

El principio de publicidad después de la reforma constitucional de 2005

1. Principio de publicidad vs. Arcana Imperii

Desde la filosofía clásica, aparece ya la distinción entre la publicidad de los actos de gobierno y los denominados arcana imperii, según la afortunada expresión de Tácito¹. Correspondió a Platón el triste honor de iniciar la defensa de los secretos del poder, y de la necesidad de las “mentiras nobles”: “La verdad merece que se la estime por sobre todas las cosas [...] Pero la mentira es algo que, aunque de nada sirve a los dioses, puede ser útil para los hombres a manera de medicamento, está claro que una semejante droga debe quedar reservada a los médicos sin que los particulares puedan tocarla [...] Si hay pues alguien a quien sea lícito faltar a la verdad, serán los gobernantes de la ciudad, que podrán mentir respecto a sus enemigos o conciudadanos en beneficio de la comunidad sin que ninguna otra persona esté autorizada para hacerlo. Y si un particular engaña a los gobernantes lo consideraremos una falta [...] de modo que si el gobernante sorprende mintiendo en la ciudad a algún otro [...] se le castigará por introducir una práctica tan perniciosa y subversiva en la ciudad”².

¹ Cf. Tácito: *Anales*. Ed. Gredos, Madrid, 2001, trad. José Luis Moraleja, Libro II, Sec. 36. Tácito: “Historias”, en *Las Historias. Costumbres de los germanos*. Ed. Albatros, Buenos Aires, 1944, trad. Carlos Coloma, Libro I, Sec. 4, p. 10. Los traductores vierten “secretos del poder” o “secretos del Imperio”. Fueron denominados libertatis umbra por Plinio en su *Historia natural*. En la época pre-moderna, constituían la versión laica de los arcana ecclesiae en el ámbito religioso. Cf. Rodríguez Zepeda, Jesús: *Estado y transparencia: Un paseo por la filosofía política*. Ob. cit., pp. 14-15.

² Platón: *La República*. Ed. Alianza, Madrid, 2001, trad. José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, 389 b-e. También: “¿No es una falsedad de las más enormes y de las más graves la de Hesíodo relativa a los actos que refiere de Urano, a la venganza que provocaron en Cronos, a las hazañas de éste y los malos tratamientos que recibió éste de su hijo? Aun cuando todo esto fuera cierto, no son cosas que deban contarse a los niños desprovistos de razón; es preciso condenarlos al silencio; o si se ha de hablar de ellas, sólo debe hacerse en secreto delante de un corto número de oyentes, con prohibición expresa de revelar nada, y después de haberles hecho inmolar, no un puerco, sino una víctima preciosa y rara a fin de limitar el número de los iniciados”. Platón: *La República*. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992, traducción de Patricio Azcárate, 378a - 378b. Agradezco las citas precisas sobre las “nobles mentiras” en Platón al profesor Luis R. Oro Tapia.

Platón se inscribía así en una tradición que Popper ha denominado “sociedad cerrada”.³ Aristóteles “llamó *sophismata* a estas claves, exclusivas y excluyentes, que hacen posible el ejercicio del poder político”,⁴ y las asoció con sofismas constitucionales.

Carl Schmitt advierte sobre la distinción entre *arcana dominationis* y *arcana imperii*; sin embargo, de inmediato agrega “que entre las dos clases de *arcana* no hay una diferencia grande, porque el Estado no puede permanecer incólume sin que permanezca incólume el príncipe o el partido dominante”.⁵ Tampoco resulta excluido del principio de publicidad en el contexto del Estado de Derecho democrático, la referencia clásica que Schmitt recoge del *arcanum* político que, en su extremo, adopta la forma de “secretos de Estado”, aproximándose a los *arcana imperii*, y que Schmitt asimila a una especie de *arcanum* técnico, como el secreto industrial y el secreto comercial,⁶ pues lo mismo que los *arcana imperii* introducen una práctica oculta en el ejercicio del poder, inaceptable en principio en los regímenes democráticos.

