

## Informe en derecho

Se ha solicitado por el Consejo para la Transparencia a este profesional un informe en derecho que analice la “inexistencia de información” como motivo para eximir de la obligación legal que pesa sobre los órganos del Estado de entregar la información solicitada por un particular. En particular, se ha requerido que este profesional realice un análisis de la existencia y alcances de este motivo legal de eximición en el derecho chileno, compararlo con la regulación que existe en esta materia en el derecho comparado (especialmente en los ordenamientos jurídico de México, Canadá y Reino Unido) y proponga algunas reformas legales que podrían introducirse en el ordenamiento jurídico chileno para mejorar la aplicación práctica de esta causal de eximición de la obligación legal antes señalada.

Para estos efectos, y a fin de abordar cada una de las temáticas referidas, este informe se estructurará en los siguientes puntos:

1. El Derecho de acceso a la información pública
2. Las causales de reserva o secreto como excepción al derecho
3. La inexistencia de información como causal de eximición
4. La obligación de conservación de documentos públicos y la autorización para su destrucción
5. La sanción por la no entrega de información
6. Algunas propuestas normativas

El desarrollo de este informe se hace teniendo como referencia las normas vigentes en el ordenamiento jurídico chileno, la jurisprudencia emanada del Consejo para la Transparencia y de los tribunales de justicia, las normas vigentes de los ordenamientos comparados de referencia y la jurisprudencia existente en esos ordenamientos, disponible en sitios o bases de datos de acceso libre por internet. Además, se han consultado alguna bibliografía nacional y comparada, que ha permitido fundar algunas de las afirmaciones que aquí se sostienen.

## I. El derecho de acceso a la información pública

Como se sabe el derecho de acceso a la información pública, es una consecuencia del principio-deber de publicidad y transparencia de la actuación estatal establecido en nuestro ordenamiento jurídico directamente en la Constitución Política de la República (en adelante CPR). En efecto, el artículo 8° de la CPR señala que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Ello se ve complementado con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 20285 sobre Acceso a la Información Pública (en adelante, LAIP), que dispone que “la función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.

En el ámbito estrictamente administrativo, este principio-deber de publicidad y transparencia se contempla como un principio de la actividad administrativa (artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante LOCBGAE), en igualdad de condiciones que la responsabilidad, la eficiencia, la probidad y la eficacia, por nombrar algunos de los más importantes. Aún más, el artículo 13 de la misma ley señala una norma similar a la establecida en el artículo 3° de la LAIP, lo que también se encarga de recalcar el artículo 16 de la Ley N° 19880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (en adelante LBPA).

Esta regulación dispuesta en la LOCBGAE es precisamente el antecedente más inmediato en nuestro ordenamiento de la establecida actualmente en la LAIP, la que surgió de la reforma introducida a aquella por la Ley N° 19653, denominada precisamente Ley de Probidad Administrativa. Esta ley reconoció por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno el principio de publicidad y transparencia en la Administración del Estado, estableciendo al efecto un procedimiento de acceso, unas causales limitadas de secreto o reserva –aunque ampliables por vía reglamentaria- y unos procedimientos administrativos y judiciales de tutela.

Actualmente, es el artículo 5º de la LAIP el que establece con mayor claridad y extensión este principio-deber de publicidad y transparencia para los órganos de la Administración del Estado, disponiendo al efecto que “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.

Ahora bien, este principio-deber de rango constitucional, mirado desde la perspectiva subjetiva, da lugar a un derecho de los particulares a acceso a la información pública, el que se considera un derecho constitucional consecuencial del derecho a la libertad de opinión e información establecido como derecho fundamental en nuestra CPR. En efecto, nuestro Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que asegura el derecho de acceso a la información pública, en base al artículo 19, N° 12°, y en el artículo 8°. En efecto, “el artículo 19, N° 12°, garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública, lo que, como se ha señalado anteriormente, ha sido reconocido por esta Magistratura en sentencia Rol N° 634, del año 2007, al señalar que: “(...) *el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12° de la Carta Fundamental...*”. (C°. 9º). Además debe tenerse presente que la libertad de informar incluye el derecho a recibir informaciones (STC Rol N° 226, C° 20°, y Rol N° 634, C° 9°);” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1800-2010, de 21 de junio de 2011).

Sin perjuicio de lo expuesto, algunos autores llegan a considerar este derecho subjetivo al acceso a la información de una forma más fuerte, aparentemente como un derecho fundamental de carácter autónomo, fundado en el reconocimiento internacional que se ha hecho de este derecho en las convenciones internacionales (Harasic, Davor. “Historia de la consagración del Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Chile”, en *Transparencia en la Administración Pública*, R. Letelier y E. Rajevic (coor.),

Abeledo Perrot, 2010, págs. 10-11). Sin embargo, ello es discutible, atendida la forma como se encuentra formulado el principio de publicidad y transparencia en la Constitución chilena, y a la compleja forma de incorporación de los tratados de derechos humanos en el derecho interno.

No obstante lo anterior, sea entendido este derecho subjetivo de acceso a la información pública como un derecho fundamental autónomo, como un derecho constitucional derivado del derecho fundamental a la opinión e información o como un derecho estrictamente legal, consecuencia del principio constitucional antes referido, es indudable que este derecho se erige como un derecho público subjetivo, que se impone a los órganos del Estado e impide su negación a través de los procedimientos administrativos y judiciales de resguardo establecidos en la LAIP. Esto es especialmente claro en el caso de la información en posesión de los órganos de la Administración del Estado, ámbito que el legislador ha dispuesto procedimientos efectivos de pasiva de la información pública, complementando la obligación de transparencia activa dispuesta para todos los órganos del Estado (artículos 2º LAIP y artículo sexto, octavo y noveno de la Ley N° 20285).

En este sentido, el artículo 10º de la LAIP dispone claramente que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”. Ello implica el establecimiento de un derecho individual que se impone contra la Administración del Estado, al que no podrá resistir ésta, salvo en los casos y con las excepciones que establece la misma ley. Para ello, el particular dispondrá de los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos en la ley, que señala un procedimiento y un órgano especial de tutela administrativa del derecho del particular y luego una instancia judicial de reclamo ante la Corte de Apelaciones respectiva.

## II. Las causales de reserva o secreto como excepción al derecho

El establecimiento del derecho a acceso a la información pública, no obstante su amplitud conceptual, reconoce en nuestro derecho algunos límites, los que derivan directamente de la Constitución Política de la República. Así, el artículo 8º de la Carta señala una habilitación-reserva para el legislador, para que vía ley de quórum calificado, pueda establecer el secreto o reserva de documentos en aquellos casos en que se afecte el debido cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional.

Esta regulación constitucional es similar a la establecida en el texto original de la LOCBGAE (artículos 13 y 14), introducida por la reforma de la Ley Nº 19653, con una diferencia fundamental: existe una reserva cualificada al legislador (ley de quórum calificado) para establecer los casos específicos de reserva o secreto de documentos, lo que en el texto legal antiguo también se extendía para el legislador ordinario y aún para la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Precisamente el ejercicio de esta potestad por parte del Presidente, a través del Decreto Supremo Nº 26/2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, extendiendo las causales de reserva o secreto dispuestas en la LOCBGAE y habilitando a su extensión mayor a través de resoluciones administrativas emanadas de los jefes superiores de servicio.

Esta habilitación reglamentaria generó la dictación de casi un centenar de resoluciones administrativas exentas que establecían causales de reserva o secreto de documentos, lo que amplió considerablemente las causales de excepción consideradas originalmente por el legislador. Ello provocó la reacción de la Contraloría General de la República, la que a través del dictamen Nº 49883/2004 sostuvo que con estas resoluciones los órganos de la Administración del Estado “excede(n) la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva en otros órdenes de materias”, “fijan (do) 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 servirle de fundamento”.

