

UNA VISIÓN CRÍTICA SOBRE LA NORMATIVA DE ACCESO A LOS ACTOS E INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA

Johann Stefan Allesch Peñailillo (*)
Iván Mauricio Obando Camino (**)

Pareto legi, quisque legem sanxeris
“Obedece a la ley, tú que la has
promulgado” (Pseudo Ausonio, *Septem
sapientum sententiae*, 2, 5).

RESUMEN

Este artículo analiza, críticamente, algunos vicios de inconstitucionalidad que existen en la regulación legal del principio de la publicidad de los actos administrativos y de los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial, luego de la promulgación de la ley N° 19.653, mejor conocida como la “Ley de Probidad”, en 1999. Luego de pasar revista al alcance del derecho de acceso a los actos e información administrativa, configurado a partir del principio antedicho, este artículo analiza algunas normas jurídicas posteriores, reglamentarias y legales, que tratan sobre el principio de publicidad administrativa, para establecer una visión general sobre el citado derecho. En

(*) Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Talca.

(**) Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Valparaíso y Magíster en Ciencia Política por la Universidad Estatal de Nueva York en Albany. Profesor de Derecho Público y de Aguas en la Universidad de Talca.

Estos comentarios forman parte de una investigación sobre la recepción de los principios de transparencia y publicidad en la jurisprudencia, efectuada antes de la publicación de la ley que crea la Agencia Nacional de Inteligencia Pública. Los autores agradecen la colaboración y comentarios de su colega don Juan Pablo Olmedo Bustos, como asimismo, los comentarios de los profesores Sres. Andrés Bernasconi R., Claudio Palavecino C., Ricardo Sánchez V. y Humberto Nogueira A. Los errores u omisiones son de exclusiva responsabilidad de los autores.

Artículo recibido el 10 de mayo de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 10 de agosto de 2004.

Correos electrónicos: jallesch@utalca.cl; lobandoc@utalca.cl

este contexto, este artículo también trata acerca de los antecedentes jurídicos (constitucionales, legales, reglamentarios, dogmáticos y jurisprudenciales) que permiten identificar dichos vicios y finalmente formula algunas reflexiones sobre el tema de la publicidad y el secreto administrativo.

Acto Administrativo. Información Administrativa. Ética. Probidad. Transparencia. Publicidad. Secreto Administrativo. Libertad de Expresión.

ABSTRACT

This article critically analyzes some unconstitutional defects that exist in the statutory norms on the principle of publicity of administrative orders and its direct and essential supporting or complementary documents, after the enactment of the 19.653 Act, better known as the “Probity Act”, in 1999. After reviewing the scope of the right of access to administrative acts and information, based on the aforesaid principle, this article draws from some subsequent juridical norms both statutory and regulatory which deal with the principle of government publicity, to come up with a general view on the aforementioned right. In this context, this article also deals with the juridical background information (constitutional, statutory, regulatory, theoretical, judicial and administrative) to identify those defects and finally reflects on the issue of administrative publicity and secret.

Administrative Order. Government Information. Ethics. Probity. Transparency. Publicity. Government Secret. Freedom of Expression.

I. INTRODUCCIÓN

1. El acceso a los actos e información administrativa ha pasado a constituir un tema de primer orden en el proceso de reforma del Estado. Enfrentado a lo anterior se encuentra su opuesto tradicional, el secreto administrativo, que ha constituido un aspecto característico de la configuración de las modernas administraciones públicas, en parte por circunstancias endógenas a la propia organización administrativa, como por ejemplo, la necesidad de autonomía y supervivencia institucional¹, la acumulación de recursos de poder propios frente a los oficiales públicos elegidos popularmente, la mantención de presupuestos y la satisfacción de demandas internas, entre otras, y también en parte por

¹ Downs, Anthony, **Inside Bureaucracy**, Little, Brown and Company, Boston: Mass., 1967, p. 19; Crozier, Michel, **The Bureaucratic Phenomenon**, The University of Chicago Press, Phoenix Books, Chicago: Ill., 1964, pp. 145 ss. y 175-208.

circunstancias exógenas a ella, como por ejemplo, el desempeño y satisfacción de nuevas funciones y metas impuestas por las autoridades políticas y la mayor asertividad de los administrados, entre otras.

En un sistema político democrático la existencia y justificación del secreto administrativo exige la búsqueda constante de un equilibrio tensional entre el acceso a los actos e información administrativa y el secreto administrativo, estructurado sobre la base de algunas ideas matrices y hallazgos recurrentes a este tipo de gobierno, como por ejemplo, el hecho que el voto popular mayoritario empodera a ciertas autoridades generando diferencias de status con sus electores; que el buen gobierno no debe diferir de la forma en que personas juiciosas y competentes administran sus propios negocios; la necesidad de eficacia en la implementación de las políticas públicas; que el gobierno mayoritario no debe ser tiránico respecto de la minoría² y la convicción profunda que la crítica, el control y la responsabilidad de las autoridades políticas constituyen instrumentos legítimos y funcionales para una buena administración de los asuntos públicos³.

2. En el sistema político chileno la búsqueda de este equilibrio tensional ha conducido últimamente al denominado principio de la probidad administrativa, el cual se apoya en el principio de la transparencia administrativa y, por extensión, en el de la publicidad administrativa, todos ellos entendidos en un sentido amplio, los cuales se pueden deducir de ciertas normas fundamentales previstas en la Constitución Política, a saber: el carácter *republicano* de nuestro gobierno *democrático* (art. 4º), lo que supone un régimen político basado en la igualdad jurídica de todas las personas, en el que las autoridades desempeñan los cargos públicos temporalmente, en tanto dure su buen comportamiento y en virtud de una delegación que les hace el soberano popular, el cual puede siempre exigirles responsabilidad por sus actos en el ejercicio de las funciones delegadas; la vigencia de un Estado de Derecho (arts. 6º y 7º), que supone que el gobierno está sujeto a la juridicidad en su origen, actuación y atribuciones; y su relación con la libertad de opinión e información (art. 19 N° 12), que permite especialmente a las personas expresar libremente sus ideas acerca del buen gobierno e informarse sobre los asuntos de interés general y particular⁴⁻⁵.

² Dahl, Robert A., *A Preface to a Democratic Theory*, The University of Chicago Press, Phoenix Books, Chicago: Ill., 1965, pp. 4 ss.

³ Sobre diferencias nacionales en materia de secreto, Cfr. Wilson, James Q., *Bureaucracy: what government agencies do and why they do it*, BasicBooks, Inc., 1989, pp. 300 s.

⁴ Sobre la probidad, transparencia y publicidad administrativas, en un sentido cronológico, Cfr. Sánchez M., Miguel, «El Derecho de Acceso a la Información en Materia de Medio Ambiente», en *Revista de Administración Pública* 137, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Mayo-Agosto 1995, pp. 31-55; Claissac S., Jorge, *Derecho de Acceso a la Información Administrativa*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2000, 558 pp.; Otero L., Miguel, «Los Principios de la Transparencia y

3. En esta perspectiva, la comunidad jurídica saludó entusiastamente la publicación de la ley N° 19.653, en el *Diario Oficial* N° 36.538, de 14 de diciembre de 1999, sobre Probidad Administrativa Aplicable a los Órganos de la Administración del Estado, cuyo art. 1° modificó extensamente la ley N° 18.575, ley orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado e incorporó a esta última ley el mentado principio de la publicidad de los actos administrativos emanados de los órganos de la Administración del Estado y de los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial, en dos disposiciones legales, a saber: el art. 3° inc. 2°, que señaló: “*La Administración del Estado deberá observar los principios de ... probidad, transparencia y publicidad administrativas...*” y el art. 11 bis inc. 3°, que preceptuó: “*Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos*

Publicidad en la Administración del Estado”, en Bascuñán V., Antonio (ed.), **La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000**, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2000, pp. 703-727; Fernández G., Miguel A., “El Principio de Publicidad Administrativa”, en Bascuñán V., Antonio (ed.), **La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000**, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2000, pp. 729-776; Astorquiza A., Gastón, “Consideraciones Respecto a la Legislación sobre Probidad Administrativa”, en *Revista de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República*, Edición Especial, noviembre 2000-enero 2001, pp. 46 ss.; Urrutia S., Osvaldo, *El principio de publicidad y el secreto en el acceso a la información administrativa*, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 171 pp.; Fernández G., Miguel A., “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales y de los Documentos en que se Fundan”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 14, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2002, pp. 187-199; Contesse S., Jorge, “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 14, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2002, pp. 201-233; Nogueira A., Humberto, **El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (Honra y vida privada)**, LexisNexis ConoSur, Santiago, 2002, pp. 35 s.; Barra G., Nancy, **Probidad Administrativa**, LexisNexis ConoSur, Santiago, 2002, pp. 99-112; Colombara L., Ciro y Olmedo B., Juan P., “El Control Social de la Administración y el Derecho de Acceso a la Información. La Experiencia Chilena”, en *Revista de Información Pública* 1, N° 1, Escuela de Periodismo, Universidad Santo Tomás, junio 2003, pp. 7-29 (reimpreso en *Derecho Comparado de la Información* 2, julio-diciembre 2003, pp. 37-61); Olmedo B., Juan P., ““Claude contra CONAF”: Un Caso de Control Social de la Explotación Forestal”, en *Revista de Derecho Ambiental* 1, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, pp. 186-204; Astorquiza A., Gastón, **Legislación, control y cultura de probidad**, Seminario Función Pública y Corrupción organizado por la Contraloría General de la República y la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Temuco, 30 de septiembre de 2003, pp. 9 s., en www.chiletransparente/documentos/Artículos-Ponencias; Aguerrea M., Pedro, “El Derecho de Petición ante la Administración del Estado: Acerca de la Obligación de Respuesta”, en *Ius Publicum* 9, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2002, pp. 55-70; Delpiazzo, Carlos E., “Control Social de la Administración y Transparencia”, en *Ius Publicum* 11, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2003, pp. 43-52; Guajardo M., María P., **Principio de Transparencia y Publicidad en la Administración Pública**, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 41 ss.; Olmedo B., Juan P., **Derecho de Acceso a la Información Pública. Chile**, Santiago, agosto 2004, 10 pp.

⁵ Sobre el republicanismo, Cfr. Aldunate L., Eduardo, “El Derecho Público a Finales de Siglo. Algunas Preguntas Abiertas”, en *Revista de Derecho* XVIII (Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público), Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1997, pp. 58 ss.; Cerdá M., Mario, “Origen de Algunos Principios Básicos de la Institucionalidad Política Establecida por la Constitución Política”, en *Revista de Derecho Público* 37-38, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1985, pp. 72 ss.

que les sirven de sustento o complemento directo y esencial". La adopción de este principio constituyó el colofón de la consagración a nivel legal orgánico-constitucional, en la misma oportunidad, de los principios de la probidad y transparencia administrativas, en los arts. 3º inc. 2º, 11 bis incs. 1º y 2º y 52 y sgtes. de la ley N° 18.575. En cumplimiento de la Disposición Transitoria 4ª de la ley N° 19.653, el Presidente de la República dictó el DFL N° 1-19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el *Diario Oficial* N° 37.113, de 17 de noviembre de 2001, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, en el cual el citado art. 11 bis pasó a ser el art. 13 de la ley orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado⁶.

Con todo, este entusiasmo inicial se vio atemperado por la peculiar y defectuosa regulación sobre el secreto administrativo adoptada por la misma ley N° 19.653, la que dejó entregada a la Administración una amplia latitud para denegar el acceso de las personas a la información administrativa mediante la dictación de un reglamento, y en el último tiempo ha sido substituido por una profunda inquietud sobre la comprensión y compromiso normativo de parte de nuestros poderes públicos, para llevar a efecto los valores subyacentes a las normas constitucionales referidas supra, al publicarse una ley ordinaria que amplía en forma inconstitucional el campo del secreto administrativo, como es el caso 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.

4. En este sentido, este artículo efectuará una revisión de los antecedentes relativos al establecimiento del principio de publicidad de los actos administrativos de los órganos de la Administración en nuestro derecho y de algunos de los diversos vicios de inconstitucionalidad que es dable advertir en la normativa jurídica dictada recientemente sobre la materia, esto es, desde diciembre de 1999 a la fecha.

⁶ Sobre la situación tradicional chilena en materia de secreto administrativo, Cfr. González M., Mario, "El Derecho de Petición ante la Autoridad Administrativa en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República", en *Revista de Derecho Público* 37-38, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1985, pp. 241-225; Mendoza Z., Ramiro, "Notas sobre el Acceso a la Documentación Administrativa", en *Revista de Derecho Público* 59, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996, pp. 243-275.; Medina, Cecilia y González, Felipe, "Chile: National Security, Freedom of Expression and the Legacy of the Military Dictatorship", en Coliver, Sandra et al., **Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information**, Klewer Law International, The Hague, 1999, pp. 214 s.; Fredes, Miguel, "Condicionante para la participación ciudadana en la toma de decisiones en asuntos ambientales: El derecho de acceso a la información", en *Ambiente y Desarrollo* XVI, N° 4, diciembre 2000, pp. 16-22. Sobre reacciones y desarrollos recientes en la materia, Cfr. Fischer A., Alvaro, "No es en los tribunales", en *El Mercurio de Santiago*, domingo 27 de octubre de 2002, p. A 2; Olmedo B., Juan P., "Derecho de Acceso a Información Pública Secreto y Reserva", en *Revista del Abogado* 30, abril 2004, pp. 14 ss.; Soza, Daniel, "Secretos de Estado", en *Qué Pasa*, N° 1.728, 20 al 27 de mayo de 2004, pp. 48-50; Correa R., Teresa, "Acceso a Información Pública Abusos a la Ley de Probidad Administrativa: Organismos estatales que esconden secretos", en *El Mercurio de Santiago*, martes 15 de junio de 2004, p. C 3; Feliú O., Olga, "Publicidad de los actos públicos", en *Diario Financiero*, 30 de junio de 2004, en www.eldiario.cl/shnoti.asp?noticiax2035; "Propuesta parlamentaria: Piden respaldo para ley contra el secretismo", en *El Mercurio de Santiago*, viernes 23 de julio de 2004, en http://diario.elmercurio.com/2004/07/23/nacional/_portada/noticias/impresion3677EF; Larraín F., Hernán, "A derribar muros", en *El Mercurio de Santiago*, domingo 1 de agosto de 2004, p. A 2.

Para ello, este artículo consta de ocho secciones, incluidas esta Introducción y las Conclusiones, las que, prescindiendo de estas dos últimas, tratan acerca de algunos antecedentes nacionales en materia de acceso a la información administrativa, las instituciones incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico mediante la dictación de la ley de probidad, la situación particular de la ley y el reglamento en materia de denegación de acceso a los actos e información administrativa, el posterior reglamento sobre secreto o reserva de los actos e información administrativa, la modificación tácita pretendida introducir mediante la ley N° 19.880 al ordenamiento jurídico vigente y algunas reflexiones finales que esta temática sugiere a los autores, respectivamente, los que son desarrollados infra en las secciones II, III, IV, V y VI.

II. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS

1. La preocupación por el acceso a la información administrativa no es algo de reciente data en nuestro derecho. El enfoque tradicional se centró en la relación de aquél con el derecho de petición y, más recientemente, con la participación ciudadana en materias medioambientales, respecto de lo cual existen normas legales expresas y jurisprudencia administrativa⁷. En los últimos años el énfasis se ha dado respecto de su conexión con la efectiva vigencia de la libertad de opinión e información en un sistema democrático-constitucional, enfoque que se ha extendido, además, hacia su funcionalidad para la existencia de una organización administrativa scrutinizable por la comunidad y sujeta a la juridicidad⁸. Es desde este punto de vista en que se puede entender el énfasis dado al mismo en la última década por nuestro derecho.
2. Refiriéndonos a algunos antecedentes nacionales recientes, podemos señalar que mediante el DS. N° 423, de 5 de abril de 1994, del Ministerio de Interior, publicado en el *Diario Oficial* N° 34.482, de 18 de abril de 1994, dictado por el Presidente de la República Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle, el gobierno creó la Comisión Nacional de Ética Pública, que fue un organismo asesor cuyo objeto era constituir una “*instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública*”, según rezó su art. 1° inc. 1°. Para estos efectos, el inc. 2° de este precepto administrativo definió actividad pública en términos amplios como “*no sólo aquella que realiza el personal que forma parte de los órganos de la administración del Estado, sino también la que efectúan los privados y que incida o afecte directamente la transparencia ética de dichos órganos*”, para lo cual el art.

⁷ Cfr. González M., Mario, cit. (n. 6); Fredes, Miguel, cit. (n. 6); Aguerrea M., Pedro, cit. (n. 4).

⁸ Sobre la discusión y fracaso de la idea del acceso a la información administrativa en las sesiones N°s. 227, 231, 232, 233, 234, 235 y 236, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Cfr. Mendoza Z., Ramiro, cit. (n. 6), pp. 243-275.

2º a) y d) señaló como algunos de los objetivos de la Comisión: “*a) Estudiar la legislación nacional vigente en materia de probidad funcional con el objeto de proponer perfeccionamientos o reformas./ d) Evaluar la reglamentación vigente en materia de contratos y licitaciones del Estado con el objeto de proponer eventuales perfeccionamientos y reformas destinados a garantizar la transparencia de los procedimientos*”.

Subyaciendo a estas decisiones administrativas estuvo la creencia sobre la existencia de una relación entre la ética y la transparencia públicas con la probidad administrativa, entendiendo la actividad de la Administración como un proceso dinámico inserto dentro del sistema social y el subsistema político. Lo anterior se expresó en las razones de hecho que condujeron a la dictación del citado acto administrativo, pues los Considerandos 1., 2.- y 3.- de aquél expresaron: “*1.- La conveniencia de promover una reflexión informada sobre el tema de la Ética Pública, involucrando para ello de manera activa a los distintos poderes del Estado y sectores de la ciudadanía./ 2.- La necesidad de actualizar constantemente los mecanismos jurídicos que tienen por objeto la prevención y la represión de los fenómenos de la corrupción, el tráfico de influencias y la colisión de intereses./ 3.- La exigencia de transparencia que demanda la estrecha vinculación entre el sector público y el sector privado.*”

Es importante mencionar que el acto administrativo en examen no hizo mención expresa del principio de la publicidad administrativa, en parte porque podía ser desprendido eventualmente del de la transparencia pública.

3. El Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública, dado a conocer el 5 de abril de 1994, expresó su convicción que: “*La transparencia se aplica a la totalidad de la función pública...los fenómenos de corrupción proliferan cuando las funciones públicas no son transparentes y escapán, por lo mismo, al control institucional y ciudadano. Por esta razón, su aplicación debe estar garantizada por ... la publicidad de los procedimientos de la gestión y actos estatales. Respecto de estos últimos, la regla general debería ser la publicidad de todas las decisiones de los órganos del Estado, tales como aquéllas referentes a contratos, licitaciones, concesiones, permisos, etc., para permitir e incluso inducir a que la sociedad civil, a través de la acción de personas, grupos informales e instituciones, ejerzan un control eficaz sobre la esfera pública.*”⁹.

Lo anterior se vinculó a la noción de control social para la prevención de la corrupción, empleada por la Comisión, la que en su concepto “*tiene por objeto hacer operativas las prácticas exigidas a la sociedad civil para vigilar y evaluar, en un proceso continuo, las*

⁹ Comisión Nacional de Ética Pública, “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción”, en *Revista de Ciencia Política* XVIII, N°s. 1-2, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago. 1996, p. 206. Espaciado agregado por los autores, para indicar cursivas en el original.

*actividades de los agentes e instituciones públicas*¹⁰, siendo el correlato social de la transparencia y publicidad de los agentes públicos, para lo cual debía contarse con una “*información adecuada, oportuna y completa de todo lo que pertenece y está relacionado con la esfera pública*”¹¹, y observando, al mismo tiempo, la inexistencia del derecho de acceso periodístico a la información concerniente a la gestión pública¹².

Para estos efectos, la Comisión propuso, dentro de las medidas relativas al control social, la dictación de una ley de acceso a la información pública, sobre la base de los siguientes presupuestos: “*La Comisión estima que sólo los ciudadanos debidamente informados acerca de lo que ocurre en la gestión pública pueden ejercer un control activo a su respecto. La transparencia, sistematicidad y fluidez de la información pública es, por tanto, un objetivo de la primera importancia./A partir de tal convencimiento, la Comisión estima necesario legislar sobre el acceso de la ciudadanía a la información, estadísticas e informes sobre materias públicas que hayan sido generados en, u obren en poder de, la Administración Pública. /La referida ley deberá establecer los procedimientos y plazos para acceder a esa información, las excepciones relativas a la información reservada, y el procedimiento y entidad mediante los cuales se habrán de resolver las discrepancias entre la Administración y quienes solicitan información a aquélla./ Un acceso fluido a la información proveniente del ámbito público, fortalecerá el insustituible rol de los medios de comunicación social relativos a la difusión y escrutinio de la actividad de los poderes del Estado.*”¹³

4. La Comisión estimó de la mayor importancia que la gestión pública fuera naturalmente escrutinizable por la comunidad organizada, para lo cual consideró como presupuesto básico el acceso de ésta a la información pública. Aparentemente, la Comisión consideró que esto último debía tener lugar, en un primer momento, en forma indirecta a través de los medios de comunicación social y, posteriormente, al momento de formular proposiciones concretas, además en forma directa por parte de la propia ciudadanía. Asimismo, resulta de interés la distinción que se sugiere en el mentado Informe, por una parte entre los procedimientos de gestión y los actos estatales, entendiéndose por dichos actos las decisiones de los órganos del Estado, y por otra parte la información, estadísticas e informes sobre materias públicas generados o en poder de la Administración, ya que la Comisión postuló que para los actos estatales la regla general debería ser su publicidad¹⁴,

¹⁰ Ibid, p. 214.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid, pp. 214 y 245.

¹³ Ibid, p. 246.

¹⁴ Los autores reconocen que el empleo del verbo “deber” en tiempo condicional, por parte de la Comisión, parece sugerir cierta vacilación de parte de sus integrantes en materia de publicidad administrativa, lo que no deja de ser un rasgo cultural muy nacional.

mientras que para la información y documentos en general admitió que fueran excepcionalmente reservados.

5. Las recomendaciones de la Comisión dieron origen a un proyecto de ley del Ejecutivo, tendiente a reforzar el principio de la probidad administrativa a través de la dictación de un verdadero código de ética pública, remitido al Congreso Nacional a mediados de la década de 1990, la mayoría de cuyas disposiciones fueron posteriormente incorporadas a un proyecto de reforma a la ley N° 18.575, ley orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Paralelamente, el Ejecutivo propuso al Congreso Nacional, un proyecto de ley sobre acceso a la información administrativa, bastante desarrollado, cuya lenta tramitación incidió en que el Senado, en el ínterin, incorporara parte de sus normas al proyecto de ley modificadorio de la ley N° 18.575, que ya estaba conociendo.

La existencia de un proyecto de ley específico sobre el acceso a la información administrativa condujo a que se formara una Comisión Mixta para resolver las dificultades entre ambas Cámaras. Los integrantes de la Comisión Mixta tomaron conocimiento de todas las iniciativas legislativas y acuerdos internacionales pendientes de aprobación a la sazón, que decían relación con la probidad, libertad de prensa y transparencia administrativas, decidiendo seguir el parecer del Senado, en el sentido que las normas sobre transparencia y publicidad administrativas debían quedar consignadas en el proyecto de reforma a la ley N° 18.575. Este es el origen del art. 1º de la ley N° 19.653, que modificó extensamente, entre otras cosas, el Título I de la ley N° 18.575, incorporando a éste un art. 11 bis y 11 ter, sobre probidad, transparencia y publicidad administrativas^{15 16}.

Basado en el estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, el autor don Osvaldo Urrutia S. sostiene que la Comisión Mixta adoptó dicho predicamento porque: *“Se razonó en dicha instancia parlamentaria que el proyecto de ley sobre acceso a la*

¹⁵ Urrutia S., Osvaldo, cit. (n. 4), pp. 98 ss.; Carmona S., Carlos, “Antecedentes de la ley N° 19.653”, en *Revista de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República*, Edición Especial, noviembre 2000-enero 2001, pp. 25-35.

¹⁶ Sobre la historia fidedigna del establecimiento del citado art. 11 bis, Cfr. Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 2^a Ordinaria, jueves 23 de mayo de 1996, pp. 23 ss. y 75; Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 41^a Ordinaria, martes 21 de enero de 1997, p. 55; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 2^a Especial, miércoles 1^º de octubre de 1997, pp. 143 s. y 173; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 3^a Ordinaria, martes 9 de junio de 1998, pp. 337 ss., 401 s. y 414 s.; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 10^a Ordinaria, miércoles 1^º de julio de 1998, pp. 855 s.; Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 17^a Ordinaria, miércoles 15 de julio de 1998, pp. 70 s.; Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 26^a Ordinaria, jueves 10 de diciembre de 1998, pp. 92 ss.; Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 27^a Ordinaria, martes 15 de diciembre de 1998, p. 21; Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 62^a Ordinaria, martes 11 de mayo de 1999, pp. 74 ss. y 98 ss.; Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 66^a Ordinaria, martes 18 de mayo de 1999, pp. 21 ss.; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 2^a Ordinaria, miércoles 2 de junio de 1999, pp. 63 ss. y 74 ss.

información administrativa no había tenido movimiento desde su presentación en 1995, y que desde el punto de vista de la técnica legislativa resulta más adecuado incluir tales reglas en la iniciativa sobre probidad, pues ella está llamada a organizar una parte de las bases fundamentales de la Administración Pública. Y el tema tampoco guardaba concordancia con el proyecto de ley sobre libertades públicas y ejercicio del periodismo, porque éste se relaciona con otro tipo de atribuciones. Fueron en definitiva las elaboraciones de la Comisión Mixta las que en gran parte permanecieron hasta la completa elaboración y posterior promulgación del proyecto como la ley 19.653.”¹⁷.

6. Por otra parte, en el *Diario Oficial* N° 36.279, de 2 de febrero de 1999, se publicó el DS. N° 1.879, de 29 de octubre de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual nuestro gobierno promulgó la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996, luego de haber dado cumplimiento a todos los trámites jurídicos necesarios para su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Dicha promulgación simbolizó el compromiso de nuestro gobierno para llevar a efecto las medidas necesarias para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción vinculados con tal ejercicio.

Entre las medidas preventivas contempladas en la Convención para dicho objeto, relacionadas con nuestro objeto de estudio, cabe consignar que el Art. III N°s. 5 y 11. de la Convención dispuso que: “...los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:/ 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas. .../11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”.

En este orden de ideas, el acceso a la información administrativa constituía una de las iniciativas susceptibles de ser llevadas a efecto para los objetos mencionados.

III. ESTATUTO JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO A LOS ACTOS E INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA: DICTACIÓN DE LA LEY DE PROBIDAD

1. **Antecedentes legislativos:** En el *Diario Oficial* N° 36.538, de 14 de diciembre de 1999, se publicó la ley N° 19.653, referida supra, popularmente conocida como “ley de probidad”, la que modificó una serie de cuerpos legales con el objeto de adecuar, con mayor o menor extensión, la organización administrativa, legislativa y judicial chilena, al principio de la probidad de los agentes públicos.

¹⁷ Urrutia S., Osvaldo, cit. (n. 4), p. 101.

Como indicado supra, el art. 1º de esta ley modificó latamente la ley N° 18.575 e incorporó a esta última el principio de la publicidad de los actos administrativos de la Administración del Estado y de los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial, al cual se refirió especialmente en dos preceptos legales, a saber, el art. 3º inc. 2º, que señaló: “*La Administración del Estado deberá observar los principios de ... probidad, transparencia y publicidad administrativas...*” y el art. 11 bis inc. 3º, que preceptuó: “*Son públicos los actos de la administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial*”.

La misma ley incorporó a la ley N° 18.575 un art. 11 ter, el que estableció una acción contencioso-administrativa especial a ser ejercida en un procedimiento judicial concentrado en contra de la Administración, tanto en caso de denegación, fundada en causal legal, del derecho de acceso a la información administrativa solicitada, por parte del Jefe Superior del servicio que fue previamente requerido por escrito, como en caso de oposición del titular de la información o de terceros a quienes esta última afecte en sus derechos o intereses, la que ha pasado a ser denominada el amparo del derecho de acceso a la información administrativa, en atención al lenguaje empleado por el legislador en la parte final del inc. 1º del mismo.

En cumplimiento de la Disposición Transitoria 4ª de la ley N° 19.653, el Presidente de la República dictó el DFL. N° 1-19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el *Diario Oficial* N° 37.113, de 17 de noviembre de 2001, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, en el cual los citados arts. 11 bis y 11 ter pasaron a ser los arts. 13 y 14, respectivamente, de la ley orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, a los cuales dedicaremos los párrafos siguientes.

2. **Fuentes constitucionales y naturaleza jurídica:** En conformidad al art. 13 del DFL. N° 1-19.653, podemos decir que el mencionado derecho de acceso a la información administrativa encuentra su fuente inmediata en una ley orgánica constitucional, como es el art. 1º de la ley N° 19.653¹⁸, dictada en virtud del art. 38 inc. 1º de la Constitución Política, y su fuente mediata en los arts. 4º y 19 N° 12 de la Constitución Política y los arts. 19 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente, a virtud de lo preceptuado en el art. 5º inc. 2º de la Constitución Política.

Su carácter de derecho no admite dudas ante el claro tenor del art. 14 inc. 1º del DFL. N° 1-19.653, el que al establecer el estatuto legal aplicable al contencioso-administrativo

¹⁸ Nogueira A., Humberto, **El derecho a la libertad**, cit. (n. 4), pp. 35 s.

especial que lo resguarda, preceptúa: «*Vencido el plazo previsto en el artículo anterior para la entrega de la documentación requerida, 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 del derecho consagrado en el artículo precedente.*»¹⁹.

El carácter orgánico constitucional de su fuente inmediata, el art. 1º de la ley N° 19.653, tampoco admite duda alguna, debido a la declaración expresa efectuada en tal sentido por el Tribunal Constitucional, al momento de ejercer el control de constitucionalidad preventivo obligatorio a su respecto²⁰.

Respecto de sus fuentes mediatas de origen internacional, podemos señalar que, en lo pertinente, el art. 19 párr. 2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra el derecho de toda persona a la libertad de expresión, el cual «comprende la libertad de buscar, recibir ... informaciones e ideas ... de toda índole» y el párr. 3. del mismo prescribe que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones, de carácter expreso y de origen legal, que sean necesarias para «*b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*».

Sobre el mismo supuesto discurre el art. 13 inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, al reconocer el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, el cual comprende «*la libertad de buscar, recibir ... informaciones e ideas ... de toda índole...*», agregando su inc. 2º que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores, expresas, legales y necesarias, para «*b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*» y su inc. 3º que «*no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos*», incluidos aquellos medios «*encaminados a impedir la comunicación y la circulación de las ideas*».

