

INFORME EN DERECHO

LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN

Luis Cordero Vega

I. ANTECEDENTES.	4
II. LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CHILENA.	5
A. EL CONTEXTO DE LA DICTACIÓN DE LA LEY Nº 19.880.	5
B. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ES UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL.	8
1. LA CONSTITUCIÓN ESTABLECE UN RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN PARA LA ADMINISTRACIÓN.	8
2. EL ARTÍCULO 63 Nº 18 ES UN MANDATO DE GARANTÍA COMÚN PARA LAS PERSONAS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN.	10
III. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PUBLICIDAD.	14
A. FUNDAMENTO.	14
B. LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: UNO DE LOS INSTRUMENTOS PARA ADMINISTRACIONES PÚBLICAS TRANSPARENTES. EL CONTEXTO CON LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.	17
IV. MOMENTOS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CHILENO.	21
A. PRIMER MOMENTO: EL FUNDAMENTO.	21
B. SEGUNDO MOMENTO: LA LEY DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA. LA DISTINCIÓN ENTRE SECRETO Y CAUSALES DE DENEGACIÓN DE LA INFORMACIÓN.	22
1. CONTENIDO Y ALCANCE. LA REGULACIÓN DE LA LEY Nº 19.653, DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA.	22
2. LOS LEGITIMADOS. EL DERECHO ACCESO Y EL DERECHO A CONOCER, COMO HIPÓTESIS DIFERENTES.	24
3. DISTINCIÓN ENTRE SECRETO O RESERVA Y CAUSALES DE DENEGACIÓN.	25
C. EL TERCER MOMENTO: LA LEY DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA Y LA DICTACIÓN DEL DECRETO SUPREMO Nº 26, DE 2001.	26
D. EL CUARTO MOMENTO: LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005.	28
E. EL QUINTO MOMENTO. LA DICTACIÓN DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.	30
1. CRITERIO SOSTENIDO POR EL LEGISLADOR: AMPLIA PUBLICIDAD Y DECLARACIÓN EXPLÍCITA DEL SECRETO O RESERVA.	30
2. LA DECLARACIÓN DE SECRETO O RESERVA DE LA INFORMACIÓN, SIEMPRE DEBE PROVENIR DE UN ACTO DE PODER PÚBLICO.	34
3. LA EXISTENCIA DEL REGISTRO CONFIRMA LO SEÑALADO: ACTO DE AUTORIDAD PREVIO PARA LA DECLARATORIA DE SECRETO O RESERVA.	35
V. CRITERIO SOSTENIDO POR EL LEGISLADOR. LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA PRETENDIÓ PONER EL ÉNFASIS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO.	37
VI. LA TESIS DE LA CONTRALORÍA: SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY DE TRANSPARENCIA EL ACTO ADMINISTRATIVO ES EL EJE DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN.	40
VII. LOS ALCANCES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, ASÍ COMO DE SUS FUNDAMENTOS, DOCUMENTOS Y PROCEDIMIENTO.	43
VIII. ¿QUÉ SUCEDE ENTONCES ENTRE LA LBPA Y LAIP? EXISTE UNA MULTIDIMENSIONALIDAD EN RELACIÓN A LA INFORMACIÓN SUJETA A ACCESO.	46
A. LAS CONSECUENCIAS DE LA LBPA HACIA LA LAIP, EN MATERIA DE ACTO ADMINISTRATIVO: EL ACTO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO AMPLIO.	46

B. PERO, ¿QUÉ HACEMOS CON EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 5º? LA LEGALIZACIÓN DE MAYOR INFORMACIÓN.	47
IX. LA SUPLETORIEDAD DE LA LBPA Y SUS ALCANCES CONCRETOS EN LA LAIP.	48
A. EL OBJETIVO DE LA SUPLETORIEDAD Y SUS ESTÁNDARES DE APLICACIÓN.	48
B. LA LAIP Y LOS ESTÁNDARES DE APLICACIÓN DE LA SUPLETORIEDAD DE LA LBPA.	52
1. EL MARCO GENERAL	52
2. CRITERIOS.	55
X. LA EXTENSIÓN Y RELACIONES DE LEGITIMACIÓN ENTRE LA LAIP Y LBPA.	57
A. MOMENTOS TEMPORALES O LA EXTENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN.	57
1. EL CONTEXTO DE LA REGULACIÓN CHILENA. EL ANTECEDENTE REGULATORIO DEL DERECHO ESPAÑOL.	57
2. LA MANERA CONCEPTUAL DE ENTENDER EL ACCESO COMO PERFECCIONAMIENTO DEL DERECHO: LA DIFERENCIA ENTRE INTERESADO LEGÍTIMO (LA GARANTÍA) Y SIMPLE INTERESADO.	59
3. ¿PUEDE EL INTERESADO LEGÍTIMO DE LA LBPA RECURRIR A LA LAIP PARA RESGUARDAR SUS DERECHOS?	61
XI. LOS TERCEROS Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE LA LAIP: LOS DILEMAS DE SU PARTICIPACIÓN Y EL ROL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.	63
A. UN CONTEXTO GENERAL.	63
B. EL CONTEXTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS “DERECHOS DE TERCEROS” EN LA LAIP.	65
1. LA OPOSICIÓN DE TERCEROS.	65
2. LA CAUSAL DE DENEGACIÓN DEL ART. 21 Nº 2.	70
XII. CONCLUSIONES.	73

I. ANTECEDENTES.

Se nos ha solicitado un informe en derecho con el objeto de indicar cuáles son los criterios discriminatorios que es posible encontrar en la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo¹ (LBPA) y la Ley de Acceso a la Información Pública² (LAIP).

El origen de la interrogante proviene de la solicitud de opinión que la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas realizó al Consejo para la Transparencia, mediante oficio N° 1743, de 24 de Noviembre de 2009.

Concretamente sostiene la precitada Comisión, luego de una afirmación en orden a que los ciudadanos mayoritariamente realizan trámites personales frente a la Administración, muchos de estos organismos:

“(…) vulneran en un número importante, los derechos a recibir una respuesta oportuna y fundada, dentro de un plazo prudente. Sin embargo, y aún cuando la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimientos Administrativos, que regula la materia, contempla plazos en los cuales se debe dar respuesta a dichos requerimientos, no establece ningún tipo de sanción para el funcionario que no da cumplimiento a dicho cuerpo legal.

(…) cabe destacar que el artículo 33 de la Ley N° 20.285 contempla dentro de las atribuciones del Consejo para la Transparencia en su letra b), el resolver, fundadamente, los reclamos de denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley. En nuestro parecer, donde la ley no distingue, tampoco cabe al intérprete hacer distinción alguna, referente a si la denegación de acceso a la información es en relación a documentos de carácter general o se relaciona directamente con algún trámite personal del ciudadano.

(…) En otras palabras, existe una relación de supletoriedad entre ambos cuerpos legales, lo que implica que aquellos aspectos no regulados por la Ley N° 19.880 (promulgada en el año 2003) pueden serlo por la nueva normativa sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública. Y por cierto que aspectos como las eventuales sanciones que podrían aplicárseles a los funcionarios públicos que no cumplieran con la ley, a pesar de no estar establecidos en la Ley de Bases, sí lo están en la nueva disposición sobre Transparencia.”.

En ese contexto, el Consejo ha creído conveniente precisar los ámbitos de aplicación de la Ley de Acceso a la Información, en relación a la aplicación de la Ley de Procedimiento y con tal objeto me ha solicitado el presente informe.

De igual modo, el Consejo ha creído conveniente que en el presente informe se puedan exponer criterios que permitan razonablemente establecer el modo en virtud del cual los terceros participan del procedimiento administrativo de acceso a la información.

Con el objeto de abordar las interrogantes planteadas analizaremos la naturaleza e importancia de las Leyes de Procedimiento Administrativo (I), el contexto en que se

¹ N° 19.880, Diario Oficial de 29.05. 2003.

² N° 20.285, Diario Oficial de 20.08.2008.

dictan las Leyes de Acceso a la Información (II), los momentos que son susceptibles distinguir en nuestra regulación constitucional y legal de estas etapas, de manera de conjugar la compatibilidad (III), para finalmente estudiar los criterios que permitirían resolver eventuales antinomias entre ambas regulaciones (IV).

II. LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CHILENA.

A. El contexto de la dictación de la Ley N° 19.880.

Es conocido que la Ley N° 19.880, tuvo su origen en un proyecto de ley enviado por el Ejecutivo el año 2000, que sólo estaba destinado a regular los plazos a los cuales debía someterse la Administración y los efectos de este incumplimiento a través del silencio administrativo.

Sin embargo, durante la tramitación del proyecto, particularmente en su primer trámite en el Senado³, se modificó el texto y naturaleza del proyecto, transformándolo en una ley de procedimiento administrativo, considerando los proyectos de la CONARA durante los 80, el proyecto de ley del Presidente Aylwin al inicio de los 90⁴ (que fue archivado en la Cámara de Diputados), la jurisprudencia histórica sobre diversos temas asociados de la Contraloría General de la República y la influencia evidente de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común Española de 1992 y su reforma de 1999⁵.

³ Mediante indicación sustitutiva del entonces Senador y profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva Cimma.

⁴ En el análisis del proyecto de la Comisión Nacional de Reforma Administrativa y el proyecto Aylwin de 1992, destacan los trabajos de Soto Kloss, E., “Estado de Derecho y procedimiento administrativo”, *Revista de Derecho Público* N° 28, 1980; “El procedimiento administrativo. Una aproximación a sus bases fundamentales”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T. LXXIX, N° 3, 1982; González Méndez, M.F., “El procedimiento administrativo en Chile. Aporte de la Contraloría General de la República”, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*, Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional, 2002; Oelckers, O., “El derecho a la defensa del interesado en el procedimiento administrativo. Especial referencia al proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos”, en *XXV Jornadas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso*, T. III.; Guichard Pérez, M.I., y Toro Reyes, M. P., “Los procedimientos formativos y recursivos en la administración”, en *Revista Gobierno y Administración del Estado*, Editorial Jurídica Conosur, N° 81, abril 2000.

⁵ Como señalamos en “Procedimiento Administrativo: Desarrollo y Perspectivas”, en *Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra*, (Coord. R. Pantoja B), Editorial Jurídica de Chile, 2008, págs. 329 a 332, teóricamente se distinguen tres grandes modelos o tipos de leyes de procedimiento administrativo: el modelo austriaco, el modelo americano y el modelo español. Estos tres modelos se han estructurado sobre bases, en principio diversas, pero no incompatibles sustantivamente. En efecto, se establecen como criterios un gran movimiento inicial de asemejar el procedimiento administrativo, al procedimiento civil, vinculado a cuestiones pre contenciosas, o bien por la intensidad de regulación de la instrucción, la amplitud de la actitud inquisitoria de la administración, o la integración o no de cuestiones conexas o materias, y la propia concepción global de ley, vista desde una perspectiva de opción por una reglamentación potencialmente exhaustiva del procedimiento o por una disciplina escasa, potencialmente más flexible, construida sobre grandes principios generales.

El modelo austriaco, construido a partir de la ley de 1925, influido por el positivismo jurídico, se caracterizó: por la extensión de la reglamentación procedimental, por la no incorporación de derecho

También sabemos que la Constitución establece de manera expresa en su artículo 7º, que para que los órganos del Estado realicen una actuación jurídicamente válida deben ajustarse a las “formas” que prescribe la ley. Como se sabe, esta denominación admite dos acepciones. En un primer sentido, forma es sinónimo de procedimiento, de conjunto de diligencias encaminadas a obtener la dictación de un acto público. En un segundo sentido, la palabra forma alude a la solemnidad de expresión del acto, a la

material, por la hiperformalización del procedimiento, elaborado a partir de un modelo jurisdiccional y, de algún modo, una concepción disminuida de la publicidad procedimental.

Con una estructura interna completamente diferente, pero con una capacidad de proyección de influencia significativa, la ley federal de procedimiento administrativo norteamericana (*Federal Administrative Procedure Act*), de 1946, representa un segundo modelo. Este arquetipo de conformación jurídica de procedimiento se caracteriza por que: no incorpora derecho administrativo material, pues este subsiste en su fuente tradicional que son los *stare decisis* de la jurisprudencia, no intensifica los momentos procedimentales previos a la decisión, lo que se denota en la relación que establece entre participación procedimental y los mecanismos de información de acceso a los documentos. En fin, como característica estructural la *Federal Administrative Procedure Act* es una ley poco extensa, compuesta por principios básicos, aspecto que puede comprenderse porque el contenido material sobre el cual descansa es el de *due process of law*, incorporando de esa manera los derechos procedimentales básicos para garantizar una participación efectiva. A través de esta ley se impuso un modelo de procedimiento administrativo que se caracterizó por el establecimiento de un sistema de cobertura desformalizada y una consagración de la publicidad y transparencia con carácter absoluto.

Un tercer modelo, lo constituye la Ley de Procedimiento Administrativa Española de 1958. Este modelo, de cierta manera, tiene criterios comunes con el modelo austriaco y norteamericano, sin embargo reúne características distintas que nos permiten caracterizarla como un modelo diverso. Del modelo austriaco, la ley española de 1958 describe normativamente el procedimiento con una disciplina minuciosa y extensa, pero al mismo tiempo, impone el imperativo de la desformalización como criterio básico de funcionamiento del esquema de procedimiento administrativo. Sin embargo, amplía sus regulaciones en la medida que concibe la integración de mecanismo de participación durante el proceso de decisión administrativa, fundado en el derecho a la defensa material, en la ampliación en la fase de instrucción de las competencias de los órganos administrativos, en la impulsión de oficio, acercándose en estos últimos aspectos al modelo norteamericano. Sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo Española de 1958, al contrario de los dos modelos anteriores, incorporó las reglas relativas a las condiciones y requisitos de validez de las decisiones de la administración, o sea implicó una opción por integrar a las cuestiones procedimentales de decisión, las cuestiones sustantivas, vinculadas a la validez de los actos administrativos. Esto se tradujo en las innovaciones que se incorporaron con la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de 1992, modificada el año 1999, que implicó el establecimiento de soluciones puntuales a la ley de 1958, introduciendo figuras como la negociación como término normal del procedimiento administrativo.