La consecuencia de este pronunciamiento fue la presentación de un proyecto de ley que modificara esta situación, lo que daría lugar posteriormente a la reforma constitucional de 2005 y la incorporación del nuevo artículo 8º a la Constitución, derogando de paso el Decreto Supremo 26/2001 antes reseñado (Cordero, Luis. “Delimitando la Ley de Acceso a la Información: los dilemas tras la regulación”, en *Transparencia en la Administración Pública*, R. Letelier y E. Rajevic (coor.), Abeledo Perrot, 2010, págs. 28-29).

En este contexto, la nueva normativa constitucional de la publicidad y transparencia de la información pública supone una restricción muy severa a las causales de reserva o secreto que puede utilizar la Administración del Estado para impedir el acceso de los particulares a la información, ya que sólo lo puede hacer argumentando algunas de las causales que taxativamente señala el constituyente, previa ley de quórum calificado así lo establezca.

En este sentido, la LAIP establece taxativamente, siguiendo la misma terminología constitucional, las causales de reserva o secreto (artículo 21), considerando al efecto, la afectación del cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación y el interés nacional. La únicas particularidades de esta regulación, en relación al texto constitucional, son que, por un lado, permite el establecimiento de otras causales de reserva o secreto, distintas a las establecidas en esta ley, por otra ley de quórum calificado, en concordancia con lo establecido en la Constitución; y, por otro, señala ejemplos o casos en que se produce la afectación de esos bienes jurídicos generales establecidos en la Constitución, como límites a la publicidad o transparencia en el ejercicio de las funciones públicas. Así, sin limitar las causales de reserva o secreto enunciadas por la Constitución, la LAIP señala algunos casos en que “particularmente” se afectan esos bienes jurídicos, lo que no excluye otros casos análogos en que se presentan las mismas características, lo que deberá fundamentar el órgano administrativo requerido que disponga en un caso concreto el secreto o reserva de la información.

Contribuye asimismo a precisar aún más los casos de reserva o secreto, el reglamento de la Ley Nº 20285 (Decreto Supremo Nº 13/2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia) al considerar las mismas causales de reserva o secreto que establece la Constitución y la LAIP, pero haciendo algunas precisiones sobre los alcances de algunos términos utilizados por aquella o ésta, lo que acota aún más la discrecionalidad de la Administración Pública en el ejercicio de la potestad pública asignada.

Como se puede observar, el constituyente y el legislador realizaron una delimitación muy estricta de los casos de reserva o secreto de la información pública, estableciendo con toda claridad una opción por la transparencia y publicidad de la información en poder de los órganos de la Administración del Estado, salvo en los casos de excepción específicamente señalados. De este modo, pesa sobre los órganos de la Administración del Estado la carga de fundamentar suficientemente los casos de negativa a acceso a la información solicitada por un particular, haciendo una interpretación restrictiva de las causales de reserva o secreto que no hagan ilusorio el principio constitucional antes enunciado.

### **III. La “inexistencia de información” como causal de eximición**

#### **1. El planteamiento del problema**

De lo expuesto queda en evidencia que la respuesta negativa de un órgano de la Administración a la solicitud de acceso a la información formulada por un particular es una cuestión excepcional, calificada y fundada por aquel, y amparada estrictamente en alguna de las causales establecidas en la Constitución Política de la República y desarrollada por la LAIP y el reglamento correspondiente.

Sin embargo, en la práctica administrativa se puede constatar que existe otro fundamento, distinto a las causales legales antes apuntadas, para rechazar por parte de un órgano de la Administración del Estado la petición de un particular. Se trata de la “inexistencia de la información solicitada”, al menos por el órgano requerido.

La LAIP no establece con claridad esta “causal” o circunstancia que impide al particular el acceso a la información solicitada y permite el rechazo de la petición al órgano administrativo requerido. Sin embargo, en el artículo 13 de la misma Ley se plantea esta posibilidad al considerar como una respuesta válida del órgano requerido la no entrega de la información reclamada, por “no poseer los documentos solicitados”, debiendo en tal caso, según dispone la ley, remitir los antecedentes al órgano o autoridad competente.

No obstante esto puede ser imposible de satisfacer, en aquellos casos en que se desconozca la autoridad competente en el caso específico, se ignora la existencia de la información misma o ella fue destruida con anterioridad. En tales casos, el órgano requerido rechazará la petición del particular, exigiéndose la comunicación a éste de dicha circunstancia.

Ahora bien, esto podría constituir un inconveniente en la efectividad del derecho de acceso a la información pública, ya que los órganos de la Administración del Estado podrían eximirse en el cumplimiento de su obligación constitucional de publicidad o transparencia, alegando simplemente la inexistencia de la información requerida. Lo anterior es posible pese a que el artículo 13 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, exige que las formalidades del procedimiento sean “aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares”, lo que debería llevar aparejado para los órganos de la Administración del Estado la obligación de dejar constancia, aunque sea mínima, del procedimiento empleado y de los antecedentes efectivamente tenidos a la vista por la autoridad al adoptar una decisión. Esta obligación sería más exigible aún, tratándose de pronunciamientos sobre asuntos de alta relevancia pública como la evaluación del impacto ambiental de un proyecto hidroeléctrico (Decisión Rol C-94-11 del Consejo para la Transparencia), ya que en estos casos está en juego la credibilidad y la corrección en el ejercicio de las potestades públicas.

No obstante, el Consejo para la Transparencia no puede controlar y supervisar cabalmente la alegación del órgano administrativo de “inexistencia de la Información”

como fundamento para no entregar la información requerida por un particular, ya que finalmente, como lo ha sostenido el propio Consejo, esta es una cuestión de hecho, que excede las funciones y atribuciones conferidas a éste por el artículo 33 de la LAIP (Decisiones de amparo C21-10, C22-10, C23-10, C24-10, C25-10, C50-11 del Consejo para la Transparencia).

## **2. La inexistencia de información como causal de no entrega de información solicitada en el derecho comparado**

En el derecho comparado se pueden apreciar algunos criterios normativos y jurisprudenciales que pretenden regular el ejercicio de la causal de “inexistencia de información” como supuesto de rechazo a la petición de un particular. En este sentido, es interesante analizar los casos de México, Canadá y Reino Unido.

### **a) México**

El derecho de acceso a la información en México tiene sus primeros atisbos en el año 1977, cuando se agrega al artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Americanos “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. En este contexto, desde el año 2002 en adelante se expiden diversas leyes en la materia, tanto en el ámbito federal como en las diversas entidades federativas, que pretenden garantizar este derecho, habilitando a los ciudadanos a acceder a la información pública.

Sin embargo, en el año 2007 se produce una reforma constitucional más profunda en el derecho a la información pública, enunciando en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos unos principios y bases para el ejercicio de este derecho. Esta reforma tuvo como objeto principal eliminar las asimetrías en el ejercicio del derecho al acceso a la información pública que existía entre los distintos Estados, como también establecer los principios y bases que deben regir en el ejercicio del derecho de acceso a la información.

Esta reforma consagra, en lo medular, el carácter público de la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, aceptándose la reserva temporal de la información, sólo por razones de interés público. Además, se precisa que este derecho a la información lo tiene toda persona respecto de la información pública y sus datos personales, no debiendo acreditar interés alguno o justificar su utilización. Asimismo, se da un mandato al legislador para la creación de organismos autónomos, especializados e imparciales que protejan efectivamente este derecho, regulando también la forma en que deberán preservarse y publicarse los documentos públicos, así como la manera de entregar esa información a los solicitantes.