Los derechos antedichos, contemplados en los instrumentos jurídicos citados, forman parte de los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana y, en cuanto tales, se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento constitucional en razón de lo prescrito en el art. 5º inc. 2º de la Carta Constitucional, teniendo nuestro Estado el deber de respetarlos y promoverlos.

En este sentido, el derecho de acceso a la información administrativa constituye un medio establecido por el ordenamiento jurídico para el legítimo ejercicio de los derechos relativos a la libertad de expresión, asegurados tanto en los instrumentos jurídicos

¹⁹ Espaciado agregado a la parte final de este inciso por los autores.

²⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 299, de 19 de noviembre de 1999, Considerandos 1º, 2º, 3º, 4º, 17º y Declaración N° 1.

internacionales indicados como en el art. 19 N° 12 de la Constitución²¹, participando en consecuencia de las características de aquéllos, en especial de su irreversibilidad, progresividad y posición preferente, como asimismo de las garantías establecidas a su respecto, en especial de garantías específicas internas, como son los principios de reserva legal y de respeto del contenido esencial de los derechos por el Legislador²².

3. **Cautela judicial:** Este derecho se encuentra debidamente cautelado en el art. 14 inc. 1° part. final del DFL. N° 1-19.653, mediante una acción contencioso administrativa especial, que se dirige en contra de la Administración²³, que ha sido denominada en el foro como el amparo del derecho de acceso a la información pública.

Dicha acción, cuenta asimismo con un procedimiento especial para su conocimiento y resolución. Con ello, el legislador conforme a lo prescrito en el art. 19, N° 3, inc. 5°, de la Constitución Política, ha creado una acción de control en virtud de la cual la persona afectada por una actuación administrativa tiene derecho de recurrir ante los órganos que cuentan con facultades jurisdiccionales, de defenderse y de disponer de los recursos suficientes para lograr una defensa eficaz y cierta de sus derechos.

Esta vía de acción y de control, se constituye en un contencioso administrativo especial de plena jurisdicción (declarativo de derecho), en virtud de la cual el órgano con competencia para conocer y resolver dicha acción, está facultado para ordenar mediante resolución judicial, que un órgano administrativo o un tercero, quienes inicialmente negaron la entrega de información a una persona, proceda dentro de plazo a hacer entrega de la misma.

Los supuestos que contempla la norma del art. 14 citado, que permiten consecuentemente a un interesado interponer la referida acción, son los siguientes: i.- Que haya transcurrido el plazo consignado en el art. 13 del DFL. N° 1-19.653 (48 horas), sin que el Jefe superior del órgano administrativo haya hecho entrega de la documentación previamente requerida. ii.- Que se haya denegado la petición de entrega de información por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional. iii.- Que se haya denegado la entrega de documentos o información debido a que su publicidad afecta la seguridad de la Nación o el interés nacional.

En las dos primeras hipótesis el conocimiento y resolución de la acción está entregada en

²¹ En el mismo sentido, Cfr. Fernández G., Miguel, “El Principio de Publicidad Administrativa”, cit. (n. 4), pp. 735-738; El Mismo, “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales”, cit. (n. 4), p. 192.

²² Sobre las características y garantías de los derechos fundamentales, Cfr. Nogueira A., Humberto, **Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales**, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003, pp. 69-76 y 101-137.

²³ En caso de oposición de un tercero, sin expresión de causa, a la divulgación o entrega de información, la acción contencioso administrativa deberá ser dirigida, además, en contra de dicho tercero.

primera instancia al juez de letras de turno en lo civil del domicilio del órgano de la Administración requerido; y, en segunda instancia a la Corte de Apelaciones respectiva, quien conoce del recurso de apelación en ambos efectos.

Por su parte, en el evento que se haya denegado la entrega de documentos o información debido a que su publicidad afecta la seguridad de la Nación o el interés nacional, el conocimiento y resolución de la acción de amparo está entregado a la Corte Suprema de Justicia, quien conoce en sala.

Cabe consignar como efectos de la sentencia que pronuncia el órgano jurisdiccional, los siguientes: i.- Se ordena la entrega de los documentos o antecedentes requeridos, fijando para ello el órgano jurisdiccional un plazo prudencial. ii.- Se puede aplicar, en el evento que así lo estime el tribunal, una multa al Jefe del Servicio, de dos a diez unidades tributarias mensuales.

Por su parte, la no entrega oportuna de los documentos o antecedentes en la forma que ordena el órgano jurisdiccional es sancionada administrativamente con la suspensión de su cargo del Jefe del Servicio, por un lapso de cinco a quince días y con multa de dos a diez unidades tributarias mensuales. Y, en caso de reincidencia, se aplica el duplo de las sanciones reseñadas precedentemente.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio que el funcionario sancionado pueda incurrir en el delito de desacato previsto y sancionado en el art. 240 inc. 2º del Código de Procedimiento Civil.

4. **Derecho de acceso, probidad y transparencia:** Este derecho se inserta en el principio de la transparencia de la función pública, constituyéndose consecuentemente en medio de control del principio de probidad administrativa; principio que debe regir el actuar de todos quienes desarrollan actividades de carácter público administrativas.

En atención a lo anterior, la probidad, transparencia y publicidad administrativas, entre otros, forman parte de los principios que constituyen la organización básica de la Administración del Estado, conforme se deduce del art. 38 inc. 1º de la Constitución Política. Así, por lo demás, lo asentó el Contralor de la Constitucionalidad en la oportunidad indicada supra²⁴.

5. **Legitimación pasiva:** De acuerdo a lo prescrito en el art. 13 inc. 3º en relación con lo preceptuado por el art. 1º inc. 2º del DFL. citado, este derecho puede ejercerse respecto de los órganos que integran la Administración del Estado, la que para efectos de esta ley está constituida por los ministerios, intendencias, gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría

²⁴ Cfr. (n. 20).

General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley, sin perjuicio de ciertas empresas privadas referidas infra²⁵.

6. **Objeto material directo:** En razón del contenido del principio de la transparencia de la función pública, explicitado en el art. 13 inc. 2º citado, la ley orgánica constitucional en el inciso siguiente -concretando los deseos de la Comisión Nacional de Ética Pública- prescribe claramente que son públicos: i.- Los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado. ii.- Los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial²⁶.

- 6.1. **De los actos administrativos:** En lo tocante a los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, el derecho de acceso no reconoce límites ni excepciones en el texto del DFL. N° 1-19.653. Este aserto se ve confirmado en art. 13 incs. 4º y sgtes., que dan a entender claramente que el legislador interpretó el sustantivo información como referido a aquello que consta en informes, antecedentes, documentos o en documentación (incs. 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º y 13º)²⁷.

La historia fidedigna del establecimiento del precepto legal en comento así parece atestiguarlo, al leer el informe de la Comisión Mixta referida supra, la que dio a dicho precepto su redacción definitiva²⁸. Este informe permite deducir la misma distinción entre

²⁵ La pertenencia del Banco Central a la Administración del Estado y la sujeción de aquél a las normas del derecho de acceso a la información administrativa, suscita discusión al tenor de lo preceptuado en el art. 1º inc. 2º del DFL. N° 1-19.653, el art. 2º de la ley N° 19.880, los arts. 66 y 90 de la ley N° 18.840 (ley orgánica constitucional del Banco Central) y el art. 8º letra a) N° 3 del DS. N° 26, de 2001, del Ministerio Secretaría General de Gobierno. Cfr. Sentencias de primer y segundo grado dictadas en amparo de acceso a la información pública, caratulado “*Claude Marcel con Banco Central*”, rol N° 19-2003, del 7º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago.

²⁶ El art. 2º inc. 2º del Decreto Supremo N° 26, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, alude a los documentos que sirvan a los actos administrativos de sustento o complemento directo o esencial.

²⁷ Así lo sugirió, por lo demás, el Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, dependiente del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en noviembre de 2000, el cual se refirió a este tema en los siguientes términos: «*Nuestra legislación actual previene que serán los actos de la administración (tales como decretos, resoluciones, exceptuadas o no de la toma de razón, y otros actos formales de la autoridad, emitidos en razón de las atribuciones propias de la autoridad, y dentro del ámbito de su competencia, por las cuales se regula o resuelve una determinada materia) los públicos, y no cualquier documento de la Administración./Por tanto, los ciudadanos podrán exigir la entrega de información del Estado en la medida que conste en los documentos constitutivos de dichos actos administrativos, así como respecto de los documentos que les sirvan de sustento o de complemento directo y esencial a los anteriores. Lo anterior en todo caso encuentra ciertas limitaciones, como se verá más adelante.*» Cfr., Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, **Manual Básico sobre Aplicación Práctica de la Ley de Probidad y Otras Materias de Especial Relevancia para el Control**, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, 2000, p. 4, ennegrecido en el original; Fernández G., Miguel A., “*El Principio de Publicidad de los Actos Estatales*”, cit. (n. 4), p. 194.

²⁸ El precepto surgió inicialmente en primer trámite constitucional, fruto de una indicación presentada por el

actos administrativos e información, documentación o documentos, lo que reafirma nuestro aserto sobre la publicidad de los actos administrativos.

Al respecto, dicho informe consigna que el Jefe de la División Jurídico-Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Sr. Carmona, expresó su preocupación por la amplitud del nuevo art. 11 bis, el que, entre otras cosas, obligaba a la Administración a conservar una cantidad ingente de documentos: *«Al establecerse la publicidad, no sólo de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, sino que también de los documentos de cualquier naturaleza que les sirvan de sustento o complemento, continuo, se tendrá que archivar una gran cantidad de documentos, lo que físicamente será de muy difícil ejecución y, además, en la mayor parte de los casos, no presentarán para el administrado mayor importancia, porque se trata de documentación que no tiene ninguna relación directa y esencial con la decisión final adoptada.»*²⁹.

Esto condujo a la Comisión Mixta a adoptar los siguientes acuerdos: *«A la luz de estas observaciones, la Comisión Mixta acordó introducir diversas enmiendas al artículo 11 bis contemplado por el honorable Senado en el segundo trámite constitucional, las que condujeron a la elaboración de dos artículos, signados como 11 bis y 11 ter. En el primero de ellos contempló en su integridad el procedimiento para requerir la documentación ante el órgano administrativo, así como las causales que permiten denegar su entrega. En el segundo artículo se regulan los procedimientos de reclamación./ En el nuevo artículo 11 bis se acota el alcance de los documentos a cuyo acceso se refiere la disposición, de forma tal de permitir la publicidad de aquellos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial de los actos administrativos, además de estos mismos./ ...Se consideró que el requerimiento por escrito deberá proceder siempre que la documentación requerida no esté destinada a la consulta del público en forma permanente./ Por otro lado, atendida la desregulación de la reserva o secreto de la documen-*

Ejecutivo, a solicitud de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, la que pidió aquél la reformulación del proyecto de ley original (Boletín N° 1510-07), para incorporar la probidad como un título especial a la ley N° 18.575, dando lugar a un parco art. 56 nuevo en la ley referida, el que en segundo trámite constitucional fue objeto de una indicación de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, la que por unanimidad acordó cambiar de ubicación el precepto, para incluirlo en el Título I de la ley N° 18.575 y de otra del H. Senador Sr. Otero, quien le dio una redacción más cercana al precepto definitivamente aprobado por el Congreso Nacional y cuya redacción (y entidad) definitiva provino de las recomendaciones efectuadas más tarde por la Comisión Mixta de Diputados y Senadores, formada para resolver las dificultades suscitadas entre ambas Cámaras con motivo de la tramitación del mentado proyecto de ley. Cfr. Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 2^a Ordinaria, jueves 23 de mayo de 1996, pp. 23 ss. y 75; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 2^a Especial, miércoles 1^o de octubre de 1997, pp. 143 s. y 173; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 3^a Ordinaria, 9 de junio de 1998, pp. 337 ss., 401 s. y 414 s. y Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 62^a Ordinaria, martes 11 de mayo de 1999, pp. 74 ss. y 98 ss.

²⁹ Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 62^a Ordinaria, martes 11 de mayo de 1999, p. 76.

tación, se acordó permitir que el reglamento establezca y regule los casos de secreto o reserva para denegar su entrega./ En el nuevo artículo 11 ter, por su parte, se estimó necesario proteger el secreto o reserva durante el procedimiento de reclamación por la negativa a entregar los documentos requeridos, hasta que exista un procedimiento definitivo que declare su publicidad. En este sentido, se acordó incorporar la existencia de un cuaderno secreto en que se llevará la prueba rendida y los documentos que sea necesario acompañar.»³⁰.

En cuanto a lo que debe entenderse por actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, la Contraloría General de la República precisó ulteriormente este concepto a través de su jurisprudencia administrativa. Al respecto, ella señaló que acto administrativo es *“toda declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, en función de una potestad administrativa y que tiene por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él”*³¹, lo que supone, en su concepto, la concurrencia de cinco requisitos, a saber: i.- Que exista una declaración de voluntad; ii.- Que dicha declaración

³⁰ Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 62^a Ordinaria, martes 11 de mayo de 1999, pp. 76 s. Espaciado agregado por los autores de este artículo.

No obstante la claridad de las palabras de este informe, él fue interpretado diversamente por los miembros de la Comisión Mixta que informaron a la Cámara de Diputados y al Senado, respectivamente. Así, el H. Diputado Sr. Elgueta informó parcialmente a la Cámara de Diputados que la Comisión Mixta había acordado, por unanimidad, la publicidad de los actos administrativos, que excepcionalmente la documentación podía ser secreta o reservada y, al efecto, señaló: *«la Comisión Mixta, por unanimidad ..., resolvió consagrar la transparencia y publicidad de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y de aquellos documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial. .../También se reglamenta lo relativo a la documentación reservada o secreta que actualmente tiene a través de un decreto supremo que aborda materias muy restringidas. Pero no existe una legislación adecuada al respecto. Incluso se podrá reclamar ante la Corte Suprema cuando se requiera el acceso a documentos secretos o reservados, especialmente aquellos relacionados con la seguridad del país, y otros.»* Cfr. Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 66^a Ordinaria, martes 18 de mayo de 1999, p. 21. En cambio, los H. Senadores Sres. Larraín y Díez informaron al Senado que la proposición de la Comisión Mixta consagraba el carácter público de los actos de la Administración y las causales que permitían dar a conocer tales actos. Cfr., Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 2^a Ordinaria, miércoles 2 de junio de 1999, pp. 65 y 75 s. Al respecto, el H. Senador Sr. Larraín expresó: *«Enseguida se aprobó la norma que introdujo el Senado respecto a la transparencia de la información administrativa. Como Sus Señorías recordarán, se estableció primero a propósito de la ley de prensa. Y se repitió lo mismo en esta iniciativa, con el fin de consagrar el carácter público de los actos de la Administración; es decir, que no puede entenderse que los actos de cualquier autoridad son susceptibles de ocultamiento o de no ser dados a conocer al país. .../ Esa norma fue objetada inicialmente, sobre todo en los aspectos procesales, por la Cámara de Diputados. Sin embargo, llegamos a un acuerdo donde se consagra el carácter público de los actos administrativos de los órganos de la Administración y de los documentos que les sirvan de sustento. Se establecen, por cierto, las razones por las cuales la autoridad puede no dar a conocer esos actos (por ejemplo, cuando esté en juego la seguridad del Estado, o cuando puedan lesionarse ciertos derechos de las personas, o cuando se entrañe en forma grave el funcionamiento del respectivo órgano de la Administración). Pero, en lo fundamental, se mantiene el principio indicado.»* Ibid, p. 65.

