

ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

Pedro Mujica
Abogado
pmujica@participa.cl

Septiembre 2005

El acceso a la información es considerado como esencial en el logro de objetivos propios de una democracia efectiva. Profundizar en los mecanismos de acceso a información contribuye a darle transparencia y gobernabilidad a la gestión pública. Permite materializar un derecho contenido en la legislación interna y en declaraciones, convenciones y tratados ratificados por el Estado. Un aspecto que otorga gran relevancia al derecho de acceso es su carácter de supuesto indispensable para el ejercicio pleno de otros derechos, ya sean civiles, políticos, sociales o económicos.

BASES JURÍDICAS INTERNACIONALES

La base legal para el desarrollo del derecho a la información se estableció 50 años atrás cuando fue considerado dentro de la categoría de un derecho humano esencial para ejercer la libertad de expresión y de opinión. Fue la Declaración Universal del Derechos Humanos de 1948, la que establece el vínculo entre libertad de expresión y libertad de información en su artículo 19, cuando establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, a través de cualquier medio y sin consideración a ningún tipo de fronteras.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, ratificado por 154 países, incluyendo Chile en 1974, garantiza en su artículo 19 los mismos derechos que la Declaración Universal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida en el sistema interamericano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, 1969, ratificada por Chile en agosto de 1990. Sus funciones son dos: i) resolver los casos contenciosos sobre una presunta violación a la Convención de un Estado parte y ii) emitir opiniones consultivas. La Corte establece si se ha producido la violación de algún derecho o libertad establecido en el Pacto. También puede determinar la forma en que el estado que ha cometido la violación debe restituir la situación al estado anterior a la violación y en el evento que no esto no sea factible, podrá determinar la forma en que debe reparar el mal causado.

La Corte ha establecido doctrina sobre el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión estableciendo que “quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

Por otro lado, se ha producido internacionalmente un movimiento interesante y vigoroso en materia de acceso a la información el cual ha ido avanzando en cada uno de los países a través de la firma de numerosas declaraciones y acuerdos. Dentro de estos se pueden mencionar, Consejo de la Prensa Peruana de 2001; Principios de Lima y la Declaración de Chapultepec.

DERECHO TRANSVERSAL

El derecho de acceso está comenzando a ser considerado como un derecho transversal que apoya el ejercicio efectivo de otros derechos tales como políticos y sociales.

Actualmente es considerado como esencial en el logro de objetivos diversos propios de una democracia efectiva:

- Eliminación de la corrupción y arbitrariedad;
- Promoción de la participación política a través del desarrollo de una ciudadanía informada.
- Apoyo de medios de comunicación más efectivos y basada en hechos verdaderos.
- Promoción del control sobre el ejercicio de las funciones públicas.

CONCEPTO

¿Qué entendemos por acceso a la información de carácter público?

En un sentido amplio, podemos entender el acceso a la información como el derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la información sobre hechos que tengan relevancia o sean de interés público, permitiendo la formación de una opinión razonable y fundamentada.

MARCO JURIDICO

El derecho al acceso a la información, tanto de los actos de la administración pública como de los documentos e informaciones que posee ésta, surge como consecuencia del proceso de modernización del Estado.

Desde 1990 hasta la fecha, somos testigos de la promulgación de diversas normativas que apuntan hacia dicho cometido. Este proceso se ha desarrollado significativamente durante los últimos cuatro años y la reforma final operada el año 2003. Actualmente, se está dando un nuevo paso relevante al estar discutiéndose en el Congreso una modificación a la legislación vigente.

Con ello es posible afirmar que Chile ha comenzado a regular legalmente el tema hace poco tiempo.

Por lo mismo debemos entender que se trata de avances sustantivos en nuestra legislación y en materia de este derecho ciudadano básico, legislación que requiere ser modificada o complementada para mejorar o subsanar las deficiencias que aún subsisten.

¿QUÉ LEYES EXISTEN?

Son tres las normas que contienen casi toda la reglamentación que existe respecto a acceso a la información de carácter público en nuestro país. Estas son:

1.- Ley N° 19.653, artículos 13 y 14, publicada en diciembre de 1999, la cual incorporó una serie de disposiciones referentes a la publicidad de los actos de la Administración del Estado, modificándose la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Esta norma legal dispone que 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.

- Actos Administrativos:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto N° 26, que reglamenta el secreto o reserva de los actos, se entiende por actos administrativos, **las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado en las que se contienen declaraciones finales de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.**

- Documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial:

A continuación, se reproducen las definiciones contenidas en el Decreto N° 26 ya referido :

Documento, es todo escrito, correspondencia, memorandum, fotografía, video, y en general todo soporte material que contenga información, cualquiera sea su forma física o características y las copias de aquellos.

Documento de respaldo son los agregados al acto administrativo que permiten verificar el contenido del mismo de manera íntegra y perfecta.

Complemento directo, son los **documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo** en que concurren y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre las bases de esos documentos.

Complemento esencial son los **documentos indispensables para la elaboración y dictación del acto administrativo** en que concurren, de modo que son inseparables del mismo.