Ahora bien, este derecho al acceso a la información pública misma está regulado por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante LTAIPG) de 2002, el Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2003 y el Decreto del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de 2002. Esta normativa tiene como finalidad principal proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

Esta misma Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública creó el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (en adelante IFAI), que es el órgano encargado de garantizar el derecho a la información y a la protección de datos a nivel federal y en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal. Se caracteriza por ser un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, y cuyas atribuciones principales son la promoción y difusión del ejercicio del derecho a la información, resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales.

Ahora bien, en cuanto a la “inexistencia de información” como causal de rechazo de la solicitud presentada por un particular, en primer lugar se debe señalar que es una causal utilizada en forma relativamente frecuente por los órganos administrativos mexicanos. De hecho, si tomamos un periodo de ocho años, el Instituto Federal de Acceso

a la Información (IFAI) ha registrado 3301 recursos de revisión contra la declaración de inexistencia de la información solicitada por el sujeto obligado, lo que la transforma en una causal de aplicación constante por la Administración y que genera una alta conflictividad con los ciudadanos.

La inexistencia de información es un concepto que se le atribuye a la información solicitada misma. Así la inexistencia de información implica necesariamente que la información no se encuentra en los archivos de la autoridad, es decir, se trata de una cuestión de hecho que es independiente de la obligación que pesa sobre el órgano de tener registrada aquella (Actas del Pleno N° 29-10 y N° 15-09 del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos).

En este contexto, el artículo 46 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental señala que cuando los documentos no se encuentren en los archivos de la unidad administrativa solicitada, ésta deberá remitir al Comité de Información de la dependencia o entidad, la solicitud de acceso y el oficio en donde lo manifieste, para que dicho Comité analice el caso y tome las medidas pertinentes para localizar el documento solicitado y resuelva en consecuencia. Además, la misma Ley dispone que en caso de que el Comité no encuentre el documento, expedirá una resolución confirmando la inexistencia del documento solicitado, notificando al solicitante de ello a través de la unidad de enlace, dentro del plazo de 20 días hábiles.

En este mismo sentido, la fracción V del artículo 70 del Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental señala que en el caso de que la unidad administrativa determine que la información solicitada no se encuentre en sus archivos, deberá enviar un informe al Comité de Información de la unidad o dependencia de ésta, dejando constancia de la inexistencia de información solicitada.

Es necesario destacar que el artículo 42 de la LTAIPG establece que las dependencias sólo estarán obligadas a entregar documentos que se encuentren en sus archivos, lo que parece razonable, atendido la naturaleza del derecho regulado y las obligaciones impuestas a las entidades públicas en esta materia. Por otro lado, el acceso

se dará solamente en la forma en que lo permita el documento de que se trate, no obligándose la Administración, en principio, a una reelaboración de la información en la forma solicitada por el requirente de la misma.

Ahora bien, se establece en esta materia un procedimiento que debe seguir la unidad administrativa requerida, cuando los documentos no se encuentren en sus archivos, el que considera las etapas siguientes (Expedientes 3524/07 y 3466/07 del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos):

- 1º. La unidad de enlace debe remitir las solicitudes de acceso a todas las unidades administrativas que tengan o puedan tener la información a efecto de que sea localizada o, por el contrario, se compruebe su inexistencia;
- 2º. La unidad administrativa responsable deberá enviar un informe en el exponga la inexistencia al Comité de Información;
- 3º. El Comité analizará el caso y tomará las medidas pertinentes para localizar el documento solicitado y resolverá en consecuencia;
- 4º. En caso de no encontrar la información, expedirá una resolución que confirme la inexistencia del documento solicitado. Es menester destacar que para declarar la inexistencia de la información, el órgano requerido debe realizar una búsqueda exhaustiva de la información solicitada (Expediente 1200/09 del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos);
- 5º. El Comité deberá notificar dicha resolución al solicitante, a través de la unidad de enlace, dentro del plazo establecido en el artículo 44 de la Ley (20 días hábiles);

Asimismo, la declaración de inexistencia de la información debe incluir una orientación sobre la posible ubicación de la información requerida (Expediente 3464/07 del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos). Esto queda claro de lo dispuesto en el artículo 69 del Reglamento de la citada Ley, que señala que “las unidades de enlace que reciban una solicitud de acceso a la información que no posea la dependencia o entidad de que se trate, deberán auxiliar y orientar a los particulares, a

través del medio que éstos señalaron en su solicitud y dentro de los cinco días hábiles siguientes, sobre las dependencias o entidades que pudiesen poseerla (...)

Es oportuno señalar que cada uno de los gobiernos de los Estados de la Unión han instruido a sus organismos competentes para que a propósito de las solicitudes de información que presenten los particulares realicen una búsqueda general y exhaustiva de la documentación solicitada, en todos y cada uno de sus archivos. Además, estos órganos deben solicitar apoyo de otros organismos para que participen en la localización de la información requerida.

En este sentido, el Instituto de Transparencia e Información de Jalisco, por ejemplo, ha elaborado algunos criterios en esta materia (documentos “Criterios respecto a los requisitos que deben reunir las respuestas que emiten los sujetos obligados en las declaraciones de información inexistente y de no acceso por no tener competencia”, de 15 de diciembre de 2009 y “Criterios respecto a la naturaleza y alcance de las respuestas que emiten los sujetos obligados en las declaraciones de información inexistente”, de 1 de marzo de 2011), señalando los requisitos que deben reunir las respuestas que emiten los sujetos obligados en las declaraciones de información inexistente y de no acceso por no tener competencia.

Así, se ha señalado que los sujetos obligados, ante la inexistencia de información, deben emitir un dictamen en el que expresamente se cite la normativa aplicable, razonando y explicando el caso concreto y como se acredita la situación específica. En este sentido los informes de inexistencia de información deberán contener, según lo instruido por el Instituto de Transparencia e Información de Jalisco, la normativa aplicable, el razonamiento o explicación de la aplicación específica de esa normativa en el caso concreto, y las pruebas concretas que justifican esta decisión, la que se constituye por las constancias, actas, denuncias de carácter penal o cualquier otro documento que pueda acreditar que la información es inexistente.

Ahora bien, tratándose de información a la que el sujeto obligado no tenga acceso, por no ser de su competencia, los órganos administrativos requeridos tienen el deber de emitir una resolución debidamente fundada y motivada señalando esta circunstancia,

debiendo además proporcionar los datos necesarios y suficientes para identificar y ubicar al sujeto obligado competente.

## **b) Canadá**

El derecho de acceso a la información en Canadá deriva de la Ley de Acceso a la Información que entró en vigor el 1 de julio de 1983 (Access to Information Act, en adelante ATIA). Ésta establece un derecho amplio de acceso a la información en los registros bajo control de una institución gubernamental, consagrando expresamente el derecho de libertad de acceso de información, tanto para los individuos como a las organizaciones.

Esta Ley recoge tres principios básicos que inspiran su regulación: la información gubernamental debe estar disponible para el público; las excepciones a este derecho de acceso deben ser limitadas y específicas; y las decisiones sobre la divulgación de la información del Gobierno deben ser revisadas por un órgano o entidad independiente.

Ahora bien, esta Ley es muy relevante en el sistema político canadiense, calificándola la Corte Suprema como un pilar de la democracia. En este sentido, el juez Gérard Vicente de La Forestal, ha señalado, a nombre de toda la Corte Suprema, en 1997, que "el objetivo fundamental de acceso a la legislación de información es facilitar la democracia, ayudando a garantizar que los ciudadanos tengan la información necesaria para participar de manera significativa en el proceso democrático y que los políticos y los burócratas sigan siendo responsables ante la ciudadanía".