³¹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 5.380, de 2000.

emané de un órgano administrativo; iii.- Que el órgano emisor sea competente para expedirla; iv.- Que el acto implique una decisión tendiente producir un efecto jurídico; v.- Que recaiga tanto en derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o sobre derechos y deberes de particulares frente a la Administración³², todo lo cual le ha conducido a negar tal calidad -y por ende su divulgación- a las consultas efectuadas por los interesados; los informes internos evacuados en un procedimiento administrativo; las ofertas, técnicas y económicas, abiertas en una licitación, en tanto no se adjudique esta última; las peticiones de dictámenes efectuadas ante la misma Contraloría; las solicitudes de reconsideración de su jurisprudencia vigente y a los procesos disciplinarios, al igual que a los sumarios administrativos instruidos en servicios sujetos a su fiscalización, mientras no se encuentren afinados³³.

Con todo, la propia Contraloría General de la República hizo una importante precisión en el segundo semestre de 2000, pues, luego de reiterar el concepto de acto administrativo, indicado supra, puntualizó que la circunstancia que el art. 11 bis de la ley N° 18.575 «sólo regule la publicidad de los actos administrativos decisionales no significa que en virtud de esta disposición, los demás actos de la Administración hayan pasado a tener el carácter de secretos y no puedan o no deban ser dados a conocer a terceros interesados, en determinadas circunstancias./ En efecto, por un lado no es admisible entender, en el marco del principio de transparencia en la gestión administrativa consagrado legalmente en la misma disposición, que la finalidad de la ley haya sido dar carácter de secretos a los restantes actos de la Administración, toda vez que el propósito de ésta sólo se ha limitado en esta parte a regular especial y específicamente la publicidad de los actos administrativos decisionales. Bajo ningún respecto el principio de transparencia se circumscribe exclusivamente a los actos administrativos, sino que afecta, en general, a toda la gestión administrativa.»³⁴.

Ahora bien, debido a que la publicidad de los citados actos fue establecida por una ley orgánica constitucional, por las razones apuntadas, las excepciones y limitaciones a su respecto deben ser establecidas, a lo menos, por una ley del mismo tipo, atendido lo prescrito en el art. 63 inc. 2º de la Constitución Política³⁵.

Por lo expuesto, tratándose de normas legales dictadas con anterioridad a la entrada en

³² Ibid.

³³ Ibid. En el mismo sentido, Cfr. Contraloría General de la República, Dictámenes N°s. 13.575, 29.549, 35.259 y 42.779, todos de 2000.

³⁴ Cfr. Contraloría General de la República, Dictamen N° 35.259, de 2000.

³⁵ En el mismo sentido, Fernández G., Miguel A., “El Principio de Publicidad Administrativa”, cit. (n. 4), pp. 743 ss., 758 s. y 762 ss.; El Mismo, “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales”, cit. (n. 4), pp. 192 ss.; Barra G., Nancy, cit. (n. 4), p. 107.

vigencia de la Constitución Política, que hayan establecido actos administrativos secretos, debemos entender que dichos preceptos deben seguir aplicándose y tienen en el ínterin la naturaleza legal orgánico constitucional exigida por el art. 38 inc. 1º de la Carta Fundamental, atendido lo preceptuado en su Disposición Transitoria Quinta, en tanto no sean modificadas por otras normas legales orgánica constitucionales aprobadas con el quórum constitucional señalado en el art. 63 inc. 2º citado.

6.2. De la información administrativa: En lo tocante a la información en poder de los órganos de la Administración, entendida de la manera indicada supra, es importante recalcar que el derecho de acceso se refiere a los documentos que sirven de sustento o complemento esencial y directo de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, por lo que el acceso a cualquier otro tipo de documento o antecedente administrativo escapa a su objeto³⁶.

La información debe estar a disposición del público de manera permanente en el órgano de la Administración respectivo, conforme al art. 13 inc. 5º, salvo que exista una causal justificada, de las previstas en el inc. 11º de la misma ley, para la denegación a su acceso.

Como se podrá advertir, la regla general prevista en la ley orgánica constitucional ha pasado a ser el acceso a la citada información administrativa y la excepción la constituye la denegación del citado acceso. En otras palabras, parafraseando a los autores don Juan Pablo Olmedo Bustos y don Ciro Colombara López, estamos en presencia de una “presunción de apertura” de la función pública³⁷.

Atendida la naturaleza jurídica de la ley N° 19.653, creemos que las excepciones a la publicidad de la información administrativa, deben ser establecidas, necesariamente, por una ley orgánica constitucional, aprobada conforme al art. 63 inc. 2º de la Constitución Política, debido al ámbito competencial asignado a aquélla por el art. 38 inc. 1º de esta última.

La práctica legislativa posterior confirma este aserto, para lo cual citamos el hallazgo legislativo efectuado por don Osvaldo Urrutia Silva, quien sostuvo que el inciso final del art. Único de la ley N° 19.687, publicada en el *Diario Oficial* de 6 de julio de 2000, fue aprobado como ley orgánica constitucional por el Congreso Nacional, por tratarse de una

³⁶ Sobre modalidades de difusión y acceso a la información administrativa, Cfr. Sánchez M., Miguel, cit. (n. 4), pp. 31-35. En materia de documentación administrativa, es importante tener presente, asimismo, las obligaciones y limitaciones impuestas a la Administración Pública por la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada. En cuanto a una interpretación administrativa de los preceptos de la ley N° 19.628 y los de la ley N° 18.575, aplicable a la función fiscalizadora de la Cámara de Diputados, Cfr. Contraloría General de la República, Dictamen N° 9.642, de 2003.

³⁷ Olmedo L., Juan P. y Colombara L., Ciro, “El Control Social de la Administración”, cit. (n. 4), p. 13.

excepción al principio de la publicidad de la información administrativa, en aquel entonces previsto en el art. 11 bis de la ley N° 18.575³⁸. Dicha ley estableció la obligación de secreto respecto de las personas que proporcionen información relativa a la ubicación de personas detenidas desaparecidas durante el régimen autoritario y su art. Unico inc. final prescribió: “*A la información a que se refiere esta ley, no le será aplicable el artículo 11 bis de la ley 18.575*”, significando con ello que a los receptores de información pertenecientes a la Administración del Estado, no se les podrá exigir, ni aún mediante el contencioso-administrativo especial de amparo de acceso a la información pública, la revelación de los datos identificatorios de sus informantes. Según el autor citado, el legislador concluyó: “*por tratarse de una materia que hace excepción a un principio consagrado en la Ley Orgánica Constitucional –la de Bases Generales de la Administración del Estado- debe ser considerada en una ley que tenga el mismo rango.*”³⁹.

7. **Objeto material indirecto:** El art. 13 inc. 4º extiende, asimismo, este acceso a los informes y antecedentes proporcionados a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, por parte de: i.- Las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública. ii.- Las empresas a que se refiere el art. 37 incs. 3º y 5º de la ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas.

Respecto de las primeras (i.-), se trata de empresas privadas en las que la expresión servicio público tiene una connotación funcional, como “*las actividades de utilidad pública a que se refiere la ley*”⁴⁰, en tanto que las segundas (ii.-) son, por una parte, aquellas sociedades anónimas en que el Estado o sus organismos son titulares de acciones en un porcentaje que les permite nombrar uno o más directores y, por otra parte, aquellas empresas del Estado que en virtud de leyes especiales se encuentren sometidas a la legislación aplicable a las sociedades anónimas.

Con todo, conforme al art. 13 incs. 4º y 7º, esta ampliación del acceso a la información está sujeto a ciertas condiciones, a saber: que dichos informes y antecedentes sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa, que su titular no haga uso de su derecho a denegar la información y que, en este último caso, el Jefe Superior requerido no estime fundadamente *-motu proprio-* que la divulgación afecte sensiblemente los derechos o intereses del o los titulares mencionados.

8. **Denegación de acceso:** Las causas justificadas para la denegación de acceso a la información administrativa están establecidas en forma –pretendidamente- taxativa en el art. 13 inc. 11, siendo de suyo amplísimas, a saber: i.- La reserva o secreto establecidos

³⁸ Urrutia S., Osvaldo, *op. cit.*, pp. 125 s.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid, p. 105.

en disposiciones legales o reglamentarias. ii.- Que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. iii.- La oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos. iv.- Que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación efectuada por el Jefe Superior del órgano requerido. v.- Que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

IV. SITUACIÓN PARTICULAR DE LA LEY Y EL REGLAMENTO EN MATERIA DE DENEGACIÓN DE ACCESO A LOS ACTOS E INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Dentro de las causales de denegación de acceso a los actos e información administrativa, llama profundamente la atención la causal de “*la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias*”, señalada en el art. 13 inc. 11º y cuya redacción sugiere una amplitud mayor a la de las otras causales.

Respecto de la ley, hemos expresado la plena juridicidad que la ley orgánica constitucional intervenga en esta materia, a lo que debemos agregar que en este caso no bastará que ella establezca el secreto o reserva de la información, sino que también deberá señalar claramente una causal justificatoria e indicar el caso a que se aplica, idea que explicitamos infra.

Respecto del reglamento, se suscita un problema por la remisión que la ley efectúa al reglamento, dado lo indicado supra, ya que en este caso parece quedar entregado al reglamento establecer otros casos de reserva o secreto de la información administrativa, a título de causal de denegación de acceso a la misma. Aún más, el art. 13 inc. 12º comete a la potestad reglamentaria del Ejecutivo, mediante la dictación de uno o más reglamentos, el establecimiento de los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado.

Como sostiene el Sr. Urrutia Silva, la interpretación acorde de este precepto y la del inc. 12º, da a entender anómalamente que la potestad reglamentaria del Ejecutivo podría establecer otras excepciones al citado acceso, lo que en su concepto “*deja una ventana abierta a la regulación administrativa del secreto...no deja de ser preocupante que del tenor de las normas citadas podría deducirse que no se trata de un reglamento de limitado dentro de ciertos parámetros legales, sino que, muy a la inversa, la ley hizo una excepción bastante incomprensible y no puso obstáculos para el ejercicio de esta forma de regulación del secreto*”⁴¹, agregando con perspicacia que “... la ley no especifica qué clase de reglamento podrá regular esta materia, ya que, extendiendo la interpretación, debiera toda autoridad

⁴¹ Ibid, p. 123.

con potestad reglamentaria tener la posibilidad de regular y decidir qué materias en manos de la Administración quedarán ajena s al conocimiento público.”^{42 43}.

En nuestra opinión, la Constitución Política señala las materias que deben ser reguladas por la ley, en especial por la ley orgánica constitucional. La publicidad administrativa forma parte de los principios de la organización básica de la Administración Pública, al igual que sus excepciones, todos los cuales deben ser materia de una ley orgánica constitucional, según se desprende de los arts. 38 inc. 1° y 60 N° 1 de la Carta Fundamental. Dado el art. 61 inc. 2° de esta última proscribe la autorización legislativa, para dictar decretos con fuerza de ley respecto de materias que deben ser objeto de una ley orgánica constitucional, cuyo es el caso que analizamos, no divisamos cuál puede ser el fundamento de la constitucionalidad para esta suerte de delegación legislativa en favor de la Administración, para el establecimiento de excepciones a la publicidad administrativa por la vía del reglamento. Por lo expuesto, no dudamos en afirmar que en este caso estamos en presencia de un vicio de inconstitucionalidad, ya que se está autorizando que la potestad reglamentaria del Ejecutivo invada el ámbito competencial de la ley orgánica constitucional, lo que contraría normas constitucionales expresas.

2. Este estatuto legal del derecho de acceso a la información pública nos genera, sin embargo, interrogantes adicionales.

Desde luego, el art. 13 inc. 12° nos promueve la inquietud acerca del ámbito de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Tomado literalmente, tenemos que el siguiente cuadro brota del texto legal: i.- Una ley orgánica constitucional, la ley N° 19.653, modificatoria de la ley N° 18.575, estableció la publicidad de los actos administrativos y de los documentos que sirven de sustento o complemento esencial y directo de éstos. ii.- Dado que la ley N° 19.653 decía relación con una materia propia de una ley orgánica constitucional, ella tenía el mismo carácter y, por ende, la normas incorporadas a la ley modificada, la ley N° 18.575, deberán ser modificadas o derogadas por una ley idéntica, esto es, por una ley orgánica constitucional. iii.- La misma ley orgánica constitucional estableció las únicas causales legales que justifican la denegación de acceso a la información administrativa, entre las cuales se encuentra la causal en comento. iv.- Finalmente, la ley orgánica constitucional señaló 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.

⁴² Ibid.

⁴³ La referencia al reglamento sólo fue incorporada al proyecto de ley de probidad por la Comisión Mixta, constituida a consecuencia del rechazo, por la Cámara de Diputados, del proyecto aprobado por el Senado, en el cual sólo se contemplaba la ley en la norma respectiva, Cfr. Ibid, pp. 124 s.

Cabe preguntarse, entonces, por el ámbito de la potestad reglamentaria y adicionalmente sobre el sentido de las palabras causal y caso, empleadas por el legislador. Esto no queda claro en el texto de la ley, el cual es bastante impreciso. Al respecto, el Sr. Urrutia Silva, criticando la ley, sugiere que el citado reglamento estaría relacionado con la causal de denegación de acceso señalada en el art. 13 inc. 11º a), esto es, “*la reserva o secreto establecidos en disposiciones ... reglamentarias*”, por lo que el reglamento debería establecer los casos de secreto o reserva de documentación y antecedentes que queden comprendidos en la citada causal⁴⁴. Por su parte, el Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, dependiente del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en noviembre de 2000, al explicar las causales legales para denegación de acceso a la información administrativa, efectuó la siguiente afirmación: “*4º El Jefe de servicio puede negarse a proporcionarla solo en los casos señalados en la ley, y que son los siguientes:/ a) La reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias;/En el caso señalado en la letra a) señalada, un reglamento determinará las materias de carácter reservado o secreto que habilitan al Jefe de servicio para denegar la entrega de información, sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias que se encuentren vigentes.*”⁴⁵.

¿Qué es, por lo tanto, lo que debe regular la potestad reglamentaria del Ejecutivo?

3. Para responder la interrogante anterior, debemos tener presente que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra causal reconoce como una de sus acepciones “la razón y motivo de alguna cosa”, en tanto que para la palabra caso, el mismo Diccionario señala el “asunto de que se trata o que se propone para consultar a alguno y pedirle su dictamen”. Si aplicamos lo anterior a lo señalado supra, tenemos que las razones y motivos invocados por la autoridad para denegar el acceso a la documentación administrativa deben decir relación con ciertos asuntos sometidos al conocimiento de dicha autoridad, por lo que, en la estructura de la ley orgánica constitucional, el reglamento administrativo debiera –anómalamente- especificar los asuntos administrativos a cuyo respecto se pueden invocar las mentadas causales legales. Esta es la única forma de asignarle un sentido a la norma legal, en lugar de pensar que el legislador incurrió inadvertidamente en una redundancia.

La ley dice, por lo tanto, que el reglamento establecerá “los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes”, lo que, acudiendo al sentido natural y obvio de la palabra caso, significa que el reglamento administrativo deberá señalar los asuntos respecto de los cuales se pueden invocar las causales legales citadas.

⁴⁴ Ibid, p. 123.

⁴⁵ Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, *op. cit.*, pp. 5 s. Ennegrecido en el texto original.

