

¿CUÁL ERA EL PROPÓSITO DEL CONGRESO AL REGULAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA? LOS LÍMITES DEL ARTÍCULO 5° DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

WHAT WAS THE CONGRESS' PURPOSE WHEN REGULATING ACCESS TO PUBLIC INFORMATION? LIMITS OF ARTICLE 5 OF LAW N° 20.285

LUIS CORDERO VEGA¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza el alcance de la disposición que establece la publicidad de cualquier información que obre en poder de la administración.

Palabras claves: Transparencia. Alcance del artículo 5° de la Ley N° 20.285. Acto administrativo. Excepciones a la publicidad.

Abstract: The reach attributed to the rule ordering publicity of all information is analyzed in the present article.

Keywords: Transparency. Reach of article 5 of Law N° 20.285. Administrative act. Exceptions to publicity.

¹ Doctor en Derecho, profesor de Derecho Administrativo e investigador senior del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Algunas de estas ideas fueron expresadas inicialmente en mi trabajo “Delimitando la Ley de Acceso a la información: los dilemas tras la regulación”, en Letelier W., Raúl y Rajević M., Enrique (2010). *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot.

I. ANTECEDENTES

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Acceso a la Información Pública² (LAIP), ha existido controversia sobre la extensión de su aplicación, especialmente a consecuencia del contenido y redacción del artículo 5º, inciso segundo³, de la precitada ley. Sobre esa cláusula, el Consejo para la Transparencia (CPLT) ha sostenido que cualquier tipo de información que se encuentre en poder de la Administración en cualquier tipo de formato, es pública y, por lo tanto, sujeta a las exigencias de la ley.

Esa interpretación ha llevado la aplicación de la LAIP a información que el Congreso jamás tuvo por finalidad someter a la aplicación de la ley, ampliando la regla y alterando el propósito perseguido en su establecimiento. Esta discusión ha sido especialmente relevante en los denominados casos sobre “correos electrónicos”, en donde el Consejo ha sostenido invariablemente su publicidad en base a esta regla⁴ y cuya discusión ha sido llevada al Tribunal Constitucional (TC)⁵.

² Correspondiente a la ley N°20.285, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008.

³ El artículo 5º señala: En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

⁴ La jurisprudencia del CPLT en relación con la publicidad de los correos electrónicos se inició con la decisión de amparo Rol C83-2010, de 22 de junio de 2010, en la que sostuvo que el artículo 5º de la LAIP dispone que toda información que obre en poder de los órganos de la Administración es pública. Asimismo, indicó que la información requerida debía considerarse en principio pública, ya que, teniendo origen en la misiva de un particular dirigida a un funcionario público, obra en poder de un órgano de la Administración. Finalmente, hizo referencia a la letra c) del artículo 11 de la LAIP, que consagra el principio de apertura o transparencia, en virtud del cual toda la información en poder de los órganos de la Administración se presume pública, a menos que concurra alguna excepción.

En decisiones posteriores, sistemáticamente ha confirmado este criterio. Ver, en este sentido, Roles C64-10, C377-11, C126-2011, C406-11, C124-11, C122-211.

⁵ Los casos son los roles 2153, de 2012 y 2246, de 2012. En el primero de ellos, el TC comunicó el acuerdo por el que decidió acoger el requerimiento de inaplicabilidad; sin embargo, hasta la fecha de entrega de este trabajo, no conocemos los motivos del Tribunal para pronunciarse en ese sentido, porque aún no se ha publicado la sentencia.

En mi opinión, esa interpretación extensiva es impropia al fin perseguido por la ley y su aplicación puede lesionar otras situaciones objeto de protección. Con la finalidad de desarrollar lo antes señalado, a continuación, se examinarán los fundamentos y propósitos del legislador al establecer las normas sobre acceso a la información. De dicho análisis, se concluirá que el aspecto determinante para que exista acceso a la información, es la existencia de documentos (información elaborada en cualquier formato).

II. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Como es sabido, un tema esencial en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades^{6 7}.

Existe bastante consenso en la literatura que la demanda por Gobiernos Transparentes responde a dos ideas básicas: (a) *restaurar la confianza pública*, en la medida que la información proporcionada incrementa la educación de

⁶ Como sostiene Harlow, Carol y Rawlings, Richard (2009). *Law and administration*. Cambridge: University Press, 3th edn, p. 46, se ha ido produciendo un cierto consenso en que el Derecho Administrativo no sólo se puede ver desde la perspectiva de la contienda entre la administración y el ciudadano, tan bien reflejada en la contienda contenciosa administrativa (en la tensión sobre la legalidad y sus alcances) (denominada Red Light Theory), o desde la perspectiva de los resultados de prestación, reflejado en el debate del servicio público (la condición prestacional amplia y directa del Estado), sino que también es necesario dimensionarlo sobre cierto consenso de los valores que concurren en las regulaciones de las administraciones y representadas por el Derecho Administrativo (denominada Green Light Theory). Estos se traducen en una trilogía de valores: transparencia, participación y accountability (rendición de cuentas), que se reflejan en la expresión “buena gobernanza”.