Norberto Bobbio ha distinguido dos aspectos en los *arcana imperii*: El primero, referido al ocultamiento de los detentadores reales del poder, configurando el tema clásico del secreto de Estado y, el segundo, al ocultamiento de los actos en el ejercicio del poder, configurando el tema de la mentira lícita y útil.⁷

Durante la Baja Edad Media, los *arcana imperii* y los *arcana ecclesiae* confluyeron en el ejercicio del poder. Las dos espadas caían sobre los pueblos medievales. El desarrollo del Estado moderno separó ambos *arcana imperii*. Maquiavelo difundió la tesis de la autonomía de la política y del Estado que, como reacción, generó la denominada doctrina de la “razón de Estado”, que participaba de una idea organicista del Estado, en que éste es superior a las personas que lo integran, y que sirvió de base a los regímenes absolutistas de la época.⁸

El siglo XVII, a través de Locke, sienta las bases del triunfo de la razón individual por sobre la razón de Estado, característica del liberalismo político, vinculada a la tesis liberal del Estado neutral en materias religiosas, e imposibilitado de imponer una

³ Popper, Karl: *La sociedad abierta y sus enemigos*. Ed. Paidós, Buenos Aires, 1957, trad. Eduardo Loedel. Cap. III – IX, pp. 49-182.

⁴ Rodríguez Zepeda, Jesús: *Estado y transparencia: Un paseo por la filosofía política*. Ob. cit., p. 14. Cf. Aristóteles: *La política*. Ed. Gredos, Madrid, 2000, trad. Manuela García Valdés, 1308ª, y 1297ª, pp. 278 y 213, respectivamente.

⁵ Schmitt, Carl: *La Dictadura*. Ed. Alianza, Madrid, 1985, trad. José Díaz García, p. 47.

⁶ Schmitt, Carl: *La Dictadura*. Ob. cit., p. 45.

⁷ Cf. Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, 1ª reimpresión, trad. José F. Fernández Santillán, p. 105. Bobbio señala, p. 114, a los sistemas ideológicos y sus derivados como “los herederos directos de la mentira útil en la sociedad de masas”.

⁸ Cf. Meinecke, Friedrich: *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, 3ª edición, trad. Felipe González Vicen.

concepción de la vida buena a los ciudadanos.⁹ La concepción liberal del poder como un mal necesario restó legitimidad a la doctrina de la razón de Estado.

El liberalismo desarrolla la tesis de la separación de las esferas del Estado y la sociedad civil y, con ella, la delimitación de las fronteras de lo público y lo privado, e incluso la consideración de lo privado, no sólo en su sentido negativo de ausencia de lo público, sino como un ámbito de libertad y de expresión de la creatividad individual, superior a lo público, con antecedentes en Mandeville y en Locke¹⁰. Al mismo tiempo, con Locke comienza a establecerse una relación entre el principio de publicidad y el carácter general de la ley, vínculo potenciado por Montesquieu quien considerará a la ley como expresión de la razón y de la naturaleza de las cosas.¹¹ De este modo, “así como el *arcanum* sirvió al mantenimiento de una dominación basada en la *voluntas*, así también la publicidad habrá de servir a la imposición de una legislación basada en la *ratio*. Ya Locke vincula la ley dada a conocimiento público con un *common consent*, y Montesquieu la reduce finalmente a *raison humaine*; pero está reservado a los fisiócratas (...) el relacionar explícitamente la ley con la razón que se manifiesta a través de la opinión pública”¹².

El constitucionalismo, como expresión jurídica del liberalismo político, reconoció las libertades de expresión –libertad de opinión e información– y sus garantías.

Por otra parte, cabe destacar que el principio de publicidad del ejercicio del poder importa un instrumento de control racional de éste.¹³ Este aspecto ha sido destacado especialmente por Spinoza¹⁴ en el siglo XVII, y por Kant, en el siglo XVIII,¹⁵ quien vincula el principio de publicidad liberal –concebido como transparencia en los actos de gobierno– con la ilustración y educación de la ciudadanía, de raigambre republicana.¹⁶ Para Kant, “el uso público de su razón le debe estar permitido a todo el mundo

⁹ Por tanto, “el liberalismo introduce la novedad de que no existen verdades de Estado, ni por ello, secretos que deban ser preservados de la mirada e interés de los ciudadanos. Rodríguez Zepeda, Jesús: *Estado y transparencia: Un paseo por la filosofía política*. Ob. cit., p. 31.

¹⁰ Cf. Mandeville, Bernard de: *La fábula de las abejas o los vicios privados hacen la prosperidad pública*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1997, 1ª reimposición, FCE España, trad. José Ferrater Mora. Locke, John: Segundo ensayo sobre el gobierno civil. Ed. Altaya, Barcelona, 1997, trad. Carlos Mellizo, Previamente, Hugo Grocio y Samuel Pufendorf. Cf. Grocio, Hugo: *De la guerra y de la paz*. Ed. Reus S. A., Madrid, 1925, trad. Jaime Torrubiano Ripio, Tomo III, Libro III, Cap. I, pp. 267-302, donde trata del dolo, ya sea bajo la forma de simulación o de mentira, en las relaciones internacionales.