Para garantizar este derecho de los ciudadanos, esta misma LAI establece la Comisión de Información de Canadá (Office of Information Commissioner of Canada), organismo autónomo, no adscrito a ningún poder estatal, dotado de independencia de criterio, autonomía presupuestaria y facultades de delegación de atribuciones. Este órgano cautela los derechos de las personas y organizaciones que se ven afectados, detentando también potestades sancionadoras que se ejercen en contra de cualquier persona que destruya, falsifique o esconda información pública.

Esta Comisión de Información también investiga las quejas en contra de las instituciones federales en el manejo de las solicitudes de acceso, teniendo al efecto fuertes poderes de investigación, pudiendo mediar entre los solicitantes de información insatisfechos y las instituciones gubernamentales requeridas. Siempre que sea posible la Comisión utiliza la persuasión para resolver los conflictos que se producen en esta materia, pero en casos que este procedimiento no adversarial no logré resolver la controversia, puede llevar este asunto ante la Corte Federal, si estima que un individuo ha sido afectado por una denegación incorrecta de los antecedentes requeridos.

Ahora bien, el derecho de acceso a la información pública en el derecho canadiense se ejerce por los particulares a través de las solicitudes por escrito de cualquier registro a una institución pública (sección 6 de la ATIA). Frente a ello, el jefe de la institución gubernamental debe dar aviso al solicitante, dentro de un plazo razonable, sobre la decisión de aceptar o denegar la solicitud presentada y, en el primer caso, si este acceso a la información es aceptado, si lo es respecto de la totalidad o una parte de la información solicitada (secciones 7 a 9 de la ATIA).

En el caso que una institución pública rechace la solicitud del particular, éste debe notificar al solicitante esta decisión, la que deberá expresar el fundamento legal que permite negarse a entregar la información solicitada o la circunstancia de que los documentos solicitados por el particular no existen (secciones 10 (1) a (3) de la ATIA). Además, la institución pública deberá informar al solicitante de información, en la misma resolución denegatoria, su derecho a presentar una queja ante el Comisionado de Información por el rechazo de la solicitud planteada (Sección 10 (1) de la ATIA).

Ahora bien, la ATIA considera precisamente en la sección 4 (3) el tratamiento restrictivo que se debe dar a la inexistencia de información como causal de rechazo a la solicitud de información planteada por un particular. Así, si el registro solicitado no existe, pero puede ser producido a partir de un registro legible que posee la institución pública, utilizando una máquina o equipos disponibles normalmente por ésta, no puede la institución rechazar la solicitud del particular, ya que se considera que la información está

bajo su control, y la puede elaborar con los registros o antecedentes que posee (<http://gazette.gc.ca/archives/p2/2007/2007-08-22/pdf/g2-14117.pdf>).

En el caso que el antecedente o información solicitada no existe en el formato específico requerido por la persona que hizo la solicitud de acceso, la regla establecida en el derecho canadiense es que el jefe de la institución pública deberá determinar si es razonable convertir dicha información al formato solicitado, fijando algunos criterios que permiten resolver la cuestión planteada (<http://www.gazette.gc.ca/archives/p2/2007/2007-08-22/html/sor-dors187-eng.html>).

### **c) Reino Unido**

En el caso del Reino Unido, el derecho de acceso a la información pública está consagrado en la Ley de Libertad de Información (Freedom of Information Act 2000, en adelante FOIA). Esta Ley entró en vigencia el 1 de enero de 2005 y regula el derecho de acceso de los particulares a la información oficial que obra en poder de los organismos públicos y la protección de ciertos datos. Sin perjuicio de lo anterior, existen en el mismo derecho inglés algunas regulaciones especiales sobre acceso a la información en materias especiales, como por ejemplo, las regulaciones para la información medioambiental, cuya aplicación debe preferirse en esa materia.

La FOIA establece una presunción de "derecho a saber": el derecho de las personas a acceder a información (ya sea personal o no) que obre en poder de los órganos del sector público (autoridades públicas). En este contexto, toda información pública debe ser divulgada de la manera solicitada por el particular, siempre y cuando sea factible, a menos que sea aplicable una causal exención expresamente reconocida en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el órgano encargado de proteger este derecho de acceso a la información pública y los datos personales es la Oficina del Comisionado de Información (Information Commissioner's Office, en adelante ICO), órgano público independiente del Reino Unido. Esta ICO tiene como función principal resolver asuntos de protección de

datos y libertad de información para todo el Reino Unido, incluyendo Inglaterra, Irlanda del Norte y Gales.

En el ámbito más específico, la ICO tiene atribuciones especiales para proporcionar un servicio de consultas generales para las personas y organizaciones que lo soliciten, realiza asesoramiento público e información para incentivar a las organizaciones en el ejercicio de su derecho a solicitar información, con el objeto de conseguir prácticas recomendables y ayudar a las personas a comprender cuáles son sus derechos, resuelve quejas que le presenten las personas que consideran que se ha infringido la FOIA, administra un registro público de controladores de datos, aprueba programas de publicación adoptados por autoridades públicas bajo la FOIA, juzga a las personas que cometen algunos de los delitos establecidos en esta ley, colabora e intercambia información con grupos o asociaciones relacionados con la aplicación de esta ley, fomentando la toma de conciencia en este ámbito, e influye en la discusión pública en materias de privacidad y acceso a la información.

Ahora bien, de acuerdo a la Ley, cualquier persona física u organización puede solicitar por carta o correo electrónico cualquier información que obre en poder de una autoridad pública. Frente a esta solicitud, la autoridad pública debe responder al solicitante (normalmente en un plazo de 20 días) acerca de si está o no en posesión de la información solicitada por el particular. En caso afirmativo, la autoridad deberá proporcionarla y, siempre y cuando sea factible, deberá hacerlo de la forma que requiera el solicitante.

No obstante lo anterior, la autoridad pública no necesita confirmar o negar la existencia de la información y, como consecuencia, proporcionar la información solicitada, si en la especie existe una causal de exención que permita no acceder a la solicitado, la solicitud es enojosa o parecida a una solicitud anterior reciente o si el costo de otorgarla superara un "límite adecuado". En todo caso, la autoridad pública debe fundamentar la aplicación de alguna de estas causales que le permita eximirse de la obligación de entregar o divulgar la información y, si procede, señalar por qué no es de interés público divulgar dicha información.

Existen en el derecho inglés 23 causales de exención en la FOIA que habilitan a la autoridad pública a negarse a entregar o divulgar la información solicitada. Estas pueden clasificarse en:

- Las que son aplicables a toda una categoría (o clase) de información. Son ejemplo de ello la información sobre investigaciones y trámites realizados por autoridades públicas; actas de juicios; o secretos comerciales.
- Las que están sujetas a una prueba de "perjuicio". Por ejemplo, en aquellos casos en que la divulgación perjudicaría o probablemente perjudicaría los intereses del Reino Unido y otros países, la prevención o detección de actividades criminales o la actividad o interés descrito en la exención.
- Las que se refieren a información personal. En todo caso, si la información personal está relacionada con el propio solicitante, la solicitud debe dirigirse como "solicitud de acceso del sujeto" hecha bajo la Ley de Protección de Datos de 1998. En cambio, si la información solicitada está relacionada con un tercero, la decisión sobre si divulgarla o no se basará en la FOIA.

Si el solicitante está insatisfecho con la negativa de la autoridad pública a entregar o divulgar la información solicitada, y ya se ha agotado el procedimiento de revisión interna de la decisión, el solicitante podrá reclamar a la Oficina del Comisionado de Información, el que investigará el caso y resolverá en definitiva si la causal de exención al acceso a la información está bien aplicada, y en caso contrario, ordenará a la autoridad pública la entrega y divulgación de la información solicitada.