Al respecto, el profesor Fernández González ha sostenido que la excepción a la publicidad de los actos estatales debe ser establecida por una ley, ya que “*está en juego el ejercicio de derechos fundamentales, cuya complementación, regulación y limitación corresponde nada más que al Legislador, como queda en evidencia de lo preceptuado en los artículos 7º inciso 2º, 19 N° 26, 32 N° 8, 61 y 96 inciso 2º*”⁴⁶, citando en su apoyo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha señalado que “*solo la ley puede limitar los derechos fundamentales.*”⁴⁷.

Asimismo, el autor citado ha señalado que las causales o casos de confidencialidad de los documentos y antecedentes de los actos administrativos, emanados de la Administración, sólo pueden ser establecidos por una ley orgánica constitucional, porque el principio de la publicidad administrativa constituye la regla general establecida por una ley de la misma especie⁴⁸, postura que ha encontrado recepción en una parte de la doctrina nacional⁴⁹.

Desde nuestro punto de vista, concordamos con la tesis central del profesor Fernández González, a la cual agregamos un pequeño matiz, el que no resta sino que adiciona una razón fundante a dicha tesis. En nuestro concepto, tanto las causales como los casos de denegación de acceso a los documentos y antecedentes de los actos administrativos emanados de la Administración, en el sentido natural y obvio indicado supra, deben ser establecidos por una ley orgánica constitucional, porque ambos constituyen elementos constitutivos de una norma jurídica sobre acceso a la información administrativa, toda vez que no basta que el sujeto normativo sepa que tiene dicho derecho a dicho acceso y que la autoridad se lo puede negar amparado en cierta causal (cómo), sino también necesita saber en qué supuestos o casos se lo puede negar (cuándo), que son las materias referidas en el art. 13 incs. 11º y 12º del DFL. N° 1-19.653.

Ante el texto del art. 38 inc. 1º de la Constitución Política, que señala como materia de la ley orgánica constitucional la determinación de la organización básica de la Administración Pública, el señalamiento de los casos en que se puede denegar el acceso a la información administrativa constituye un elemento complementario indispensable del principio de acceso a información administrativa y de las causales de denegación del mismo, por lo que siendo estos últimos materia de una ley orgánica constitucional, aquél también debe tener tal naturaleza legal, reiterando así, en la especie, lo resuelto hace algunos años por el Tribunal Constitucional en materia del ámbito competencial de las

⁴⁶ Fernández G., Miguel, “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales”, cit. (n. 4), p. 192.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Este autor no efectúa a ratos la distinción entre causal y casos, Cfr. Fernández G., Miguel A., “El Principio de Publicidad Administrativa”, cit. (n. 4), pp. 756 ss.

⁴⁹ Barra G., Nancy, cit. (n. 4), p. 107.

leyes orgánicas⁵⁰.

Así las cosas, si el señalamiento de los mentados casos es materia de la ley orgánica constitucional, dicha materia se encuentra expresamente vedada a la regulación de la potestad reglamentaria autónoma ejercida por el Presidente de la República, por disposición del art. 60 N° 2 en relación con el art. 32 N° 8 de la Constitución Política. Por lo expuesto, interpretado en un sentido meramente literal, como el pretendido por el Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno supra, no podemos menos que concordar con el profesor Fernández G. en el sentido que el art. 13 inc. 12° del DFL. N° 1-19.653 es inconstitucional, al infringir –reiteramos- los arts. 60 N° 1 y 32 N° 8 en relación con los arts. 7° y 24 de la Constitución Política⁵¹. En consecuencia, la potestad reglamentaria del Ejecutivo, en especial del Presidente de la República, en cumplimiento de su atribución constitucional de asegurar la ejecución de las leyes por medio de la dictación de actos administrativos, debe circunscribirse a una regulación secundaria, esto es, sometida a la ley -y por extensión a la Carta Fundamental-, del derecho de acceso a la información pública, mediante uno o más reglamentos de ejecución de la ley, los que en todo caso, ante el relativo silencio del Legislador, no podrán en caso alguno desnaturalizar el derecho reconocido por aquél en el art. 1° de la ley N° 19.653, en 1999, por estar lo mismo vedado para el Legislador en su carácter de regulador primario⁵².

En tal sentido, el Sr. Urrutia S. está en lo correcto al afirmar que una interpretación conforme a los nuevos principios de la función pública, sugiere que “*el reglamento sólo puede especificar las causales que la propia ley señala, ... lo que dice la ley puede explicarse, pero no ampliarse*”⁵³, en lo cual concuerda doña Nancy Barra Gallardo, quien en un plazo de *lege ferenda*, ante las evidentes deficiencias técnicas de la ley, sostiene: “*Por ello consideramos que cabe un reglamento de ejecución respecto de la materia que nos ocupa, pero para que sea emitido sin infracción a la Ley Fundamental es menester que sea la ley –orgánica constitucional-, la que fije los criterios, parámetros y directrices que*

⁵⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4, de 26 de noviembre de 1981, Considerando 4° Párrafo 3°; Bronfman V., Alan, De la Fuente H., Felipe y Parada E., Fernando, **El Congreso Nacional Estudio Constitucional, Legal y Reglamentario**, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, pp. 310 s.

⁵¹ Fernández G., Miguel, “El Principio de Publicidad Administrativa”, cit. (n. 4), pp. 758 s.; El Mismo, “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales”, cit. (n. 4), pp. 194 s.; Barra G., Nancy, cit. (n. 4), pp. 107 ss.

⁵² Esta afirmación encuentra su fuente en dos de las garantías normativas de los derechos fundamentales citadas por el profesor don Humberto Nogueira A., como son en primer término, la del contenido esencial del derecho fundamental y, en segundo término, la del principio de la reserva legal para la regulación de los derechos fundamentales, las que se dirigen sobre todo, pero no privativamente, al Legislador, Cfr. Nogueira A., Humberto, **Teoría y Dogmática**, cit. (n. 22), pp. 103 ss.

⁵³ Urrutia S., Osvaldo, cit. (n. 4), p. 91.

permitan al texto reglamentario, y no a la autoridad administrativa por remisión de éste, establecer los casos de excepción de secreto o reserva de la documentación y antecedentes relativos a los actos de los órganos de la Administración del Estado.”⁵⁴.

V. EL SECRETO O RESERVA ADMINISTRATIVA REINSTALADO: EL REGLAMENTO SOBRE SECRETO O RESERVA DE LOS ACTOS Y DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

1. Mediante el oficio N° 030, de 7 de diciembre de 2000, del Gabinete de la Presidencia, S. E. el Presidente de la República dictó instrucciones a la Administración del Estado, sobre el desarrollo de la participación ciudadana en todos los ámbitos del sistema democrático chileno, atendido que dicha participación contribuía a diversos objetivos, señalados en los números 1., 2. y 3. del mismo, a saber: i.- Un efectivo reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes institucionalmente establecidos. ii.- Generar una relación de colaboración y respeto mutuo entre el Estado y la ciudadanía. iii.- Fortalecer la sociedad civil y permitir una mayor legitimidad de las políticas públicas.

En conformidad al número 4. letras b. y c. de este Instructivo, la participación ciudadana reconocía como parte de sus principios orientadores, la transparencia de la gestión del sector público, mediante «*la mayor información y apertura a la ciudadanía*» y la «*Igualdad de oportunidades para la participación, generando condiciones de acceso para los más vulnerables*», para lo cual el número 5. letra a. estableció el deber de los órganos de la Administración del Estado de «*Otorgar la mayor información posible acerca de sus políticas y programas públicos, de manera integral y accesible*», fijándose en su número 9. el 1 de enero de 2003 como fecha límite para la aplicación de las diversas resoluciones adoptadas en el mencionado Instructivo.

Con todo, este Instructivo no mencionó, expresamente, entre sus resoluciones, la promoción de un mayor control social de la Administración, por la vía del acceso a los actos e información administrativa, ya que en él la participación ciudadana figuró como un elemento ligado más a la legitimación social de las políticas públicas y programas, que al control propiamente tal de la probidad administrativa, inspiración que se extendió también a los diversos Compromisos Ministeriales consignados en su Anexo⁵⁵.

⁵⁴ Barra G., Nancy, cit. (n. 4), p. 110.

⁵⁵ El Instructivo sólo adoptó como resolución una medida meramente secundaria y limitada en sus efectos: «*c. Generar los mecanismos que garanticen la respuesta pertinente y oportuna a las peticiones, reclamos y recursos que presenten o interpongan las personas*». En el caso del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el primer compromiso ministerial consignado fue: «*21. Elaborar un proyecto de ley de bases de participación ciudadana, para consignar jurídicamente la participación de la ciudadanía en la gestión administrativa del Estado*». En la actualidad, existe un proyecto de ley sobre *Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública* (Boletín N° 3562-06), iniciado mediante mensaje del Presidente de la República (Mensaje N° 48-351), en discusión y estudio en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, en primer trámite constitucional.

2. En el *Diario Oficial* N° 36.955, de 7 de mayo de 2001, se publicó el Decreto Supremo N° 26, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que contiene, de acuerdo a su título, el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, cuyo texto ha generado la reacción crítica de la comunidad jurídica por los diversos vicios de antijuridicidad iuspública de que adolece, sobre algunos de los cuales nos referiremos infra⁵⁶.

De acuerdo a su texto, este reglamento fue dictado por el Presidente de la República fundado en lo dispuesto en el art. 32 N° 8 de la Constitución Política, los arts. 11 bis y 11 ter de la ley N° 18.575 (actuales arts. 13 y 14 del DFL. N° 1-19.653) y la resolución N° 520, de 1996, de la Contraloría General de la República.

3. Consecuente con su título, el objetivo de este reglamento está señalado en su art. 1°, cual es regular “*los casos de secreto o reserva aplicable a los actos administrativos y a los documentos y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado a que se refiere el artículo 11 bis de la ley N° 18.575*”, excepciones cuya singularización queda entregada a este reglamento y a “*otras normas vigentes*”, como reza su art. 2° incs. 2° y 3°.

La sola lectura de estos dos primeros preceptos reglamentarios deben provocar escozor al lector, pues el objetivo declarado de ellos incluye regular el secreto o reserva de los actos administrativos, definidos en su art. 3° letra a), materia que se encuentra fuera del ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, por pertenecer al de la ley orgánica constitucional. Resulta incomprensible, jurídicamente hablando, pretender justificar este tipo de regulación en el art. 11 bis de la ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, actual art. 13 del DFL. N° 1-19.653, el cual en parte alguna cometió al reglamento señalar casos de actos administrativos secretos o reservados, como explicado supra. Del mismo modo, tampoco lo hizo el art. 11 ter de la misma ley, actual art. 14 del DFL N° 1-19.653.

Este escozor se torna en un verdadero escalofrío cuando constatamos que los actos administrativos pueden ser declarados secretos o reservados no sólo en virtud del reglamento en comento, sino también en virtud de otras normas jurídicas vigentes, las que no son determinadas en su naturaleza jurídica de fuente formal por el precepto reglamentario, por lo que surge la inquietud sobre el tipo de norma jurídica referida por este último y la determinación de la vigencia de ellas, esto es, ¿deben estar vigentes en

⁵⁶ Para una revisión exhaustiva de los múltiples vicios de antijuridicidad iuspública del citado reglamento, denunciados por la doctrina, Cfr. Fernández G., Miguel, “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales”, cit. (n. 4), pp. 194 ss., Contesse S., Jorge, cit. (n. 4), pp. 218 ss.; Barra G., Nancy, cit. (n. 4), pp. 108 ss.; Olmedo B., Juan P. y Colombara L., Ciro, “El Control Social de la Administración”, cit. (n. 4), pp. 13 s.; Olmedo B., Juan P., “Derecho de Acceso”, cit. (n. 6), pp. 15 s.

cualquier tiempo o, para una mayor garantía de los interesados, sólo al momento de publicación del citado reglamento? En tal sentido, a pesar que el art. 6º alude a reglamentos especiales, persiste la interrogante sobre las normas jurídicas vigentes de que trata el art. 2º inc. 2º del mismo, dado el diferente lenguaje empleado por la Administración. La misma incertidumbre surge respecto de la declaración de secreta o reservada de la documentación administrativa, en virtud de otras normas jurídicas vigentes, conforme a los preceptos indicados.

En definitiva, el reglamento citado adolece de un profundo vicio de antijuricidad iuspública *ab initio*, el que estimamos de inconstitucionalidad antes que de ilegalidad, en sus arts. 1º, 2º inc. 2º, 6º, 7º, 8º y 9º, ya que excedió la delimitación competencial entre las materias de ley y de reglamento prevista en la Carta Constitucional, la que fue contravenida derechamente al establecer la categoría de actos administrativos secretos o reservados y cometer al reglamento y a otras normas jurídicas vigentes el señalamiento de excepciones a la publicidad de dichos actos y de la documentación administrativa.

4. El art. 8º reitera lo anterior y señala los criterios para declarar secretos o reservados los actos y documentos administrativos, los que son aplicables sólo en caso que la divulgación o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados, expresión que no concuerda completamente con alguna de las causales legales previstas en el art. 13 inc. 12º del DFL. N° 1-19.653, todas las cuales tienen una redacción diferente (además de ser de suyo amplísimas).

De hecho la causal que más se acerca a lo anterior consiste en que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, la que implica una exigencia mayor para la Administración, como es la real afectación de los derechos o intereses de terceros, no bastando la mera posibilidad de afectación como lo autoriza el reglamento, y que la afectación de estos últimos sea en grado sensible, por lo que no basta cualquier tipo de afectación como lo insinúa el citado acto administrativo.

Por otra parte, la lectura atenta de los actos y documentos enumerados en el art. 8º letras a), revela que los criterios señalados se yuxtaponen –parcial e incompletamente- a las causales legales de denegación de acceso a la información administrativa señaladas en el art. 13 inc. 11º del DFL. N° 1-19.653, lo que complica aún más la inteligencia de lo obrado por la Administración, con grave detrimento para su control social.

Tampoco puede dejar de mencionarse la falta de precisión en el lenguaje empleado por la Administración en este artículo 8º, al referirse a actos y documentos relativos a diversos asuntos, relatividad que debe ser depurada por el Jefe Superior de cada servicio al determinar, mediante resolución fundada, los actos, documentos y antecedentes relativos a aquéllos, conforme al art. 9º del reglamento.

En definitiva, es evidente que el art. 8º creó una nueva causal legal de denegación de acceso a la citada información, lo que parece confirmar la peor sospecha de la comunidad jurídica crítica, esto es, que la Administración del Estado entendió que podía ampliar a futuro las citadas causales amparándose para ello en la causal legal consistente en “*la reserva o secreto establecidos en disposiciones ... reglamentarias*”, por lo que concordamos en este punto con ella, la que no ha dudado de considerar que este reglamento adolece de un vicio de inconstitucionalidad⁵⁷.

5. El reglamento contiene en su art. 3º las definiciones de actos administrativos, documento, documentos de respaldo, sustento o complemento directo, sustento o complemento esencial, y actos y documentos que se encuentran a disposición permanente del público. Al respecto, este artículo define acto administrativo, concepto cuya aplicación a algunos entes administrativos (por ejemplo, las empresas públicas creadas por ley) deberá ser precisada por la jurisprudencia. El tenor del citado precepto legal es el siguiente: “**Artículo 3º.**– Para los efectos del presente reglamento, se entiende por:/ a) Actos administrativos, las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración, en las que se obtienen declaraciones finales de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”⁵⁸.