La breve descripción de estos tres modelos de conformación jurídica del procedimiento administrativo, representan la influencia paradigmática que han ejercido en los sistemas comparados, y sin duda en el nuestro. Sin embargo, estas experiencias no se agotan en estas figuras, porque la dinámica del procedimiento administrativo, exige al final, el establecimiento de instituciones adecuadas de funcionamiento a los requerimientos de conflicto diario de los sistemas. Pero lo que no cabe duda alguna, es que independiente del modelo, la existencia de leyes de procedimiento ha estado intrínsecamente vinculada a procesos de reforma y modernización estatal, conectadas a las decisiones de la administración pública, cualquiera sea el país en donde éstas se hayan dictado.

externalidad que debe observar, a cómo se manifiesta documentalmente hacia el exterior la voluntad de la autoridad administrativa⁶.

El carácter formal significa, que para la válida aplicación de las reglas que lo constituyen es preciso que la autoridad administrativa se atenga al procedimiento y a la solemnidad de expresión previstos por la Constitución o la ley, condicionándolas además a la existencia de un régimen jurídico común (art. 63 N° 18)⁷.

⁶ Pantoja Bauzá, R., *Derecho Administrativo. Concepto, características, prospección.*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 185 – 192. En el mismo sentido Soto Kloss, E., *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, T.II., Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 63 – 64; Silva Bascuñan, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. IV., Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 142.

⁷ Este criterio ha sido aceptado de antiguo por la Contraloría General de la República. Ha dicho que "la potestad de ejecución de que gozan las autoridades administrativas debe revestirse de ciertas formas sin las cuales no tendría expresión externa. Los decretos y las resoluciones son, precisamente, las formas que el acto ejecutivo adopta en la Administración del Estado, y la ley los somete a una tramitación determinada para su plena eficacia". Dictamen N° 40.966, de 1956. . En el mismo sentido afirma que "constituye un principio básico de procedimiento administrativo que los actos de los servicios públicos sean esencialmente solemnes, ya sea por razones de buena técnica administrativa o como una mejor garantía de protección y amparo de los derechos de los administrados y, en definitiva, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley". Dictámenes N°s 70.970, de 1970, y 39.905, de 1971.

En la misma línea argumental, afirma que "las atribuciones conferidas al Presidente de la República y a los Ministerios como unidades orgánicas deben materializarse conforme a los artículos 33 y 35 de la Constitución, en decretos denominados decretos supremos. Las atribuciones que el ordenamiento jurídico radica en los Ministros en cuanto titulares del cargo respectivo, deben materializarse en un documento llamado resolución ministerial o simplemente resolución". Dictámenes N°s 2.886, de 1969, 24.665, de 1981, y 199, de 1983. "Conforme lo ha señalado una abundante y reiterada jurisprudencia, contenida, entre otros, en los dictámenes N° 72.197, de 1968; 39.905, de 1971, 19.920, de 1972; 18.449, de 1984, y 9.763, de 1985, la voluntad de los órganos de la Administración debe manifestarse a través de actos administrativos, los cuales deben revestir ciertas formas sin las cuales no tendrían expresión externa". "Las decisiones que las autoridades dotadas de facultad adopten para llevar a cabo las mismas, deben traducirse en resoluciones formales, ya sea por razones de buena técnica administrativa o como una mejor garantía de protección y amparo de los derechos de los administrados y, en definitiva, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley". "Esta exteriorización de las facultades administrativas que compete a los Jefes Superiores de los órganos que integran la Administración del Estado, mediante actos administrativos afectos a un procedimiento preestablecido, es la que permite, por una parte, que el acto se baste a sí mismo y, por la otra, que su cumplimiento le otorgue a esos instrumentos la validez o eficacia jurídica necesaria, pues de lo contrario su omisión impediría, precisamente, el examen de juridicidad correspondiente". Dictamen N° 2.096, de 1988.

Este criterio ha sido reiterado por el dictamen N° 32356 , de 2003, al señalar que "las decisiones de los jefes superiores de servicios y organismos públicos deben traducirse en resoluciones formales, pues constituyen un principio básico del procedimiento administrativo el que los actos de tales entidades sean esencialmente solemnes, sea por razones de buena técnica administrativa o de garantía de protección y amparo de derechos de los administrados y, por ende, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley, de modo que se entiendan finiquitados una vez materializada la decisión a través de la emisión de un decreto o resolución".

La Corte Suprema sostuvo que "la Administración Pública actúa por medio de actos administrativos y para que éstos alcancen su real efecto y proyección, es necesario que tales actos emanen de autoridad responsable, que se concreten en un contenido bien determinado y que se les dé a conocer

El aspecto formal de la actuación de la Administración del Estado lleva a concluir que las autoridades administrativas sólo pueden manifestar válidamente su voluntad orgánica a través de los procedimientos y formas de documentación previstos por la Constitución y la ley. Así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, y así por lo demás lo establece explícitamente el artículo 3º de la Ley N° 19.880.

Pero esencialmente, las formas tienen por objeto amparar a las personas frente a la actividad de la Administración y con el indiscutible propósito de evitar que esa actividad se torne arbitraria y se cause un daño ilegítimo, de modo que constituyen un importante medio de seguridad jurídica, de manera que resulta plenamente lógica la exigencia de “reserva de ley” que la Carta Fundamental impone al actuar de la Administración del Estado en la vía procedimental⁸. Si el procedimiento administrativo sustantiviza las decisiones de la Administración, materializa el interés público y gestiona los intereses de los ciudadanos, este sistema se transforma en uno de garantía de derechos por lo que las aproximaciones hacia él, así como sus contenidos deben abandonar la mera argumentación de contenido externo.

B. El procedimiento administrativo es una exigencia constitucional.

De lo reseñado fácil es concluir que la “forma” procedimiento es una exigencia constitucional específica, por el contenido y redacción del artículo 63 N° 18 de la Constitución. Esta norma concretamente señala que es materia de ley “Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública”.

La manera de abordar el contenido y redacción de esta norma, impacta inevitablemente en el modo de entender adecuadamente la importancia constitucional del procedimiento administrativo.

1. La Constitución establece un régimen jurídico común para la Administración.

Como sabemos la actuación de la Administración está sometida al poderoso principio de legalidad que supone el sometimiento completo a la ley y el Derecho⁹ (art. 6º, 7º

debidamente, pues sólo así resultarán ser obligatorios, con manifestaciones precisas y concretas que les permitirán ser cumplidos o acatados, o, por último, susceptibles de ser impugnados mediante los recursos jurisdiccionales establecidos en la ley o en la Constitución Política de la República”. RDJ T. LXXXIV (1987), N° 2, Sección 5, Rol N° 10.408.

El Tribunal Constitucional también ha seguido este criterio cuando ha expresado que los órganos del Estado deben tener determinadas sus facultades en la norma que los regula, la cual debe señalar en forma específica el contenido de aquellas⁷. El mismo tribunal reconoce que cuando un acto administrativo no cumple con las formalidades que exigen la Constitución y la ley, debe concluirse que el acto está viciado en la forma y, en consecuencia, adolece de un vicio de nulidad. Sentencia Rol N° 153, C. 18º.

⁸ Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comprado. Introducción y Fuentes*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 65 y 66.

⁹ A esta visión también se le denomina “constitucionalización de la legalidad”, Muñoz Machado, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, T.I., Civitas, Madrid, 2004, pp. 394 y sgts.

CPR y art. 2° LOCBGAE). De este modo, la actuación administrativa es una actividad típica en el sentido que ha de realizarse dentro de los límites que las normas establecen¹⁰.

En virtud de este contenido de la legalidad y de sistematización de las competencias de las autoridades administrativas, es consistente señalar que la Administración Pública se mueve en espacios normativos comunes.

En efecto, el carácter unitario del sistema Administrativo chileno (art. 3°, 24 y 38 de la Constitución) impone como exigencia que los órganos de la Administración tengan sistemas normativos comunes que operen como elementos adecuados de garantía para los ciudadanos que se relacionan con habitualidad con ellos, además de dotar de criterios comunes al sistema legal que evite discriminaciones injustificadas.

Por esa razón la Constitución (art. 38.1) impone como exigencia que la Administración tenga “Bases Generales” comunes para todos los sujetos administrativos sometidos a principios comunes como “carrera funcionaria”, así como los de “carácter técnico y profesional”. Por su parte la Carta Fundamental condiciona que los actos administrativos que sean dictados por la Administración sean sometidos a reglas “comunes”, de manera que la ley regule las “bases de los procedimientos administrativos” (art. 63 N° 18). En el mismo sentido la Constitución impone condiciones comunes de control administrativo a través de la Contraloría General de la República (art. 98 y 99)¹¹.

¹⁰ Escuin Palop, C.: Voz “Principio de legalidad de la Administración”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, v. XX, Edit. Seis, Barcelona, 1993, pp. 464 y ss. Sobre este criterio hay consenso en las más discrepantes visiones doctrinarias en la literatura nacional: Soto Kloss, E. *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, T. II., Edit. Jurídica de Chile, 1996, pp. 24 y sgts; Pantoja Bauzá, R., *Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad*, Edit. Jurídica de Chile, 1994, pp. 205 y 208. Para un criterio más estandarizado ver Oelckers Camus, O. “El contenido y Alcance del principio de legalidad de las actuaciones de la Administración del Estado”, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990 – 2000*, (Coord. R. Pantoja), Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000, pp. 455 y sgts.

Como hemos señalado (Cordero Vega, L., “La Supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo”, *Acto y procedimiento administrativo. Actas II Jornadas de Derecho Administrativo*, Edic. Universitarias, 2006) la Administración esta sometida a cinco tipos de tipicidad. En primer lugar la *tipicidad organizacional*, en el sentido que corresponde a la ley definir qué organismos administrativos se crean y cuáles son sus estructuras orgánicas. En segundo lugar, la *tipicidad competencial*, ya que la misma se otorga por la ley a un órgano determinado que es el único que la puede ejercer salvo los casos de alteración de la misma previstos por la ley. En tercer lugar, una *tipicidad procedimental*, que se expresa mediante las normas de procedimiento establecidas que la Administración ha de respetar en su actuación. En cuarto lugar, a una *tipicidad teleológica*, ya que las potestades solamente pueden ser ejercidas para los fines previstos por las normas que las otorgan, de manera que de no hacerlo se dictan actos arbitrarios o con abuso, que pueden ser constitutivos de desviación de poder. Por último, la *tipicidad presupuestaria*, que supone la necesidad de autorización de la Administración [por parte de la ley] para proceder al gasto público, la limitación de la cantidad a gastar y la fijación del destino de los créditos aprobados.

¹¹ Esto explica, además, que estén sometidos a un sistema uniforme de control e interpretación de la ley administrativa a cargo de la Contraloría General de la República en tanto se indica explícitamente que

A nivel legal, estas reglas comunes se ven expresadas en la existencia de normas de empleo público que tienen también una pretensión general (Ley N° 18.834), de un sistema de administración financiera (DL N° 1263) y de contratación pública (Ley N° 19.886).

De este modo, *tipicidad* y sistema jurídico *común* son dos elementos constitutivos básicos del diseño constitucional de la Administración Pública, lo que exige entenderlas como condiciones para los desarrollos legislativos posteriores, siguiendo a su vez una interpretación lógica y armónica *en* la Constitución.

2. El artículo 63 N° 18 es un mandato de garantía común para las personas frente a la Administración.

La exigencia constitucional de que la ley fije las “bases” de los procedimientos administrativos es una garantía en beneficio de los ciudadanos. Desde este punto de vista lo esencial del concepto de bases es su contenido, es decir, el establecimiento de regulaciones uniformes y de vigencia para todos los actos de la Administración, cualquiera sea su contenido, de manera de poseer un común denominador normativo¹².

En efecto, la Constitución impone un mandato al legislador que si bien es abierto en los contenidos (libertad del legislador), no es absolutamente discrecional. La Constitución no está dispuesta a cualquier contenido, sino que debe emplearse (por la ley) para establecer una regulación uniforme y general cualquiera sea el acto administrativo, y en consecuencia, el tipo de Administración que intervenga. Pero lo relevante es considerar que tal regulación no tiene porque agotar el tratamiento normativo de la materia que las normas legales sectoriales podrán especificar; habrá de

“sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de jurisprudencia administrativa (art. 6°.4 Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República). Por esta razón los funcionarios de las “oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría (...) quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia (...) deberá ser observada (art. 19). El sistema legal busca, además que los criterios interpretativos de la ley Administrativa sean uniformes, precisamente la existencia de un régimen jurídico común de la Administración del Estado que de garantías a los ciudadanos.

¹² Convengamos que esta conclusión poco tiene de novedosa si se analiza la contingencia del Derecho comparado el cual ha dedicado mucho tiempo a tener explicaciones razonables sobre este punto, como se verá.