⁷ Como señala Kant (*Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico*. Madrid: edición de Jacobo Muñoz, Biblioteca Nueva, 1999, pp. 127 y 128), existe una fórmula trascendental en el Derecho público, que supone la siguiente proposición: son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soporten ser hechos públicos. Lo anterior supone que no sólo es una mera regla ética, sino que ante todo un mandato jurídico para el Estado.

Concretamente, señala Kant, id., que “Porque una máxima que no se puede manifestar en alta voz sin arruinar al mismo tiempo el propio propósito, que debería, por tanto, permanecer secreta para poder prosperar y a la que no se puede reconocer públicamente sin provocar indefectiblemente la oposición de todos”.

los ciudadanos, haciendo de ellos sujetos con condiciones para exigir una demanda adecuada de la calidad de los servicios provistos por el Estado y sus organismos; (b) *tener más y mejores vigilantes de la actividad gubernamental*, en la medida que amplía las posibilidades de disponer de otros sujetos que controlen la actividad pública, diferente de las clásicas instituciones del control público⁸.

Por este motivo, el argumento central tras la transparencia y la publicidad de la información pública está asociado a la promoción de buenos gobiernos. En ese contexto, y asumiendo que la publicidad de la información en poder del Estado es uno de los pilares esenciales de la calidad del sistema democrático, la experiencia comparada demuestra que los países establecen diversos criterios tras la publicidad, dependiendo de las prioridades nacionales. Así, por ejemplo, algunos países privilegian instrumentos que buscan tener gobiernos más abiertos, sujetos al escrutinio público en la idea de luchar contra la corrupción (p.e., Corea, México). Otros colocan los énfasis en hacer un gobierno más amigable y accesible en orden a mejorar la prestación de los servicios públicos (p.e., Dinamarca), mientras que algunos buscan mejorar la actividad gubernamental en orden a ser más inclusivos en la elaboración de la política pública (p.e., Canadá y Finlandia)⁹.

Teniendo presente que las razones que motivan el acceso a la información pública, tienen como objetivo común mejorar el sistema de rendición de cuentas y, por esa vía, la calidad del sistema democrático, pero también que estas leyes se adecuan a los objetivos de política pública perseguido por cada país, dando origen a leyes de distinto orden, a continuación se analizan la razones que justifican, en el caso chileno, el acceso a la información pública.

III. EL OBJETO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN CHILE

a) El diseño constitucional

El acceso a la información pública fue regulado originalmente en Chile por la ley N° 19.653, también conocida como “Ley de Probidad Administrativa”, que modificó la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”). Ella permitía el acceso a los

⁸OCDE (2005). *Modernising Government. The Way Forward*. OCDE Publishing pp. 30 y 31.

⁹Ibidem.

actos administrativos y a los documentos que les servían de complemento directo y esencial¹⁰.

¹⁰ El texto original del artículo 11 bis (actual artículo 13) de la LOCBGAE señalaba: “Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan. 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.

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.

La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes.

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

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 cuarenta y ocho 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 interesados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación, la cual se entenderá practicada al tercer día de despachada la correspondiente carta certificada. La oposición deberá presentarse por escrito y no requerirá expresión de causa.

Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario, dictada conforme al procedimiento que establece el artículo siguiente. En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha 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.

El jefe superior del órgano requerido deberá pronunciarse sobre la petición, sea entregando la documentación solicitada o negándose a ello, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas contado desde la formulación del requerimiento, o desde la expiración del plazo concedido al tercero afectado, en el caso previsto en el inciso séptimo.

El jefe superior del órgano requerido deberá proporcionar la documentación que se les solicite, salvo que concurra alguna de las causales que establece el inciso siguiente, que le autorizan a negarse. En este caso, su negativa a entregar la documentación deberá formularse por escrito y fundadamente, especificando las razones que en cada caso motiven su decisión.

Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las

El referido cuerpo legal establecía cinco casuales de denegación del acceso a la información: (a) hipótesis de reserva o secreto establecido en disposiciones legales o reglamentarias; (b) que la publicidad impidiera o entorpeciera el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; (c) la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refería o afectare la información contenida en los documentos; (d) que la divulgación o entrega de los antecedentes requeridos afectare sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas; y (e) que la publicidad afectare la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Conforme a esa normativa, el Minsepres dictó el Decreto Supremo N° 26¹¹ (DS N° 26), que permitió a las autoridades administrativas determinar por sí y ante sí los actos y documentos que consideraban debían ser sustraídos del conocimiento público¹². Dicha práctica se prestó para abusos, pues permitió declarar buena parte de la información como secreta o reservada¹³.

Fue en ese contexto en que el Senado instó por la incorporación de un nuevo artículo 8º a la CPR, con la finalidad de reducir la discrecionalidad administrativa, de manera que fuera la ley la que estableciera las hipótesis de secreto o reserva¹⁴. Se sostuvo en su oportunidad que:

funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los 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 efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

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”.