En el reglamento la clasificación de los actos y documentos administrativos como secretos o reservados, conforme a los criterios señalados en el art. 8º citado, está entregada a la propia Administración, para lo cual el Jefe Superior del Servicio respectivo deberá efectuar esta determinación mediante una resolución fundada, según prescribe el art. 9º de aquél. Así planteado, esta norma reglamentaria tiene el potencial para vaciar de contenido al derecho de acceso a la información administrativa, apreciación compartida por la comunidad crítica y por observadores de la realidad nacional, quienes han hecho notar que a la fecha se han dictado aproximadamente 66 resoluciones administrativas por órganos de la Administración del Estado, en cumplimiento del mentado art. 9º⁵⁹.

6. Finalmente, un comentario sobre el art. 10º letra e) del reglamento, el que prescribe que: “*Los actos declarados secretos o reservados mantendrán dicho carácter durante el plazo de 20 años, a menos que con antelación a dicho plazo el respectivo Jefe de Servicio, mediante resolución fundada, los excluya de tal categoría*”. Aunque este precepto

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ennegrecido en el original.

⁵⁹ Don Sebastián Cox, presidente de la Corporación Chile Transparente, Capítulo Chileno de Transparencia Internacional, asveró a *Qué Pasa* que: “*la ley es bastante buena, pero el Decreto 26 abrió una puerta inmensa a que (SIC) los jefes de servicio, para que, por razones de utilidad o necesidades de la institución, presenten excepciones a la obligación de las instituciones públicas de responder*”, Cit. por Soza, Daniel, cit. (n. 6), pp. 50 s. La contabilidad de las citadas resoluciones proviene de Correa R., Teresa, cit. (n. 6).

reglamentario alude sólo a los actos administrativos, lo que consideramos inconstitucional, no nos cabe duda que su aplicación se extiende –por lógica- a la documentación administrativa que sirve de respaldo a aquéllos, dado el contexto del citado artículo. Con todo, reprochamos que un precepto reglamentario establezca un límite temporal para la desclasificación de la información administrativa y más aún que delegue en el Jefe de Servicio la derogabilidad singular de este reglamento. Lo primero por ser propiamente una materia de ley orgánica constitucional, de acuerdo al art. 60 N° 1 en relación con el art. 38 inc. 1° de la Constitución Política y lo segundo porque en virtud del principio de jerarquía normativa, un acto administrativo, en la especie una resolución fundada, no puede modificar o derogar singularmente un reglamento en cuanto éste se constituye en normativa de carácter general.

Por una parte, en el evento que un funcionario proceda a desclasificar documentación administrativa antes del plazo aludido, sin mediar la mentada resolución fundada dictada por el Jefe del Servicio, con dicha acción estará contraviniendo la obligación contenida en el art. 55 de la ley N° 18.834, que dice relación con la obligación de guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales. Lo anterior, conlleva consecuentemente la aplicación de sanciones disciplinarias, previa sustanciación del respectivo proceso sumarial.

Por otra parte, nos asiste un fundado escepticismo sobre la eficacia de este precepto para consolidar un régimen de transparencia y publicidad administrativas, debido a la responsabilidad administrativa que deriva de la infracción de la obligación de guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de su naturaleza, lo que podría disuadir a los Jefes de Servicio de ejercer la atribución conferida por el referido art. 10° letra e), sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal derivada de la presunta comisión del delito de violación de secretos, previsto y sancionado en el art. 246 del Código Penal⁶⁰.

7. Así las cosas, una vez que todo ha sido dicho y hecho, no podemos menos que concurrir con los autores Sres. Olmedo Bustos y Colombara López, quienes han expuesto jurídicamente, ante foros nacionales e internacionales, el estado de (des)ánimo de la comunidad jurídica proveniente del actual estado de la cuestión en nuestro derecho, al comentar este reglamento en los siguientes términos: “*Por su intermedio, la potestad reglamentaria revirtió la presunción de apertura a que obliga la ley, reemplazándola por el secreto y la reserva como el “interés público” a proteger lo que vulnera el mandato legal que, con rango orgánico constitucional, consagra la transparencia y la presunción de apertura y, resulta contrario a la Constitución Política y los tratados*

⁶⁰ Sobre confidencialidad administrativa, Cfr. Contraloría General de la República, Dictámenes N°s. 50.907, de 1978; 30.790, de 1989; 28.977, de 1993 y 20.680, de 1994, cit. por Medina, Cecilia y González, Felipe, cit. (n. 6), p. 215 n. 20.

internacionales suscritos y vigentes.”⁶¹

VI. UNA PRETENDIDA MODIFICACIÓN TÁCITA A LA LEY DE PROBIDAD: LA LEY DE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

1. En el *Diario Oficial* N° 37.570, de 29 de mayo de 2003, se publicó luego de una larga tramitación la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Conforme a lo preceptuado en su art. 1°, ella “... establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado”, aplicándose con carácter supletorio a procedimientos administrativos diversos expresamente contemplados por la ley.

Esta ley de bases tiene su fundamento constitucional en lo dispuesto en el art. 60 N° 18 de la Constitución Política, según el cual, son materias de ley: “18) *Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública*”.

2. Este tipo de materia es de competencia del legislador ordinario, no obstante que su título pueda inducir a alguna confusión, por lo que requiere para su aprobación, modificación o derogación, la mayoría de los miembros presentes en cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los arts. 65 y sgtes., como preceptúa el art. 63 inc. 4° de la Constitución Política⁶².

Con todo, es posible que en un proyecto de ley sobre materias propias de una ley ordinaria, puedan incluirse uno o más preceptos legales que digan relación con materias de una ley orgánica constitucional, pues lo relevante para determinar *a priori* la naturaleza jurídica de estos últimos es la materia sobre que versan, que está señalada en forma cerrada o abierta en la Constitución, y no la forma material bajo la cual se expresan⁶³. En otras palabras, un mismo proyecto de ley puede contener preceptos legales que digan relación con materias propias de distintos tipos de leyes, cada uno de los cuales deberá ser aprobado en cada Cámara de acuerdo a los quórum constitucionales respectivos, señalados en el art. 63 de la Constitución Política. Así, por lo demás, lo reconoce el art. 30 inc. 1° de la ley N° 18.918, ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, cuyo tenor es el siguiente: “*Artículo 30. Las diversas disposiciones de un mismo proyecto que para su aprobación*

⁶¹ Olmedo B., Juan P. y Colombara L., Ciro, “El Control Social de la Administración”, cit. (n. 4), pp. 13 s. En el mismo sentido, Olmedo B., Juan P., “Derecho de Acceso”, cit. (n. 6), pp. 15 s.

⁶² Bronfman V., Alan, De la Fuente H., Felipe y Parada E., Fernando, cit. (n. 50), p. 315.

⁶³ Bulnes A., Luz, “La Ley Orgánica Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho* II, N°s. 2-3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984, p. 237; Zapata L., Patricio, **La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994, pp. 149 ss.

necesiten mayorías distintas a la de los miembros presentes, se aprobarán en votación separada, primero en general y después en particular, con la mayoría especial requerida en cada caso. Tanto la discusión como la votación se efectuarán siguiendo el orden que las disposiciones tengan en el proyecto.»

3. Pues bien, esta situación se suscitó en la discusión y votación, en el Congreso Nacional, de dos de los artículos contemplados en el proyecto de ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Nos referimos a los arts. 33 y 63 del citado proyecto de ley, los que fueron considerados recaer sobre materias propias de una ley orgánica constitucional, ya que en la especie modificaban el art. 10 de la ley orgánica constitucional prevista en el art. 38 inc. 1º de la Constitución Política, que es la ley orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado⁶⁴.

En consecuencia, ambos artículos fueron aprobados por el Congreso Nacional, por las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, de acuerdo a lo ordenado por el art. 63 inc. 2º de la Constitución, en tanto que los restantes artículos fueron aprobados con el quórum constitucional correspondiente a una ley ordinaria. Lo anterior motivó que el proyecto de ley respectivo, una vez aprobado, fuera remitido por el Senado al Tribunal Constitucional, para que este último ejerciera el control preventivo obligatorio de constitucionalidad previsto en el art. 82 n° 1 de la Constitución Política, respecto de los arts. 33 y 63 referidos, por la razón indicada supra, declarando el Contralor de la Constitucionalidad la conformidad de ambos a la Ley Fundamental⁶⁵.

Con todo, lo que ni el Congreso Nacional ni el Tribunal Constitucional advirtieron, fue que el mentado proyecto de ley contenía otro artículo, en apariencia inocuo, que recaía sobre una materia de ley orgánica constitucional, el cual fue aprobado con el quórum constitucional de una ley ordinaria y, por ende, no fue sometido al control preventivo obligatorio

⁶⁴ El art. 10 de la ley N° 18.575 prescribe: «Artículo 10º.- Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.»

A su turno, los arts. 33 y 63 citados son del siguiente tenor: “Artículo 33.- Acumulación o desacumulación de procedimientos. El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros más antiguos con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, o su desacumulación.

“Artículo 63.- Procedimiento de urgencia. Cuando razones de interés público lo aconsejen, se podrá ordenar, de oficio o a petición del interesado, que al procedimiento se le aplique la tramitación de urgencia. En tales circunstancias, los plazos establecidos para el procedimiento ordinario se reducirán a la mitad, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos. No cabrá recurso alguno en contra de la decisión que ordene la aplicación de la tramitación de urgencia.”

⁶⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 374, de 13 de mayo de 2003, Considerandos 1º, 6º, 7º y 8º.

de constitucionalidad por parte del Contralor de la Constitucionalidad.

Nos referimos al art. 16 inc. 2º de la ley N° 19.880, transscrito con espaciado infra, el que, aplicando en principio el art. 13 inc. 2º del DFL. N° 1-19.653 al procedimiento administrativo, pretendió extraer una consecuencia de los principios de la transparencia y publicidad del procedimiento administrativo, en los términos siguientes:

“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 consecuencia, salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.”^{66 67}.

4. Como bien se podrá apreciar, este art. 16 inc. 2º, promulgado en las circunstancias constitucionales antedichas, pretendió modificar tácitamente el art. 13 inc. 3º del DFL. N° 1-19.653, que palmaria y claramente estableció tres años antes el principio de la publicidad de los actos de la Administración y de los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, sin contemplar de manera alguna la posibilidad que los actos administrativos pudieran ser declarados secretos en virtud de la ley o el reglamento⁶⁸.

En este sentido, la deducción del legislador que lleva al establecimiento del precepto legal en comento, no parece naturalmente concedida pues resultaba más pertinente deducir del

⁶⁶ La redacción del inc. 2º difiere de la establecida en el art. 13 inc. 3º del DFL. N° 1-19.653, pues este último alude a los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial de los actos administrativos. La misma variación en la redacción se observa en el art. 2º inc. 2º del *Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado*. Ennegrecido en el texto original. Espaciado agregado por los autores.

⁶⁷ Este precepto legal no se contenía en el Mensaje original del breve proyecto de ley que *Establece Plazos para el Procedimiento Administrativo y Regula el Silencio Administrativo* (Boletín N° 2594-06), remitido por el Presidente de la República al H. Senado a principios de octubre de 2000, sino que fue fruto de una indicación posterior al citado proyecto, efectuada por el propio Ejecutivo, Cfr. Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 2ª Ordinaria, miércoles 4 de octubre de 2000, pp. 221 ss.; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 24ª Ordinaria, miércoles 17 de enero de 2001, p. 2.877; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 1ª Ordinaria, martes 2 de octubre de 2001, p. 26.

⁶⁸ Esta misma inadvertencia se aprecia en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, en la que sólo se mencionan dos artículos, que corresponden a los futuros arts. 33 y 63 de la ley N° 19.880, como materia de ley orgánica constitucional, Cfr. Senado, **Diario de Sesiones**, sesión 1ª Ordinaria, martes 2 de octubre de 2001, p. 26; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 4ª Ordinaria, miércoles 3 de octubre de 2001, pp. 172 ss.; Senado, **Diario de Sesiones**, Sesión 25ª Ordinaria, martes 14 de mayo de 2002, p. 2.633; Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**, Sesión 68ª Ordinaria, miércoles 16 de abril de 2003, pp. 119 y 128. La misma inadvertencia está presente en Cordero V., Luis, **El Procedimiento Administrativo**, LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 54-61, 80 y 90-93; Feliú de O., Olga, “Ley de Procedimientos Administrativos”, en *Revista del Abogado* 28, julio 2003, pp. 19 s.

principio de transparencia y de publicidad del procedimiento administrativo, contemplado en el art. 16 inc. 1º de la ley N° 19.880, que éste en principio se aplicaba a las decisiones adoptadas en el procedimiento administrativo, esto es, a los actos administrativos formales y decisionales, atendida la conceptualización de acto administrativo empleada en el art. 3º incs. 1º y 2º de la misma ley, y lo sostenido por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República al interpretar los principios de transparencia y publicidad de los actos administrativos.

Así, el Órgano Contralor ha dictaminado que ambos principios se aplican, en primer término, a las declaraciones de voluntad, general o particular, de un órgano administrativo, en función de una potestad administrativa y que tienen por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a la Administración, y en segundo término a los documentos cuyo contenido afecta directamente a un particular o se vincula con situaciones fácticas concretas en que le corresponda intervenir y que no se refieran a asuntos reservados⁶⁹.

En otras palabras, lo que aconteció en la especie fue que mediante el precepto de una ley ordinaria, como fue el art. 16 inc. 2º de la ley N° 19.880, el legislador pretendió modificar tácitamente lo preceptuado por el precepto de una ley orgánica constitucional previa, como fue en la especie el art. 1º de la ley N° 19.653, que agregó el art. 11 bis a la ley N° 18.575, y que actualmente es el art. 13 del DFL. N° 1-19.653, el que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al agregar a este último la facultad otorgada al legislador o a la Administración, para establecer actos administrativos secretos, en virtud de una ley o reglamento, respectivamente.

5. Sobre el particular, no olvidemos que el Tribunal Constitucional resolvió que los principios de probidad, transparencia y publicidad administrativas, formaban parte de la organización básica de la Administración del Estado, por lo que constituyan materias propias de una ley orgánica constitucional, al momento de ejercer el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de la ley N° 19.653, en el año 1999⁷⁰.

Esta anormal situación no se salva pretendiendo afirmar que sólo la publicidad del acto administrativo queda comprendida dentro de la organización básica de la Administración del Estado, referida por el art. 38 inc. 1º de la Ley Fundamental, siendo por ende materia de ley orgánica constitucional, mas no el secreto de los mismos, que sería materia de ley común, pues ambos aspectos constituyen las dos caras de una misma moneda en materia

⁶⁹ Contraloría General de la República, Dictámenes N°s. 5.380, 29.549, 35.259 y 42.779, todos de 2000; 10.790, de 2002 y 14.807, de 2004.

⁷⁰ Cfr. (n. 20).

de principios, como es el principio de la publicidad de los actos administrativos de los órganos de la Administración, el que en nuestro concepto ha sido dotado del carácter de ley orgánica constitucional por tratarse indudablemente de un elemento complementario indispensable de una ley orgánica constitucional, esto es, de “*aquellos elementos que, lógicamente, deben entenderse incorporados con el rango propio de esa determinada ley orgánica constitucional*”, de acuerdo a lo razonado en uno de sus fallos por el Tribunal Constitucional⁷¹.

Estamos, por lo tanto, en presencia de dos preceptos legales inconciliables, a tal punto que el art. 16 inc. 2º comporta la absoluta negación del principio de la publicidad de los actos administrativos establecido en el art. 13 del DFL. N° 1-19.653.