Menos novedosa aún, si se considera que ya en los años 80 el profesor español González Navarro exponía en Chile sobre esta forma de comprender la ley de Procedimiento Administrativo. Vid. Sus trabajos “Experiencia internacional en materia de leyes de procedimiento administrativo”, en *Seminario Nacional sobre Procedimientos Administrativos*, CONARA, Santiago de Chile, 1980; “Procedimientos administrativos generales y especiales, formalizados y no formalizados”, *RDP* N° 33/34, 1983, pp. 133 y sgts.

limitarse, por el contrario, a fijar las prescripciones más generales porque justamente éste es el significado que cabe extraer del concepto bases¹³.

En consecuencia por esta vía la Constitución establece como competencia de la ley (y garantía de los ciudadanos) el establecimiento de que los procedimientos administrativos en general y de manera básica establezcan una regulación uniforme y de vigencia común frente a toda la Administración y sus actos, con lo cual se asegura a los ciudadanos un tratamiento genéricamente equivalente con indiferencia de la autoridad administrativa concreta que deba resolver un asunto.

Las razones que justifican esta decisión constitucional son dos: En primer lugar la necesidad de tener una regulación común que supera a las sectoriales, como consecuencia de que los ciudadanos no tienen por qué sufrir la fragmentación estatal desde la perspectiva organizativa. El procedimiento administrativo tiene una multiplicidad de funciones materiales que se encausan en él y que se relacionan con el conjunto de actividades que realiza la Administración Pública. En esta lógica, el procedimiento administrativo debe dar cuenta de una cantidad de tareas muy diversas, que evidencian actividades heterogéneas pero con criterio común¹⁴; en segundo lugar, el principio de unidad y uniformidad, consecuencia del principio de igualdad para los ciudadanos, que exige tratamientos uniformes a estos, siendo titulares de garantías equivalentes frente al Estado con indiferencia del sector administrativo específico, salvo que atendida la naturaleza de la actividad, el propio legislador adecúe esos procedimientos, pero respetando en todo caso el “procedimiento básico” que es mandato normativo establecido por la Constitución, como garantía de no discriminación para los ciudadanos.

De este modo, la Constitución impone como condición a los procedimientos administrativos el establecimiento de un “común denominador”. Desde este punto de vista la Carta Fundamental impone *condiciones positivas y negativas* al legislador. En las positivas impone al legislador la exigencia de objetivos, fines y orientaciones generales para todos los actos de la Administración Pública, garantizando el principio de unidad y al mismo la igualdad sustancial de los ciudadanos en sus tratos con la Administración. En las negativas, impone que el legislador debe moverse en las regulaciones sectoriales dentro de los contenidos comunes idóneos a los procedimientos administrativos, pues de lo contrario fácilmente dichas regulaciones sectoriales podrían afectar estos principios generales que impone la Constitución al legislador.

Por esta razón el procedimiento administrativo de “bases” tiene por finalidad establecer y regular las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa, garantías que deben ser comunes a todas los órganos administrativos, para asegurar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos en sus relaciones con ellas,

¹³ Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T.II, Iustel, Madrid, 2006, pp. 757 y 758.

¹⁴ Cierco Seira, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, p. 29 – 84.

lo que vincula al procedimiento administrativo “común” a la igualdad “básica” en el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, que el propio Estado tiene la obligación de garantizar¹⁵.

La idea central de todas las leyes de procedimiento es que disponen de un conjunto de mecanismos que no sólo establecen la forma y modo de ordenar el funcionamiento de la Administración Pública, sino, esencialmente tener un sistema de garantía de derechos de las personas frente a la actividad estatal. En efecto, el procedimiento administrativo representa el sistema destinado a introducir cautelas y garantías con respecto a las situaciones jurídicas en que los ciudadanos se van a ver afectados por actos administrativos¹⁶.

El carácter de básicas, comunes o de garantías mínimas es un criterio uniforme en la mayoría de las Leyes de Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado. Es lo que sucede en España¹⁷, Argentina¹⁸, Perú¹⁹, Colombia²⁰, Estados Unidos²¹, Alemania²² e Italia²³, sólo para referirnos a los casos más conocidos. Una referencia

¹⁵ Menéndez Rexach, A; Rodríguez-Chaves, B; Chinchilla Peinado, J., *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2005, p. 18.

¹⁶ OCDE, *Modernising Government. The Way Forward.*, OECD Publishing, 2005.

En este sentido Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° 244, de 1996; 376, de 2003; 389, de 2003. bajo la misma lógica Corte Suprema, 13 de noviembre de 2001, Rol N° 3982 – 2001, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T. XCVII, N° 4, sección 5ª.

¹⁷ Por todos Menéndez Rexach, A; Rodríguez-Chaves, B; Chinchilla Peinado, J., ob. cit., *passim*. Una síntesis completa en Garrido Falla, F., “El procedimiento administrativo de 1950 a hoy”, *Revista de Administración Pública* N° 150, pp. 131 y sgts.

¹⁸ Por todos Gordillo, A., *Procedimiento Administrativo*, Serie legislación Comentada, Lexis-Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003.

¹⁹ Por todos Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444, (Coord. Jorge Danós) Ara Editores, Lima, 2001.

²⁰ Por todos Santofimio Gamboa, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Universidad de Externado de Colombia, 2003, p. 183.

²¹ Pierce, R; Shapiro, S; Verkuil, P., *Administrative Law and Process*, Foundation Press, N.Y, 2004. Este es el criterio que ha seguido Puerto Rico en la aplicación de su ley de procedimiento administrativo para hacerla compatible con la *Federal Administrative Procedure Act*. Vid. Fernández Muñones, D., *Derecho Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme*, Forum, 2001.

²² Schmidt – Assmann, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2003., p. 358 y sgts.

²³ Rossi, G., *Diritto Amministrativo*, V. I., Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 336. El caso del derecho italiano hasta antes de la Ley N° 241 de 1991 (modificada por la ley N° 15 de 2005), se parece bastante a la situación del derecho chileno antes de la ley N° 19880. En el derecho italiano la ausencia de ley de procedimiento generó un fuerte debate sobre la fragmentación legal de este tipo de regulación. Por esta razón existía consenso en la doctrina y particularmente en la jurisprudencia de la necesidad de una matriz común que se ve graficada en una multiplicidad de principios comunes aplicables con indiferencia de la regulación sectorial. Vid. Cassese, S., *Las bases del Derecho Administrativo*, MAP, Madrid, 1994, pp. 247 y sgts. Es posible revisar también sobre las consecuencias de las modificaciones Cierco Siera, C., “La

aparte es lo que ha sucedido en el derecho comunitario en la que una de las materias de mayor influencia ha sido “el procedimiento administrativo”²⁴.

Como señala la voz autorizada de Jesús González Pérez, la ley de procedimiento administrativo chilena se enmarca dentro de los criterios generalmente aceptados para todas regulaciones procedimentales existentes en Iberoamérica, en las cuales se disponen de garantías mínimas para los ciudadanos frente a la Administración²⁵. En efecto, es un hecho conocido por la doctrina especializada que la generalidad es un rasgo común de las leyes de procedimiento administrativo, en el sentido de que, dictada una ley de procedimiento administrativo, ésta establece un régimen básico, común o general que se aplica a toda la administración, salvo excepciones siempre expresas²⁶.

Por esta razón la jurisprudencia administrativa de antiguo ha interpretado las bases de los procedimientos administrativos en el régimen jurídico común aplicable a la producción (y eliminación en su caso) de los actos administrativos de modo que procedimiento y régimen jurídico de los actos administrativos se identifican en su sola norma²⁷.

Así, la Ley de Procedimiento regula un “procedimiento tipo”²⁸ al que han de ajustarse las organizaciones administrativas porque regula los trámites mínimos a realizar y también el orden que ha de seguirse para su práctica. Es un procedimiento “tipo” en el sentido que establece pautas comunes para actuación jurídica de la Administración que configuran conducta “típica” exigida a ella, en cuanto ese modo de proceder implica la observancia de una serie de requisitos que constituyen otras tantas garantías para los

simplificación de los procedimientos administrativos en Italia”, *Revista de Administración Pública* N° 152, 2000, pp. 387 y sgts.

²⁴ Ver por ejemplo Nehl, H. P., *Principles of administrative procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999; Rodríguez Pontón, F.J., *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Civitas, Madrid, 2005, en particular las pp. 156 a 187; Muñoz Machado, S., “Los principios generales del procedimiento en el Derecho Comunitario” en VVAA, *El desenvolupament del Dret Administratiu europeu*, EAPC, Barcelona, 1993, pp. 166 a 179.

²⁵ González Pérez, J., “La ley chilena de procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 163, septiembre - diciembre de 2003, Madrid, p. 385.

²⁶ Brewer – Carias, A., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Legis, 2003, Bogotá, p. 11; VVAA, *Procedimiento administrativo en el derecho comparado*, (Coord. Barnes Vásquez), Civitas, Madrid, 1993

²⁷ Este es el criterio sostenido por el órgano contralor en el Dictamen N° 2196 de 1993, mediante el cual informo al Senado sobre el proyecto ley de bases de procedimientos administrativos durante la gestión del Presidente Patricio Aylwin.

²⁸ Criterio seguido desde la doctrina española.

ciudadanos²⁹. Por esta razón es claramente sensato aceptar que las personas tienen derecho al procedimiento, como la Administración tiene el deber de respetarlo³⁰.

Tal conceptualización explica el carácter supletorio de la Ley N° 19.880. En efecto, su objetivo es establecer y regular “las bases de los procedimientos administrativos de los actos de la Administración del Estado”, de manera que si la ley establece procedimientos administrativos especiales, ésta “se aplicará con carácter de supletoria”. Por tal motivo, la jurisprudencia administrativa sistemáticamente señala que “los procedimientos especiales quedarán sujetos supletoriamente a las disposiciones de la referida ley N° 19.880 en aquellos aspectos o materias respecto de los cuales la preceptiva legal no ha previsto regulaciones específicas.”³¹.

Los aspectos descritos son relevantes al momento de definir qué es lo realmente supletorio. Como se ha podido apreciar, por mandato constitucional (art. 7° y 63 N° 18), la existencia de un régimen jurídico común y básico es el que se exige para la dictación de los actos de la administración, de manera que las regulaciones sectoriales que regulan procedimientos (destinados a la dictación de un acto administrativo) invisten la calidad de especiales frente a la Ley N° 19.880, que tiene por esencia una finalidad supletoria.

Definido el marco conceptual de la Ley de Procedimiento Administrativo, nos referiremos ahora a los alcances y efectos del principio de publicidad y la aplicación de la LAIP.

III. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PUBLICIDAD.

A. Fundamento.

Uno de los temas esenciales en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que

²⁹ Menéndez, Rodríguez-Chaves, Chinchilla, ob. cit., p. 24.

³⁰ Este criterio ha sido desarrollado por nosotros en *Procedimiento Administrativo*, ob. cit. En el Derecho español las reconocidas monografías de Ponce Solé, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid 2001, *passim*, en especial pp. 208 y sgts y 569; Tomás Mallén, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, en especial pp. 110 a 148.

³¹ Ver dictámenes N°s 20.119, de 2006 y 39.348, de 2007, 64972 y N° 64.990, de 2009, entre otros.

Sin embargo, la propia jurisprudencia administrativa, dictamen N° 64580, de 2009, ha precisado que “es también importante tomar en consideración que la aplicación supletoria de las reglas de la ley N° 19.880 debe hacerse de un modo que ella sea conciliable con las peculiaridades del respectivo procedimiento especial, lo cual importa que la misma no puede obstar a la adecuada realización de las actuaciones necesarias para el cumplimiento de las finalidades específicas que la ley intenta lograr mediante tal procedimiento.”.

no lo son y que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades³².

El acceso a la información administrativa es una de las áreas en donde se ha puesto énfasis, en particular aquella que ha provenido de los procesos de modernización del Estado, pues constituye un poderoso elemento de control y en términos más amplios de seguridad jurídica^{33,34}.

Esta forma de concebir la publicidad de la actividad estatal es la única que la hace compatible con la lógica de un Estado democrático que exige de sus autoridades y organismos actuar no sólo de conformidad a la ley, sino que a los programas por el diseño institucional propuestos, de manera que sea posible la deliberación pública como espacio de legitimidad y garantía de las competencias públicas y la protección de derechos.^{35 36}

³² Como sostiene Harlow, C., Rawlings, R., *Law and Administration*, Cambridge University Press, 3th edn, 2009, p. 46, se ha ido produciendo un cierto consenso en que el Derecho Administrativo no sólo se puede ver desde la perspectiva de la contienda entre la administración y el ciudadano, tan bien reflejada en la contienda contenciosa administrativa (en la tensión sobre la legalidad y sus alcances) (denominada Red Light Theory), o desde la perspectiva de los resultados de prestación, reflejado en el debate del servicio público (la condición prestacional amplia y directa del Estado), sino que también es necesario dimensionarlo sobre cierto consenso de los valores que concurren en las regulaciones de las administraciones y representadas por el Derecho Administrativo (denominada Green Light Theory). Estos se traducen en una trilogía de valores: Transparencia, participación y accountability (rendición de cuentas), que se reflejan en la expresión “buena gobernanza”.