¹¹ Montesquieu, Charles Louis de Secondat: *El espíritu de las leyes*. Ed. Altaya, Barcelona, 1997, trad. Mercedes Blásquez, y Pedro de Vega, I Parte, Libro I, Capítulo I, pp. 15-19.

¹² Habermas, Jürgen: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Ed. Gustavo Gili S. A., Barcelona, 2004, 8ª tirada, p. 90.

¹³ Cf. Rodríguez Zepeda, Jesús: *Estado y transparencia: Un paseo por la filosofía política*. Ob. cit., p. 39.

¹⁴ Spinoza, B.: *Tratado teológico político*. Ed. Altaya, Barcelona, 1997, trad. Atilano Domínguez, Cap. XVI – XX, pp. 331-420.

¹⁵ Kant, Emmanuel: “¿Qué es la Ilustración?”, en *Filosofía de la historia*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, Colombia, 1994, 1ª reimposición, trad. Eugenio Imaz, pp. 27-38.

¹⁶ Lúcidamente vinculados por Habermas, Jürgen: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Ob. cit., p. 137, donde dice: “Kant entiende la publicidad sobre todo como principio de ordenación jurídica y como método de la Ilustración”.

y esto es lo único que puede traer ilustración a los hombres”.¹⁷ De este modo, Kant propicia el denominado “espacio público de la razón”, que es “el espacio público de deliberación propio de las sociedades abiertas”.¹⁸

La proposición kantiana del uso público de la razón excluye el autoritarismo irracional en las decisiones públicas¹⁹ e incluye no sólo a los gobernantes, sino también a los ciudadanos. Además, Kant vincula la exigencia de publicidad de los actos de poder no sólo a la moral, sino también al derecho. “Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite publicidad. Este principio debe considerarse no sólo como un principio “ético”, perteneciente a la teoría de la virtud, sino como un principio “jurídico”, relativo al derecho de los hombres”.²⁰

1.1. Principio de publicidad y representación democrática

La doctrina ha destacado el vínculo esencial entre los conceptos de publicidad, representación y democracia. En este sentido, la democracia es concebida como el “régimen del poder visible”.²¹ Por tanto, en una democracia “la publicidad es la regla, el secreto es la excepción (...) el secreto está justificado solamente (...) si está limitado en el tiempo”.²² En cambio, “en el Estado autocrático el secreto de Estado no es la excepción sino la regla”.²³

De este modo, el carácter público del ejercicio del poder se configura como “uno de los criterios fundamentales para distinguir el Estado constitucional del Estado absoluto”,²⁴ o, si se prefiere, la democracia de la autocracia.²⁵ Según señala Kelsen, “como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa

¹⁷ Kant, Emmanuel: “¿Qué es la Ilustración?”, en *Filosofía de la historia*. Ob. cit., p. 28.

¹⁸ Rodríguez Zepeda, Jesús: Estado y transparencia: Un paseo por la filosofía política. Ob. cit., p. 41.

¹⁹ Cf. Rodríguez Zepeda, Jesús: *Estado y transparencia: Un paseo por la filosofía política*. Ob. cit., p. 41. Para la distinción entre autoritarismo racional e irracional, ver Fromm, Erich: *Ética y psicoanálisis*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971, 7ª reimpresión, trad. Heriberto F. Morck, pp. 20-26.

²⁰ Kant, Emmanuel: *La paz perpetua*. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1933, trad. Francisco Rivera Pastor, II Apéndice, p. 70.

²¹ Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, 1ª reimpresión, trad. José F. Fernández Santillán, p. 95.

²² Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ob. cit., p. 97.

²³ Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ob. cit., p. 105. En la página siguiente, Bobbio ha destacado el contraste, que exhiben las autocracias, entre la ostentación pública de los símbolos del poder, necesario para conservar el miedo, según advirtieron Spinoza y Montesquieu, y el secreto de su ejercicio, “necesario para garantizar la incontrolabilidad y la arbitrariedad”. Cf., v. gr., Spinoza, B.: *Tratado teológico político*. Ed. Altaya, Barcelona, 1997, trad. Atilano Domínguez, Capítulo XX, p. 410. Montesquieu: *El espíritu de las leyes*. Ob. cit., I Parte, Libro III, Capítulo IX, p. 31.

²⁴ Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ob. cit., p. 98.