Ahora bien, en el caso que la autoridad pública funde su negativa a entregar o divulgar la información solicitada, en la circunstancia de no poseer la información solicitada o al menos no localizarla, de acuerdo a la jurisprudencia, la autoridad pública deberá informar oportunamente al solicitante esta circunstancia (Reference: FS50132656, Freedom of Information Act 2000 (Section 50) Decision Notice. Date 13 September 2007 y Reference: FS50145475, Freedom of Information Act 2000 (Section 50). Decision Notice. Date: 23 June 2008), estando obligada previamente a realizar una búsqueda exhaustiva de la información solicitada, lo que deberá ser acreditado por la autoridad pública

(Reference: FS50200310. Environmental Information Regulations 2004. Decision Notice. Date: 15 February 2010).

En el caso que una autoridad pública requiera de información complementaria para identificar y localizar lo solicitado por el requirente de información, y se lo haya informado así al solicitante, la autoridad no está obligada a proporcionar si posee o no la información solicitada, a menos que el solicitante suministre más información a la autoridad pública requerida (sección 1 (3) FOIA).

Es preciso especificar que la información que el solicitante reciba, es aquella que posea la autoridad al momento de recibir la solicitud, pero deberá considerar también cualquier modificación o eliminación ocurrida entre el tiempo que recibe tal solicitud y la entrega de la información solicitada, cuando esa modificación o eliminación se haya realizado sin tener en cuenta o de manera independiente a la solicitud planteada (sección 1 (4) (a), (b) FOIA). Lo anterior se explica porque puede suceder que entre la presentación del solicitante y la entrega de la información, la información solicitada no exista total o parcialmente e inclusive, haya sido eliminada con anterioridad a la presentación, todo ello conforme a la reglamentación existente referente al mantenimiento, gestión y destrucción o eliminación de sus registros o archivos.

Con todo, se entenderá que la autoridad pública ha cumplido con su obligación respecto del solicitante, al comunicarle si posee o no la información solicitada. Este deber es conocido en el derecho inglés como "the duty to confirm or deny", lo cual significa que el órgano requerido debe confirmar o negar si posee o no la información que le ha sido requerida (sección 1 (5) y (6) FOIA).

Para llevar a efecto lo anterior, se han dictado en el derecho inglés, "códigos de buenas prácticas" para proporcionar criterios a las autoridades públicas en la resolución de las solicitudes de información. En este punto es relevante destacar 2 códigos emitidos en relación con la existencia o no de la información solicitada.

El primero de ellos es dictado en el año 2004, en conformidad a lo que dispone el artículo 45 de la Ley de Libertad de Información. Este código establece las prácticas o criterios que las autoridades públicas deben aplicar para tramitar las solicitudes de

información (Code of Practice on the discharge of public authorities' functions under Part I of the Freedom of Information Act 2000). En él se proporciona una orientación respecto de la asesoría y asistencia a los solicitantes, la transferencia de solicitudes entre autoridades, la consultoría a terceros a quienes la información se refiere o a personas cuyos intereses puedan verse afectados por la divulgación de la información, el uso de cláusulas de confidencialidad en los contratos y el establecimiento de un procedimiento interno de quejas o reclamos.

Dentro del deber de prestar asesoría y asistencia a las personas que pretenden realizar o que ya hayan realizado una solicitud de información, es de especial relevancia mencionar el deber de las autoridades de publicar sus procedimientos para tramitar las solicitudes de información, dar a conocer a las personas cuál será el procedimiento habitual a llevar a cabo cuando conste que el órgano requerido no posee la información solicitada o prestar asistencia al solicitante para describa con mayor claridad la información solicitada, entre otros.

En el contexto de estos deberes, es interesante exponer la situación relativa a cuando la autoridad no puede responder la solicitud porque no tiene la información solicitada. El llamado "Transferring requests for information" (párrafo III Code of practice, párrafos 16 a 24), intenta solucionar la situación provocada por la solicitud de información recibida por una autoridad pública de un documento o antecedente que no posee, pero cree que está disponible en otra autoridad pública. En estos casos debe considerar cuál sería la forma más útil de ayudar al solicitante, teniendo dos opciones:

- Informarle al solicitante que no posee la información y proporcionarle los datos de contacto de la autoridad que estima que si la tiene; o

- Si lo estima más apropiado, informarle al solicitante que transferirá su solicitud a esa autoridad.

En el primer caso, antes de proporcionarle los datos de la autoridad que cree que posee la información y que, por tanto, es competente para su tramitación, la autoridad a quien se ha dirigido la solicitud debe informarle al solicitante que no posee la información

requerida, para así dar cumplimiento del "duty to confirm or deny" contemplado en la sección primera de la Ley de Libertad de Información.

Por su parte, en el segundo caso, si bien la autoridad requerida en un principio puede estimar que es más apropiado (en función de ayudar al solicitante en su requerimiento) transferir o trasladar la solicitud a otra autoridad, debe actuar con ciertos resguardos. Primeramente y antes de realizar la transferencia debe consultar a la autoridad que cree que posee la información si efectivamente la tiene en su poder, luego de lo cual, confirmado esto, trasladará la solicitud del particular. Sin embargo, la estimación por parte de la autoridad de la conveniencia de transferir la solicitud está determinada además por la posible oposición del solicitante a ella, ya que "si existen razones para creer que un solicitante probablemente objete tal transferencia, la autoridad sólo puede transferir la solicitud a otra autoridad con su consentimiento" (párrafo 21). En el caso que hubiere duda en cuanto a la objeción u oposición del particular a la transferencia, "se preferirá asesorar al solicitante a presentar una nueva solicitud a la autoridad, y de informar al solicitante que la autoridad (receptora) ha confirmado que tiene la información" (párrafo 21).

En el evento de que se ha podido llevar a cabo satisfactoriamente la transferencia de solicitud de información de una autoridad a otra, la autoridad receptora deberá cumplir con el deber de confirmar o denegar si posee o no la información solicitada y los demás deberes contenidos en la parte I del FOIA, de la misma manera si la solicitud se le hubiere planteado directamente. Sin embargo, en este caso, el plazo para evacuar tal solicitud se cuenta desde la fecha de la transferencia, la que se entiende como la fecha de recepción de la solicitud (párrafo 22). En todo caso, este código de prácticas establece además la celeridad y prontitud en la ejecución de las transferencias de solicitudes de información entre las autoridades, señalando que "deben realizarse tan pronto como sea posible" (párrafo 23).

No obstante lo expuesto, este código de prácticas contempla también la situación que **no se le pueda dar a conocer al solicitante** (o aconsejar en términos anglosajones), **qué autoridad tiene o puede tener la información solicitada**. Lo anterior se encuentra

consagrada en el párrafo 24 del código en cuestión, al establecer que “cuando una autoridad pública es incapaz o no puede informar al solicitante que ella tiene, o puede tener la información solicitada, o de facilitar la transferencia de la solicitud a otra autoridad (o considere que no corresponde hacerlo), deberá considerar qué consejo, en su caso, puede proporcionar al solicitante que le permita a él o ella satisfacer su solicitud”.

Ahora bien, no obstante lo anterior, el derecho de acceso a la información puede encontrarse de todas formas limitado por una cuestión de hecho: la inexistencia de la información por haber sido eliminada de los registros en los que se encontraba. En este contexto, el segundo código de buenas prácticas dictado conforme a la sección 46 del FOIA (Code of Practice on the management of records issued under section 46 of the Freedom of Information Act 2000), trata el tema relativo a la orientación de las autoridades públicas (y las sujetas a la Ley de Registros Públicos) respecto al mantenimiento, gestión y destrucción o eliminación de sus registros o archivos (en papel o digitalizados ), en los cuales consta un determinado tipo de información, materia que abordaré en el punto siguiente.