³³ El cúmulo de intentos normativos encaminados en esa dirección revela la cantidad de materias que tratan de ser abordadas, como son las cuestiones sobre transparencia, probidad, calidad de la política y modernización del Estado. Así se ha introducido por ejemplo: el proyecto de ley para regular el lobby (Boletín 3407-07); la puerta giratoria (revolving door) (Boletín 4186-07); la protección de la denuncia responsable (Boletín 4722-06); la probidad administrativa (Ley N° 19.653); el Sistema de Compras y Contratación Pública (Ley N° 19.886); inhabilidades parlamentarias (Boletín 4716-07); reforma a la Ley de Gasto Electoral (Ley N° 19.884); prohibiciones al Intervencionismo Electoral del Estado (Boletín 4716-07 y 4724-06); Sistema de Alta Dirección Pública (Ley N° 19.882); Regulación del Procedimiento Administrativo (Ley N° 19.880); Modernización de la Contraloría General de la República (Boletín 4716-07); Sistema de Auditoría General de Gobierno (Boletín 3937-06); Agencia de Calidad de las Políticas Públicas; la reforma Constitucional que incorporó el nuevo artículo 8° (Ley N° 20.050); el Instructivo Presidencial N° 8 de 2006, y la Ley de Acceso a la Información Pública. Con anterioridad se habían introducido los artículos 13 y 14 de la LOCBGAE que regulaban el acceso a la información pública y el Decreto Supremo 26 de 2001.

³⁴ Como señala Kant *Hacia la Paz Perpetua. Un esbozo filosófico*, (Edición de Jacobo Muñoz), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 127 y 128, existe una fórmula trascendental en el Derecho público que supone la siguiente proposición: Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soporten ser hechos públicos. Lo anterior supone que no sólo es una mera regla ética, sino que ante todo un mandato jurídico para el Estado

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

³⁵ Como termina de señalar Kant, ob. cit., p. 133, existe un principio trascendental positivo del derecho público, cuya fórmula es: “Todas las máximas que *necesitan* de la publicidad (para no fracasar en sus

Pero además, la información no sólo ha demostrado ser fundamental en el funcionamiento de los procesos deliberativos, en tanto presupuesto de la participación ciudadana y el autogobierno democrático, sino que también forma parte indispensable de la estructura decisional individual. Tal como ha sido expuesto por las escuelas económicas, el modelo de acción racional y las decisiones individuales suponen grados determinados de información que obren en manos de los sujetos. Ello permite tomar decisiones privadas y públicas razonables y adecuadas, así como también permite su control.

De ahí que los mercados necesiten para funcionar adecuadamente, niveles óptimos de información, y en su ausencia, se regule públicamente la presencia de fallas o asimetrías de información (fallas de mercado). En estos casos, la mayoría de las veces, el Estado impone deberes de revelación de información, cuando el interés público lo exige, sea por la vía de la regulación directa, mecanismos de mercado o autorregulación.

La información, por lo tanto, tiene un carácter complejo. Aparece en múltiples escenarios. Alimentos, productos farmacéuticos, productos peligrosos, defensa, medio ambiente, campañas electorales, medios de comunicación, etc. La información muchas veces ha sido vista como un bien público, por lo que –razonablemente– debe ser provista por el Estado (sea directa o indirectamente); otras veces como “bien solidario”, es decir como un bien de aquellos cuyo beneficio social es directamente proporcional al número de personas que lo posee, y las más de las veces como un bien, como cualquier otro, con valor de cambio transable y sujeto a las leyes del mercado.

Las instituciones más fundamentales de nuestra vida común, por lo tanto - la democracia y el mercado – suponen para su funcionamiento determinados niveles y calidades de información como condición necesaria para la operatividad de sus intercambios. Ella resulta esencial, como decimos, para el autogobierno democrático, para promover la participación, valores compartidos, la cohesión social y para el escrutinio y el control público de las autoridades (accountability). De ahí también la importancia del expediente administrativo (LBPA) para esos fines.

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

propósitos) concuerdan con el derecho y la política a la vez.” Puntualmente indica que “Si únicamente por medio de la publicidad es como se puede lograr su fin, lo es porque se adecuan al fin general del público, y la tarea propia de la política es estar de acuerdo con ese fin (hacer que el público esté contento con su situación). Pero si sólo puede lograrse ese fin, mediante la publicidad, esto es, mediante la eliminación de toda desconfianza respecto de las máximas, éstas tienen que estar también en concordancia con el derecho del público, pues sólo en el derecho es posible la unión de los fines de todos”.

³⁶ Como sugiere Austin, “The Freedom of Information Act 2000: A sheep in wolf’s clothing? in *Changing Constitution*, 6th edn, 2007, p. 47, el Gobierno sólo podría ser verdaderamente democrático y accountable si los ciudadanos tuviesen un significativo derecho a la participación en el proceso de toma de decisiones que los afecten, pero además tuviera amplio acceso a la información gubernamental.

de ellos sujetos con condiciones para exigir una demanda adecuada para la calidad de los servicios provistos por el Estado y sus organismos; (b) *tener más y mejores vigilantes de la actividad gubernamental*, en la medida que amplía las posibilidades de disponer de otros sujetos que controlen la actividad pública, diferente a las clásicas instituciones del control público³⁷.

Por este motivo el argumento central tras la transparencia y la publicidad de la información pública está asociado a la promoción de buenos Gobiernos. En ese contexto, y asumiendo que la publicidad de la información en poder del Estado es una de las ideas esenciales de la calidad del sistema democrático, la experiencia comparada demuestra que los países establecen los criterios tras la publicidad desde las diversas prioridades nacionales. Así, por ejemplo, algunos países privilegian instrumentos que buscan tener gobiernos más abiertos sujetos al escrutinio público en la idea de luchar contra la corrupción (p.e. Corea, México). Otros colocan los énfasis en hacer un Gobierno más amigable y accesible en orden a mejorar la prestación de los servicios públicos (p.e. Dinamarca), mientras que algunos buscan mejorar la actividad gubernamental en orden a ser más inclusivos en la elaboración de la política pública (p.e. Canadá y Finlandia). En otros términos hay buenas razones para promover la existencia de Administraciones Públicas transparentes, en la medida que contribuyen a la expansión de los valores de la democracia y por el impacto económico que tienen los desempeños de los Gobiernos³⁸.

B. Las leyes de acceso a la información pública: Uno de los instrumentos para Administraciones Públicas Transparentes. El contexto con las Leyes de Procedimiento Administrativo.

Las leyes de acceso a la información pública son sólo uno de los instrumentos sobre los cuales se estructuran las denominadas políticas de transparencias, en las experiencias comparadas³⁹.

En efecto, estas son una precondition esencial para el establecimiento de escrutinio público y la apertura de un bloque de regulaciones destinadas al mejoramiento del desempeño de las Administraciones públicas.

Sin embargo, y con el objeto de apreciar en perspectiva la existencia de las mismas, el establecimiento de ellas ha sido explosivo sólo en la última década. Según los estudios

³⁷ OCDE, *Modernising Government. The Way Forward.*, OECD Publishing, 2005, pp. 30 y 31.

³⁸ *Ibidem*, p. 32.

³⁹ Se consideran como parte de este tipo de instrumentos el establecimiento: (a) en las Leyes de Procedimiento Administrativo de reglas de participación de los interesados; (b) el establecimiento de cartas de servicios públicos; (c) reglas de simplificación de trámites; (d) reducir las barreras y disponer de incentivo a la inclusión; (e) acceso y comunicación con las Administraciones Públicas mediante sistemas online (e-government); (f) normas de participación de los interesados en los procedimientos reglamentarios; (h) ampliar las hipótesis de consulta pública; (i) asegurar robustos sistemas de auditoría o control externo; (j) establecimiento de la figura del Defensor del pueblo o similares; (k) Mejorar los sistemas de escrutinio del Congreso al Ejecutivo.

comparados, considerando sólo países OCDE, al año 1980 sólo 8 países disponían de leyes de este tipo. En cambio, al año 2004 el 90% de esos países disponían de normas de acceso a la información pública. Al año 2009 100% de ellos disponen de regulaciones de éste estilo.

Las leyes de transparencia y acceso a la información están construidas sobre una matriz semejante, otorgarle el derecho a los ciudadanos de acceder a la información que se encuentra en poder del Estado, sin imponer exigencia mayores para acceder a su contenido. El objeto de las leyes de acceso a la información es proveer de mecanismos que garanticen dicho acceso, salvo en las materias en donde la Constitución y la ley señala que existe un genuino interés para proteger la confidencialidad de determinada información, según su contenido o momento, y la protección de la privacidad de los ciudadanos^{40, 41}

Marco regulatorio en materia de acceso a la información, procedimiento administrativo y privacidad

País	Ley de Acceso	Ley de Procedimiento Administrativo	Protección de la privacidad
Australia	1982. Freedom of Information Act.	2000 (1977, 1975) Administrative Reform Act.	1988. Privacy Act.
Austria	1987. "Auskunftspflichtgesetz" ⁴²	1991. General Law on Administrative Procedure.	1999 (1987, 1978). Data Protection Act.
Bélgica	1994. Law on Openness of the administration	S/I	1992. Law on the Protection of Private Life Regarding the Processing of Personal Data.
Canadá	1982. Access to information Act		1982. Privacy Act
Chile	2008 (2005). Ley N° 20.285.	2003. Ley N° 19.880	1999. Ley de Protección de datos personales.
República Checa	1999. Act on Free Access to Information	1967. Act on Administrative Procedure	1992. Data Protection Act

⁴⁰ Ibidem, p. 37; Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997, p. 23

⁴¹ Como indica Razquin y Ruiz De Apodaca, *Información, Participación y Justicia en materia de Medio Ambiente*, Aranzandi, 2007, "la regla general [en esta materia] es el suministro de la información, sin que el público tenga que invocar un interés en particular, por lo que la solicitud de información sólo puede ser denegada por motivos tasados, a interpretar de forma restrictiva, que responden bien a su inadecuación o a que su divulgación pueda tener efectos desfavorables en otros bienes protegidos".

⁴² Obliga a las autoridades federales a responder las preguntas de los ciudadanos, pero no otorga derecho de acceso a la documentación administrativa.

Dinamarca	1998 (1993, 1991, 1985, 1970). Act on Access to Public Administrative Files	1985. Law on Administrative Procedures.	2000 (1987, 1978). Law on Processing Personal Data.
Finlandia	1999 (1951). Act on Openness of Government Activities (Publicity of Official Document Act)	1982. Administrative Procedure Act.	1999 (1987) Data Protection Act (Personal Data Act).
Francia	1979 (1978). Law N° 79-583 (Law N° 78 – 753 on access to administrative documents).	1979. Law on the justification for administrative acts.	1978. Act on Processing, data Files and Individual Liberties.
Alemania	2005. Freedom of information law	1976. Act on Administrative Procedure.	1990 (1977). Federal data Act.
Grecia	2000 (1986) Right Access to Administrative Document.	1999. Law N° 2690/1999. Code on Administrative Procedure.	1997. Law N° 2477/1997 on the Protection of Individuals with Regards to the Processing of Personal Data.
Hungria	1992. Act LXIII on the Protection of Personal Data and the Publicity of Personal data of Public Interest. (Combined FOI and Data Protection Act).	1991 (1957). General Rules of State Administration Procedures Act (XXVI).	1992. Act LXIII on the Protection of Personal Data and the Publicity of Personal data of Public Interest. (Combined FOI and Data Protection Act).
Islandia	1996. Information Act.	1993. Administrative Act.	1989. Act concerning the registration and handing of personal Data.
Irlanda	1997. Freedom of Information Act.		1988. Data Protection Act.
Italia	1990. Act N° 241 on Access to Administrative Documents	1999 (1990). Administrative Procedure Law.	1997; 1996. Processing of Personal Data/ Protection of individual and other subjects with regard to the Processing of Personal Data Act.
Japan	1999. Law Concerning Access to Held by Administrative Organs	1994. Administrative Procedure Act.	2005. Act for Protection of Personal Information Held by Administrative Organs.
Korea	1996. Act on Disclosure of Information by Public Agencies.	1996. Administrative Procedure Act.	1999. Act on Promotion of Utilisation of

			Information System and Protection of Information.
Luxemburgo	No hay ley.	1978. Act on Administrative Procedures	1979. Act 30.03 on the Identification of Physical and Legal. Act. 31.03 on Use of Nominal Data in Data Processing.
México	2002. Federal Transparency and Access to Public Government Information Law.	1995. Federal Law on Administrative Procedure.	No hay norma específica, salvo la Constitución y el Código Penal.
Holanda	1998 (1992, 1980, 1978). Government Information Act.	1998. General Administrative Procedural Law Act.	2001 (1988). Personal Data Protection Act.
Nueva Zelanda	1982. Official Information Act.	2001. Administration Amendment Act (Administration Act).	1994 (1993). Privacy Amendment Act (Privacy Act).
Dinamarca	1970. Freedom of Information Act.	1970. Public Administration Act.	2000 (1978). Act N° 31 on the Processing of Personal Data (Act on Personal Data Registers).
Polonia	2001. Law on Access to Public Information.	1999 (1960). Act on Administrative Proceedings Code.	1997. Law on the Protection of Personal Data.
Portugal	1993. Law N° 65/93	1976. Code of Administrative Procedure	1998. Law N° 67/98 on the Protection of Personal Data.
Eslovaquia	2000. Act on Free Access to Information.	No hay	2002 (1998). Act N° 428 on personal Data Protection.
España	1999 (1992). Law N° 29/1998 modif. LRJAPC	1992 (1958). LRJPAC	1999 (1992) Personal data Act.
Suecia	1994. Freedom Information Act.	1998. Government Public Administration Bill.	1998 (1994, 1973) Personal data Act.
Suiza	2004. Freedom of Information Act.	1968. Federal Act on Administrative Procedure	1992. Data Protection Act.
Turkia	2003. Law on the right to information	S/I	S/I
Reino Unido	2000. Freedom Information Act.	2000. Code of practice on written consultation	1998 (1994). Data Protection Act.
EEUU	1996 (1966). Freedom Information Act.	1946. Administrative Procedure	1974. Privacy Act.