²⁵ En este sentido, las autocracias carecen de controles efectivos, en parte, debido al secreto de los mecanismos de poder. Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*. Ed. Ariel, Barcelona, 1986, 4ª reimpresión, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, v. gr., p. 51 y 73-88. Kelsen, Hans: *Esencia y valor de la democracia*. Ed. Colofón, México, 1992, 1ª edición, trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, p. 145.

inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía de la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad (...) [en cambio], en lugar de la claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control —que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado—, y nada de publicidad, sino el empeño de mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado”.²⁶ Por cierto, la estrategia autocrática del poder invisible genera un contrapoder también invisible. Según ha destacado Bobbio, “donde el poder supremo es oculto, el contrapoder también tiende a ser oculto (...) Al lado de la historia de los *arcana dominationis* se podría escribir, con la misma abundancia de pormenores, la historia de los *arcana seditionis*”.²⁷

Por su parte, Carl Schmitt ha percibido con nitidez la relación íntima entre el principio de representación [democrática] y la publicidad del poder, según advierte Bobbio, “incluso más allá de sus intenciones (...) hasta el grado de interpretar la representación como una (...) manera de presentar, de hacer presente, de hacer visible lo que de otra manera quedaría escondido”.²⁸ En efecto, dice Schmitt: “El principio formal de la representación no puede ser ejecutado nunca pura y absolutamente, es decir, ignorando al pueblo, siempre presente en alguna manera. Esto es ya imposible, porque no hay representación sin la condición de lo público, ni publicidad sin pueblo”.²⁹

Desde otra perspectiva, señala Schmitt, “la representación no puede tener lugar más que en la esfera de lo *público*. No hay representación alguna que se desenvuelva en secreto y entre dos personas; ninguna representación que sea “asunto particular”. Con esto se excluyen todos los conceptos e ideas pertenecientes en esencia a la esfera de lo privado³⁰ (...) Un Parlamento tiene carácter representativo sólo en tanto que existe la creencia de que su actividad propia está en publicidad. Sesiones secretas, acuerdos y deliberaciones secretas de cualesquiera comités, podrán ser tan significativos e importantes como se quiera, pero no tendrán nunca un carácter representativo”.³¹

²⁶ Kelsen, Hans: *Esencia y valor de la democracia*. Ob. cit., p. 145, donde el autor agrega: “La tendencia a la claridad es específicamente democrática, y cuando se afirma a la ligera que en la democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio demasiado superficial o malévolo de esta forma política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidas, por imperar en ella el principio opuesto a la publicidad”. Ídem.

²⁷ Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ob. cit., p. 107. El autor señala que, por cierto, Maquiavelo ya había advertido esta correspondencia. Cf. Maquiavelo, N.: Discursos sobre la primera década de Tito Livio. Ed. Alianza, Madrid, trad. Ana Martínez Arancón, Libro III, Cap. VI, intitulado “De las conjuras”, pp. 301-326.

²⁸ Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ob. cit., p. 98.

²⁹ Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*. Ed. Alianza, Madrid, 1992, 1ª reimpresión, trad. Francisco Ayala, p. 207.

³⁰ Bluntschli ya había advertido, en el siglo XIX, que “la representación en Derecho político es distinta por completo a la representación en Derecho privado”. Bluntschli J. G.: *Allgemeines Staatsrecht*, I, p. 488, citado por Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*. Ob. cit., p. 208.

³¹ Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*. Ob. cit., p. 208.

Es, pues, en este contexto que se aplica, durante el desarrollo del denominado Estado liberal de Derecho, el principio de publicidad a los debates parlamentarios. “El que se hicieran notorias las discusiones parlamentarias aseguraba a la opinión pública su influencia”.³²

2. Notas sobre el principio de publicidad en la historia constitucional de Chile

Tempranamente, en la historia constitucional de Chile, el Reglamento Provisorio de 1812, establecía, en su artículo 11, que el Senado “llevará diarios de los negocios que se traten y de sus resoluciones, en inteligencia que han de ser responsables de su conducta”. Por su parte, el artículo 25 disponía que “cada seis meses se imprimirá una razón de las entradas y gastos públicos, y previa anuencia del Senado”. Finalmente, el artículo 26 establecía las excepciones al cumplimiento de estas normas: “Sólo se suspenderán todas estas reglas invariables en el caso de importar a la salud de la Patria amenazada; pero jamás la responsabilidad del que las altere sin grave motivo”.

El breve y fugaz Reglamento para el Gobierno Provisorio de 1814 y la Constitución de 1818, no contemplan normas sobre publicidad de los actos de la Administración del Estado.³³ Sin embargo, cabe hacer notar que el Plan de Hacienda y de Administración Pública de 1817 estableció tempranamente la publicidad de las cuentas públicas al regular el Tribunal de Cuentas en su artículo 91, en relación con sus artículos 94 y 95.