6. A la luz de estos antecedentes, resulta incomprensible que el Tribunal Constitucional no ejerciera de oficio el control preventivo de constitucionalidad respecto del art. 16 inc. 2º referido, al momento de hacerlo respecto de los arts. 33 y 63 del mismo, fundado en que se trataba de un precepto legal orgánico constitucional, pues el mismo Contralor de la Constitucionalidad lo había hecho en otras oportunidades, al advertir la presencia de dichos preceptos en un proyecto de ley, como aconteció en las sentencias que tienen roles N° 205, de 17 de febrero de 1995, N° 287, de 27 de mayo de 1999 y N° 299, de 19 de noviembre de 1999⁷².

Como los hombres de derecho sabemos, las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen y el art. 63 inc. 2º de la Constitución Política discurre claramente sobre este principio, al señalar que las normas legales a que la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional, requieren para su modificación de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, razón por la cual no pueden ser modificadas mediante normas legales aprobadas con un quórum constitucional distinto.

En consecuencia, si el legislador deseaba establecer la posibilidad de actos administrativos secretos, debió modificar, expresa o tácitamente, el art. 13 del DFL. N° 1-19.653, aprobando el precepto legal modificadorio con el quórum constitucional previsto en el art. 63 inc. 2º de la Constitución Política, esto es, por las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, sometiendo aquél al control preventivo obligatorio de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, y no con otro quórum constitucional y en forma diversa. Por el contrario, lo efectivamente acontecido fue que el legislador, al aprobar como ley ordinaria el art. 16 inc. 2º de la ley N° 19.880, invadió la competencia de la ley orgánica constitucional, contraviniendo así los arts. 6º, 7º, 60 N° 1 y 63 de Constitución Política, y al omitir el trámite del control de preventivo obligatorio de

⁷¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4, de 26 de noviembre de 1981, Considerando 4º Párrafo 3º.

⁷² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 299, de 19 de noviembre de 1999, Considerandos 10º y 11º.

constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, contravino -además- el art. 82 N° 1 de la citada Constitución.

7. Ante semejante proceder, no nos cabe duda alguna que el art. 16 inc. 2º, tantas veces referido, adolece de un profundo vicio de inconstitucionalidad, que atenta en contra de los pilares de la misma Constitución.

En este contexto, cobran vigor las palabras dadas hace algunos años por la profesora doña Luz Bulnes Aldunate, las transcribimos por su claridad: «*Cabe preguntarse al respecto qué sucederá si se dicta una ley común que indirectamente invade, en algún aspecto, el campo de la ley orgánica constitucional. En ese supuesto, indudablemente también se cae en un vicio de forma y de fondo: de fondo, porque en esa situación la Carta Fundamental es violada en su sustancia misma. A modo de ejemplo, podríamos señalar que si la ley orgánica de concesiones mineras establece las sustancias no concesibles, no podría la ley común autorizar que se otorguen concesiones sobre esas sustancias, pues indirectamente se violenta la ley orgánica constitucional, y se incurría, además, en un vicio de fondo, al vulnerarse también el N° 24 del artículo 19. Es de fundamental importancia establecer que siempre que la ley común invade el campo de la ley orgánica, viola la Constitución en el fondo; es decir, viola la norma constitucional que indica qué materias deben ser reguladas por la ley orgánica y cabe, en consecuencia, a su respecto, el recurso de inaplicabilidad.*»⁷³.

Por lo expuesto, estamos en presencia de un vicio del género de la antijuridicidad iuspública de extrema gravedad, el que puede ser enfocado desde una doble perspectiva, ya sea como un vicio de inconstitucionalidad de acuerdo a las reglas generales, o bien -por extensión- como un vicio de nulidad de derecho público, el que torna el precepto legal denunciado en jurídicamente inexistente conforme al art. 7 inc. 3º de la Ley Fundamental.

VII. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

1. La relación de parte de los vicios de inconstitucionalidad detectados en la normativa reciente sobre acceso a la información administrativa, produce una profunda inquietud sobre la comprensión y el compromiso normativo de algunos de nuestros poderes públicos, respecto de los valores constitucionales subyacentes a la Ley Fundamental, los que han abonado la adopción de los principios de la probidad, transparencia y publicidad administrativas, como parte de la organización básica de nuestra Administración Pública.

⁷³ Bulnes A., Luz, cit. (n. 63), p. 234.

2. Ante una Administración Pública que veladamente rehúsa ser objeto del escrutinio público por las personas, especialmente a través de los medios de comunicación social, parecen caer en tierra infértil las libertades y derechos fundamentales de las personas proclamados en la ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, cuyo funcionamiento y desarrollo se ve severamente restringido respecto de aquélla⁷⁴, contrariamente a lo postulado en su tiempo por la Comisión Nacional de Ética Pública e, indirectamente, se reduce la eficacia del combate contra la corrupción, compromiso internacional asumido voluntariamente por nuestro gobierno⁷⁵.
3. En este orden de ideas, la Corporación Chile Transparente, Capítulo Chileno de Transparencia Internacional, ha expresado la necesidad de revisar el actual régimen de acceso a la información Administrativa, al evaluar el estado de cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción por nuestro país, en mérito de lo cual ha señalado: *“Con todo, el GNE [Grupo Nacional de Expertos] no contempla en la agenda gubernamental la modificación de la Ley de Probidad Administrativa (y su correspondiente reglamento) que establece el procedimiento precedentemente citado./ Sin embargo, la Corporación Chile Transparente, que hace suyos los argumentos y constataciones y proposiciones provenientes de la Sociedad Civil (en su informe de seguimiento de la CICC) [Convención Interamericana Contra la Corrupción], considera que la tradición de secreto de los actos y documentos de la Administración Pública persiste./ ... Sumado a lo anterior, se encuentra el problema que a través de decretos y reglamentos, muchos servicios públicos han incorporado más causales que las que establece la Ley de Probidad Administrativa, por lo que aparece como necesario revisar el Reglamento sobre Secreto y Reserva, junto a las restricciones particulares dictadas por diferentes servicios públicos y, junto también, con la suspensión de la entrada en vigencia de nuevas resoluciones de reserva por parte de los servicios públicos.”*⁷⁶.

⁷⁴ El art. 1º de la ley N° 19.733 prescribe: “Artículo 1º.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley./Asimismo, comprende el derecho de toda persona natural o jurídica de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, sin otras condiciones que las señaladas por la ley./ Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general.” En este sentido, Cfr. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, Considerandos 20 y 21.

⁷⁵ Sobre reformas en la política pública en materia de transparencia y probidad públicas, Cfr. Ministerio Secretaría General de Gobierno, **Discurso de Presidente Ricardo Lagos: Creación de la Comisión Asesora Presidencial para el fortalecimiento de la transparencia y la probidad pública**, Santiago, 16 de enero de 2003, 5 pp.

⁷⁶ Corporación Chile Transparente, **Informe desde la Sociedad Civil. Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción**, Santiago, febrero 2004, pp. 17 s. Esta Corporación recomendó, al efecto, eliminar como causal legal de denegación de acceso el secreto o reserva contemplado en disposiciones

4. Por su parte, el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, con sede en Washington, D.C., aprobó en su sesión plenaria de 6 de febrero de 2004, el Informe Final sobre la Implementación en la República de Chile de las Disposiciones de la Convención Seleccionadas para ser Analizadas en el Marco de la Primera Ronda, entre las cuales se ocupó del acceso a la información administrativa, con motivo de la implementación de mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción. La recomendación del Comité, dirigida a nuestro gobierno, fue la siguiente: “**4.1 Mecanismos para el Acceso a la Información/ 4.1.1. Complementar los mecanismos para el acceso a la información pública, ampliando las materias sobre las que se ocupan; fortaleciendo las garantías previstas para su ejercicio; e implementando programas de capacitación y difusión al respecto./ Para cumplir con esta recomendación, la República de Chile podría tener en cuenta las siguientes medidas:/b. Fortalecer las garantías previstas para el ejercicio del derecho al acceso a la información del Estado, de tal manera que el acceso a la misma no pueda ser denegado por causales diferentes a las que se determinen por ley, o con base en criterios de amplia discrecionalidad. A este respecto, se solicita considerar la modificación de la ley y del Decreto Supremo No. 26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia...**”⁷⁷.
5. Finalmente, subyaciendo a la problemática denunciada en estas páginas, se encuentra la consideración del papel que el secreto administrativo debe jugar en nuestra república democrática, cuyos órganos y titulares se encuentran bajo el imperio de la Constitución y la ley.

reglamentarias y la oposición de terceros sin expresión de causa; revisar el Reglamento sobre Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado y las resoluciones sobre actos y documentos secretos o reservados dictadas por los distintos órganos del Estado; suspender la entrada de nuevas resoluciones en la misma materia; medir, evaluar y analizar el funcionamiento del proceso administrativo de acceso a la información pública; garantizar el cumplimiento del procedimiento administrativo de acceso a la información pública; capacitar a funcionarios públicos y representantes de la Sociedad Civil en los principios y contenidos de la legislación y favorecer su difusión al interior del Poder Judicial; sistematizar y promover dentro de la Administración del Estado los precedentes judiciales de acceso a la información pública, y difundir y promover el derecho a información en todos los niveles de la sociedad, Cfr. Ibid; Olmedo B., Juan P., **Derecho de Acceso**, cit. (n. 4), p. 7.

⁷⁷ Comité de Expertos Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, **República de Chile Informe Final**, Washington, D.C., 6 de febrero de 2004, pp. 37 s. Ennegrecido en el original. Las restantes medidas recomendadas por el Comité fueron: “a. Ampliar las materias de la Administración sobre las cuales la ciudadanía tiene derecho a ser informada, de tal manera que incluyan aspectos referentes a políticas públicas, a la ejecución de las mismas, y a sus resultados./ c. Implementar programas de capacitación y difusión sobre los mecanismos para el acceso a la información pública del Estado, con el objeto de facilitar su comprensión por parte de los funcionarios públicos y de los ciudadanos y de optimizar la utilización de la tecnología disponible para tal efecto.” Ibid, p. 38.

Desde luego, como señalado supra, debe alcanzarse un equilibrio tensional entre acceso a los actos e información administrativa y el secreto administrativo, sobre algunas bases ahí enunciadas. En esto podemos extraer de lo acontecido en otras partes del mundo, para encontrar nuestro propio equilibrio.

En tal sentido, hace unos años, Daniel Patrick Moynihan, político y ex – senador por el estado de New York, concluyó que el secreto gubernamental constituye una forma indirecta de regulación emanada del gobierno, en cuanto expresión de un régimen regulatorio no público u oculto, de carácter burocrático, con patrones predecibles de auto-perpetuación⁷⁸.

Moynihan se basó para ello en la obra de Max Weber, quien se refirió a la conexión entre la democratización de la sociedad y la burocratización, y cuyas palabras cobran actualidad en Chile: “*Il. La Posición de Poder de la Burocracia/ B. Secreto Administrativo/ Cada burocracia busca incrementar aún más la superioridad del oficial profesional por medio de mantener secreto su conocimiento e intenciones. La administración burocrática siempre tiende a excluir al público, a ocultar de la crítica su conocimiento y acción tanto como pueda. ... Esta tendencia hacia el secreto es una consecuencia de su naturaleza objetiva en ciertos ámbitos administrativos: esto es, dondequiera que los intereses de poder de la estructura dada de dominación hacia el exterior están en cuestión, ya sea el caso de competidores económicos de una empresa privada o el de gobiernos extranjeros potencialmente hostiles en el campo público./ Sin embargo, los puros intereses de poder de la burocracia ejercen sus efectos mucho más allá de estas áreas de secreto funcionalmente justificadas. El concepto de “secreto oficial” es la invención específica de la burocracia y pocas cosas son defendidas tan fanáticamente por ella como esta actitud, la cual, fuera de las áreas específicas mencionadas, no puede ser justificada con argumentos puramente funcionales. Al enfrentar un parlamento, la burocracia, a partir de un instinto seguro por el poder, pelea cada intento de esa institución por ganar a través de sus propios medios (como, v.g., a través del llamado “derecho de investigación parlamentaria”) un conocimiento experto para las partes interesadas. La burocracia naturalmente prefiere un parlamento pobemente informado y por ende sin poder –al menos en cuanto esta ignorancia sea compatible con los propios intereses de la burocracia.”*⁷⁹.

⁷⁸ Moynihan, Daniel P., “Secrecy as Government Regulation”, en *PS Political Science & Politics* XXX, N° 2, June 1997, pp. 161 ss. Para un ejemplo –frustrado– en nuestra práctica jurídico-administrativa, Cfr. Contraloría General de la República, Dictamen N° 18.916, de 2003.

⁷⁹ Weber, Max, **Economy and Society**, ed. por Guenther Roth y Claus Wittich, University of California Press, Berkeley: CA., 1978, pp. 992 s. Espaciado agregado para indicar itálicas en el original. Traducción personal de los autores desde el idioma inglés.

La cita original de Daniel P. Moynihan provenía de una temprana traducción al idioma inglés de los ensayos de Max Weber, la que fue tomada de Perth, H. H. y Mills, Wright, **From Max Weber: Essays in Sociology**,

Sin embargo, al expandirse el régimen del secreto administrativo, mediante la auto – perpetuación burocrática del mismo, no por ello se obtiene una mejor vida política para nuestra república democrática, ni una mayor eficacia gubernamental.

Al respecto, la Comisión sobre Protección y Reducción del Secreto Gubernamental, formada en los Estados Unidos a mediados de la década de 1990, para encarar este problema en el ámbito de la seguridad nacional, apuntó a esta paradoja, al señalar -en lo pertinente- que en dicho ámbito: *“La mejor forma de asegurar que el secreto sea respetado y que los más importantes secretos permanezcan secretos, consiste en que el secreto sea retornado a su papel limitado aunque necesario. Los secretos pueden ser protegidos más efectivamente si el secreto es en general reducido./ ... Vivimos en una sociedad rica en información, en la cual, más que alguna vez en el pasado, las fuentes abiertas –en lugar que los medios encubiertos de recolección de información- pueden proveer la información necesaria para adoptar decisiones bien informadas. Demasiado a menudo, nuestro sistema de secreto procede como si esta revolución no hubiera sucedido, imponiendo costos por medio de compartmentalizar y limitar el acceso”*⁸⁰, en mérito de lo cual, entre otros, afirmó: *“El secreto existe para proteger la seguridad nacional, no a los oficiales y agentes del gobierno. No existe la menor razón para pensar que nuestro Gobierno no pueda hacer esta distinción y llevarla a efecto.”*⁸¹.

Tal vez, estas reflexiones puedan ser el punto de partida para un debate serio, honesto y sincero al respecto en nuestro país.

VIII. CONCLUSIONES

1. El acceso a los actos e información administrativa, en contraposición al secreto administrativo, ha pasado a constituir un tema de primer orden en el proceso de reforma de nuestro Estado Democrático.

Lo anterior, se vio reflejado en la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública en 1994; en la posterior promulgación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en 1998, y finalmente, en la dictación de la ley sobre Probidad Administrativa aplicable

Oxford University Press, New York: NY., 1946, pp. 233 s. Al respecto, Cfr. Moynihan, Daniel P., cit. (n. 78), pp. 161 y 165 n. 3. Por razones de claridad de la citada traducción, hemos preferido preterir su empleo y preferir, en su lugar, una traducción al idioma inglés más reciente, para el beneficio de los lectores. Para una traducción reciente al idioma español de **Economía y Sociedad**, Cfr. Weber, Max, **Economía y Sociedad**, ed. por Winckelmann, Johannes, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996, pp. 744 s.