¹¹ Publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de mayo de 2001. Su artículo 9 señalaba: “Los órganos de la Administración del Estado deberán clasificar los actos y documentos como secretos o reservados, de conformidad a los criterios establecidos en el artículo precedente, en atención al grado de protección que requieren.

Corresponderá al respectivo Jefe Superior de Servicio, mediante resolución fundada, determinar los actos, documentos y antecedentes de la institución u órgano de la Administración del Estado que estarán afectos al secreto o reserva”.

¹² Dichos actos se encuentran disponibles en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-17.8949958187/area_1.2005-10-18.5782379697/.

¹³ Vid. Cordero Vega, Luis (2010). “Delimitando la Ley de Acceso a la Información: los dilemas tras la regulación. En Letelier W., Raúl y Rajevic M., Enrique, *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot. En el mismo sentido, ver dictamen de Contraloría.

¹⁴ Artículo 8º, inciso 2º: 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

“(…) sería prudente decir, en primer lugar, que toda persona que desempeñe una función pública debe hacerlo observando el principio de probidad. En segundo término, que los órganos del Estado deben dar a conocer los fundamentos de sus decisiones, es decir, cumplir con el principio de publicidad, y finalmente, que deben actuar en forma transparente, lo cual significa que las personas puedan acceder a la información, con las restricciones que establecerá la ley”¹⁵.

La norma constitucional permite, de este modo, restringir la publicidad de los actos y resoluciones estatales –así como de sus fundamentos y procedimientos–, siempre que ello se haga por medio de una ley de quórum calificado que establezca la “reserva o secreto”, fundada únicamente en las hipótesis indicadas en la misma carta fundamental, y que se refieren a los casos en que la publicidad afecte: (i) el debido cumplimiento del funcionamiento de los órganos del Estado; (ii) los derechos de las personas; (iii) la seguridad de la Nación; o (iv) el interés nacional.

De este modo, se observa que el objetivo de la reforma no fue otro que constitucionalizar la regulación vigente al momento de su dictación, prohibiendo la posibilidad de declarar el secreto o reserva de los actos de la Administración mediante un acto diferente a una ley de quórum calificado. La práctica abusiva del DS N° 26, como se explicó, originó esta reacción y, por tal motivo, su estricta regulación constitucional. Sin embargo, con ella no se pretendió alterar o innovar en el objeto de la publicidad. De ahí que tras la reforma constitucional, lo que terminó pugnando con el texto constitucional fue la posibilidad de secreto o reserva mediante acto administrativo –contenido en el artículo 13 de la ley N° 18.575–, y no el objeto de la publicidad, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional (“TC”)¹⁶.

En estas circunstancias, fuerza es concluir que el derecho o garantía constitucional de acceder a la información en poder de los órganos de la Administración del Estado, se limita única y exclusivamente –en atención a lo señalado por el artículo 8° de la CPR–, a los actos y resoluciones, sus procedimientos y fundamentos, no siendo posible extender esta garantía a instrumentos diversos a los reseñados.

de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

¹⁵ Intervención del H. senador Larraín, Historia de la Ley N° 20.050 que introduce el artículo 8° a la CPR, p. 148.

¹⁶ Tribunal Constitucional, Rol N° 634 del 2006.

b) El objeto del derecho de acceso en la LAIP

Dada la remisión constitucional al legislador para la calificación de secreto o reserva, la LAIP reguló el acceso a la información del Estado¹⁷.

A este respecto, la LAIP consagró un criterio ya establecido en la LOCBGAE, cuando reguló por primera vez el acceso a la información pública, consistente en que la *“función pública se ejerce con transparencia”*¹⁸, señalando luego que el principio de la transparencia consiste *“en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información (...)”*¹⁹.

Esta ley, como se sabe, regula concretamente la transparencia de los órganos de la Administración del Estado, el derecho de acceso a la información que se encuentra en poder de dichos órganos, los procedimientos para su ejercicio y el sistema de amparo del mismo.

La LAIP es clara en señalar el objeto que persigue. Así, su artículo 3º indica que:

*“La función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella”*²⁰.

Luego, el inciso segundo de su artículo 4º, describe el principio de transparencia, señalando que:

“El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”.

Los mismos instrumentos son aludidos en el inciso primero del artículo 5º de la LAIP:

¹⁷ Su tramitación se inició por moción de los senadores Larraín y Gazmuri, Boletín N°3773.

¹⁸ Ley Orgánica Constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, artículo 3º.

¹⁹ Ley Orgánica Constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, artículo 4º.

²⁰ En el presente informe, todos los énfasis son agregados, a menos que se indique lo contrario.

“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.

Como se ve, todas las disposiciones citadas son coincidentes y declaran claramente la publicidad de: (i) decisiones adoptadas en ejercicio de funciones públicas; (ii) actos o resoluciones de la Administración; (iii) procedimientos utilizados para su dictación, (iv) sus fundamentos; y (v) documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial. La LAIP determina, en consecuencia, que los instrumentos públicos serán aquellos que produzcan efectos jurídicos, junto con sus procedimientos y fundamentos.