La Constitución de 1822, aunque contempla algunas disposiciones indispensables sobre la publicidad, v. gr., para la formación de la Cámara de Diputados³⁴, o sobre la necesaria publicidad de la ley y de la Constitución³⁵, el registro público de personas privadas de libertad,³⁶ no existe norma expresa sobre la publicidad de los actos de la Administración del Estado.

La Constitución republicana de Juan Egaña, promulgada el 29 de diciembre de 1823, salvo la relativa publicidad de los actos realizados por los órganos colegiados que contempla, la publicidad del sorteo en la formación de las Asambleas electorales y la calificación pública de sus votaciones,³⁷ la publicidad de actuaciones procesales

³² Habermas, Jürgen: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Ob. cit., p. 119. El autor precisa, p. 140, que “el público racionante de los “hombres” se constituye en el de los “ciudadanos”, en el que se llega a acuerdos respecto de los asuntos “comunes”. Esa publicidad políticamente activa se convierte, bajo la “Constitución republicana”, en principio organizativo del Estado liberal de Derecho”.

³³ Salvo la necesaria publicidad de las leyes en el artículo 6º del Capítulo III, del Título III de la Constitución de 1822, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 68.

³⁴ Artículos 22 a 36 de la Constitución de 1822, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, 2ª edición, pp. 86-87.

³⁵ Artículos 57, 60, 68 y 248 de la Constitución de 1822, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., pp. 90 y 106.

³⁶ Artículo 209 de la Constitución de 1822, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 103.

³⁷ Artículos 87 y 91 de la Constitución de 1823, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 128.

penales³⁸, no contiene disposiciones que establezcan la publicidad de los actos de la Administración del Estado.³⁹

La Constitución liberal de 1828 sólo contempla disposiciones relativas a la publicidad de las leyes⁴⁰ y a las actuaciones de los órganos colegiados que establece, entre ellas cabe destacar la publicidad de la calificación de la elección presidencial por las Cámaras,⁴¹ rendición anual de cuentas sobre el estado de la Nación al Congreso;⁴² pero no consagra el principio de publicidad de los actos de la Administración del Estado.

La Constitución pelucona de 1833, solamente establece el principio de publicidad de las leyes y de la Constitución⁴³ y de los actos de los órganos colegiados que consagra,⁴⁴ como asimismo, de las garantías para las actuaciones procesales penales;⁴⁵ pero no contempla el principio de publicidad de los actos de la Administración del Estado; pero sí consagra, si bien en forma excepcional y restringida, normas sobre el secreto en relación con la política de relaciones internacionales.⁴⁶

Finalmente, la Constitución de 1925, aunque avanza en algunos aspectos en la difusión del principio republicano de publicidad, v. gr., estableciendo la publicidad de los registros electorales,⁴⁷ la publicidad de las leyes,⁴⁸ la relativa publicidad de las actuaciones de los órganos colegiados que contempla,⁴⁹ la publicidad de las garantías del proceso penal,⁵⁰ y la publicidad de los procesos electorales,⁵¹ no contempla el prin-

³⁸ Cf. Título XII de la Constitución de 1823, especialmente los artículos 124, 125, 126, 127, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 131-133.

³⁹ Contiene, sin embargo, en forma excepcional dos disposiciones sobre el secreto. Cf. Artículos 23 y 87 de la Constitución de 1823, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., pp. 120 y 128.

⁴⁰ Cf. artículo 84 de la Constitución de 1828, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., pp. 159-160.

⁴¹ Cf. artículos 70 y 76 de la Constitución de 1828, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 161.

⁴² Cf. artículo 84 N° 4 de la Constitución de 1828, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 163.

⁴³ Cf., v. gr., artículo 82 N° 1 y N° 2 y disposición transitoria N° 4 de la Constitución de 1833, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 185.

⁴⁴ Cf., v. gr., artículo 67 y 91 de la Constitución de 1833, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 183.

⁴⁵ Cf., v. gr., artículos 137, 138, 140 y 141 de la Constitución de 1833, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 193.

⁴⁶ En efecto, el artículo 82 N° 19 de la Constitución de 1833, dispone en su parte final que "Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas, si así lo exige el Presidente de la República", en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 186.

⁴⁷ Cf. artículo 7° de la Constitución de 1925, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 215.

⁴⁸ Cf., v. gr., artículos 52, 54, 55 y 72 N° 1 de la Constitución de 1825, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., pp. 226 y 228.