Fuente: OECD, 2005, actualización propia.

Sin embargo, un aspecto que inevitablemente llama la atención es que las Leyes de Acceso en la mayoría de las ocasiones han sido posteriores a las Leyes de Procedimiento Administrativo y, en algunos casos, coetáneas o posteriores a las Leyes de Protección de la Privacidad.

Esta cuestión resulta fundamental al momento de verificar la relación entre la LBPA y la LAIP. En buena parte de los países que dispusieron de leyes de procedimiento administrativo, fueron estas las que establecieron el derecho de acceso a la información que se encontraba en manos del Estado, considerando, especialmente, el derecho de los interesados para acceder al expediente administrativo con el objeto de hacer efectivos sus derechos. Sin embargo, entre nosotros la regulación de acceso a la información pública fue anterior (1999) a la de procedimiento administrativo (2003), por lo que ésta última considero el marco regulatorio existente⁴³.

Esta cuestión es determinante para resolver los eventuales conflictos interpretativos, entre la aplicación de una u otra ley, o bien la opción por un sistema de interpretación integrado.

A continuación, aclarada las relaciones de las leyes de procedimiento administrativo con las leyes de acceso creemos indispensable, para arribar a las conclusiones del presente informe, analizar los momentos del acceso a la información pública entre nosotros y especialmente cuáles pueden ser las claves interpretativas de cada una de estas etapas.

IV. MOMENTOS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CHILENO.

A. Primer Momento: El Fundamento.

La doctrina nacional sostuvo históricamente que el problema de la publicidad en los actos de Administración del Estado, o los actos administrativos propiamente tales, o en términos más genéricos, el problema de todo tipo de actos estatales, no fue abordado diáfananamente desde el punto de vista de la publicidad del mismo. Se afirmaba que si los particulares, o en términos más específicos, los administrados, tienen derecho a saber lo que el Estado hace, y lo que de mayor o menor manera se proyecta respecto de ellos, ya generándoseles derechos, ya creándoseles obligaciones, es indudable que para los efectos de que tales particulares puedan hacer uso de los derechos que legítimamente contempla la ley, para que puedan reclamar de la eventual ilegitimidad de tales actos, es necesario que puedan conocerlos en su oportunidad⁴⁴.

Por tal motivo se indicaba que era necesario emplear una premisa muy clara y definida. La reserva y el secreto sólo pueden justificarse cuando razones excepcionalísimas así lo abonan y ello debe ser consecuencia de texto expreso de ley. Por lo tanto, se sostuvo

⁴³ Así lo refleja el artículo 16, en su redacción original, y el artículo 17 letras a) y d) de la LBPA.

⁴⁴ Ver Silva Cimma E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 133.

que si no existía texto de una ley, debía llegarse a la conclusión de que el acto habrá de remitirse a la norma general, que es la de su publicidad⁴⁵.

Así, se concluía, que para que se admitiera la posibilidad de reserva o la posibilidad de secreto en el campo de la Administración del Estado o del servicio público en términos amplios, tal principio sólo ha de atribuirse a texto expreso de ley. A falta de texto expreso se debía sostener la tesis categórica de que prevalecía el acto esencialmente público, como una consecuencia de que la Administración del Estado tiene en los términos más absolutos y en las distintas posibilidades de actuar del Estado, tanto en el campo legislativo como el ejecutivo, judicial o en el control, la característica genuina y fundamental de la publicidad. En suma, la excepción de reserva sólo se admitía a texto expreso de ley⁴⁶.

Pero pese a ésta insistencia en doctrina, el secretismo de la Administración se mantuvo sin vacilaciones, sobre todo por la inexistencia de mecanismos que permitieran hacer efectiva la publicidad.

En efecto, un aspecto que ilustra adecuadamente esta situación era la redacción de antiguo de las obligaciones funcionarias y que la actual letra h) del artículo 61 del Estatuto Administrativo, que señala como obligación de cada funcionario el “guardar secretos en los asuntos que revisten el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales”⁴⁷.

En consecuencia, hasta antes de la primera regulación positiva en la materia en el año 1999, se aceptaba que sólo la ley podía decretar el secreto o reserva de la información que se encontraba en poder del Estado. El principal inconveniente fue la inexistencia de mecanismos para exigir la transparencia de la función pública, tema que se abordará recién a partir del precitado año, como veremos, pero además existía un marco regulatorio funcionario proclive a la opacidad.

B. Segundo Momento: La Ley de Probidad Administrativa. La Distinción entre Secreto y Causales de Denegación de la Información.

1. Contenido y alcance. La regulación de la Ley N° 19.653, de Probidad Administrativa.

La regulación original establecida mediante la Ley 19.653⁴⁸, significó la distinción de dos órdenes de publicidad: (a) la primera referida a la publicidad del “acto administrativo y sus documentos que sirven de sustento directo y esencial”; (b) la

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Como sostenía Weber, el modelo de administración burocrática, se funda en el secreto y el control de la información, como fuente de dominación. Argumentaba que “el gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad”.

⁴⁸ Ley que modificó la LOCBGAE.

segunda, se refirió a la distinción entre causales de secreto o reserva, de aquellas que implicaban denegación de la información por razones de oportunidad.

En efecto, el artículo 13 luego de declarar como principio la transparencia, señaló explícitamente en su inciso 3°:

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración de Estado y los documentos que les sirven de sustento directo y esencial.

La literatura señalaba que el derecho supone el acceso a la información plasmada en actos y documentos, es decir, en soportes físicos de cualquier clase, de modo que no es un derecho de acceso a la noticia como regularmente se cree⁴⁹, sino de un acceso directo a la información misma en manos de la Administración⁵⁰.

De conformidad a la ley el derecho consistía en que los ciudadanos tenían acceso a los actos administrativos y a los documentos que le servían de sustento o complemento directo y esencial. Esta publicidad se extendía a los informes y antecedentes de las empresas privadas que prestaban servicios de utilidad pública y aquellas en que el Estado tenía participación, siempre que fueran de interés público y que la divulgación de dicha información no afectara el funcionamiento de la empresa.

Así, dos eran los objetos del derecho. En primer lugar, los actos administrativos que siempre serán públicos, y en segundo lugar, los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

Desde ese momento, la jurisprudencia administrativa comenzará a interpretar consistentemente que sólo se podía tener acceso a los documentos si se dicta el acto administrativo que compete, lo que suponía que mientras no se dictara el acto terminal el derecho de acceso no se perfeccionaba⁵¹.

Dicho de otro modo, en este segundo momento, no hay garantía de acceso a la información en general, salvo que esta se encuentre asociada a un acto administrativo y su procedimiento.

⁴⁹ Fernández González, M. A., 'El principio de publicidad administrativa', en la *Administración del Estado de Chile 1990 – 2000* (Coord. Rolando Pantoja Bauzá), Edit. Jurídica Conosur, p. 735.

⁵⁰ Cordero Vega, L., *Procedimiento Administrativo*, Lexis Nexis, 2003.

⁵¹ Dictamen N° 2420, de 2004. Específicamente el caso de pronuncia en torno a un proceso licitatorio. Sostiene que "las ofertas técnicas y económicas presentadas por los participantes en una licitación no constituyen actos administrativos, pero sirven de antecedente para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta y, como tales, son documentos que pueden ser conocidos por quienes tengan interés en ellos. Sin embargo, de acuerdo a la (ley), los interesados pueden tener acceso a esos instrumentos una vez que se haya dictado el acto administrativo que complementan, esto es, en el caso que interesa, una vez que la Administración del Estado haya adjudicado la licitación respectiva, pues sólo a partir de ese momento existirá un acto".

2. Los legitimados. El derecho acceso y el derecho a conocer, como hipótesis diferentes.

Por otro lado, el sujeto activo del derecho la ley lo denominaba “interesado”. Sin embargo, no se exigía legitimación de ninguna naturaleza para acceder al derecho, en la misma línea de la totalidad de la regulación comparada. La jurisprudencia administrativa consideró que la denominación “interesado” aplicable a este derecho debía ser comprendida en términos amplios, y no reducido a quienes tenían un “interés actual y económico en los documentos que solicita a la Administración”, toda vez que entenderlo en dicho sentido “es contrario al principio de publicidad”, que busca “proteger de manera más estricta el principio de probidad administrativa”, de manera que “cualquier interpretación que restrinja el alcance del deber de transparencia normativamente establecido, más allá del texto expreso de la ley, resulta en una contradicción con la finalidad del legislador”⁵².

Desde esta perspectiva, interesado, para el *derecho de acceso* a un procedimiento finalizado, era equivalente a cualquier persona o tercero ajeno a un procedimiento administrativo. Sin embargo, si la persona tenía la calidad de interesado, pero ahora de conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la LBPA, y así lo acredita, tiene *derecho a “conocer”* de conformidad al artículo 17 letra a) de la LBPA, lo que supone la obtención de copia de documentos que rolan en el expediente administrativo sin esperar su término, toda vez que en esta última calidad se tiene derechos dentro del procedimiento, de manera que el conocimiento es consecuencia del principio de la contradicción o el derecho a formular alegaciones⁵³.

⁵² Dictamen N° 43688, de 2001. En el mismo sentido, dictamen N° 58015, de 2004 y STC Rol N° 634.

⁵³ La CGR, mediante dictamen N° 55331, de 2004, señaló que “el legislador distingue entre el conocimiento de los documentos que integran un expediente destinado a producir un acto administrativo, por una parte, y el acceso a los actos administrativos terminales, por la otra, en términos tales que se ha previsto una regulación distinta para cada uno de estos dos casos. Así, conforme los artículos 17 letra a) y 21 de LBPA, se confiere específicamente a quienes tengan la condición de “interesados” en un procedimiento administrativo, el derecho a tomar conocimiento del estado de la tramitación del procedimiento, en cualquier momento, aun antes de haberse dictado el decreto o resolución pertinente. este derecho envuelve, por expresa disposición de la ley, la facultad de obtener copia autorizada de aquellos instrumentos asentados en el expediente destinado a producir un acto administrativo terminal. Los artículos 13 de LOCBGAE y 16 y 17 letra d) de la LBPA, regulan la transparencia y publicidad de los actos administrativos y la de los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Para ello, el ordenamiento jurídico otorga en general a las personas, incluidos los terceros ajenos al procedimiento que les dio origen, el derecho a acceder a los actos administrativos cuya tramitación se encuentre finalizada, contemplándose, en el inciso 11 del artículo 13, las únicas causales en cuya virtud la autoridad administrativa puede denegar la entrega de la información requerida. Consecuentemente, en virtud del principio de transparencia establecido en los artículos 13 de la LOCBGAE y 16 de la LBPA, cualquier persona puede, por regla general, acceder a los actos administrativos una vez que se encuentren totalmente tramitados, en tanto que los “interesados” en un procedimiento administrativo pueden obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente respectivo, si acreditan esa calidad acorde con el artículo 21 de la LBPA”. En el mismo sentido Vid. Dictamen N° 10025, de 2005.

3. Distinción entre secreto o reserva y causales de denegación.

Finalmente, la ley estableció expresamente cuales eran las causales en virtud de las cuales se podía denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos, distinguiendo, como lo hacía el derecho comparado, entre la causal de secreto o reserva (letra a), de aquellas que implicaban denegación por oportunidad o protección de terceros (letras b, c, d y e)⁵⁴.

En efecto, las causales de denegación señaladas por la ley eran:

- (a) Reserva o secreto establecido en disposiciones legales o reglamentarias. El inciso final del art. 13 mandataba a la existencia de uno o más reglamentos que determinaran los casos de reserva o secreto de la información;
- (b) Que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido⁵⁵;
- (c) Oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos;

Sin embargo, esta distinción es desconocida por el propio ente contralor cuando, en recurso interpuesto ante ella, niega el derecho a conocer a un “interesado” basado en la circunstancia que “aún no se ha expedido un acto administrativo decisonal, y, por lo tanto –afirma- no corresponde entregar antecedentes que esta Entidad Fiscalizadora deberá ponderar en la elaboración de dicha determinación”. Dictamen N° 21071, de 2005.

Lo que técnicamente sucede en este último caso, es que Contraloría aplica durante el trámite dictaminación el estándar y tramitación de acceso a la información (simples interesados), desconociendo por esa vía la garantía que dispondría el interesado legítimo en un procedimiento administrativo.

⁵⁴ Vid. En ese sentido Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997 y Kranenborg, H - Voermans, W, *Access to Information in the European Union. A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Europa Law Publishing, 2005.

Esta cuestión es relevante, pues salvo la Ley Mexicana la mayoría de los sistemas comparados distinguen las hipótesis de denegación de secreto o reserva, de aquellas que implican ponderación, como de las que suponen denegación de acuerdo al momento.

En efecto, se pueden distinguir en términos comparados excepciones a la publicidad de carácter imperativo (la ley establece el secreto o reserva), excepciones que exige una ponderación de intereses (protección de derechos), excepciones sujeta a doble ponderación (información de uso interno o que contengan opiniones preliminares de la agencia).

