo anterior nos terminará por revelar el hecho fundamental de en el siglo XXI no hay acceso a la información pública eficiente que no vaya ligada necesariamente a la gestión del conocimiento, cuestión que tiene su base en el hecho de que el derecho de

acceso a la información pública no está aislado, sino que es uno de los pilares esenciales del gobierno electrónico:

1. Acceso a los contenidos y/o información del sector público,
2. Participación ciudadana para una democracia electrónica, y
3. Prestación de servicios públicos electrónicos.

Y la integración y funcionamiento efectivo de estos tres supuestos sólo son posibles de realizar con eficacia a través de infraestructuras de información y comunicación.

Pero el establecimiento de estas infraestructuras inteligentes, ¿son realmente una panacea para el derecho del acceso a la información pública?

Para serlo deberían aprobar un análisis o “test de blancura” basado en una serie de preguntas muy simples en que hay que contrastar los alcances de los sistemas de información ciudadana con los principios del acceso a la información pública.

La infraestructura tecnológica y los principios

Si analizamos una plataforma tecnológica de servicios de información pública para la ciudadanía, lo primero que debemos examinar es si los sistemas de información son o no de acceso universal. O dicho de otra forma, si la implementación de sistemas de esta naturaleza restringen el acceso en atención a las características del solicitante, ya que en realidad, y de acuerdo a nuestra experiencia, no existen razones atendibles para que en el diseño lógico del sistema realice discriminaciones de este tipo ni menos aún para que inquiera sobre los motivos o razones de la consulta como condición *sine qua non* para tener acceso a la información.

Si predicamos la universalidad en el acceso, la verdad es que no vemos obstáculos a extender ese razonamiento a la contraparte, constituido por todos los requeridos de información, quienes como paso necesario para la construcción del gobierno electrónico necesitan levantar sistemas de gestión del conocimiento. ¿Deben hacerlo? Si, categóricamente, porque no sólo permite hacer efectivo el derecho (expedito) de acceso a la información, sino que en última instancia es una herramienta para conocer y medir sus alcances e impactos en el desarrollo general del país.

¿Serán sistemas de consulta sencilla, rápida y gratuita?. No existe otra posibilidad, pues los criterios rectores, la *accesibilidad* y la *usabilidad* que ya todos han oído desde hace algunos

años, se han impuesto e incluso, de acuerdo a las directrices europeas³, son exigibles como criterio de calidad, lo que para nosotros significa que con el diseño instruccional adecuado, esto es, con una ilación lógica y estructurada de lo que se quiere mostrar en combinación con el conocimiento de la forma en que las personas buscan información, no hay obstáculos para el uso masivo de plataformas fáciles de operar, con gran velocidad de respuesta y, por supuesto, gratuitas para el usuario. Si le pidiéramos a la generalidad de los ciudadanos un elevado nivel de pericia en el manejo de sistemas de información, o el pago de un arancel por el acceso, estableceríamos barreras odiosas no sostenibles jurídicamente, pues equivaldría a elevar como principio general el que la información pública sólo está disponible para personas con calificaciones especiales o que puedan pagarla.

Ahora bien, esta accesibilidad y usabilidad, no significa abandonar al solicitante a su suerte, no sólo porque las plataformas no son perfectas, sino también porque las palabras no tienen significados unívocos, ni la población tiene un nivel de comprensión o capacidades físicas uniformes., lo que nos conduce a que estas herramientas automatizados deben tener forzosamente sistemas de apoyo al usuario (idea también vinculada a la calidad de los servicios públicos), que en la práctica se traduce en mesas de ayuda con personal especializado.

Hay otro aspecto muy relevante para el derecho de acceso a la información, que es el determinar si toda la información de interés público debe estar contenida en una plataforma tecnológica y, por ende, ello implique que sea consultable. En Chile, la evolución del tema y la práctica han llevado aparejados algunos problemas, pues frente al inicial entusiasmo (“hay que publicarlo todo”), tímidamente se empiezan a esbozar algunas restricciones (“No incluyas las sanciones administrativas a funcionarios”) y luego otras más (“no incluyas la nómina de trabajadores y sus salarios”), hasta terminar con una verdadera lluvia de excepciones que se apartan de criterios de razonabilidad, tales como “no publiques la información que dan de sí las empresas que participan en las licitaciones”, “no publiques resoluciones contrarias a las políticas que ahora estamos adoptando”, y un largo etcétera.

El asunto es particularmente grave si consideramos que en Chile, como en la abrumadora mayoría de los países latinoamericanos, no existe autoridad de protección de datos personales, por lo que en principio y en nombre de la probidad y de la transparencia, pueden hacerse extremos perfectamente legales conforme a la normativa interna. De hecho, el Servicio de Registro Electoral en Chile vende los datos de los ciudadanos a la banca privada, para que estos extiendan u ofrezcan créditos no solicitados.