⁴⁹ Cf., v. gr., los debates parlamentarios, la cuenta presidencial sobre el estado administrativo y político de la Nación, en artículo 56 de la Constitución de 1925, y la cuenta de los Ministros de Estado al Congreso sobre los negocios de su departamento, en artículo 77 en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., pp. 226 y 230.

⁵⁰ Cf., v. gr., artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución de 1925, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 218.

⁵¹ Cf., v. gr., artículos 79 y 104 de la Constitución de 1925, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., pp. 231 y 235.

cipio de publicidad de los actos de la Administración estatal, reiterando, en cambio, la norma de la Constitución de 1833 sobre el secreto en el ámbito de la conducción de las relaciones internacionales.⁵²

3. El principio de publicidad establecido en la reforma constitucional de 2005

El actual artículo 8° de la Constitución Política de la República, introducido por la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, de 2005, dispone: “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”.

Por tanto, la nueva disposición constitucional incorpora dos principios diferentes; pero íntimamente relacionados: el principio de probidad y el principio de publicidad.

Ambos principios provienen de la confluencia de las tradiciones políticas republicana, liberal y democrática. En este sentido, el nuevo artículo 8° de la Constitución chilena viene a dar contenido a la declaración de su artículo 4°, que dispone que “Chile es una república democrática”.

En la concepción republicana, el principio de publicidad ha constituido un requisito tradicional de la república, formulado en tiempos modernos por Emmanuel Kant. Desde el liberalismo político ha sido John Locke quien ha abogado por su difusión como un requisito indispensable para el control del poder. Finalmente, en la teoría democrática este principio ha sido considerado fundamental para distinguir a un régimen democrático de uno autocrático, v. gr., por Karl Loewenstein.⁵³

Por otra parte, la doctrina suele distinguir entre el concepto de “lo público” y “el público”. Esta última noción corresponde, en realidad, al sujeto de la opinión pública, es decir, a los particulares en cuanto atienden a temas de interés general de la sociedad; en cambio, la noción de “lo público” está referida esencialmente al ejercicio de la función pública.

La creciente preocupación por dar una formulación explícita a los principios de publicidad y de transparencia en el orden jurídico chileno, condujo, en el año 1999, a la reforma de la Ley N° 18.575, introduciendo dichos principios en el artículo 13 de

⁵² Cf., v. gr., artículo 72 N° 16 de la Constitución de 1925, en Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Ob. cit., p. 230.

⁵³ Cf. Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*. Ed. Ariel, Barcelona, trad. Alfredo Gallego Anabitarte.

la Ley orgánica constitucional N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado que distingue entre el principio de publicidad y el de transparencia, pues el inciso 2° del artículo 13 de la Ley 18.575 dispone: “La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”, y el inciso 3° de la citada norma prescribe: “Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”. De este modo la Ley 18.575 establece por una parte, el principio de publicidad de los actos administrativos y los documentos que les sirvan de sustento y, por otra parte, la transparencia como un principio genérico para el ejercicio de las funciones públicas.

La publicidad se configura pues como un deber de los órganos del Estado y la transparencia se relaciona con el derecho de la población a estar informada de la gestión pública⁵⁴.

Un sector de la doctrina ha criticado por esta razón la norma del artículo 8° de la Constitución Política, pues no establecería claramente una distinción entre publicidad y transparencia⁵⁵; sin embargo, en un aspecto fundamental la norma constitucional supera a la norma legal de la Ley 18.575, pues el nuevo artículo 8° de la Constitución exige ley de quórum calificado para establecer la reserva o secreto de los actos o resoluciones administrativos o de los fundamentos y procedimientos que utilicen, y siempre que se cumplan determinados requisitos constitucionales: Que 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; en circunstancias que en la Ley 18.575 se autorizaba, en su artículo 13, inciso 11°, a los jefes de servicios para denegar la entrega de documentos o antecedentes basados en simples disposiciones legales (ley ordinaria) y reglamentarias, remitiéndose, además, en el inciso final del artículo 13 citado, a “uno o más reglamentos [que] establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”.

En consecuencia, la norma constitucional resguarda de mejor manera el principio de publicidad al establecer un doble requisito para crear excepciones a él. Primero, los presupuestos constitucionales para que proceda la excepción a la publicidad, y segundo, la promulgación de una ley de quórum calificado, sin perjuicio de aquellos casos en que la propia Constitución establece excepciones al principio de publicidad,

⁵⁴ Cf. Hernández Emparanza, Domingo: “Notas sobre algunos aspectos de la Reforma a las Bases de la Institucionalidad, en la Reforma Constitucional de 2005: Regionalización, Probidad y Publicidad”, en Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador): *La Constitución reformada de 2005*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2005, p. 33.