Finalmente, la LAIP confirma este criterio al establecer en su artículo tercero una modificación al inciso segundo del artículo 16 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (“LBPA”) en lo relativo al principio de transparencia y de publicidad, señalando precisamente que el acceso corresponde al acto administrativo (en general), así como a sus fundamentos y el procedimiento que sirvió para su elaboración²¹.

En síntesis, para que exista derecho de acceso a los fundamentos y al procedimiento, debe existir un acto administrativo dictado que permita acceder a la información, que finalmente se encuentra en el expediente administrativo y que sirve de base al acto terminal en donde deben constar los fundamentos de la decisión^{22 23}.

²¹ Ley 19.880, sobre bases del procedimiento administrativo, artículo 16. Principio de Transparencia y de Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que estos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.

²² Ley 19.880, sobre bases del procedimiento administrativo, artículo 18. 3. Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un *expediente*, escrito o electrónico, *en el que se asentarán los documentos* presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el

c) El propósito del Congreso al regular la LAIP

Despejar el propósito del legislador en la dictación de la LAIP es clave para una correcta interpretación de las normas en estudio²⁴, que es lo que permite clásicamente justificar la interpretación finalista de la ley administrativa²⁵.

Para tales efectos, cabe tener presente que el proyecto original presentado al Congreso, disponía de una norma de amplitud semejante a la que existe en la actualidad²⁶ y que el CPLT ha utilizado, por ejemplo, como parte de sus fundamentos para ordenar el acceso a los correos electrónicos.

órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que estas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso.

(inc. 4º). Además, deberá llevarse un *registro actualizado*, escrito o electrónico, al que tendrán acceso permanente los interesados, en el que consten las actuaciones señaladas en el inciso precedente, con indicación de la fecha y hora de su presentación, ocurrencia o envío”.

Ley 19.880, sobre bases de procedimiento administrativo, artículo 41. 1. Contenido de la resolución final. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados.

(inc. 4º). Las resoluciones contendrán la decisión, que *será fundada*. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

(inc. f). La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”.

Por este motivo, la jurisprudencia administrativa ha sostenido en el Dictamen N° 24.887, de 2009, que “tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta, en armonía con lo prescrito en los artículos 13 de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 16 y 41, inciso 4º, de la ley N°19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado”.

²³ Es posible, como se explicará también, acceder al acto trámite y al procedimiento adjetivo o secundario que lo funda.

²⁴ El propósito importa para efectos interpretativos, pues como señala Breyer, Stephen (2010), *Making our democracy work*. New York: Knof, pp. 92–94, “las normas legales deben ser interpretadas en términos de los propósitos normativos y sus consecuencias en virtud de los cuales se entregaron competencias a un organismo, de manera que el ejercicio de la misma tenga consideraciones de utilidad en relación a los problemas que el Congreso deseaba abordar al momento de regular la actividad de que se trate”.

²⁵ La doctrina de la interpretación finalista en la jurisprudencia administrativa es consecuencia del Dictamen N° 70.118, de 1970.

²⁶ La norma original era amplia, pues en la moción se le daba la siguiente redacción: “Reemplázase el inciso tercero del artículo 13 (de la LOCBGAE), por el siguiente:

Esa redacción dio origen a una gran discusión en la sala del Senado, que permite extraer los propósitos que perseguía el Congreso al regular el acceso a la información pública y los asuntos que no se encontraban asociados a los mismos.

En efecto, la discusión respecto de qué instrumentos serían públicos en la sala del Senado fue expresa, extensa y no existió desacuerdo al respecto. De ella se desprende un claro acuerdo en cuanto a que la normativa en cuestión persigue la publicidad de aquellos instrumentos relacionados con la dictación de un acto administrativo, que produce efectos jurídicos, excluyéndose aquellos otros que no cumplen con dichos requisitos.

Durante la discusión, se dejó así definido lo que no debía ser considerado como público. Se señaló, a modo ejemplar, que se encontraban fuera de la categoría de lo público, los *llamados telefónicos, hacer sonar los timbres, convocar a una sesión, conversaciones, deliberaciones* o toma de decisiones:

“El señor Viera-Gallo. (...) Según está definido en la Ley de Procedimientos Administrativos, o en las leyes sobre procedimientos judiciales, o en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, un acto es tal cuando se afina una decisión de un órgano administrativo o del Estado que produce efectos jurídicos.

No es un acto de la Administración del Estado que el Presidente de la República llame por teléfono o que el Presidente del Senado haga sonar los timbres. No es un acto el que se convoque a una sesión, o el que se hable y delibere. El acto tiene lugar cuando un procedimiento queda afinado de tal manera que produce efectos jurídicos. Ese es el tipo de actos que deseamos que sean públicos.