⁸⁰ Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy, “Secrecy: Report of the Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy”, en *PS Political Science & Politics* XXX, N° 3, September 1997, p. 490. Espaciado agregado para indicar itálicas en el original. Traducción personal de los autores desde el idioma inglés.

⁸¹ Ibid, p. 491. Traducción personal de los autores desde el idioma inglés.

a los órganos de la Administración del Estado (ley N° 19.653) en 1999; texto legal que a su vez modificó la ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

2. Por su parte, los principios de transparencia y publicidad administrativas, que se enmarcan dentro del principio de probidad administrativa, todos los cuales rigen el actuar de la Administración Pública, se encuentran reconocidos y consagrados a nivel legal, actualmente en el DFL N° 1/19653 que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Esta ley consagra el principio de la publicidad de los actos administrativos emanados de los órganos de la Administración del Estado y de los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial, lo que constituye una verdadera presunción de apertura de la Administración en opinión de la doctrina. Esta presunción no se aplica a otro tipo de documentación administrativa, que no está vinculada con los actos administrativos. Con todo, la Contraloría General de la República ha efectuado una importante precisión al respecto, en el sentido que el principio de la transparencia administrativa es de aplicación general a toda la gestión administrativa.

En forma excepcional, la ley establece un régimen de secreto administrativo que se manifiesta en la existencia de causales legales de denegación de acceso a la información administrativa y en la facultad que se entrega a la Administración para establecer mediante reglamento los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en su poder.

No obstante lo anterior, el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, dictado por el Presidente de la República en 2001, extendió dicho régimen de excepción a un caso no autorizado por la norma legal orgánico constitucional, al permitir declarar secretos o reservados los instrumentos jurídicos de relación que emanan de la estructura administrativa, esto es, los actos administrativos, lo que constituye una claro vicio del citado reglamento. Lo mismo se puede predicar de la circunstancia que la ley orgánica constitucional haya entregado al reglamento, el señalamiento de los casos de secreto o reserva de la documentación o antecedentes en poder de la Administración, pues tanto las causales como los casos de secreto o reserva deben ser materia de una ley orgánica constitucional, conforme al art. 38 inc. 1° de la Constitución.

3. El artículo 13 del DFL. N° 1-19.653 estableció a favor de los interesados el derecho de acceso a la información administrativa, que opera como una consecuencia del principio de publicidad. Este derecho, encuentra su fuente inmediata en una ley orgánica constitucional y sus fuentes mediatas en tratados internacionales en materia de derechos humanos

ratificados por nuestro gobierno y que se encuentran vigentes, por lo que se encuentra –por extensión- revestido de las características y garantías de los derechos fundamentales.

4. El art. 13 inc. 4º extiende, asimismo, este acceso a los informes y antecedentes proporcionados a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, por parte de: i.- Las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública. ii.- Las empresas a que se refiere el art. 37 incs. 3º y 5º de la ley Nº 18.046, sobre sociedades anónimas.

Con todo, conforme al art. 13 incs. 4º y 7º, esta ampliación del acceso a la información está sujeto a ciertas condiciones, a saber: que dichos informes y antecedentes sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa, que su titular no haga uso de su derecho a denegar la información y que, en este último caso, el Jefe Superior requerido no estime fundamentalmente que la divulgación afecte sensiblemente los derechos o intereses del o los titulares mencionados.

5. Excepcionalmente, el legislador ha contemplado causales para denegar el acceso a la información administrativa, las que pretenden configurar un régimen de taxatividad, el que no es tal jurídicamente hablando.

Las causales señaladas son: i. La reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias. ii. Que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. iii. La oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos. iv. Que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación efectuada por el Jefe Superior del órgano requerido. v. Que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Estas causales legales citadas han sido adicionadas en los hechos por nuevas causales previstas en el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, el que a su vez comete a los Jefes Superiores de Servicio clasificar los diferentes actos y documentos en secretos o reservados, estableciendo además límites temporales a la desclasificación de actos y documentos administrativos.

Lo anterior ha conducido a la dictación de aproximadamente 66 resoluciones administrativas que, fundadas en el reglamento citado, han terminado por confirmar la reversión de la presunción de apertura administrativa esbozado a fines de 1999, lo que constituye otro vicio.

6. Por otra parte, junto con el establecimiento del principio de publicidad y del secreto en los casos contemplados en la ley, el legislador orgánico constitucional consagró asimismo

una acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, en que un órgano con competencia jurisdiccional puede ordenar, bajo apercibimiento de sanción, la entrega de la información previamente requerida y que ha sido denegada. Esta es una acción especial que es ejercida en un procedimiento judicial concentrado en contra de la Administración⁸².

7. Una nuevo vicio en la regulación normativa del acceso a los actos e información administrativa se encuentra en la ley N° 19.880, la que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado y mediante la cual se pretende ampliar, mediante una ley ordinaria, el campo del secreto administrativo para aplicarlo esta vez a los actos administrativos que emanan de los órganos pertenecientes a la Administración Pública, cuya publicidad fue asegurada por una ley previa de carácter orgánico constitucional.
En este contexto cabe reiterar que cualquier limitación o excepción a la regulación contenida en la ley de Bases Generales de la Administración del Estado, debe contemplarse en una ley de la misma naturaleza, señalando la causal justificatoria y el caso a que se aplica.
8. A partir del análisis efectuado no queda sino concluir que, tanto las causales como los casos de denegación de acceso a los documentos y antecedentes de los actos administrativos emanados de los órganos de la Administración del Estado, deben ser establecidos por una ley orgánica constitucional, porque ambos constituyen elementos constitutivos de una norma jurídica sobre acceso a la información administrativa.

POST-SCRIPTUM

Con posterioridad a la remisión del presente artículo a esta revista, fue dado a conocer el Dictamen N° 49.883, de 4 de octubre de 2004, de la Contraloría General de la República, por el cual el citado Órgano Contralor se pronunció sobre la legalidad de 50 resoluciones administrativas, dictadas por Jefes Superiores de Servicio en virtud de lo dispuesto en el art. 9 inc. 2º del DS. N° 26, precitado.

La Contraloría General observó fundadamente que en dichas resoluciones se excedía la normativa legal y reglamentaria en materia de secreto o reserva administrativa, debido a “*la inclusión de antecedentes que no revisten el carácter de actos administrativos o de documentos que les sirvan de sustento o complemento pertinente.../A su vez, 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.*”⁸³.

⁸² Cfr. (n. 23).

⁸³ Contraloría General de la República, Dictamen N° 49.883, de 2004.

Lo anterior llevó al Sr. Contralor General de la República a concluir que todas las reparticiones que han dictado dichas resoluciones, las reexamen a la brevedad y las modifiquen en términos que se ajusten a la normativa vigente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- a) Libros, memorias de prueba, documentos, capítulos de libros y artículos de revistas científicas.
- 1. Aguerrea M., Pedro, “El Derecho de Petición ante la Administración del Estado: Acerca de la Obligación de Respuesta”, en *Ius Publicum* 9, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2002.
- 2. Aldunate L., Eduardo, “El Derecho Público a Finales de Siglo. Algunas Preguntas Abiertas”, en *Revista de Derecho* XVIII (Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público), Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1997.
- 3. Astorquiza A., Gastón, “Consideraciones Respecto a la Legislación sobre Probidad Administrativa”, en *Revista de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República*, Edición Especial, noviembre 2000-enero 2001.
- 4. Barra G., Nancy, **Probidad Administrativa**, LexisNexis ConoSur, Santiago, 2002.
- 5. Bronfman V., Alan, De la Fuente H., Felipe y Parada E., Fernando, **El Congreso Nacional. Estudio Constitucional, Legal y Reglamentario**, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1993.
- 6. Bulnes A., Luz, “La Ley Orgánica Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho* II, N°s. 2-3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984.
- 7. Carmona S., Carlos, “Antecedentes de la ley N° 19.653”, en *Revista de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República*, Edición Especial, noviembre 2000-enero 2001.
- 8. Cerdá M., Mario, “Origen de Algunos Principios Básicos de la Institucionalidad Política Establecida por la Constitución Política”, en *Revista de Derecho Público* 37-38, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1985.
- 9. Claissac S., Jorge, *Derecho de Acceso a la Información Administrativa*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2000.
- 10. Cordero V., Luis, **El Procedimiento Administrativo**, LexisNexis, Santiago, 2003.
- 11. Colombara L., Ciro y Olmedo B., Juan P., “El Control Social de la Administración y el Derecho de Acceso a la Información. La Experiencia Chilena”, en *Revista de Información*

- Pública* 1, N° 1, Escuela de Periodismo, Universidad Santo Tomás, junio 2003 (reimpreso en *Derecho Comparado de la Información* 2, julio-diciembre 2003).
12. Comisión Nacional de Ética Pública, “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción”, en *Revista de Ciencia Política* XVIII, N°s. 1-2, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996.
 13. Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy, “Secrecy: Report of the Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy”, en *PS Political Science & Politics* XXX, N° 3, September 1997.
 14. Contesse S., Jorge, “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 14, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2002.
 15. Crozier, Michel, **The Bureaucratic Phenomenon**, The University of Chicago Press, Phoenix Books, Chicago: Ill., 1964.
 16. Dahl, Robert A., **A Preface to a Democratic Theory**, The University of Chicago Press, Phoenix Books, Chicago: Ill., 1965.
 17. Delpiazzo, Carlos E., “Control Social de la Administración y Transparencia”, en *Ius Publicum* 11, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2003.
 18. Downs, Anthony, **Inside Bureaucracy**, Little, Brown and Company, Boston: Mass., 1967.
 19. Feliú de O., Olga, “Ley de Procedimientos Administrativos”, en *Revista del Abogado* 28, julio 2003.
 20. Fernández G., Miguel A., “El Principio de Publicidad Administrativa”, en Bascuñán V., Antonio (ed.), **La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000**, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2000.
 21. Fernández G., Miguel A., “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales y de los Documentos en que se Fundan”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 14, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2002.
 22. Fredes, Miguel, “Condicionante para la participación ciudadana en la toma de decisiones en asuntos ambientales: El derecho de acceso a la información”, en *Ambiente y Desarrollo* XVI, N° 4, diciembre 2000.
 23. González M., Mario, “El Derecho de Petición ante la Autoridad Administrativa en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho Público* 37-38, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1985.

24. Guajardo M., María P., *Principio de Transparencia y Publicidad en la Administración Pública*, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad de Talca, Talca, 2003.
25. Medina, Cecilia y González, Felipe, “Chile: National Security, Freedom of Expression and the Legacy of the Military Dictatorship”, en Coliver, Sandra et al., **Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information**, Klewer Law International, The Hague, 1999.
26. Mendoza Z., Ramiro, “Notas sobre el Acceso a la Documentación Administrativa”, en *Revista de Derecho Público* 59, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996.
27. Moynihan, Daniel P., “Secrecy as Government Regulation”, en *PS Political Science & Politics* XXX, N° 2, June 1997.
28. Nogueira A., Humberto, **El derecho a libertad de opinión e información y sus límites (Honra y vida privada)**, LexisNexis ConoSur, Santiago, 2002.
29. _____, **Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales**, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003.
30. Olmedo B., Juan P., “ “Claude contra CONAF”: Un Caso de Control Social de la Explotación Forestal”, en *Revista de Derecho Ambiental* 1, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.
31. _____, “Derecho de Acceso a Información Pública Secreto y Reserva”, en *Revista del Abogado* 30, abril 2004.
32. Otero L., Miguel, “Los Principios de la Transparencia y Publicidad en la Administración del Estado”, en Bascuñán V., Antonio (ed.), **La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000**, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2000.
33. Perth, H. H. y Mills, Wright, **From Max Weber: Essays in Sociology**, Oxford University Press, New York: NY., 1946.
34. Sánchez M., Miguel, «El Derecho de Acceso a la Información en Materia de Medio Ambiente», en *Revista de Administración Pública* 137, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Mayo-Agosto 1995.
35. Urrutia S., Osvaldo, *El principio de publicidad y el secreto en el acceso a la información administrativa*, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001.
36. Weber, Max, **Economy and Society**, ed. por Guenther Roth y Claus Wittich, University of California Press, Berkeley: CA., 1978.

37. _____, **Economía y Sociedad**, ed. por Winckelmann, Johannes, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996.
 38. Wilson, James Q., **Bureaucracy: what government agencies do and why they do it**, BasicBooks, Inc., 1989.
 39. Zapata L., Patricio, **La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994.
- b) Informes, sitios web y prensa.
1. Astorquiza A., Gastón, “Legislación, control y cultura de probidad”, Seminario Función Pública y Corrupción organizado por la Contraloría General de la República y la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Temuco, 30 de septiembre de 2003, en www.chiletransparente.cl/documentosu/Artículo-Ponencias.
 2. Comité de Expertos Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, **República de Chile Informe Final**, Washington, D.C., 6 de febrero de 2004.
 3. Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, **Manual Básico sobre Aplicación Práctica de la Ley de Probidad y Otras Materias de Especial Relevancia para el Control**, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, 2000.
 4. Corporación Chile Transparente, **Informe desde la Sociedad Civil. Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción**, Santiago, febrero 2004.
 5. Correa R., Teresa, “Acceso a Información Pública Abusos a la Ley de Probidad Administrativa: Organismos estatales que esconden secretos”, en *El Mercurio de Santiago*, martes 15 de junio de 2004.
 6. Feliú O., Olga, “Publicidad de los actos públicos”, en *Diario Financiero*, 30 de junio de 2004, en www.eldiario.cl/shnoti.asp?noticias2035;
 7. Fischer A., Alvaro, “No es en los tribunales”, en *El Mercurio de Santiago*, domingo 27 de octubre de 2002.
 8. Larraín F., Hernán, “A derribar muros”, en *El Mercurio de Santiago*, domingo 1 de agosto de 2004.
 9. Ministerio Secretaría General de Gobierno, **Discurso de Presidente Ricardo Lagos: Creación de la Comisión Asesora Presidencial para el fortalecimiento de la transparencia y la probidad pública**, Santiago, 16 de enero de 2003.
 10. Olmedo B., Juan P., **Derecho de Acceso a la Información Pública. Chile**, Santiago,

agosto 2004.

11. Soza, Daniel, "Secretos de Estado", en *Qué Pasa*, N° 1.728, 20 al 27 de mayo de 2004.
 12. Autor Desconocido (n.n.), "Propuesta parlamentaria: Piden respaldo para ley contra el secretismo", en *El Mercurio de Santiago*, viernes 23 de julio de 2004, en http://diario.elmercurio.com/2004/07/23/nacional/_portada/noticias/impresion3677EF;
- c) Documentos oficiales, jurisprudencia administrativa y judicial publicada e inédita.
1. República de Chile, Contraloría General de la República, **Dictámenes**.
 2. _____, Cámara de Diputados, **Boletín de Sesiones**.
 3. _____, Poder Judicial, **Sentencias**.
 4. _____, Senado, **Diario de Sesiones**.
 5. _____, Tribunal Constitucional, **Sentencias**.
 6. _____, **Diario Oficial**.
- d) Textos jurídicos.
1. República de Chile, **Constitución Política de la República**.
 2. _____, **ley N° 18.575**.
 3. _____, **ley N° 18.834**.
 4. _____, **ley N° 19.653**.
 5. _____, **Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.653**, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 13 de diciembre de 2000.
 6. _____, **ley N° 19.880**.
 7. _____, **Decreto Supremo N° 26**, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 28 de enero de 2001.
 8. _____, **Decreto Supremo N° 423**, Ministerio de Interior, de 5 de abril de 1994.
 9. _____, **Código Penal**.
 10. _____, **Convención Interamericana contra la Corrupción**.