⁵⁵ Cf. Hernández Emparanza, Domingo: “Notas sobre algunos aspectos de la Reforma a las Bases de la Institucionalidad, en ob. cit., pp. 32-33.

v. gr., en el actual artículo 32 N° 15 y en el artículo 107, inciso 3°, de la Constitución Política de 1980.

Por tanto, el secreto o reserva de los actos o resoluciones de la Administración estatal y de sus documentos fundantes y esenciales no sólo excluye su regulación reglamentaria, sino que también se proscribe su regulación a través de la legislación ordinaria y finalmente mediante decretos con fuerza de ley, por expresa disposición del artículo 64, inciso 2° de la Constitución Política de la República.

Se ha señalado, que “la publicidad exigible respecto de los “actos y resoluciones” de los órganos del Estado, no es explícitamente extensible a los “documentos que les sirven de sustento o complemento directo o esencial”;⁵⁶ sin embargo, el texto constitucional incluye explícitamente a dichos documentos fundantes y complementarios y, por otra, parte, la Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos también lo declara así en términos formales y explícitos en su artículo 16.

El nuevo artículo 8° introducido en la Constitución Política de Chile por la Ley N° 20.050, ha generado la inconstitucionalidad sobrevenida de los Reglamentos dictados por remisión de la Ley N° 18.575 sobre secreto y reserva de los actos de la Administración del Estado.⁵⁷

Por otra parte, cabe tener presente que el actual artículo 8° de la Constitución Política amplía el alcance de la norma contenida en el artículo 13 de la Ley N° 18.575, que establecía la publicidad de “los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado”, pues la disposición constitucional establece la publicidad de “los actos y resoluciones de los órganos del Estado”, y, por tanto, comprende no sólo a los órganos del Poder Ejecutivo, en consonancia con el Derecho Constitucional comparado que tradicionalmente establece, v. gr., la publicidad de los debates parlamentarios.

Finalmente, el nuevo artículo 8° de la Constitución Política que establece el principio de publicidad y sus excepciones, debe considerarse en el contexto de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, publicada el 26 de agosto de 2006 que, en diversos ámbitos, incorporó normas constitucionales sobre publicidad de los actos de los órganos del Estado. En particular corresponde destacar las disposiciones sobre la potestad

⁵⁶ Cf. Hernández Empananza, Domingo: “Notas sobre algunos aspectos de la Reforma a las Bases de la Institucionalidad, en ob. cit., p. 33.

⁵⁷ Sobre la distinción entre “derogación” e “inconstitucionalidad sobrevenida”, cf. Zúñiga Urbina, Francisco: “Sentencia del Tribunal Constitucional”. Ponencia a Seminario “Tribunales Constitucionales de América del Sur”, panel “Las sentencias Constitucionales. Tipologías y efectos”, 9 y 10 de diciembre de 2004, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 139-140 y 143. También cf. “Control concreto de Constitucionalidad: Recurso de Inaplicabilidad y Cuestión de Inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional”. Ponencia a Jornadas Intercontinentales sobre la Constitucionalización en la Unión Europea y sus implicaciones para las entidades sub-estatales”. Santiago de Compostela 17-20 de febrero, 2005, pp. 95-96, y Zúñiga Urbina, Francisco, Vega Méndez, Francisco: “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica”. Ponencia presentada en Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, a realizarse en Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 27, 28 y 29 de noviembre 2006, pp. 23-24.

fiscalizadora de la Cámara de Diputados sobre los actos del Gobierno, contempladas en el actual artículo 52 N° 1 de la Constitución Política.

4. Incidencia del nuevo artículo 8° de la constitución política

En primer lugar, respecto al procedimiento penal el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal establecía: “Las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley”, y el actual Código Procesal Penal dispone en su artículo 182: “Las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento”, permitiendo el acceso a los registros y documentos de la investigación fiscal y policial al imputado y a los demás intervinientes en el procedimiento (Artículo 182, inciso 2°), salvo cuando el fiscal “lo considere necesario para la eficacia de la investigación”. Al respecto, el antiguo texto del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal adolecería de inconstitucionalidad sobrevenida, y respecto del actual artículo 182 del Código Procesal Penal la doctrina ha estimado que el criterio utilitarista empleado en dicha norma “difícilmente se aviene con ninguno de los requisitos que habilitan para imponer el secreto de los actos públicos en la norma constitucional pertinente”.⁵⁸

En segundo lugar, el D. S. N° 26 de la Secretaría General de la Presidencia, de 7 de mayo de 2000, que contiene el Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, en atención a la reforma constitucional de 2005 que incorporó el actual artículo 8° de la Constitución Política, adolece también de inconstitucionalidad sobrevenida.⁵⁹

Extraordinariamente, el establecimiento de excepciones al principio de publicidad, requerirá de ley orgánica constitucional, como es el caso del artículo 3° de la Ley orgánica constitucional N° 18.575.