Actos y documentos a disposición permanente del público, son aquellos que han sido **objeto de publicación íntegra en el Diario Oficial** y que se encuentran consignados en un índice que deberá llevar cada servicio.

De acuerdo al Decreto N° 26 y a la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, son públicos y por tanto deben publicarse en el Diario Oficial e incluirse en el Índice de la OIRS, los siguientes actos administrativos:

- Los que contengan normas de aplicación general o que miren el interés general;
- Los que interesen a un número indeterminado de personas;

- Los que afecten a personas cuyo paradero fuere ignorado;
- Los que ordene publicar el Presidente de la República; y
- En los casos en que la ley lo ordene;

En los casos en que la información referida no se encuentre a disposición del público de modo permanente, el interesado tendrá derecho a requerirla por escrito al jefe de servicio respectivo.

- Antecedentes de Empresas Privadas

También se entiende que son públicos los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refiere el Artículo 37 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, entreguen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que cumplan con las condiciones que se indican a continuación. Este artículo 37 se refiere a las sociedades anónimas en que el Estado o sus organismos tenga acciones y empresas del Estado que se sujeten a las normas sobre sociedades anónimas.

Las 3 condiciones requeridas por la norma legal son las siguientes:

- que sean de interés público;
- que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa;
- que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso de la misma.

- Organos de la Administración del Estado

La ley entiende por órganos de la Administración del Estado a todos los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos, incluyendo las Contraloría General de la República, Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Se entiende por servicios públicos los órganos administrativos encargados de satisfacer las necesidades colectivas, de manera regular y continua. Son centralizados aquellos que actúan bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y están sometidos a la dependencia del Presidente de la República a través del ministerio correspondiente. Son descentralizados los que actúan con personalidad jurídica y patrimonio propio. La descentralización puede ser territorial o funcional.

- No es necesario acreditar interés:

Cabe destacar que en esta Ley N° 19.653 no se exige acreditar interés particular para fundamentar el requerimiento de acceso.

Posteriormente se dictó la Ley N° 19.880 que se analiza más adelante, en la cual determina que se consideran como “interesados en el procedimiento administrativo: quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos; los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y que se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.

Sin embargo, es la misma Ley de Procedimiento Administrativo la que establece el principio de la transparencia y de la publicidad, donde se dice que los actos administrativos de los órganos de la administración del Estado son públicos, salvo las excepciones establecida por la ley. Además consagra el derecho de las personas, según el cual “las personas (no habla de interesados) tienen el derecho de acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley”.

- Causales para denegar la información :

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone en su artículo 13 que “las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en las disposiciones legales o reglamentarias...”.

En relación a las causales de secreto establecidas por ley, ciertamente existen varias normas legales que en Chile restringen el derecho de acceso. Así, podemos citar la Ley de Bancos, que contempla el denominado secreto bancario para los depósitos y captaciones que reciban los bancos, incluyendo la protección a los movimientos y saldos de las cuentas corrientes, cuentas de ahorro, depósitos a plazo y otras formas de captación. También existe el deber de secreto de los funcionarios públicos, lo cual se encuentra disperso en distintas normas legales. Por una parte está la norma general contemplada en el la Ley N° 18.834 Estatuto Administrativo que señala como una de las obligaciones de los funcionarios: “guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza, o por instructivos especiales..”. Además, se suman numerosas disposiciones que se relacionan con esta obligación, tal como la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Estadísticas que indica que los funcionarios de ese organismo, no podrán divulgar los hechos referidos a personas o entidades determinadas de que hayan tomado conocimiento en el desempeño de sus actividades.

Las causales de denegación señaladas en el ya referido artículo 13º, se pueden oponer por el jefe de servicio cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- reserva o secreto establecida en disposiciones legales o reglamentarias;
- el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido;
- la oposición deducida en tiempo y forma por terceros a quienes se refiere o afecta 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 realizada por jefe superior del órgano requerido;
- que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

En el inciso final del referido artículo 13º se dispone que “uno o más reglamentos 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 virtud de este mandato legal se dictó el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado (Decreto N° 26, de la Secretaría General de la Presidencia, de 28.01.01).

2.- Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado (Decreto N° 26, de la Segpres, de 28.01.01).

Este Decreto dispone que para la consulta de los actos y documentos que se encuentran a disposición permanente del público, cada servicio deberá llevar un índice actualizado que debe llevar cada servicio en las Oficinas de Información, Reclamos y Sugerencias OIR (DS N° 680, de 1990 Ministerio del Interior).

Cada Jefe Superior establecerá la forma y contenido del índice, el que debe contener como datos mínimos, la individualización del acto o documento, señalando su naturaleza, identificación o numeración y la fecha de su emisión; y la fecha y lugar de la publicación del acto o documento.

Los actos y documentos de carácter **secreto** serán conocidos solo por las autoridades o personas a las que vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución.

Los actos y documentos de carácter **reservado** serán conocidos únicamente en el ámbito de la unidad del órgano a que sean remitidos, tales como división, departamento, sección u oficina.

La declaración de secreto o reserva sólo podrá estar basada en la protección del interés público o privado de los administrados.