⁵⁵ Al respecto la jurisprudencia administrativa ha señalado que “la atención por parte del servicio de requerimientos de información que revistan carácter genérico o que se refieran a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes, en el marco de la normativa indicada, y de su operatividad, no puede importar que la entidad pública llegue a distraer irracionalmente a sus funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales, entorpeciendo el debido ejercicio de sus funciones propias, en términos de afectar la recién aludida obligación y principios establecidos en el artículo 3° de la LOCBGAE”. En tales condiciones, la CGR concluye que “si del examen de la petición, que se efectúe por el jefe del servicio, aparece fundadamente que la misma adolece de falta de precisión o dice relación con un número de actos administrativos, o sus antecedentes, de tal entidad que determine que darle curso afectará seriamente el desempeño de las funciones propias del órgano, éste no se encuentra obligado a proporcionarla”. Dictámenes N° 21023 y 43688, de 2001. En el mismo sentido dictamen N° 32013, de 2005.

(d) La divulgación o entrega de los antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas⁵⁶, y

(e) Que la publicidad afecte la seguridad de la nación o el interés nacional.

La razón de distinguir entre el secreto y la reserva de las demás causales de denegación, es que la primera respondía a un objetivo de protección *per se* de determinados asuntos de manera que siempre debían estar a resguardo del conocimiento público. En cambio, las demás causales de denegación respondían a un criterio de protección contingente, sujeto a un juicio de ponderación por parte de quien tiene la potestad para decidir su acceso, por lo que la denegación debe ser evaluada caso a caso.

C. El Tercer Momento: La Ley de Probidad Administrativa y La Dictación del Decreto Supremo N° 26, de 2001.

Como consecuencia del contenido y redacción del inciso final del art. 13 de la LOCBGAE⁵⁷ el Ejecutivo dictó el Decreto Supremo N° 26, de 2001⁵⁸, en virtud del cual reglamentaba *los casos de secreto y reserva de los actos y documentos*, y que permitía a los Jefes Superiores de Servicio dictar resoluciones exentas en virtud de las cuales declaraban qué actos y documentos debían tener tal calidad y en dicha virtud quedar excluidos de la publicidad.

Como se sabe, la norma fue tempranamente cuestionada pues excedía el ámbito de la competencia legal en la medida que establecía causales nuevas para impedir el acceso a la información más allá de las señaladas por la ley⁵⁹.

⁵⁶ En este sentido la jurisprudencia administrativa indicaba que “cuando una información no se encuentra a disposición del público en forma permanente, la autoridad puede demorar o rechazar un requerimiento de información si, una vez analizados los antecedentes, concluye que la divulgación puede comprometer los derechos o intereses de terceros. Para estos fines, la ley distingue dos formas de proteger a esos terceros: una simple, regulada en los incisos sexto, séptimo y octavo del art. 13 de la ley 18575 y otra calificada. La forma simple determina que si la autoridad considera que la información puede afectar a terceros, debe comunicar a estos, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados. Si los terceros ejercen su derecho de oposición en tiempo y forma, el órgano requerido queda impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario conforme al procedimiento establecido en el art. 14 de la misma ley 18575, en caso de no deducirse la oposición, se entiende que el tercero afectado accede a la publicidad de la información. La forma calificada, está regulada en el inciso undécimo del mismo art. 13, que establece que una de las causales por las cuales se puede denegar la entrega de la información solicitada, consiste en que la divulgación o entrega de ella afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceros, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, sin informar ni consultar la opinión de los afectados, caso en el cual, el peticionario puede solicitar que los tribunales de justicia resuelvan el asunto, conforme al aludido art. 14”. Dictamen N° 32013, de 2005.

⁵⁷ “Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder los órganos de la Administración”.

⁵⁸ D.O. 07.05.2001.

⁵⁹ Cordero Vega, L., “Los particulares como sujetos de Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho Público*, V. 64, 2002; Fernández, M., “El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos

La práctica confirmó estas aprensiones. Durante la vigencia del Reglamento los servicios públicos dictaron más de 83 resoluciones exentas que establecían secreto y reserva sobre un conjunto de actos y procedimientos, que se traducían finalmente en la implementación del secretismo, violentando el objetivo original de la regulación.

Dichas resoluciones comenzaron a declarar procedimientos y categorías de actos genéricas como secretas y reservadas, focalizando la mayoría de ellas en procesos de contratación, remuneraciones y procedimientos disciplinarios de diversa índole.

Frente a esta práctica la Contraloría, mediante dictamen N° 49.883 de 4 de octubre de 2004, sostuvo en diversas resoluciones que la Administración “se excede [de] la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva en otros órdenes de materias”, así como “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”, no advirtiéndose en otras “el fundamento preciso para declarar secretos o reservados determinados documentos”. De esta manera, concluye la Contraloría, estas resoluciones deben ser reexaminadas a la brevedad. Esta circunstancia se tradujo en que el órgano contralor decidiera que en adelante las resoluciones que imponían secreto o reserva debían estar sujetas al trámite de toma de razón, de manera de frenar la tendencia a ejercer las competencias públicas en el ámbito del secreto⁶⁰.

Frente a estas circunstancias, en particular la reacción de los afectados que motivó el dictamen de la Contraloría, el Congreso intervino. Una forma de hacerlo fue a través del proyecto de ley de los HH. Senadores Larraín y Gazmuri⁶¹, quienes afirmaron que la práctica en la aplicación del Decreto Supremo N° 26 de 2001, había llevado el ejercicio de las competencias al “mantenimiento de la cultura del secretismo”, lo que exigía necesariamente adoptar una decisión legislativa que corrigiera esta práctica administrativa⁶².

De este modo, el Congreso consideró adecuado, en el marco del debate sobre reformas constitucionales incorporar el principio de la publicidad y transparencia en la nueva Carta Fundamental con el objeto de evitar en el futuro abusos en la implementación de una política pública no sujeta a evaluación ni control por parte de los órganos de la Administración activa⁶³.

y antecedentes en que se fundan”, en “Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, N° 14, 2002.

⁶⁰ Resolución N° 621, D.O. 21.10.2004.

⁶¹ Boletín N° 3773-06, Ley N° 20.285, publicada en el Diario Oficial del 11 de agosto de 2008, conocida como Ley de Acceso a la Información Pública.

⁶² Declaraciones de los HH Senadores Larraín y Gazmuri al Diario La Segunda el 16 de diciembre de 2004, p. 47.

⁶³ En este sentido Fernández, M., “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Constitución”, en *Reforma Constitucional*, Lexis-Nexis Chile, (Coord. Francisco Zúñiga), 2005, pp. 191 y sgts.

Así, con la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, el Ejecutivo instruyó a los órganos de la Administración para que revisaran las resoluciones que establecían el secreto o reserva con el objeto de adecuarlas al nuevo escenario⁶⁴, para luego derogar el Decreto Supremo N° 26 de 2001, poniendo término así a la práctica del secretismo⁶⁵, decayendo todos los actos administrativos dictados por los autoridades administrativas bajo la vigencia del precitado Decreto.

D. El Cuarto Momento: La Reforma Constitucional de 2005.

Por las razones expuestas con anterioridad, la publicidad se transformó en un imperativo de intervención de la función estatal, materializada hoy en una cláusula explícita de la Carta Fundamental.

Artículo 8°, inciso 2°. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Para poder determinar el sentido adecuado de su contenido y redacción es necesario realizar las siguientes precisiones.

La norma establece que existen causales tratadas constitucionalmente que permiten restringir la publicidad de los “actos” estatales sólo por razones de “secreto o reserva”, estableciendo causales de legitimación para denegar esa información, pero con límites. Estos límites son: cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento del funcionamiento de dichos órganos (1), los derechos de las personas (2), la seguridad de la Nación (3) o el interés nacional (4).

Lo que establece la Carta Fundamental no es el acceso a la información en general sin limitaciones. La Constitución se encuentra estructurada sobre la base del ejercicio de las competencias constitutivas de potestades públicas. En efecto, el objetivo de la reforma constitucional fue constitucionalizar la regulación vigente⁶⁶, prohibiendo la posibilidad de declarar el secreto o reserva de los actos de la Administración mediante un acto diferente a una Ley de Quórum Calificado. La práctica abusiva del DS N° 26, como se explicó, fundó esta reacción, y por tal motivo su estricta regulación constitucional, más no la alteración del objeto de la publicidad para el caso de la Administración. De ahí que tras la reforma constitucional lo que terminó pugnando con el texto constitucional fue la posibilidad de secreto o reserva mediante acto administrativo en el artículo 13 de

⁶⁴ Oficio N° 925/2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

⁶⁵ Mediante Decreto Supremo N° 134, de 12 de diciembre de 2005, publicado en el D.O el 05.01.2006.

⁶⁶ Sin embargo, es necesario detenerse en que luego de la reforma constitucional de 2005 la causal de denegación general es el “secreto o reserva”, que tiene fundamentos concretos. El constituyente confundió de esa forma las causales de secreto o reserva, de las de denegación de la información como lo hace el derecho comparado y la antigua regulación de la LOCBGAE. No obstante la Ley de Acceso a la Información Pública trata de corregir parcialmente esta confusión al conferir algún sentido a las causales de denegación en el art. 21.

la Ley N° 18.575, y no el objeto de la publicidad, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional⁶⁷.

La Constitución establece como principio matriz la publicidad de los actos estatales y sus fundamentos, es decir el acceso pleno a los mismos por parte de todos los ciudadanos, lo que no significa toda la información, sino que aquella que se traduce en “actos y resoluciones”, así como “sus fundamentos y procedimientos”. Así, la Carta Fundamental impone condiciones limitadas para impedir el acceso a la información, limitaciones que requieren del cumplimiento de exigencias constitucionales que deben ser interpretadas restrictivamente. Si bien es posible que existan normas legales previas a la reforma constitucional que impongan el secreto o reserva de determinados actos estatales, estas normas, para que mantengan su validez, deben ser interpretadas conforme a la Constitución y para situaciones precisas y concretas, de manera de impedir que se construyan argumentos hipotéticos que inviertan el mandato constitucional.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los criterios formales sobre los cuales se encuentra constituido el principio de transparencia en la Constitución, tal como lo hemos señalado.

Concretamente ha indicado⁶⁸ que:

Decimotercero: Que, como se ha recordado, el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental establece, como regla general, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Se ha precisado, también, que dicho deber y el derecho de acceso a la información pública correlativo no tienen carácter absoluto, pues una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, en los casos taxativamente indicados por esa misma norma y que dicen relación con que la publicidad afecte: a) el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos; b) los derechos de las personas; c) la seguridad de la Nación; o d) el interés nacional.

De este modo, el Tribunal Constitucional ha reconocido la plena amplitud del principio de publicidad de los actos de la Administración, pero además que tras la reforma constitucional es el legislador quien determina los casos de reserva y secreto, y siempre que cumpla dicha calificación, de quórum calificado, con los criterios materiales constitucionalmente señalados. De manera que no es admisible unilateralmente por la autoridad administrativa, cualquiera sea ésta, calificar de secreto o reserva un acto administrativo que el legislador no lo permita sin devenir su declaración en inconstitucional.

⁶⁷ STC Rol N° 634.

⁶⁸ STC Rol N° 634.

E. El Quinto Momento. La Dictación de la Ley de Acceso a la Información Pública.

1. Criterio sostenido por el Legislador: amplia publicidad y declaración explícita del secreto o reserva.

Tal como se ha señalado la Reforma Constitucional de 2005 tuvo por efecto el remitir al legislador la calificación de secreto y reservado, lo que se tradujo en la regulación, vía legal, del acceso a la información de la Administración del Estado, a partir de la citada moción de los HH Senadores Larraín y Gazmuri⁶⁹.

La Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) señala un criterio ya establecido en la LOCGGAE cuando reguló por primera vez el acceso a la información pública al declarar que la “función pública se ejerce con transparencia” (art. 3º), señalando luego que el principio de la transparencia consiste “en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información (...)” (art. 4º).

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

Por otro lado la precitada ley ha definido en términos aparentemente amplios el tipo de información que reviste el carácter de pública (art. 5º). En efecto, invisten tal calidad: (a) los actos y resoluciones; (b) sus fundamentos; (c) los documentos que le sirven de sustento directo y esencial; (d) los procedimientos que se utilicen para su dictación; (e) la información elaborada con presupuesto público; (f) toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración cualquiera sea el formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas por la ley.

Por otro lado, la ley califica los casos en que se puede denegar la información por secreto o reserva de determinados actos administrativos, documentos o procedimientos. En efecto, el art. 21 señala explícitamente que:

Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

⁶⁹ Vid. Nota 19.

- c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
- 2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.
- 3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
- 4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
- 5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Las causales que permiten denegar la información por calificarse de secreto o reserva fue una de las normas más discutidas durante la tramitación legislativa. Las observaciones se referían: (a) la posibilidad de que al ser meramente enunciativa se prestara para interpretaciones amplias; (b) la circunstancia que pudiese ser una norma interpretativa de la Constitución; (c) la utilización de estas causales requerían siempre de un estándar de motivación mayor, por las consecuencias que generaba⁷⁰.

⁷⁰ Historia de la Ley, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, p. 200 y ss.

“El artículo 21 señala las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. Éstas son:

1.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte gravemente el cumplimiento de las funciones del órgano requerido, incluyendo las siguientes situaciones:

- a) Que pueda ir en desmedro de la aplicación de las leyes, especialmente en lo relativo a la prevención, investigación y prosecución de un crimen, y
- b) Que se trate de deliberaciones de los órganos o funcionarios públicos previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio de la publicidad de los fundamentos de la resolución, medida o política finalmente adoptada.

2.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, incluyendo las siguientes situaciones:

- a) Que pueda afectar la vida privada de una persona individualizada o identificable, incluidos los expedientes médicos o sanitarios;
- b) Que pueda lesionar intereses comerciales u otros de tipo económico, ya sea públicos o privados;
- c) Que pueda implicar un riesgo para la vida, la seguridad o la salud de una persona, y
- d) Si hubiere sido obtenida de un tercero con carácter de confidencial.