(...) Que el procedimiento sea público, a mi juicio, debería significar que la ciudadanía conoce cómo se adoptan las decisiones: la Corte Suprema, de tal manera; las Cortes de Apelaciones, de otra; el Consejo de Generales, de una forma; las Comisiones legislativas, de otra. O sea, se sabe que no hay un modo secreto para decidir.

Pero cosa muy distinta es que el ciudadano tenga derecho a presenciar la toma de decisiones que lleva al acto. Porque, si por esto se entiende público, creo que

“Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, en los términos señalados en el inciso anterior, y los documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por ella, o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Se considerará además, como información pública, cualquier tipo de documentación financiada con presupuesto público, salvo las excepciones legales”.

estamos haciendo una interpretación demasiado abusiva o extensiva de la reforma constitucional.

(...) Se dice, entonces, que son públicos los procedimientos mediante los cuales esos organismos adoptan sus decisiones. Yo tengo derecho a saber cómo se decide, pero no —como sucedió en la época de la Revolución Francesa o en la de la Comuna de París— a hacer desaparecer la diferencia entre gobernante y gobernado.

Si la nuestra es una democracia representativa, es porque partimos de la idea básica de que la ciudadanía no se autogobierna, sino que delega el ejercicio de la soberanía. Y si uno delega, puede controlar, pero no sustituir al órgano en el que delega. O sea, la base del sistema político de la democracia representativa es que existe una diferencia entre gobernante y gobernado. (...)

El señor Zaldívar (don Andrés). Siguiendo la argumentación del Honorable señor Viera-Gallo —estoy totalmente de acuerdo con su interpretación—, sugiero que se precise el N° 2.

Si dijera “Son públicas las resoluciones de los órganos de la Administración del Estado”, estaría perfecto. A mi modo de ver, el término “actos” es innecesario, porque la resolución contiene ese concepto; es donde se resuelve. Si no, la norma se presta para confusión en lo que concierne al alcance de la palabra “actos”.

(...) Por ello, hay que precisar esta disposición, para evitar excesos que pueden hacerla impracticable o, sencillamente, para impedir un rechazo.

El señor Viera-Gallo. (...) Entonces, señor Presidente, concluyo sosteniendo en primer término que, para que exista un acto de un órgano del Estado, debe mediar una actividad que produzca efectos jurídicos; no se trata de cada uno de los actos de los funcionarios. Y, en segundo lugar, que el ciudadano tiene todo el derecho del mundo a conocer los procedimientos por los cuales se adoptan las decisiones, pero no el de estar presente en las deliberaciones que llevan a ellas.

Si esas precisiones fueran de algún modo compartidas, yo no tendría ningún inconveniente en que se aprobara el N° 2 sin volver el proyecto a la Comisión, porque ese es el espíritu razonable de la norma. Si no, entraríamos en una gran confusión.

(...) El señor Vásquez. Señor Presidente, el análisis del Senador señor Viera-Gallo es correcto y concordante con el del Honorable señor Andrés Zaldívar. Pero los que algo conocemos de derecho sabemos que las normas de interpretación de la ley que corren entre los artículos 19 y 24 del Código Civil parten de la base —por lo menos, conforme a la conclusión generalizada de los civilistas, e incluso, de los constitucionalistas— de la literalidad de un texto. No comparto ese criterio, que no es el que mayoritariamente aceptan nuestros tribunales de justicia.

(...) Por lo tanto, me parece que lo lógico sería que la disposición se precisara definiéndose exactamente lo que se ha mencionado: qué son acto, resolución, fundamento y procedimiento. Al complementarla en esa forma, quedaría del todo clara.

En tal sentido, señor Presidente, deseo consignar que no siempre en los tribunales de justicia se entiende, como fuente de la ley, la historia de su establecimiento. No se recurre a ella. No basta la intervención de un Parlamentario en una Comisión o en la Sala.

(...) El señor Coloma. (...) En primer lugar, el proyecto se refería a los “actos administrativos”. Ese concepto es preciso en el Derecho Administrativo: resulta claro y nadie se confunde respecto de su significado. Y algo lo explicó anteriormente el Senador señor Viera-Gallo. En su lugar, la norma dice relación a “actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado”, que no es necesariamente lo mismo. Constituye una nueva expresión que se incorpora acerca de ese tipo de instrumento y, como es obvio, puede ser interpretada bajo las más diversas formas. O sea, sabemos lo que es un acto administrativo; pero un acto de la Administración del Estado, si no lo precisamos –por ejemplo, en cuanto a sus efectos jurídicos o a la factibilidad de causar determinada consecuencia en relación con terceros–, se puede aplicar con mayor o menor amplitud y generar una inseguridad que no me parece razonable en quien debe juzgar o interpretar la ley.

(...) El señor Larraín. (...) Lo que nos interesa es aclarar qué es información pública, cómo se garantiza el acceso a ella para asegurar la transparencia, cómo se pueden establecer mecanismos de excepción y los procedimientos para adquirir el conocimiento de la información. Si el precepto genera dudas, no tengo ningún problema en rechazarlo, porque el proyecto quedará exactamente igual. La norma sólo busca –repito– reproducir lo que establece la Constitución.