Como complemento a este código de prácticas sobre gestión de registros se encuentra la guía elaborada por la Oficina del Comisionado de Información, como parte de una serie de orientaciones sobre buenas prácticas diseñadas para ayudar a la comprensión y la aplicación de la FOIA (Freedom of Information Act, Awareness Guidance Number 8). En ella es posible hallar una serie de preguntas y respuestas referentes al estado de la información suprimida y la información contenida en los sistemas de respaldo y a las obligaciones de la autoridad si recibe una solicitud de información que se debe ser destruida, entre otros aspectos.

Esta regulación general sobre el derecho de acceso a la información, se ve complementada en el derecho inglés por las regulaciones especiales en ciertos sectores relevantes de la actividad pública. Así, por ejemplo, en el ámbito de la regulación de la información medioambiental, la autoridad pública que deniegue el acceso a la información solicitada, deberá explicar qué causal de excepción es aplicable en el caso específico y por qué divulgar la información no es de interés público. En este sentido, si es

aplicable una excepción, una autoridad pública puede elegir denegar la solicitud y retener la información solicitada, pero ello sujeto a la prueba del interés público. Esto significa que la autoridad debe explicar al solicitante por qué, en todas las circunstancias del caso, el interés público en mantener la excepción, supera el interés público de dar a conocer la información.

Ahora bien, las causales de excepción a la entrega de información solicitada en este caso, y que niegan la divulgación de información pública, son:

- La información no obra en poder de la autoridad, o la autoridad no puede determinar la naturaleza de la solicitud;
- La solicitud es "manifiestamente irrazonable"; o
- La información "aún está inacabada o incompleta".

En el caso de que la autoridad pública esgrima como causal de excepción que no tiene la información que se le ha solicitado, ésta debe comunicar por escrito esta circunstancia, dentro del plazo de 20 días hábiles. Si el órgano cree que otra autoridad pública tiene la información solicitada, deberá solicitar permiso al requirente para enviar la solicitud al órgano competente (Environmental Information Regulations: A guide for requesters. Version 2, 16 July 2009).

Adicionalmente, ciertas causales de excepción requieren prueba de los daños que se causarían si se divulgase la información. Así, la información puede retenerse si, por ejemplo, su divulgación afecta la defensa, las relaciones internacionales, la seguridad nacional y la seguridad pública; el curso de la justicia o la confidencialidad de una demanda; los derechos de propiedad intelectual; los intereses del proveedor de la información, cuando la provisión fue voluntaria; la confidencialidad comercial; o la protección del medio ambiente.

### **3. La inexistencia de información en el derecho chileno**

En el caso chileno, como ya se expuso, el derecho de acceso a la información también es reconocido expresamente en nuestro ordenamiento, siendo una consecuencia

del principio-deber de publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y fundamentos de los mismos. Este derecho está establecido en el artículo 10 de la LAIP y se considera una extensión del derecho a la libertad de opinión e información consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República.

En este contexto, como se sabe, la regla general en nuestro derecho es la entrega de la información solicitada por un particular a la Administración del Estado, sólo admitiéndose por excepción la negativa o el rechazo a la solicitud del particular. A estos efectos la LAIP, siguiendo los criterios establecidos en el artículo 8° de la Constitución, ha señalado como causales de reserva o secreto de documentos o información pública la afectación que pudiere hacerse con su divulgación del debido cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación y el interés nacional.

La inexistencia de la información solicitada no es considerada una causal de excepción a la entrega de la información solicitada o de reserva o secreto de la información, sino en una circunstancia de hecho, como lo ha señalado el propio Consejo para la Transparencia (Decisiones de amparo C21-10, C22-10, C23-10, C24-10, C25-10, C50-11 del Consejo para la Transparencia). Sin embargo, en la práctica se ha constituido en una alegación recurrente de los órganos administrativos para no entregar la información solicitada, lo que puede en el mediano plazo debilitar el derecho de acceso a la información tan extensamente propagado.

Esto ha llevado a que el Consejo para la Transparencia, preocupado de la amplitud que pudiera tener esta causal de exención de la obligación legal, haya ido generando algunos criterios en esta materia, los que sin ser concluyentes, permiten dar algunas pautas a los órganos de la Administración del Estado sobre esta materia. Ellos han sido ordenados y sistematizados recientemente por el Consejo para la Transparencia en la Instrucción General N° 10, sobre el Procedimiento Administrativo de Acceso a la Información, de fecha 17 de diciembre de 2011, señalando en su punto 2.3, algunas recomendaciones y criterios para los órganos administrativos que rechacen solicitudes de particulares fundados en la inexistencia de la información solicitada.

En este sentido, el Consejo para la Transparencia ha señalado como criterios aplicables en la materia, de acuerdo a su jurisprudencia, los siguientes:

- i) La alegación del órgano administrativo de inexistencia de información debe ser expuesta por éste de forma expresa, clara y específica (A138-11, C182-11 del Consejo para la Transparencia).
- ii) Esta alegación debe ser fundada, indicando el órgano administrativo al solicitante el motivo específico por el cual la información no obra en su poder (C2-10, C50-11 del Consejo para la Transparencia), indicando, si procede, los documentos fundamentales de la expurgación (C131-10 del Consejo para la Transparencia).
- iii) El órgano administrativo requerido deberá realizar una búsqueda exhaustiva de la información solicitada, lo que deberá quedar debidamente acreditado por aquel (A310-09, A337-09, C382-09, C94-11, C109-11, C122-11, C151-11, C186-11, C294-11, C371-11, C449-11, C804-10, C974-11 del Consejo para la Transparencia).
- iv) El órgano administrativo requerido de información y que se exonere de la obligación fundado en la inexistencia de la información solicitada, debe avisar oportunamente que los documentos no se encuentran en su poder, en los términos previstos en los artículos 13 y 16 de la LAIP (decisión de amparo A312-09 del Consejo para la Transparencia).
- v) Toda inexistencia de información debe ser probada por el órgano administrativo requerido, ya sea en razón de que no se ha generado la información, la misma se encuentra en proceso de elaboración o se ignora si otro órgano de la Administración del Estado posee dichos antecedentes.
- vi) Un elemento que exime de la obligación del órgano administrativo de fundamentar rigurosamente la falta de los antecedentes requeridos por un particular, es la ausencia de obligación legal de poseer la documentación solicitada. En este sentido, si el órgano de la Administración del Estado no posee la información solicitada y no tiene la obligación legal de tenerla, dicha situación basta como fundamento o razón para eximir al órgano de su entrega, debiendo notificar al requirente sobre la inexistencia de la información en los términos establecidos en el artículo 16 de la LAIP (A280-09).

vii) En el caso que el órgano de la Administración del Estado requerido tiene la obligación legal de contar con la información solicitada, pero lo ha destruido o expurgado, en los términos señalados por la circular N° 28704 de 1981, de la Contraloría General de República, que regula la eliminación de documentos en la Administración Pública, aquel deberá entregar al solicitante copia del acto administrativo que dispuso la expurgación de los documentos solicitados (A181-09, C382-09, C492-09, C3-11 del Consejo para la Transparencia).