3.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, incluyendo las siguientes situaciones:

- a) Que pueda afectar la seguridad nacional;
- b) Que pueda afectar a la defensa nacional, y
- c) Que pueda afectar a la mantención del orden público o la seguridad pública.

4.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, incluyendo las siguientes situaciones:

- a) Que pueda afectar a la salud pública nacional;
- b) Que pueda afectar las relaciones internacionales del país, y
- c) Que pueda afectar los intereses económicos del país.

5.- Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos.

Los representantes del Ejecutivo explicaron el contenido de esta norma, señalando que establecía, en sus cuatro primeros números, por la vía ejemplar, casos con el objeto de concretar las causales de secreto o reserva contenidas en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución.

Podría, en consecuencia, haber otros casos que coincidieran con las características descritas en la norma constitucional, lo que les daría también el carácter de secretos o reservados. El número 5 se enmarcaría en la misma norma constitucional al referirse a documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos.

El Diputado señor Cardemil señaló que la norma, para cumplir con la disposición constitucional, debería tener un carácter taxativo, sin incluir otras situaciones semejantes, como también que le parecía que el número 5 debería suprimirse por cuanto no estaría de acuerdo con la disposición constitucional, ya que el carácter secreto o reservado no puede otorgarse por el simple hecho de que una ley de quórum calificado así lo declare, sino que cuando la situación de que se trata se enmarca en alguna de las causales que señala el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución.

El Diputado señor Eluchans planteó la interrogante acerca de si la norma en análisis tenía el carácter de interpretativa de la Constitución o sólo se trataba de una disposición que requería quórum calificado para su aprobación, distinción importante dados los diferentes quórum de aprobación que se requerirían en la Sala. Añadió que si se estaba ante esta última situación no sería procedente el empleo de expresiones genéricas o ejemplares, dado el carácter explícito y taxativo de la norma constitucional.

El Diputado señor Burgos estimó coherente la norma propuesta con la disposición del artículo 8° de la Constitución, porque los numerales en que se divide, señalan taxativamente lo que dispone dicha norma, opinión que reforzaron los representantes del Ejecutivo señalando que los términos de la norma en estudio son taxativos por cuanto la frase inicial indica que las que señala son las únicas causales de secreto o reserva y sus diferentes números reproducen los términos de la disposición constitucional.

Agregaron, los mismos representantes, que la norma era propia de aquellas que deben aprobarse con quórum calificado, porque es desde todo punto de vista lógico, efectuar en una disposición de esta naturaleza un desglose de los aspectos generales que señala la Constitución. En lo que se refiere al número 5) que se propone, señalaron que, lógicamente, si una ley de quórum calificado declaraba determinada materia como reservada o secreta, debía para ello ceñirse a los términos del artículo 8°, en caso contrario incurriría en un vicio de constitucionalidad cuya inaplicabilidad podría solicitarse al Tribunal Constitucional. En consecuencia, la norma no interpretaría la disposición constitucional sino que no sería más que una aplicación de la misma.

El Diputado señor Cardemil apoyó la idea de que se trata de una norma interpretativa porque las causales de reserva o confidencialidad que se establecen, son casos que se incluyen en la normativa constitucional, interpretando sus alcances.

Cada una de estas interrogantes fueron despejadas, pero en lo sustantivo para efectos de este informe, existió consenso, como lo hay en buena parte de la literatura comparada, que las causales de denegación de la información son excepcionales, que operan *ex post* a la solicitud, salvo texto legal específico, y que obligan a los organismos administrativos a formalizar la negativa (mediante resolución) con indicación precisa y

El Diputado señor Eluchans, tomando como ejemplo de su argumentación, la primera causal de secreto o reserva contenida en el artículo 8° de la Carta Política, es decir, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, señaló que este artículo 21 lo que hacía era precisar cuándo se producía tal afectación, lo que evidentemente interpretaba su texto fijando su sentido, sin perjuicio, además, que el mismo artículo, en cada uno de sus cuatro primeros números, emplea la frase “incluyendo las siguientes situaciones”, lo que sólo puede entenderse como que no es posible desprender que tales situaciones estén incluidas en las causales y, por ello, resulta necesario que la norma diga expresamente que deben entenderse incluidas.

Los Diputados señores Bustos y Ceroni sostuvieron que la norma no sería más que una aplicación de la disposición constitucional, la que estaría señalando la regla general, limitándose el artículo 21 a especificarla.

Por último, los representantes del Ejecutivo argumentaron que el objeto de una disposición interpretativa es fijar el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica y que una vez que se la interpreta, la norma interpretativa se entiende incorporada en la interpretada. En consecuencia, si el artículo 21 fuera una norma interpretativa, habría que entender que cada vez que una ley aprobada con quórum calificado diera a un documento el carácter de secreto o reservado, tal disposición debería entenderse incorporada en el texto constitucional, lo que no sería lógico, razón por la que les parecía que la norma en análisis no hacía otra cosa más que aplicar los criterios establecidos en la Constitución, señalando casos específicos de cada causal.

Cerrado finalmente el debate, la Comisión, por mayoría de votos (6 votos a favor y 5 en contra), declaró que la norma no tenía carácter de interpretativa de la Constitución.

Los Diputados señora Turres y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward presentaron tres indicaciones a este artículo:

Por la primera propusieron sustituir en el encabezamiento del número 1 la expresión “órgano” por “sujeto”, la que se rechazó, sin debate, en tercera votación, por mayoría de votos (6 votos en contra y 1 a favor), por haber resuelto ya la Comisión sobre la materia.

Por la segunda plantearon sustituir en el encabezamiento de los números 1, 2, 3 y 4 la frase “incluyendo las siguientes situaciones” por “en las siguientes situaciones”, la que se rechazó, sin debate, en tercera votación, por mayoría de votos (6 votos en contra y 1 a favor).

Por la tercera propusieron suprimir el número 5 basándose en las argumentaciones ya señaladas, la que fue rechazada por la Comisión por mayoría de votos (6 votos en contra y 3 a favor), aún cuando se convino en precisar los alcances del número remitiéndolo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Finalmente, la Comisión acordó, por unanimidad, sustituir en la letra b) del número 2 la expresión “intereses” por los términos “derechos de carácter” ya que no resultaba procedente oponer intereses personales al ejercicio de un derecho, como también, a sugerencia del Diputado señor Burgos, acordó, por unanimidad, sustituir en la letra a) del número 1.- el término “prosecución” por “persecución”.

Puesto, por último, en votación el artículo, se lo aprobó, con las enmiendas señaladas, por mayoría de votos (6 votos a favor, 2 en contra y 1 abstención).

concreta del fundamento de la denegación (motivación sustantiva), de manera que sea posible saber las razones de la negativa y poder hacer efectivos los controles posteriores en vía administrativa (Consejo Para la Transparencia) y contenciosa (Corte de Apelaciones respectiva).

2. La declaración de secreto o reserva de la información, siempre debe provenir de un acto de poder público.

Como se puede apreciar, de conformidad a la ley existen dos fuentes posibles de declaración del secreto o reserva:

- (a) La ley en términos explícitos, que debe ser de quórum calificado, que impone una restricción de conocimiento *per se*.
- b) La autoridad administrativa frente a cada solicitud que declare que determinados actos o documentos caen en las hipótesis señaladas en el art. 21, lo que supone una declaración de secreto o reserva contingente y que surtirá efectos sólo una vez que se dicta el acto que realiza tal declaración.

Ésta distinción tiene relevancia no sólo por la fuente de la declaración, sino que además por el modo en que debe quedar sin efecto esa declaratoria. En efecto, la ley señala explícitamente al respecto que:

Artículo 22.- Los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación.

Transcurridos cinco años contados desde la notificación del acto que declara la calificación, el servicio u órgano que la formuló, de oficio o a petición de cualquier persona y por una sola vez, podrá prorrogarla por otros cinco años, total o parcialmente, evaluando el peligro de daño que pueda irrogar su terminación.

Sin embargo, el carácter de secreto o reservado será indefinido tratándose de los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquéllos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar:(...)

Los documentos en que consten los actos cuya reserva o secreto fue declarada por una ley de quórum calificado, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio.

Los documentos en que consten los actos declarados secretos o reservados por un órgano o servicio, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio, durante el plazo de diez años, sin perjuicio de las normas que regulen su entrega al Archivo Nacional (...).

Artículo 23.- Los órganos de la Administración del Estado deberán mantener *un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley*, en las oficinas de información o atención del público usuario de la Administración del Estado, establecidas en el decreto supremo N° 680, de 1990, del Ministerio del Interior.

El índice incluirá la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, *y la individualización del acto o resolución en que conste tal calificación.*

Así, de conformidad a lo señalado en la LAIP la única manera en que un determinado acto, documento, procedimiento o información en poder de la Administración del Estado tengan la calidad de secreto o reservado, es mediante declaración expresa y explícita: (a) del legislador y (b) de la autoridad administrativa, dentro de las causales señaladas por la precitada ley.

Sin esa declaración, se aplica en toda su amplitud los principios de transparencia y de máxima divulgación. En otros términos la declaración de reserva o secreto sólo surtirá efectos si ha sido previamente declarada por autoridad administrativa o bien frente a una solicitud concreta de información ante el organismo administrativo competente, éste invoca alguna de las causales señaladas por la ley.

En consecuencia, el acto administrativo que declara secreto o reservado a actos o documentos conforme a la ley no puede ser él mismo secreto o reservado. Siempre debe ser fundado y exponer los motivos legales por los cuales se declara el secreto o la reserva, de modo que objeto es de contenido único. La precisión casuística de ellos irá configurándose en el ejercicio práctico del derecho de acceso⁷¹.

3. La existencia del registro confirma lo señalado: acto de autoridad previo para la declaratoria de secreto o reserva.

Como sabemos el artículo 23 de la Ley obliga a los órganos de la Administración del Estado a mantener un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados, el que debe contener la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados y la individualización del acto o resolución en que conste tal calificación.

Artículo 23.- Los órganos de la Administración del Estado deberán mantener *un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley*, en las oficinas de información o atención del público usuario de la Administración del Estado, establecidas en el decreto supremo N° 680, de 1990, del Ministerio del Interior.

El índice incluirá la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, *y la individualización del acto o resolución en que conste tal calificación.*

⁷¹ El Ministro Viera-Gallo expresó: “En cuanto al secreto o reserva, repito, sólo puede existir, según la Constitución, en los casos en que sea indispensable para el cumplimiento de las funciones del organismo público requerido, cuando afecta el derecho de terceras personas, según lo dispone la ley sobre protección de los datos personales; la seguridad de la nación o el interés nacional.

Corresponderá a la jurisprudencia ir precisando con mucha claridad estas causales, porque no están establecidas pormenorizadamente en el proyecto de ley. Por lo tanto, serán los organismos jurisdiccionales o el Consejo de la Transparencia que crea el proyecto, los que tendrán que ir delimitando caso a caso cuál es la frontera entre el libre acceso y el ámbito de reserva, teniendo siempre presente el fallo de la Corte Interamericana, que expresó que la reserva tiene que ser proporcional al bien jurídico que se busca proteger, porque el principio rector es la transparencia y, por lo tanto, el libre acceso a la información pública.” Historia de la Ley, p. 275.

Esta norma es fruto de una indicación en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados⁷², y buscaba esencialmente identificar en un cuerpo ordenado y sistematizado los casos en que se ha declarado secreto o reservado actos y documentos, con el objeto no sólo de identificarlos, sino que además que el público tuviese conocimiento de los plazos de vigencia de dichas declaraciones, de conformidad a lo señalado en el inciso segundo del artículo 22.

Así, en cumplimiento de esta norma, los órganos de la Administración del Estado deben mantener a disposición del público un listado en el que debe constar: (a) el tipo de acto y documento declarado secreto o reservado, lo que supone una identificación de la materia; (b) la individualización del acto administrativo que otorgó tal categoría.

En consecuencia, el contenido y redacción del art. 23 que establece la existencia del precitado índice, constituye el mejor testimonio que para el legislador la única forma en que surta efectos la declaración de secreto o reserva en relación a las hipótesis señaladas en el art. 21 N° 1 a 4, es previa dictación de un acto administrativo inscrito en el índice actualizado, a partir de lo cual el acto administrativo específico y los documentos concretos en manos del organismo administrativo pasan a gozar de protección en el modo y por el plazo señalado en el art. 22.

⁷² Historia de la Ley N° 20.285, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, p. 204. “A raíz de una indicación de los Diputados señora Turre y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward, posteriormente retirada, en la cual proponían, por parte de las unidades administrativas, la elaboración de un índice de los expedientes clasificados como reservados, el que debería ser público, la que la Comisión consideró pertinente, pero que requería el patrocinio del Ejecutivo, motivó a este último a presentar una indicación para agregar un nuevo artículo del siguiente tenor: “Artículo 23.- Los órganos de la Administración del Estado deberán mantener un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, en las oficinas de información o atención del público usuario de la Administración del Estado, establecidas en el decreto supremo N° 680, de 1980, del Ministerio del Interior.

El índice incluirá la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, y la individualización del acto o resolución en que conste tal calificación.”.

“Se lo aprobó en los mismos términos, por unanimidad.”

“El artículo 23 obliga a los órganos de la Administración a mantener un índice actualizado de los actos o documentos secretos o reservados en las oficinas de información o atención de público del órgano de que se trate (inciso primero).

En su inciso segundo dispone que el índice incluirá la denominación de esos instrumentos y la resolución que autorice la reserva o secreto.