La declaración de secreto o reserva basada en la protección de los intereses públicos procederá respecto de los siguientes actos y documentos:

- a) los relativos a la defensa y seguridad nacional
- b) los relativos a la política exterior o las relaciones internacionales;
- c) los relativos a la política monetaria y divisas;
- d) aquellos cuya comunicación pueda perjudicar a la moneda y al crédito público;
- e) los relativos al mantenimiento del orden público y la prevención y represión de la criminalidad;
- f) aquellos cuya comunicación o conocimiento perjudique el desarrollo de procedimientos jurisdiccionales o de actuaciones preliminares o preparativas de aquellos que la ley encomiende a organismos de la Administración;
- g) aquellos cuya comunicación o conocimiento perjudique la investigación por los servicios públicos competentes, de los delitos y las infracciones administrativas, tributarias o aduaneras;
- h) aquellos cuyo conocimiento actual pueda impedir u obstaculizar gravemente el ejercicio de la acción administrativa del órgano administrativo requerido;
- i) la correspondencia oficial debidamente calificada por la autoridad responsable de conformidad a lo dispuesto en el DS N° 291 de 1974 del Ministerio del Interior.

La declaración de secreto o reserva basada en la protección de intereses privados de los administrados, procederá respecto de los siguientes actos y documentos:

- a) Los de carácter nominativo, es decir, que conlleven o contengan una apreciación de juicio o valor sobre una persona determinada o claramente identificable.
- b) Aquellos cuya comunicación o conocimiento afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable.
- c) Los expedientes relativos a procedimientos sancionatorios o disciplinarios de cualquier naturaleza, solo respecto de terceros ajenos a dichos procedimientos.
- d) Los expedientes médicos o sanitarios.
- e) Los que contengan o se refieran a secretos industriales y comerciales, incluyendo los procedimientos de fabricación, las informaciones económicas y financieras y las estrategias comerciales.

De acuerdo al artículo 9º del Reglamento, cada órgano de la Administración del Estado deberá clasificar los actos y documentos como secretos o reservados, de conformidad a las causales ya señaladas.

- Posición de la Contraloría General de la Republica:

En los últimos años se dictaron por las instituciones públicas las listas de los tipos de documentos a los cuales no es posible acceder, incluyéndose en muchos casos actos o documentos respecto de los cuales resulta injustificado o al menos muy discutible la calificación de secreto o reservado, convirtiendo así la excepción en la regla general.

El problema señalado arranca en primer lugar del mismo texto reglamentario, que contempla causales extremadamente amplias para regular un régimen de excepción a un derecho fundamental como es el derecho de acceso a la información¹.

A la fecha, cerca de 90 reparticiones estatales han dictado resoluciones estableciendo la reserva y secreto de actos administrativos (antecedentes e informaciones), transformando el derecho de acceso a la información en una excepción.

El Decreto Supremo aludido dispone que los Jefes de Servicio, podrán decretar la reserva y secreto, a través de “resoluciones fundadas”. Si el Estado, a través de cualquiera de sus organismos autoriza la afectación de un derecho fundamental, debe hacerlo resguardando dos principios básicos que permiten otorgar racionalidad a esa conducta : (a) que se trate de una medida razonable y que, (b) de todas las medidas disponibles, la restricción al acceso sea la menos restrictiva para el ejercicio de los derechos fundamentales.

La medida será razonable, cuando se encuentre en conexión con el resultado que pretende alcanzar, lo cual será demostrable en la medida que se justifique que la medida es idónea para alcanzar el fin perseguido. El segundo principio se cumplirá cuando se pueda demostrar que, de todas las medidas disponibles para alcanzar el resultado que se persigue, limitar o suspender el derecho de acceso, es la menos restrictiva en el ejercicio de derechos fundamentales. Este segundo elemento se presentará con claridad frente a la presencia de la necesidad de proteger otro derecho tal como la protección de la vida privada, debiendo privilegiar sólo uno.

Pues bien, de la revisión del contenido de la mayoría de las resoluciones que han decretado los servicios públicos, aparece que estos dos criterios básicos no se han tenido en consideración al momento de confeccionar las restricciones al derecho de acceso.

¹ Sobre la configuración del derecho de acceso a la información, como derecho fundamental, véase, CONTESE, Jorge, *El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno*, en GONZÁLEZ, Felipe (ed.), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico N°14, Serie de Publicaciones Especiales, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp.203-213 y ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El Acceso a la Información como Derecho*, en GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS, Felipe (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Cuadernos de Análisis Jurídico N°10, Serie de Publicaciones Especiales, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000, pp.197-203.

Por otra parte, y ahora centrándonos en la posición que han adoptado nuestros tribunales de justicia en los casos de amparo que se han presentado frente a denegaciones de acceso a la información, resulta clave el rol que éstos han de desempeñar en orden a investigar si la restricción es necesaria de conformidad a los fines perseguidos y si, en vez de esa restricción, existían otras medidas menos lesivas para el derecho fundamental de acceso a la información².