5. Conclusiones

El principio de publicidad favorece el ejercicio de la democracia y fortalece el desarrollo de un Estado Constitucional democrático de Derecho, conjuntamente con el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales. La publicidad de los actos de poder “representa

⁵⁸ Hernández Empanza, Domingo: “Notas sobre algunos aspectos de la Reforma a las Bases de la Institucionalidad, en ob. cit., p. 37.

⁵⁹ No se trata de una derogación impuesta por el nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República al D. S. N° 26 de 7 de mayo de 2000, de la Secretaría General de la Presidencia, sino de una inconstitucionalidad sobrevenida. Cf. “Sentencia del Tribunal Constitucional”. Ponencia a Seminario “Tribunales Constitucionales de América del Sur”, panel “Las sentencias Constitucionales. Tipologías y efectos”, 9 y 10 de diciembre de 2004, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 139-140 y 143. También, Zúñiga Urbina, Francisco, Vega Méndez, Francisco: “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica”. Ponencia presentada en Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, a realizarse en Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 27, 28 y 29 de noviembre 2006, pp. 23-24.

el verdadero y propio momento de cambio en la transformación del Estado moderno de Estado absoluto en Estado de Derecho”.⁶⁰

El problema de la invisibilidad del poder, es un problema que no cesa. “La victoria del poder visible sobre el poder invisible jamás se concluye definitivamente. El poder invisible resiste el avance del visible, reinventa formas para ocultarse y para esconder; para ver sin ser visto”.⁶¹

Actualmente, subsisten, sin embargo, dos ámbitos “prominentes sujetos a opacidad y a restricciones informativas: En primer lugar, el de la seguridad de la nación frente a los enemigos externos, y su derivación, el de la seguridad interna; en segundo lugar, el de los intereses económicos vinculados a la estructura capitalista de las sociedades democráticas actuales y, en particular, el subsistema bancario y financiero”.⁶²

A estos espacios opacos en las democracias contemporáneas cabe agregar la tecnocracia que, según ha destacado Bobbio, ha configurado “la reaparición de los *arcana imperii*, bajo la forma del gobierno de los técnicos o tecnocracia”.⁶³ Sin embargo, Bobbio sitúa este problema en la categoría de las que ha denominado “paradojas de la democracia” que requieren atención, y no entre sus fracasos.⁶⁴

En todo caso, estos ámbitos restrictivos de información en las sociedades democráticas liberales contemporáneas permiten concluir que el liberalismo ha rechazado los *arcana imperii* propios de los regímenes absolutistas; pero, en cambio ha creado sus propios *arcana imperii*.

⁶⁰ Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ob. cit., p. 115.

⁶¹ Bobbio, Norberto: *Estado, Sociedad y Gobierno. Por una teoría general de la política*. Ob. cit., p. 37. “Ver sin ser visto”, es la imagen del Panóptico de Bentham, según ha destacado Foucault. Cf. Bentham, Jeremías: *El Panóptico*. Ed. La Piqueta, Barcelona, 1989, 2ª Edición, reproducción de *Tratados de legislación civil y penal*. TV Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1822.

⁶² Rodríguez Zepeda, Jesús: *Estado y transparencia: Un paseo por la filosofía política*. Ob. cit., p. 32. “Los argumentos que justifican estas zonas de opacidad no son otros que los que están en la base de la justificación liberal de la existencia misma del Estado: la seguridad de los ciudadanos y la protección de ese elemento íntimo de su identidad individual que es la propiedad”. Ídem. Cf. también, Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ob. cit., pp. 115-116.

⁶³ Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ob. cit., p. 113. En el mismo sentido, Habermas señala que “la creciente burocratización de las administraciones del Estado y de la sociedad parece obligar cada vez más, por la naturaleza misma de la cosa, a sustraer las competencias de las personas altamente especializadas a la mirada crítica de las instancias racionales”. Habermas, Jürgen: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Ob. cit., p. 258.

⁶⁴ Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. Ob. cit., p. 113.