Como ya se señaló, recientemente el Consejo para la Transparencia ha dictado la Instrucción General N° 10, sobre el Procedimiento Administrativo de Acceso a la Información, la que en su punto 2.3, párrafo 3º, trata sobre la situación de los requerimientos de información realizados por particulares de documentos que no obra en poder del órgano de la Administración del Estado. En esta regulación se dispone que los órganos administrativos deben cumplir con los siguientes parámetros y procedimientos:

- i) Si existe un acto administrativo que haya dispuesto la expurgación de documentos solicitados, el órgano administrativo requerido deberá comunicar esta circunstancia al solicitante, haciendo copia del acto y de la respectiva acta;
- ii) De no existir un acto administrativo que haya dispuesto la expurgación de los documentos pedidos, el órgano administrativo deberá agotar todos los medios a su disposición para encontrar la información solicitada, disponiendo la instrucción de sumarios administrativos y la aplicación de medidas disciplinarias, en caso que hubiera mérito para ello;
- iii) En caso de que la información solicitada no fuere habida, el órgano deberá comunicar esta circunstancia al solicitante, indicándole detalladamente las razones que lo justifiquen.
- iv) Para el evento que la información solicitada sea de difícil acceso para el órgano requerido, ya sea por la antigüedad, volumen o encontrarse en lugares apartados, el órgano administrativo podrá solicitar una ampliación del plazo para entregar esa información, pero no se configurará en una causal de excepción o reserva o secreto de documentos de acuerdo a la ley.

Como se puede observar, en el derecho chileno, tanto por la vía de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, como por los instructivos regulatorios dictados por éste, ha hecho una recepción de la mayoría de los criterios elaborados en el derecho comparado para restringir el uso de la “inexistencia de información” como una causal de exoneración de la obligación de publicidad o divulgación de la información pública. Sin embargo, se aprecian algunos vacíos o ausencias de algunos criterios que podrían ser incorporadas en el derecho nacional y que fortalecen el derecho de acceso a la información. Entre éstas se puede mencionar las siguientes:

- i) Eventualmente se podría incorporar como principio el de la exhaustividad en la búsqueda de la información requerida, exigiéndose un deber de comunicación inter administrativa como paso previo a la declaración de inexistencia de la información.
- ii) Se podría establecer también en términos expresos la obligación del órgano requerido de proponer al solicitante el o los órganos administrativos a los que dirigirse, fundamentando tal consejo en normas o criterios prácticos. Esto podría extenderse incluso, como lo señala el derecho inglés, con la necesidad de aconsejar o sugerir al solicitante los pasos a seguir para obtener la información, de acuerdo a los antecedentes recopilados por la organización requerida.
- iii) Además se podría establecer la obligación de los órganos administrativos para construir la información solicitada por el requirente, en el caso que la información base esté en posesión del órgano, y ésta sea posible y razonable convertir en el formato o bajo la ordenación solicitada por el particular.
- iv) Por último también se podría plantear como criterio de control de la aplicación de la causal de exoneración de la obligación de entregar o poner a disposición de la información solicitada la necesidad de fundamentación jurídica de la exclusión, indicando las normas legales o reglamentarias que hacen improbable que el órgano requerido tenga la información solicitada.

#### **IV. La obligación de conservación de documentos públicos y los procedimientos de autorización para la destrucción de los mismos**

##### **1. Planteamiento del tema**

De lo expuesto en el punto anterior, es evidente que uno de los elementos que más influye en la inexistencia de la información solicitada, es la conservación que se ha hecho de ella por el órgano público. En efecto, en la medida que estén establecidas reglas claras de resguardo y conservación de la documentación pública, es más difícil que se configure la causal de inexistencia de información, y se resguarda más adecuadamente el derecho de acceso a la información, ya que los órganos administrativos deberán resguardar la información recopilada, respaldando en medios electrónicos aquella que presente algún interés público (Ver, Camacho, Gladys. “Algunas precisiones sobre el concepto de información pública, en *Transparencia en la Administración Pública*, R. Letelier y E. Rajevic (coor.), Abeledo Perrot, 2010, pág. 61).

Buena muestra de lo anterior, es que el Consejo para la Transparencia, en su Instructivo General N° 10 ya revisado, ha establecido como causal de exoneración de la obligación de entrega de la documentación solicitada, al expurgación de los antecedentes en la forma establecida en el ordenamiento jurídico. Es decir, la destrucción de la información pública, de acuerdo a las normas dispuestas en el ordenamiento, es una causal de eximición de la obligación de publicidad de aquella, llevando aparejada la responsabilidad administrativa de los funcionarios que eliminan dicha información sin sujeción a tales normas.

En este sentido, se considera relevante estudiar las normas existentes en esta materia, tanto en el derecho comparado como en el derecho chileno.

##### **2. Las reglas de conservación de la información en el derecho comparado**

### **3. La conservación de los documentos en el derecho chileno**

La conservación y eliminación de documentos ha sido tratada en el ordenamiento jurídico chileno de forma muy dispersa, lo que provoca que no haya una regulación completa y sistemática en esta materia. Dentro de las principales normas que tratan la materia se destacan: la Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; el Decreto Ley N° 1263 del año 1975, Ley de Administración Financiera del Estado; el Decreto con Fuerza de Ley N° 5200 del año 1929, del Ministerio de Educación Pública; el Decreto N° 577 del año 1978; el Código Tributario; la Ley N° 16.395 y la Ley 18.845 sobre sistemas de microcopia o micrograbación de documentos.

Esta pluralidad de normas, llevó a que la Contraloría General de la República, en el año 1981, y la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museo (DIBAM), en el año 2009, emitieran circulares con el objeto de difundir disposiciones y recomendaciones referentes a la conservación, transparencia y eliminación de documentos. En el caso de la Contraloría General de la República, la circular N°28704 de 1981, lo que hace es compilar en un solo texto las disposiciones legales y los criterios jurisprudenciales sostenidos por ese órgano, tratando de sistematizar y ordenar éstos, y entregarlos como criterio de actuación para los órganos de la Administración del Estado.

En el caso de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museo, la circular N° 51 del año 2009, regula la conservación de documentos, señalando que los órganos de la Administración del Estado deberán custodiar los documentos que generen, conserven o reúnan por el tiempo que para cada caso establece la ley. Asimismo, señala que la documentación que haya cumplido el tiempo de permanencia en la respectiva unidad administrativa deberá, conforme a las normas legales y reglamentarias pertinentes, transferirse al Archivo Nacional, conservarse en un soporte distinto al original o, en su caso, eliminarse y determinar su destino final conforme a las normas de disposición de bienes muebles. Además señala que para efectos de preservar adecuadamente los documentos contenidos en papel, se deberá dar cumplimiento a las instrucciones sobre encuadernación de documentos, impartidas por el Conservador del Archivo Nacional en

oficios circulares N° 342, de 7 de agosto de 1979, y N° 174, de 31 de marzo de 1980. En este mismo sentido, recomienda dar cumplimiento a la Guía de Conservación Preventiva para Documentos en Papel, de 2004, elaborada por el Archivo Nacional.

En relación a los documentos electrónicos, la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museo señala que cada institución debe mantener un repositorio de documentos electrónicos, en las condiciones definidas en el párrafo 4° del Decreto N° 81, de 2004, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y por los plazos indicados en los artículos 6°, 7° y 9° del Decreto N° 77, de 2004, del mismo Ministerio.

En lo referido a la conservación de las microformas, regidas por la Ley N° 18.845, deberá atenderse especialmente a que éstas mantengan las calidades de los documentos y archivo originales. Se entiende mantener la calidad del documento en la microforma, el ser copia fiel de un original micrograbado, incluso en sus imperfecciones; y por calidad del archivo, la condición de que la microforma mantenga en forma fiel, indeleble, legible e íntegra su calidad de documento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 1991.