La carga de la prueba, en estas circunstancias, corresponde al Estado; es decir, es la autoridad la que debe demostrar lo razonable y necesario de la medida. Ello, que en derecho comparado es la regla general, en Chile es la excepción, aunque algún tribunal así lo ha declarado al disponer, en su sentencia, que “en los casos en que la autoridad pública procura negar el acceso a la información, le corresponde a aquélla la carga de justificar la negativa en cada etapa de los procedimientos”³.

Basándose en la permisividad con que ha actuado la Administración del Estado en materia de la interpretación del marco legal y la consecuente lesión que se ha producido en los derechos de los administrados, un grupo de organizaciones que trabajan el tema de derecho de acceso, presentó un reclamo ante la Contraloría General de la República, la cual emitió Dictamen N° 049883, el 4 de octubre de 2004.

El dictamen se emitió a petición de las organizaciones "Defendamos la Ciudad" y "Cívica, Derechos Ciudadanos", solicitando un pronunciamiento relativo a la legalidad de la resolución exenta No 388 de 2003, de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, mediante la cual ese servicio determinó actos, documentos y antecedentes afectos a secreto o reserva. Además solicitaron la declaración de ilegalidad de otros 49 actos administrativos que individualizaron, emitidos por diversas entidades de la Administración, las cuales también establecieron el secreto o reserva de ciertos documentos.

Una de las primeras consideraciones relevantes que establece el dictamen es que “las resoluciones que dicten los jefes de servicio destinadas a declarar secretos o reservados determinados instrumentos, emitidas al amparo del artículo 9° del decreto N° 26 de 2001, deben decir relación exclusivamente con actos administrativos y documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, siendo improcedente que se refieran a antecedentes que no revistan ese carácter”.

En relación a lo expuesto, la Contraloría concluye que los antecedentes que no constituyan actos administrativos o documentos que les sirvan de sustento o

² En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso conocido como *Los Papeles del Pentágono*, señaló que “todo sistema de restricciones previas de expresión llega a este tribunal con una fuerte presunción en contra de su validez constitucional”, *New York Times Co. V. United States*, 403 U.S. 713, 30 de junio de 1971.

³ Rol 19-2003, 7° Juzgado Civil de Santiago, 23 de junio de 2003. Esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 2003.

complemento directo y esencial no podrían ser declarados como secretos o reservados, pero concluyendo, por otra parte, que ellos no pueden ser solicitados haciendo uso del procedimiento previsto en el artículo 13 de la ley N° 18.575.

Análisis de las alegaciones jurídicas revisadas por la Contraloría:

a) La Contraloría estimó que los documentos que se pidieron en su oportunidad no constituyen actos administrativos decisionales en los términos que prevén los artículos 13 de la ley N° 18.575 y 16 de la ley N° 19.880 y el decreto N°26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, ya que no contienen en sí mismos una resolución sobre alguna materia determinada, ni tampoco están destinados a servir de sustento o complemento directo y esencial a un acto de este tipo.

La Contraloría concluye que “estos antecedentes no han podido ser declarados como reservados por la Comisión Nacional del Medio Ambiente al amparo de la normativa de que se trata, toda vez que no corresponden a aquellos regulados en el artículo 13 de la ley N°18.575”. Esto es, que el hecho de no tratarse de actos administrativos, tal cual como lo define la legislación aplicable al caso, no es un argumento que baste para concluir que entonces no tienen el carácter de públicos. Más aún, toma fuerza el argumento opuesto: que por no tener el carácter de acto administrativo ni tampoco el de documento que le sirva de sustento o complemento, no es posible someter tal información a las restricciones que señala el referido artículo 13°.

b) En relación al argumento de que dio la CONAMA consistente que en razón de la debida protección de los intereses privados, tendría el carácter de reservada "toda la información relativa a las remuneraciones del personal". En tal sentido, el organismo expresó que, "la información de la remuneración de una persona no conlleva juicio de valor, y no es razonable pensar que afecte su vida privada", que podrían constituir argumentos que ameritaran declarar esa información como secreta o reservada.

c) CONAMA también consideró otorgar el carácter de reservados "en razón de la debida protección de los intereses privados", a los "documentos respaldatorios de las ofertas presentadas en procesos de licitación o contratación, en tanto se encuentre pendiente su adjudicación, salvo las propuestas económicas, y aquellas que deban serlo según las Bases Administrativas respectivas" y a las "actas de comisiones evaluadoras en propuestas o licitaciones, en tanto se encuentre pendiente la adjudicación".

Sobre el particular, la Contraloría señaló que tales documentos no constituyen en sí actos administrativos, pero tal como lo ha sostenido la jurisprudencia administrativa, ellos sirven de antecedentes para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta y, como tales, son documentos que pueden ser conocidos por quienes tengan interés en los mismos en los términos previstos en los artículos 13 de la ley N° 18.575 y 16 de la ley N° 19.880 y en el decreto N°

26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, esto es, una vez que se haya dictado el acto administrativo que adjudique la licitación respectiva, pues sólo a partir de ese momento existirá un acto administrativo en los términos previstos por la legislación pertinente.

d) La resolución exenta de CONAMA establece que "tienen carácter de reservados, en razón de la debida protección de los intereses privados" los "documentos acompañados a un expediente formado para la dictación de una norma de calidad o de emisión, respecto de los cuales el Director Ejecutivo, por resolución fundada, niegue el acceso a terceros, cuando así lo solicita el interesado o cuando así lo proponga el Presidente del Comité Operativo, conforme al artículo 8º del DS 93/95, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión".