Segundo, aquí se ha dicho que la disposición no se entiende, que no están claros los conceptos de “acto administrativo”, de “acto de la Administración” o de “resolución”. Y se han citado varias normas.

¡Perdónenme, Sus Señorías, pero eso ya está definido en la ley! Aquí no estamos haciendo interpretaciones nuevas. Esto viene de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Más aún, por si eso fuera insuficiente, el artículo 3º de la ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, define el concepto de acto administrativo; de manera que no estamos haciendo ninguna innovación. Dice: “Concepto de Acto”.

(...) Reitero: el concepto está definido. Las palabras de los honorables señores Andrés Zaldívar y Viera-Gallo apuntan hacia la correcta interpretación. Algo también entendí al Senador señor Vásquez en la misma línea. Se trata de actos terminales, de actos formales, normalmente por escrito.

Por lo tanto, la expresión “acto administrativo” tiene en nuestra legislación una claridad conceptual que no merece dudas.

Igual ocurre con las resoluciones. El mismo artículo 3º del citado cuerpo legal las define: “Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”. ¿Y los procedimientos? ¿Por favor! No es más que una expresión gramatical. Es decir, los conceptos están señalados y debidamente explicados en nuestra legislación”²⁷.

Como se aprecia, se tuvo especial cuidado durante la tramitación de la LAIP en señalar que no toda información es pública, y que las obligaciones de publicidad se derivan sólo del ejercicio formal de las funciones públicas, excluyéndose expresamente los llamados telefónicos, conversaciones y deliberaciones. Todas las exclusiones corresponden precisamente a comunicaciones entre funcionarios públicos, que carecen de efectos jurídicos, a diferencia justamente de lo que sucede con los actos o resoluciones dictados por la Administración.

d) La tesis de la jurisprudencia

Ese propósito original es el que ha defendido la jurisprudencia administrativa. En efecto, la Contraloría General de la República (“Contraloría”) ha sostenido que mientras no exista acto administrativo, no se puede acceder a los documentos que potencialmente serán fundamento directo y esencial²⁸; ha insistido en la correlación entre el acto y el procedimiento

²⁷ Historia de la ley 20.285, pp. 117 y siguientes.

²⁸ En el dictamen N° 31451, de 2008, afirmó que:

“(…) la función pública debe ejercerse con transparencia, asistiéndole a los interesados el derecho a requerir al jefe de servicio respectivo los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial de los actos administrativos, criterio que se ve confirmado por la reiterada jurisprudencia de esta Contraloría General.

Asimismo, debe dejarse constancia que los interesados pueden tener acceso a las ofertas técnicas y económicas presentadas por los participantes a una licitación pública, una vez dictado el acto administrativo que resuelve la adjudicación de la propuesta, considerando que las ofertas técnicas y económicas de que se trata no constituyen actos administrativos, pero sirven de antecedente para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta, como tales, son documentos que pueden conocer quienes tengan interés en los mismos, en la oportunidad señalada”.

administrativo, así como el correlativo derecho de acceso en tanto exista acto dictado²⁹; ha señalado que, una vez dictado el acto administrativo, no existe derecho de acceso o bien no constituyen documentos del procedimiento, los borradores de opiniones previas a la dictación del acto administrativo final³⁰. Tampoco existe derecho de acceso a la información, cuando hay un procedimiento administrativo en curso, del cual emanan actos intermedios no finiquitados, como es el caso de un preinforme de auditoría³¹. Por lo mismo, el momento en que se puede tener acceso a la información es desde la dictación del acto administrativo, sea este terminal o de trámite, aunque este se encuentre en trámite de toma de razón, pues este último procedimiento está destinado a dar eficacia al acto administrativo dictado³². En consecuencia, la CGR ha dictaminado que el derecho de acceso a la información sólo existe en la medida que existan decisiones formales de la Administración (acto administrativo)³³.

²⁹ En el dictamen N° 5403, de 2009, indicó que:

“(…) el artículo 4° de la ley N° 19.880, señala que el procedimiento administrativo está sometido a los principios de transparencia y publicidad y el artículo 17, letra d) del mismo texto legal previene que las personas tienen derecho a acceder a los actos y sus documentos, en los términos previstos en la ley, definiendo en sus artículos 3° y 18, el acto administrativo y el procedimiento administrativo respectivamente.

Sin embargo, en el caso de que se trata no ha procedido acceder a la petición del recurrente, en orden a que se le proporcione una copia de la denuncia que formulara un particular solicitando se realice una investigación en la Municipalidad (...), como quiera que aquella constituye el inicio de un acto administrativo, cuyo procedimiento no está afinado, siendo sólo el punto de partida de una investigación o sumario administrativo que ha comenzado a instruir este Organismo en ese municipio, con ocasión de hechos denunciados”.