Lo anterior es una cuestión política y jurídica que requiere de una urgente y previa solución, pues una plataforma tecnológica de las características que reseñamos que se

³ A manera de ejemplo, la comunicación del Consejo de la Unión Europea de 25 de marzo de 2002 “eEurope 2002: accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido”.

ajuste a la legalidad vigente, dejaría en la más absoluta de las desprotecciones a todos sus ciudadanos, quienes verían gravemente conculcados sus derechos y libertades con la misma herramienta que teóricamente haría efectivo el derecho a la información. La solución, claro está, pasa por el respeto a los principios generales de la protección de datos personales.

Pero hay más. Si nos preguntamos sobre si estas plataformas tienen la capacidad de negar el acceso a determinada información justificando las razones, la respuesta es claramente afirmativa. Todos los días nos encontramos en Internet con negativas automatizadas, e incluso fundamentadas, de acceso a información, lo que nos lleva a concluir *prima facie* que su implementación es sencilla, pero claramente ese no es el problema real.

El problema real radica en cómo puede el ciudadano o usuario apelar de estas decisiones automatizadas.

Y aquí volvemos a encontrar problemas jurídicos relevantes que la sola plataforma no puede resolver: en Chile no existen tribunales contenciosos administrativos⁴, por lo que salvo recursos administrativos ante el propio jefe del servicio a cuyo cargo está el sistema cuya “decisión” se impugna, habrá que demandar judicialmente al Estado, por lo que los solicitantes que tengan la intención de prevalerse de su derecho deberán consumir recursos económicos y tiempo para afrontar procesos de esta naturaleza, aun cuando su eventual triunfo judicial no beneficiará a los que le sigan, por el efecto relativo de las sentencias⁵.

Hay otro elemento importante para el desarrollo de la plataforma electrónica de información, una cuestión simple de naturaleza práctica que se suele señalar como prerequisite: que los organismos del Estado pongan a disposición del público un registro con todos los documentos que posean y/o emitan. La lógica que está detrás es simple, pues se basa en que de esta forma es posible rastrear la totalidad de los documentos para su consulta. Honestamente, esa lógica es demasiado simple, pecando de deficiente: si lo que la Constitución manda es que además de los documentos y resoluciones se informe sobre los procedimientos utilizados, ello requiere necesariamente procesos previos de transparencia de la gestión del conocimiento institucional en que no nos basta que se nos señale que el documento tal o cual fue resuelto, por ejemplo, por el Director zonal de una repartición pública y que se nos informe de la decisión. Tal antecedente, globalmente considerado, es poco útil, ya sea porque sabemos que legalmente el Director “x” tiene la atribución legal de hacerlo, o porque estamos viendo en el documento algún signo identificativo del que lo suscribe. Lo que nos interesa es el proceso de decisión, porque la transparencia no está en el

⁴ Existe una excepción que es el sistema automatizado de compras del Estado, Chile-Compra, el cual ha establecido una especie de tribunal independiente para la resolución de conflictos entre el Estado y sus proveedores de productos y servicios.

⁵ Como dato de contexto, debe tenerse presente que en el sistema democrático chileno tampoco existe la institución del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, aunque felizmente la mayoría de los países de América Latina sí los tienen.

resultado final, en el documento signado con un número de registro, sino en la ruta que hay que seguir para llegar a ese resultado.

Poco más tengo que agregar, salvo la necesidad de dar cumplimiento a un principio general: el funcionamiento y correcta operación de los sistemas de gestión de la información para la ciudadanía requieren ser validados por órganos independientes. Faltaría vergonzosamente a los principios del acceso a la información pública si se validara a sí mismo.

Conclusión

Lo medular que me gustaría fijar en vuestra memoria sobre la interacción entre las problemáticas de la administración pública y el derecho de acceso a la información pública, es que a mi entender en las discusiones sobre los alcances y mecanismos para hacer efectivo este último se ha omitido sistemáticamente un elemento sin el cual la efectividad de este derecho es utópico.

Me refiero, desde luego, a la gestión del conocimiento, ya que a estas alturas no es sano ni serio propugnar o revitalizar la idea del derecho de acceso a la información pública sin pensar o imaginar las formas de hacerlo efectivo.

La idea, entre romántica y decimonónica, de que un acucioso funcionario del Estado realizará investigaciones personalizadas para poder dar respuesta a los requerimientos de un ciudadano, no se condice con la realidad social, política y tecnológica y no es sostenible a mediano plazo.

Sumado a lo anterior, les invito a refocalizar las perspectivas para situar el derecho de acceso a la información pública dentro del contexto más amplio como son los esfuerzos transversales de todos los países de alcanzar una administración electrónica basada en el intercambio de flujos de datos, estructuración de información y estudio de la misma para alcanzar el conocimiento con el apoyo de sistemas automatizados.

Y si entendemos que ese es el norte de la Administración y pensamos en la forma en que llegarán a su destino, nos daremos cuenta que es un proceso que tiene mucho de tecnológico y que es plenamente convergente con el derecho de acceso a la información pública.

La convergencia, el sino de la Sociedad de la Información.

Muchas gracias.

Carlos Reusser Monsálvez

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación, siempre y cuando se reconozca y cite al autor original.