La Contraloría argumentó que el artículo 5º del Reglamento que fija el Procedimiento y Etapas para establecer Planes de Prevención y de Descontaminación establece que la elaboración de estos planes "dará origen a un expediente, que contendrá las resoluciones que se dicten, la consultas evacuadas, las observaciones que se formulen, y todos los datos y documentos relativos a la elaboración" de los mismos. Añade la misma norma que "el expediente y su archivo serán públicos y se mantendrán en las oficinas de la Comisión, donde podrán ser consultados. Cualquier persona podrá pedir, a su costo, fotocopia de todas o algunas de las piezas". No obstante lo anterior, el inciso quinto del mismo precepto previene, en lo que interesa, que el Director Ejecutivo de la Comisión, mediante resolución fundada, "podrá negar el acceso de terceros a los documentos acompañados por los titulares de las actividades responsables de la emisión de los contaminantes a que se refiere el plan, cuando la ley así lo disponga o cuando lo solicite el interesado por razones fundadas o cuando así lo proponga el presidente del Comité".

Los recurrentes solicitaron también que se declare la ilegalidad de otros 49 actos administrativos emitidos por diversas reparticiones públicas, que también establecen el secreto o reserva de ciertos documentos.

Al respecto, la Contraloría General concluyó que "ha sido posible advertir que en ellas se regulan algunas materias similares a las analizadas precedentemente respecto de la resolución exenta No 388, de 2003, de la CONAMA, particularmente en lo relativo a la inclusión de antecedentes que no revisten el carácter de actos administrativos o de documentos que les sirvan de sustento o complemento pertinente, de tal modo que este órgano de Control no puede sino observar estas circunstancias".

Asimismo, el examen selectivo que efectuó el órgano contralor le permitió consignar que en numerosas resoluciones se excede la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva en otros órdenes de materias.

Cita como ejemplo, los procesos disciplinarios respecto de funcionarios públicos, en los cuales se “establecen disposiciones sobre secreto o reserva en términos que no se ajustan a la preceptiva legal, conforme a la cual, y según lo ha resuelto la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General -dictámenes N's 42.779 de 2000, 35.421 de 2003, y 9.206 y 14.807, ambos de 2004, -entre otros-, los sumarios administrativos están sujetos al principio de publicidad una vez afinados.

También indica que “en diversas resoluciones se fijan materias sujetas a secreto o reserva en términos de tal amplitud que no resulta admisible entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirles de fundamento”.

Ello ocurre, por ejemplo, con las citadas resoluciones de la Tesorería General de la República en lo que se refiere a "todos los documentos que respalden egresos cualquiera que sea su naturaleza, origen y destino", y "contratos de cualquier naturaleza suscritos por el Servicio"; de la Subsecretaría de Marina, al fijar que "como regla general, tendrá el carácter de reservado todo trámite previo al pronunciamiento del respectivo acto administrativo".

Finalmente, observa que “en distintas resoluciones no se advierte el fundamento preciso para declarar secretos o reservados determinados documentos, como acontece, entre otras, en la antes individualizada resolución de la Subsecretaría de Marina respecto, por ejemplo, del decreto supremo de nombramiento del Comandante en Jefe de la Armada, y de los antecedentes que se indican relativos a concesiones marítimas”.

La Contraloría concluye solicitando “se adopten las medidas tendientes a que **todas las reparticiones** que han dictado resoluciones invocando el artículo 9º del reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, las reexaminen a la brevedad de acuerdo con los criterios indicados en el cuerpo de este pronunciamiento y, en los casos en que corresponda, las modifiquen en términos que se ajusten a la normativa que les sirve de fundamento”.

- Otros pronunciamientos relevantes en los últimos meses :

Con posterioridad a este dictamen, con fecha 03 de junio de 2005, se hizo una presentación ante la Secretaría General de la Presidencia en la cual se solicitó que se tomaran las medidas necesarias para ajustar a derecho las 86 resoluciones de secreto existentes a la fecha. Esa Secretaría respondió que la petición no puede ser admitida a tramitación, en razón que no tiene facultad para invalidar o dejar sin efecto resoluciones de otros órganos del Estado.

Posteriormente se presentó un recurso de reposición administrativa basándose en que, por el principio de inexcusabilidad consagrado en la ley 19.880 (sobre

procedimientos administrativos), dicho Ministerio debió a lo menos, haber derivado los antecedentes a todas las reparticiones que se encuentran involucradas, tal como se establece expresamente en la ley.

Como resultado de estas gestiones, la Subsecretaría de la Presidencia desarrolló un oficio, enviado a todas las reparticiones públicas, en el cual se indicaron orientaciones de política en esta materia, con recomendaciones concretas a seguir en el proceso de modificación de las resoluciones de secreto, para evitar caer en vicios de legalidad.