³⁰ En el dictamen N° 22500, de 2008, señaló que:

“No procede solicitud de copias de informes elaborados por funcionarios de esta Contraloría y de los antecedentes que habrían sido considerados en emisión de dictamen. Ello, porque son borradores o elementos de juicio de carácter interno, que no contienen en sí mismos, una decisión sobre las materias sustantivas que deben ser resueltas a través de pronunciamientos formales de esta Contraloría General. De esta forma, no constituyen actos administrativos decisorios ni, propiamente, documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, en los términos previstos en el inc. 2 del art. 8 de la Constitución Política”.

³¹ En el dictamen N° 18474, de 2009, expresó que:

“(…) el Preinforme de Observaciones constituye un documento intermedio, relativo a una fiscalización inconclusa y, por lo mismo, no corresponde a la opinión final de la Contraloría General de la República ni a un acto administrativo terminal, lo cual explica su naturaleza confidencial, correspondiendo privativamente al alcalde determinar a qué funcionarios da conocimiento del mismo, fundamentalmente para efectos de preparar su respuesta”.

³² Dictamen N° 7355, de 2007. En idéntico sentido Dictámenes Nros. 50273, 52916 y 57558, de 2008.

³³ Dictamen N° 60024, de 2009.

Por su parte, en el caso de la jurisprudencia judicial, con ocasión del reclamo de ilegalidad que se interpuso en contra de la Decisión Amparo Rol C-38-10, de 14 de marzo de 2010, la Corte de Apelaciones de Santiago ha confirmado que no es posible requerir información que no haya sido exteriorizada en un acto administrativo, los cuales deben ser autosuficientes. Señala la Corte que no es posible acceder a las razones propias de los funcionarios:

“Debiendo los actos administrativos ser motivados o fundados, estos deben ser autosuficientes, por lo que no está dentro de las atribuciones del Consejo exigir la entrega de información que sólo estuvo en la mente del Rector de la USACH y que no fue plasmada en el respectivo acto, entender lo contrario implicaría una contravención al inciso 2º del artículo 10 de la Ley de Transparencia”³⁴.

En estas circunstancias, los motivos, deliberaciones o elucubraciones que los funcionarios públicos realizaron, no se encuentran comprendidos en aquella información que a la luz de la LAIP tiene el carácter de pública, debiendo resguardarse e impedirse su acceso.

IV. EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 5º SE DEBE APLICAR SÓLO A INFORMACIÓN “ELABORADA”

Pese a las conclusiones a las cuales hemos arribado, el artículo 5º inciso segundo de la LAIP es una norma que aparentemente amplía el objeto de la información pública. Precisamente en esta norma se ha fundado el CPLT para justificar un acceso amplio a cualquier “papel” físico o electrónico en poder de las autoridades públicas.

En efecto, el artículo 5º de la LAIP, luego de ajustarse al estándar constitucional del derecho de acceso (el acto y sus documentos, fundamentos y procedimiento), dispone de un inciso segundo que, concordado con el principio de transparencia, podría llevar a suponer que el acceso a la información se aplica respecto de todo tipo de información y en cualquier momento. Este inciso dispone:

“Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

³⁴ ICA de Santiago, Rol 2442-2010.

La norma citada ha legalizado el derecho de acceso, no cubierto por el supuesto constitucional, como una regla de *accountability* amplia, en la medida que declara de acceso público también a toda otra información que provenga de los “actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, que es lo que mandata el artículo 8 de la CPR.

La interpretación armónica de todas las disposiciones de la LAIP precedentemente citadas (artículos 3°, 4° y 5° inciso primero) y la consideración de que existe una serie de información en manos de la Administración que naturalmente no llegará a producir un acto administrativo, es lo que explica la incorporación de una disposición de esta naturaleza. En efecto, en ausencia de esta disposición, el ejercicio de funciones de fiscalización, la formulación de bases de datos, estadísticas y otras actividades regulares de la Administración que no derivan necesariamente en actos administrativos, quedarían excluidas de las normas de acceso a la información pública, sin que exista justificación para ello. De ahí entonces la necesidad y fundamento del inciso segundo del artículo 5° de la LAIP.

En este sentido, la introducción del inciso segundo del artículo 5° no viene a dejar sin efecto las consideraciones antes señaladas, que limitan el acceso a la información en los términos ya indicados, sino que sólo viene a incluir aquella información de carácter oficial que, estando en manos de la Administración, por sus características y contenido, no será parte de un procedimiento administrativo ni derivará en acto con efecto jurídico alguno³⁵.

Una interpretación armónica, que permite una visión de consistencia regulatoria y admisible constitucionalmente, supone considerar entonces que existe información en manos de la Administración que no llegará nunca a la dictación de un acto administrativo y, en consecuencia, que no tendrá un procedimiento o fundamento asociado, no obstante encontrarse “*elaborada*”³⁶.

³⁵ Ese propósito se deduce de las diversas indicaciones y el debate que se generó con el objeto de que quedaran expresamente incorporadas en la LAIP los estudios elaborados con presupuesto público y los que entregaban los particulares a la Administración en su función de autorización o fiscalización. Así lo demuestra expresamente la Historia de la ley, ob. cit., pp. 64-65, 75-77, 150-152.