Ahora bien, en cuanto al traslado y conservación de la documentación pública, el artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5.200 de 1929 dispone que los organismos de Gobierno, Justicia y los auxiliares de la Administración de Justicia, deben anualmente, en el mes de marzo de cada año, remitir al Archivo Nacional los documentos que hayan cumplido los plazos de antigüedad establecidos en la misma ley en sus archivos de origen, los que van, dependiendo del tipo de documento y el órgano emisor, entre 5 y 80 años. Por su parte, la documentación del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y de los demás organismos dependientes de esa Secretaría de Estado o que se relacionen con el Supremo Gobierno por su intermedio, se archivarán y eliminarán conforme a lo que disponga la reglamentación ministerial e institucional respectiva, en conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 18.771 de 1989.

Por otro lado, de acuerdo a lo establecido artículo 6° del Decreto N° 291 de 1974, modificado por el Decreto N° 1193 de 1994, ambos del Ministerio del Interior, salvo las excepciones establecidas por ley, los documentos clasificados como reservados, secretos

u ordinarios, ingresarán al Archivo Nacional como se previene en el artículo 14 del DFL N° 5200, de 1929. En este sentido, los "reservados" o "secretos" conservarán esta naturaleza, excluyéndose su conocimiento público durante el plazo de 10 o 20 años, respectivamente, contados desde su emisión. Esta reglamentación debe actualmente complementarse con lo dispuesto en el artículo 22 de la LAIF que previene un plazo menor y otro indefinido, dependiendo de la materia de que se trate. En el caso de que se tratara de un documento electrónico, clasificado como reservado o secreto, éste deberá tener una etiqueta apropiada de clasificación en la salida (artículo 16 del Decreto N° 83, de 2004, del Ministerio Secretaría General de Gobierno).

En cuanto al procedimiento de microcopia o micrograbación de documentos, la Ley N° 18.845 dispone, tratándose de los documentos de la Administración Pública, que aquel debe hacerse en presencia del funcionario encargado del archivo o registro respectivo, quien actuará como ministro de fe, debiéndose levantar un acta de apertura y un acta de cierre del mismo. La microforma y los originales de las actas de apertura y cierre se mantendrán en el archivo respectivo.

En todo caso, para que las microformas, sus duplicados y copias posean el mérito que les confiere la Ley N° 18.845, el procedimiento de resguardo deberá ceñirse estrictamente a las normas técnicas pertinentes de la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), aprobadas como normas oficiales de la República de Chile por el Instituto Nacional de Normalización.

Sólo una vez transcurridos 10 años desde la fecha de la microcopia o micrograbación, si se trata de documentos públicos, o cinco años, si se trata de documentos privados, se podrán destruir los documentos originales, en los casos, y con las limitaciones que se señalan. En todo caso, los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y las Municipalidades, que conforme al artículo 14 del DFL N° 5200 de 1929, deban remitir su documentación al Archivo Nacional, cumplirán legalmente su obligación de conservar los documentos encargados a su custodia, manteniendo las microformas por todo el tiempo que fija el referido DFL, quedando facultados para

destruir los documentos originales con las limitaciones y de acuerdo al procedimiento que establece la Ley N° 18.845.

En cuanto a la eliminación de documentos, conforme a las circulares emitidas por la Contraloría General de la República y la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, ésta sólo puede llevarse a cabo tras el correspondiente análisis de las características históricas, administrativas, jurídicas, fiscales e informativas de la documentación. En este sentido, está prohibida la destrucción de todo documento de valor histórico o cultural, aunque haya sido microcopiado o micrograbado, entendiéndose por tal aquellos documentos que el Conservador del Archivo Nacional ha ejercido el derecho de oposición a que se refiere el artículo 6° de la Ley N° 18.845.

Ahora bien, por regla general, la autorización para eliminar documentos de los servicios de la Administración Pública compete al Presidente de la República, en uso de las atribuciones que como Jefe del Estado le confiere la Constitución Política. Respecto de los documentos en posesión de los organismos que gozan de autonomía administrativa, esta facultad compete a la respectiva jefatura superior del servicio, la que se ejercerá mediante decreto o resolución exenta.

Por su parte, la destrucción de documentos micrograbados o microcopiados debe realizarse conforme a la Ley N° 18.845, la cual establece que se puede proceder a la destrucción de todos aquellos documentos originales que sean microcopiados o micrograbados, respecto de los cuales no exista prohibición de conformidad a la referida ley. Lo anterior opera una vez transcurridos 10 años desde la fecha de la microcopia o micrograbado, si se trata de instrumentos públicos, o cinco años, si se trata de instrumentos privados, siempre que se dé cumplimiento a los demás requisitos establecidos en el mismo texto legal.

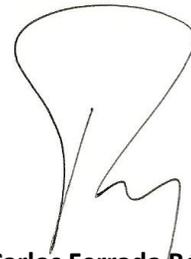
Con todo, para la destrucción de documentos pertenecientes a archivos o registros públicos, será necesaria la notificación mediante un aviso que se publicará en el Diario Oficial, con una anticipación mínima de 60 días respecto de la fecha fijada para la destrucción. En el aviso se indicará la fecha que se llevará a cabo la destrucción, así como una breve descripción genérica de los documentos y de su fecha o período en que se

emitieron. Además, deberá enviarse carta certificada al Conservador del Archivo Nacional señalando que se ha hecho la correspondiente publicación en el Diario Oficial y su fecha. Por último, es preciso que el Conservador del Archivo Nacional no se oponga a la destrucción dentro del plazo antes indicado.

Sin perjuicio de lo anterior, en el derecho chileno también se contemplan modalidades especiales de eliminación de documentos, como en los casos de documentos de la deuda pública, especies valoradas u otros efectos (artículo 14 en relación al artículo 42 de la Ley N° 10.336); libros, documentos y cuentas aprobadas (Art. 21 de la Ley N° 10.336 y dictamen N° 29820/2003 de la Contraloría General de la República); documentos relativos a personal (artículo 10 de la Ley N°16.436 y dictámenes N° 10588/1994 y 931/1994 de la Contraloría General de la República); documentos representativos de obligaciones pendientes (circula 28704 de 1981); documentos previsionales (artículo 2 del DL N° 2412 de 1978); documentos de salud (artículo 17 del decreto N° 161 de 1982 del Ministerio de Salud); documentos farmacéuticos (Decretos N° 404 y 405 de 1983 del Ministerio de Salud); documentos tributarios (artículo 92 bis del Código Tributario, artículo 17 del Decreto Ley N° 830 de 1974 y Decreto con Fuerza de Ley N° 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos), entre otros. Todos estos documentos tienen plazos diferentes de conservación que cumplidos habilitan su destrucción, los que se cuentan desde la fecha de emisión de los documentos correspondientes.

Como se puede observar, en nuestro derecho existe una regulación muy detallada en nuestro derecho sobre la conservación y destrucción de la documentación pública, que permite cautelar su existencia y evitar que su eliminación pueda operar como causal de eximición en la obligación de entregar la información requerida. Sin embargo, esta regulación está muy desperdigada, conteniendo algunas disposiciones contradictorias y desactualizaciones que conviene revisar y actualizar a las necesidades actuales del servicio y a los avances tecnológicos existentes. En este sentido, la dictación de un nuevo cuerpo normativo coherente y sistemático en esta materia puede colaborar al resguardo de la información pública y hacer aplicable los criterios de exención previstos por el Consejo para la Transparencia.

Es todo cuanto puedo a informar a UD.



**Juan Carlos Ferrada Bórquez**  
**Profesor de Derecho Administrativo**  
**Director de Departamento de Derecho Público**  
**Universidad de Valparaíso**