Por otra parte, hay una serie de reclamos que se han presentado, en forma más específica contra las resoluciones que han calificado la documentación como secreta o reservada, habiéndose logrado en varios casos que la autoridad administrativa rectifique sus decisiones. También debe indicarse que en el mes de enero de 2005, un grupo de abogados que trabaja en temas de interés público presentó una demanda ante el 21º Juzgado Civil de Santiago contra el Estado chileno, solicitando la nulidad del referido Decreto N° 26. Dicha demanda se basa en el abuso incurrido por la Administración Pública en el uso del Estatuto Reglamentario de Secreto y Reserva, vulnerando la libertad de información y el derecho a la participación consagrados en el artículo 1º, inciso 2º y 19 N°12 de la Constitución Política y en los artículos 13º y 23.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE ACCESO

La ley dispone que el jefe Superior del órgano requerido debe pronunciarse sobre la petición, entregando la documentación solicitada o negándose a ello, dentro del plazo de 48 horas contado desde la formulación del requerimiento o desde la expiración del plazo concedido al tercero afectado.

- Oposición de terceros :

Cuando el requerimiento se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos o intereses de terceros, el jefe superior del órgano requerido, dentro del plazo de 48 horas, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Los terceros pueden ejercer su oposición dentro de 3 días hábiles, contados desde la notificación, la cual se entiende practicada al tercer día de despachada la carta certificada. La oposición deberá presentarse por escrito y no requerirá expresión de causa.

Deducida la oposición no se podrá revelar la información salvo resolución judicial en contrario. Si no hay oposición debe revelarse la información a menos que el jefe superior requerido estime fundadamente que la divulgación de la información involucrada afecta sensiblemente los derechos o intereses de los terceros titulares de la misma.

ACCION DE AMPARO

Vencido el plazo o denegada la petición por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, el requirente tendrá derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del órgano de la Administración requerido, que se encuentre de turno según las reglas correspondientes, solicitando amparo al derecho recién descrito.

El juez notificará por cédula en la oficina de partes del órgano correspondiente y en el domicilio del tercero si lo hubiere. La autoridad tiene 5 días para presentar sus descargos y adjuntar los medios de prueba. La prueba se consigna en cuaderno separado y reservado, que mantendrá este carácter aún después de terminada la causa.

La sentencia se dictará dentro de tercero día de vencido el plazo para presentar descargos (cinco días).

Las resoluciones se dictan en única instancia. La sentencia definitiva es apelable en ambos efectos, dentro del plazo de 5 días desde la notificación. Se deberá dar cuenta preferente del recurso. El fallo no es susceptible de los recursos de casación.

Si la causal invocada para denegar la entrega fuere el que la publicidad afecta la seguridad de la Nación o el interés nacional, la reclamación del requirente deberá deducirse directamente ante la Corte Suprema, la que solicitará informe de la autoridad de que se trate y podrá ordenar traer los autos en relación para oír a los abogados de las partes.

En caso de acogerse la reclamación, la misma sentencia que ordene entregar los documentos o antecedentes fijará un plazo prudencial para ello. En la misma resolución el tribunal puede aplicar una multa al jefe del servicio de 2 a 10 UTM.

La no entrega oportuna de los documentos en la forma decretada por el tribunal será sancionada con la suspensión del jefe de servicio de su cargo por un lapso de 5 a 15 días y multa de 2 a 10 UTM. Si el jefe de servicio persiste en su actitud se le aplicará el duplo de las sanciones. El costo del material requerido será siempre del requirente.

3.- Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, publicada el 29 de mayo de 2003.

Esta norma jurídica complementa las disposiciones analizadas anteriormente, otorgando al ciudadano el derecho a conocer el estado en que se encuentran las resoluciones que se dictan dentro del proceso y el resultado de la gestión, estableciendo plazos breves y el denominado silencio administrativo positivo como regla general.

Esta norma jurídica es aplicable a los actos de la Administración del estado, entendiendo por Administración del Estado las mismas instituciones mencionadas anteriormente, con excepción de las empresas públicas creadas por ley. Sin embargo, en esta norma jurídica entiende por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Expresamente incluye a los decretos, resoluciones, dictámenes, declaraciones de juicios, constancia o conocimiento que realizan los órganos.

En su artículo 17 se establece el derecho de las personas a conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tenga la condición de interesados y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario, éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa.

En el mismo artículo se establece el derecho de las personas de acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley. Por último, también existe el derecho de los ciudadanos de obtener información acerca de los procedimientos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

En materia de plazos, se establece que el funcionario que reciba una solicitud, documento o expediente deberá hacerlo llegar a la oficina correspondiente a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a su recepción. Las providencias de mero trámite deberán dictarse dentro del plazo de 48 horas. Los informes, dictámenes u otras actuaciones similares deberán evacuarse dentro del plazo de 10 días. Las decisiones definitivas deberán expedirse dentro de los 20 días siguientes contados desde que a petición del interesado se certifique que el acto se encuentra en estado de resolverse. Los plazos son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábado, domingos y festivos.