³⁶ Esta circunstancia es especialmente compleja en el Derecho español, que como se ha comentado exige que el procedimiento administrativo esté terminado. Como señala Rams

Es lo que sucede, por ejemplo, con el resultado de un estudio encomendado por la Administración o con las estadísticas que los organismos administrativos deben elaborar para el desarrollo de sus actividades. La primera hipótesis es la consecuencia o resultado de un acto y procedimiento (que realizó la licitación y contrató), el segundo corresponde al ejercicio habitual de la función administrativa.

Por tal motivo, para efectos del acceso a la información pública, es necesario distinguir las actividades cotidianas de los funcionarios y las autoridades (p.e., notas personales en un bloc entregado por el Estado, conversaciones telefónicas en un teléfono de propiedad del Estado o las comunicaciones por medio de casillas institucionales), de aquellas actividades que, insertas en un proceso formal, están destinada a producir efectos jurídicos.

Ese es el criterio con el cual debe interpretarse el concepto de información a que se refiere el inciso segundo del artículo 5º de la LAIP, ya que esta norma tiene por objeto proporcionar acceso a documentos e información que está en poder de la Administración para el ejercicio de su función, la que se debe distinguir entre la destinada a la dictación de un acto administrativo terminal o trámite que debe estar en el expediente del procedimiento; de la que corresponde a la información en cualquier formato que obra en su poder o se “elabora” con presupuesto público.

Así las cosas, no pueden constituir información pública para efectos del artículo 5º de la LAIP dando origen a todo el medio de reacción

Ramos, Leonor (2008), *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Reus, p. 429, parece que la formulación del precepto lleva a entender que los mismos quedan excluidos del acceso, puesto que se reconoce el derecho de acceso precisamente por entender que los documentos solicitados referentes a las diligencias informativas y actuaciones de información preliminares forman parte de un procedimiento y no porque se trate de documentos que deban archivarse, de manera que parece que sólo los documentos que afectivamente forman parte del procedimiento administrativo concreto son susceptibles de ser accesibles, independientemente de que se trate de un procedimiento conducente a una declaración de voluntad de la Administración o no.

Por otro lado, Sánchez Morón, Miguel (2005). *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos, p. 459, afirma que no se entiende por qué se ha de vedar la información sobre estudios, informes u otros documentos preparatorios ya definitivos que se aporten, por ejemplo, aprobar un reglamento o un plan de la Administración que se esté elaborando y que puedan ser de interés objetivo para el público (la STS de 17 de febrero de 2004 admite, precisamente, el acceso a este tipo de documentos en materia de medio ambiente). En cualquier caso, la alusión a los procedimientos terminados no limita el acceso a documentos que no se integran en un expediente formalizado, sino que formen parte de otras actuaciones y que obren en poder de la Administración.

institucional para su acceso, en tanto la información no constituya una expresión formal de la actividad administrativa en sus extensas hipótesis (actos administrativos, documentos, correspondencia pública, etcétera). El propio Congreso cuando legisló tuvo plena conciencia y fue su propósito no extender la aplicación de la LAIP fuera de las hipótesis de actividad formal de la Administración, generadora de consecuencias jurídicas.

Lo anterior no significa limitar la aplicación de la ley, sino que respetar su propósito. Esta se hizo para controlar el actuar del Gobierno por parte de los ciudadanos, no para satisfacer meras curiosidades de estos últimos sobre el proceder de sus autoridades.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Breyer, Stephen (2010). *Making our democracy work*. New York: Knof.
- Cordero Vega, Luis (2010). “Delimitando la Ley de Acceso a la Información: los dilemas tras la regulación”. En Letelier W., Raúl y Rajevic M., Enrique. *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot.
- Harlow, Carol and Rawlings, Richard (2009). *Law and administration*. Cambridge: University Press.
- Kant, Immanuel (1999). *Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico*. Madrid: edición de Jacobo Muñoz.
- Letelier W., Raúl y Rajevic M., Enrique (2010). *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot.
- OCDE (2005). *Modernising Government. The Way Forward*. OECD Publishing.
- Rams Ramos, Leonor (2008). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Reus.
- Sánchez Morón, Miguel (2005). *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos.

NORMAS CITADAS:

- Ley No. 19.880, sobre bases del procedimiento administrativo.
- Ley No. 20.285, del 20 de agosto del 2008, ley de acceso a la información pública.
- LOC, bases generales de Administración del Estado, artículos 3º y 4º.

Luis Cordero Vega | ¿Cuál era el propósito del Congreso al regular el acceso a la información pública? Los límites del artículo 5º de la ley de acceso a la información

JURISPRUDENCIA CITADA:

Consejo para la Transparencia, Rol C83-2010, del 22 de junio del 2010.

ICA de Santiago, rol 2442-2010

Tribunal Constitucional, Rol 634, del 2006.

Tribunal Constitucional, Rol 2153, del 2012.

Tribunal Constitucional, Rol 2246, del 2012.