Silencio Positivo: transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el cumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver sobre el asunto, requiriéndole una decisión. Dicha autoridad debe elevar copia de la solicitud dentro de 24 horas. Si la autoridad no se pronuncia dentro del plazo de 5 días contados desde la recepción de la denuncia la solicitud se entenderá

aceptada. Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte al patrimonio fiscal. Lo mismo cuando la Administración actúe de oficio y deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política.

Esta ley contempla el recurso de reposición y el jerárquico. El de reposición se deberá interponer dentro del plazo de 5 días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna; en subsidio puede interponerse recurso jerárquico. Se establece expresamente que no procederá el recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados. En estos casos el recurso de reposición agotará la vía administrativa. La autoridad deberá resolver los recursos dentro del plazo de 30 días.

En contra de los actos administrativos firmes, también procede el recurso de revisión ante el superior jerárquico, ante determinadas causales que señala o indica la ley (que se haya dictado sin debido emplazamiento, error de hecho; prevaricación, cohecho, violencia, basado en testimonios o documentos falsos).

El plazo para interponer el recurso de revisión es de un año.

REFORMA CONSTITUCIONAL

Dentro de las Reformas Constitucionales recientemente aprobadas por el Congreso Nacional y publicadas en el Diario Oficial el viernes 26 de agosto de 2005, se incorporó un nuevo artículo a la Carta Fundamental, el Artículo 8º, dentro del Capítulo Primero sobre Bases de la Institucionalidad.

El precepto establece que "el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones". Y agrega que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen".

El carácter público de los actos y resoluciones de los órganos que conforman el Estado, es uno de los fundamentos que sostienen a una institucionalidad democrática, en términos ideales. El nuevo artículo 8º es explícito y señala que "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".

De acuerdo a lo anterior se deberá exigir ley de quórum calificado, requiriendo por consiguiente un alto grado de acuerdo, para no dejar entregado a gobiernos de

turno como a eventuales mayorías parlamentarias, la decisión sobre el carácter público o privado de la información en manos de los órganos del Estado. La norma constitucional señala cuatro ámbitos de materias que la ley que se dicte deberá tener en cuenta para establecer lo que se mantendrá "secreto" o "reservado".

En días recién pasados el Ministerio Secretaría General de la Presidencia remitió a las autoridades el Oficio Ordinario N° 914, comunicando las orientaciones en materia de transparencia y publicidad de los actos de la Administración Pública. En dicho oficio se pone en conocimiento la nueva norma de rango constitucional. Además, comunica la tramitación del proyecto de ley en el Congreso que modifica las normas sobre acceso a la información. De acuerdo al contenido de dicho oficio, cabe concluir que prontamente se tramitará la ley que establezca las causales de secreto o reserva que serán aplicables, las cuales por su parte, deberían quedar circunscritas a los casos internacionalmente aceptados: defensa nacional y seguridad pública, derecho a la privacidad de las personas individuales y funcionamiento adecuado de las instituciones.

El oficio termina solicitando a los organismos de la Administración a revisar desde ya "los criterios aplicados y a definir las estrategias e instrumentos de gestión que permitan la estricta observancia de dichos principios, velando siempre por la mayor publicidad y transparencia posibles".

ASPECTOS POSITIVOS DE NUESTRO ACTUAL SISTEMA

- Se consagra el Principio de Transparencia y Publicidad, según el cual el "procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos en las decisiones que se adopten en él.
- La información puede ser requerida por cualquier persona y no sólo por aquellas que la administración considere que posee la legitimación activa para ello.
- No se debe expresar el motivo del requerimiento de la información: No es necesario explicar ni exponer las razones por las cuales se requiere información ni tampoco demostrar cuál es el interés legítimo o derecho subjetivo afectado por el cual se pide la información en cuestión. Como se ha dicho más arriba, hay posiciones desde la Administración Pública, que no comparten este criterio.
- El derecho comprende el de recibir copias: en algunos países se ha argumentado que el derecho es al acceso, esto es a ver la información, pero no a recibir copia de la misma. Es un derecho fundamental el poder

contar con la información en cualquier medio. La ley chilena, no se refiere expresamente a ello, pero en numerosas oportunidades se refiere al hecho de que el funcionario u órgano estatal debe “proporcionar la documentación” o “entregar la documentación”.

- Plazos breves: la legislación establece plazos breves para la entrega de la información. Así, se establece que el jefe superior del órgano requerido debe pronunciarse sobre la petición, entregando la documentación solicitada o negándose a ello, dentro del plazo de 48 horas contado desde la formulación del requerimiento.

Adicionalmente, la ley establece el silencio administrativo positivo como regla general: Éste se refiere a qué sucede cuando la administración pública no responde (queda en silencio) frente al requerimiento de un ciudadano. Ante esto, pueden suceder dos situaciones, que el silencio tenga un efecto positivo, o negativo; siendo el carácter positivo la norma general y el negativo la excepción legal:

- Recursos judiciales: la ley establece la capacidad de los ciudadanos de recurrir ante los tribunales de justicia en caso de denegatoria de la información, contemplándose un procedimiento bastante acelerado para dictar sentencia.
- Responsabilidades: existen responsabilidades para los funcionarios que denieguen la información. El mismo fallo o sentencia que acoge una reclamación de denegación puede aplicar al jefe de servicio una multa.

ASPECTOS NEGATIVOS DE NUESTRO ACTUAL SISTEMA

- a) La misma ley que contempla el derecho de acceso a la información es la que presenta las barreras a ésta, en cuanto el órgano al que se le solicita la información puede denegar el acceso en los casos de secreto o reserva.
- b) Solo se refiere a los órganos que conforman el Poder Ejecutivo, excluyéndose el Poder Legislativo y el Poder Judicial.
- c) Las causales de negación de la información quedan entregadas a la autoridad administrativa. No es sólo la ley la que establece las causales de secreto, sino que esta facultad es entregada al gobierno de turno, el cual mediante el establecimiento de excepciones, podría dejar de cumplir con la norma general.

- d) El conjunto de derechos de acceso no se encuentran articulados en un cuerpo legal único y autónomo, por lo que se hace necesario realizar un esfuerzo de sistematización e interpretación del ordenamiento jurídico para dar cuenta del marco legal que los regula.
- e) El hecho de tener que recurrir ante tribunales ordinarios civiles obliga a tener que incurrir en el costo de la asesoría jurídica, con la agravante que el tema queda entregado a jueces con alta carga de trabajo con lo cual los plazos son excesivamente largos. No existe una instancia administrativa autónoma a la cual se pueda recurrir en forma previa a la judicial. Este órgano, de acuerdo a la experiencia exitosa de otros países es el que fomenta una cultura de transparencia.

PROYECTO DE LEY EN TRAMITE

Se encuentra en actual tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley de iniciativa de los senadores Larraín y Gazmuri que propone modificar la legislación que contiene las normas sobre acceso a la información pública y que básicamente propone lo siguiente:

- Extender las normas sobre acceso, además de la Administración del Estado, al Poder Legislativo, dejando para discusión parlamentaria la extensión de las normas a las actuaciones del Poder Judicial en el ámbito administrativo.
- Extender el concepto de información pública a todo tipo de información que obre el poder de la Administración del Estado y toda documentación financiada con presupuesto público y no solo al acto administrativo;
- Extender el plazo para entregar la información de 48 horas a un plazo de 10 días hábiles;
- Establecer en la misma ley las causales para denegar información y no entregarlo a la decisión administrativa como ocurre en la actualidad;
- Plazo máximo de 20 años para los actos que la ley declare como secretos o reservados;
- Regula los requisitos formales de una petición de acceso y la obligación de la Administración de remitir la solicitud a la institución competente;
- Se elevan las sanciones a los funcionarios que impidan u obstruyan el acceso del solicitante a la información requerida;
- Se restringen las causales por las cuales las sesiones de las cámaras del Congreso Nacional, pueden tener el carácter de secretas.

El proyecto de ley constituye un avance en materia de regulación del derecho de acceso a la información, lo cual no implica que no existan varios aspectos que no aparecen solucionados. Así por ejemplo, hasta el borrador que conocemos no se incluye dentro de los órganos sometidos a la legislación sobre acceso a las

actuaciones del Poder Judicial en el ámbito administrativo; se mantiene la norma que la oposición de terceros a la entrega de información no necesita ser fundamentada y la acción de amparo para reclamar de la denegación de la información sigue quedando entregado a los jueces civiles. Tampoco recoge una idea que ha resultado exitosa en el derecho comparado, consistente en crear un órgano administrativo, autónomo e independiente, evitando así la instancia judicial como única instancia de revisión. Este órgano además debiera cumplir con las funciones de promoción del derecho.

Actualmente se conocen una serie de indicaciones que ha presentado el Ejecutivo y diversos parlamentarios al proyecto de ley en trámite. Algunas de ellas son las siguientes:

- Extender el derecho de información a aquella contenida en actas, expedientes o documentos y la posibilidad de efectuar consultas a las entidades cubiertas por la ley
- Extender el derecho de acceso a los actos y documentos del Poder Judicial en su ámbito administrativo
- Exigencia de quórum calificado para la aprobación de leyes que contenga alguna causal de reserva o secreto
- Plazo máximo de 10 años para actos y documentos secretos
- La solicitud puede ser formulada en forma escrita o verbal
- La información puede entregarse por teléfono, facsímil, correo ordinario o electrónico, a petición del interesado
- Facultar al Presidente de la República para fijar texto refundido de los artículos pertinentes

Tal como se dijo anteriormente, el acceso a la información es esencial en el logro de los objetivos propios de una democracia efectiva y por tanto resulta clave poder profundizar en una legislación eficiente, sin perjuicio de tener que avanzar en otros aspectos que también resultan claves en esta materia, tales como la capacitación adecuada de los funcionarios que desempeñan funciones públicas en relación al marco legal sobre acceso a la información, el trabajo constante en fomentar una cultura de transparencia y el ejercicio efectivo del derecho de acceso por parte de la ciudadanía.