Esta norma de la Ley de Transparencia fue aprobada unánimemente, en sus mismos términos y sin enmiendas, con los votos de los Honorables Senadores señores Bianchi, Larraín y Sabag y Honorables Diputados señores Burgos, Cardemil, Ceroni y Eluchans.”

V. CRITERIO SOSTENIDO POR EL LEGISLADOR. LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA PRETENDIÓ PONER EL ÉNFASIS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO.

Destacados los aspectos previos sobre la declaratoria de secreto o reserva y su extensión, así como la manera en que se regula su objeto, estamos en condiciones de explicar por qué la LAIP se funda en el acto administrativo.

Como consta de la Historia Fidedigna de la ley, se tuvo particular cuidado en señalar que el acceso no se refiere a cualquier información, sino que aquella que se traduce en actos administrativos, lo que durante la tramitación legislativa se debió dejar en claro, recurriendo al criterio del art. 3º de la Ley N° 19.880. En efecto, frente a la duda de una serie de Parlamentarios respecto de los alcances de la Ley, uno de los autores de la Moción, el H. Senador Larraín, señaló que el eje del derecho de acceso y la publicidad se encuentra en torno al acto administrativo terminal⁷³.

El señor LARRAÍN.- Señor Presidente, sus palabras ayudan a introducir el sentido de lo que quiero manifestar.

En primer lugar, el número 2 del artículo 1º sólo hace más coherente el proyecto con el texto actual de la Constitución. Si se presta a dudas o inquietudes, no tengo ningún inconveniente en retirarlo, porque no agrega nada nuevo a lo que dispone la Carta Fundamental. Se quita respaldo al artículo y se acaba la discusión, pues no es necesario.

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

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

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

Más aún, por si eso fuera insuficiente, el artículo 3º de la ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, define el concepto de acto administrativo; de manera que no estamos haciendo ninguna innovación. Dice: "Concepto de Acto Administrativo". Y prosigue: "Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.". ¡Eso es!

⁷³ Intervención en la sesión N° 38 de 04 de octubre de 2005. El contexto de la discusión en la sala del Senado en la precitada sesión es de extrema utilidad para comprender la finalidad interpretativa dada en este informe. Ver *Historia de la Ley N° 20.285*, pp. 110 a 129, disponible en línea www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20285/HL20285.pdf

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

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

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

Por esta razón, la ley determina su ámbito de aplicación (art. 2°): (a) a los órganos de la Administración del Estado que ejercen potestades públicas; (b) a los organismos constitucionalmente autónomos (inc. 2°); a las empresas del Estado (inc. 3°); (c) los demás órganos del Estado (inc. 4°).

La discriminación no es arbitraria, porque de conformidad a lo señalado por la ley, el ámbito de aplicación para cada uno de estos organismos es diferente:

(a) En el caso de los organismos de la Administración del Estado, su aplicación es plena, cuya manifestación más evidente es su completo sometimiento al Consejo para la Transparencia regulado por el Título V de la ley.

(b) En el caso de los organismos constitucionalmente autónomos, la ley sólo se aplicará cuando esta se refiera "expresamente" a ellos, es decir, que determinadas y concretas disposiciones le son aplicables. Esto es lo que sucede con los artículos quinto y séptimo de la ley, referidos a la Contraloría General de la República y el Banco Central respectivamente⁷⁴.

(c) En el caso de las empresas del Estado, la ley señala que se les aplicará cuando ésta se refiera a ellos "expresamente". Esto se traduce en que la única norma que le es aplicable es el artículo décimo de la ley, que establece el sometimiento a los arts. 3 y 4, como reglas de principios, y luego establece una norma de transparencia activa idónea para las empresas públicas.

(d) Por último, los demás organismos estatales, esencialmente los independientes señalados en la Constitución se regulan en estas materias sólo por sus leyes orgánicas constitucionales.

La distinción recién planteada es relevante, porque el Consejo para la Transparencia, organismos que se encuentra a cargo de velar por la aplicación de la ley señalada, sólo tiene competencia para "fiscalizar el cumplimiento de las normas de transparencia y publicidad de los órganos de la Administración del Estado" (art. 32).

⁷⁴ Vid. STC Rol N° 1051 que profundiza en la categoría de organismos constitucionalmente autónomos y la existencia de un sistema de autogobierno para garantizar el acceso a la información pública.

Finalmente, la LAIP confirma este criterio, pues estableció en su artículo tercero una modificación al inciso segundo del art. 16 de la LBPA, en lo relativo al principio de transparencia y de publicidad, señalando precisamente que el acceso corresponde al acto administrativo (en general), así como a sus fundamentos y el procedimiento que sirvió para su elaboración.

Art. 16. Principio de Transparencia y Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

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

En síntesis, para que exista derecho de acceso a los fundamentos y al procedimiento, debe existir un acto administrativo dictado que permita acceder a la información, que finalmente se encuentra en el expediente administrativo y que sirve de base al acto terminal en donde deben constar los fundamentos de la decisión^{75.76}

⁷⁵ LBPA. **Artículo 18. 3.** Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que éstas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso.

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

LBPA. **Artículo 41. 1.** Contenido de la resolución final. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados.

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

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

Por este motivo la jurisprudencia administrativa ha sostenido en el Dictamen N° 24887, de 2009, que “tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta, en armonía con lo prescrito en los artículos 13 de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 16 y 41, inciso 4º, de la ley N°19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado.”.

⁷⁶ Es posible, como se explicará también, acceder al acto trámite y al procedimiento adjetivo o secundario que lo funda.

VI. LA TESIS DE LA CONTRALORÍA: SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY DE TRANSPARENCIA EL ACTO ADMINISTRATIVO ES EL EJE DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN.

Si bien la LAIP entró en vigencia en Abril del 2009, la Contraloría definió los contornos del derecho de acceso regulado por la ley, ratificando los aspectos mencionados con anterioridad, es decir, que el derecho de acceso se construye desde el acto administrativo y los documentos que le sirven de complemento directo y esencial, al cual accede el procedimiento que le sirvió de base⁷⁷.

En efecto, el órgano contralor ha indicado que mientras no exista acto administrativo, no se puede acceder a los documentos que potencialmente serán fundamento directo y esencial:

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

Asimismo, debe dejarse constancia que los interesados pueden tener acceso a las ofertas técnicas y económicas presentadas por los participantes a una licitación pública, una vez dictado el acto administrativo que resuelve la adjudicación de la propuesta, considerando que las ofertas técnicas o económicas de que se trata no constituyen actos administrativos, pero sirven de antecedente para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta, como tales, son documentos que pueden conocer quienes tengan interés en los mismos, en la oportunidad señalada⁷⁸.

Por tal motivo ha insistido en la correlación entre el acto y el procedimiento administrativo, así como el correlativo derecho de acceso en tanto exista acto dictado.

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

Sin embargo, en el caso de que se trata no ha procedido acceder a la petición del recurrente, en orden a que se le proporcione una copia de la denuncia que formulara un particular solicitando se realice una investigación en la Municipalidad (...), como quiera que aquélla constituye el inicio de un acto administrativo cuyo procedimiento no está afinado, siendo sólo el punto de partida de una investigación o sumario administrativo que ha comenzado a instruir este Organismo en ese municipio, con ocasión de hechos denunciados⁷⁹.

Del mismo modo ha señalado, que una vez dictado el acto administrativo, no existe derecho de acceso o bien no constituyen documentos del procedimiento, los borradores de opiniones previas a la dictación del acto administrativo final.

⁷⁷ En este sentido ver Dictámenes Nros 17.866, 10.743, 8.466, del 2008.

⁷⁸ Dictamen N° 31451, de 2008.

⁷⁹ Dictamen N° 5403, de 2009.

No procede solicitud de copias de informes elaborados por funcionarios de esta Contraloría y de los antecedentes que habrían sido considerados en emisión de dictamen. Ello, porque son borradores o elementos de juicio de carácter interno, que no contienen en sí mismos, una decisión sobre las materias sustantivas que deben ser resueltas a través de pronunciamientos formales de esta Contraloría General. De esta forma, no constituyen actos administrativos decisorios ni, propiamente, documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, en los términos previstos en el inc. 2 del art. 8 de la Constitución Política⁸⁰.

Tampoco existe derecho de acceso a la información, cuando hay un procedimiento administrativo en curso, del cual emana actos intermedios no finiquitados como es un preinforme de auditoría.

(...) el Preinforme de Observaciones constituye un documento intermedio, relativo a una fiscalización inconclusa y, por lo mismo, no corresponde a la opinión final de la Contraloría General de la República ni a un acto administrativo terminal, lo cual explica su naturaleza confidencial, correspondiendo privativamente al alcalde determinar a qué funcionarios da conocimiento del mismo, fundamentalmente para efectos de preparar su respuesta⁸¹.

Por lo mismo, el momento en que se puede tener acceso a la información es desde la dictación del acto administrativo, sean terminales o de trámite, aunque éstos se encuentren en trámite de toma de razón, pues este último procedimiento está destinado a dar eficacia al acto administrativo dictado.

(...) la publicidad y transparencia de los actos administrativos, sean de trámite o terminales, constituyen un principio general de orden público consagrado en el ordenamiento jurídico que permite a los interesados en determinada actuación tener acceso a las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen sus declaraciones de voluntad, sin que la normativa reseñada establezca distinciones ni más limitaciones que las señaladas en la disposición constitucional anotada.

Siendo ello así, la autoridad se encuentra obligada a proporcionar a los interesados copias de los actos que emita en ejercicio de sus potestades públicas, aún en el caso de aquellos sujetos a toma de razón cuyo trámite ante este órgano Fiscalizador se encuentre pendiente (...) ⁸².

En consecuencia, ha señalado, el derecho de acceso a la información sólo existe en la medida que existan decisiones formales de la Administración (acto administrativo).

Sobre este punto, cabe destacar que la publicidad y la transparencia de los actos administrativos, constituyen un principio general de orden público consagrado en el ordenamiento jurídico, el cual impone a los órganos de la Administración del Estado el deber de franquear a los interesados el acceso a las decisiones formales que emitan⁸³.

⁸⁰ Dictamen N° 22500, de 2008.

⁸¹ Dictamen N° 18.474, de 2009.

⁸² Dictamen N° 7355, de 2007. En idéntico sentido Dictámenes Nros 50273, 52916 y 57558, de 2008.

⁸³ Dictamen N° 42.511, de 2008. Una vez realizada la precitada afirmación, el órgano contralor razona del siguiente modo:

“En este sentido, corresponde consignar que el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República, incorporado por la ley N° 20.050, prevé que "son públicos los actos y resoluciones de los

Atendido lo anterior, es dable señalar que según lo manifestado por esta Entidad de Fiscalización en el dictamen N° 18.474, del año en curso, un informe final es el documento que contiene el resultado de la fiscalización practicada, es decir, constituye un acto administrativo y, por lo mismo, resulta ser de carácter público (...) ⁸⁴.

De este modo, los terceros ajenos al procedimiento administrativo sólo tienen acceso a los actos administrativos y sus documentos, una vez que el procedimiento se encuentra terminado, no así el interesado legítimo que puede conocer permanentemente.

(...) esta Contraloría General cumple con señalar que, en atención a lo previsto en los artículos 8° de la Carta Fundamental, 13 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 4°, 11, 16, 17 y 21 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, las personas - incluidos los terceros ajenos al procedimiento que les dio origen - tienen el derecho a acceder a los actos administrativos cuya tramitación se encuentre finalizada, en tanto que los interesados en un procedimiento administrativo

órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen", y añade, que "sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional", en concordancia con lo cual el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, así como la ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, establecen, en el inciso tercero del artículo 13° y en el inciso segundo del artículo 16°, respectivamente, que son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

A mayor abundamiento, es útil tener en cuenta que la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública -que fue publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008, y que de conformidad con su artículo transitorio entrará en vigencia ocho meses luego de dicha data-, regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para su ejercicio y amparo, así como las excepciones a la publicidad de la información, estableciendo en su artículo 3° 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".

Asimismo, cabe hacer presente que su artículo 4° impone a las autoridades que indica y a los funcionarios de la Administración del Estado, el deber de dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública, disponiendo que éste consiste "en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información", en tanto que sus artículos 5° y 10° previenen que en virtud del mismo "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", con las excepciones que indica, y que "toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado", en la forma y condiciones que ese texto legal establece."

⁸⁴ Dictamen N° 60024, de 2009.

pueden obtener copias de los diversos documentos que rolan en el expediente respectivo, si acreditan dicha calidad de conformidad con el artículo 21 ya mencionado⁸⁵.

Como se ha visto, la Contraloría ha construido desde la vigencia de la Ley N° 19.653 (1999) el argumento de que el derecho de acceso se construye desde el acto administrativo y de ahí hacia los documentos y el procedimiento que le sirvieron de base. Con la dictación de la LBPA (2003), manteniendo el criterio señalado ha sostenido que los “interesados legítimos” tienen derecho a conocer permanentemente durante el procedimiento (art. 17, letra a), dejando a los terceros con la legitimidad de acceder a la información, una vez que el acto administrativo se encuentre dictado. Este criterio de distinción es el que ha mantenido consistentemente tras la reforma constitucional de 2005 y la dictación de la LAIP.

VII. LOS ALCANCES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, ASÍ COMO DE SUS FUNDAMENTOS, DOCUMENTOS Y PROCEDIMIENTO.

Despejado, entonces, que pese a la aparente amplitud de la información a la cual se tiene acceso por parte de la ley, el eje sobre el cual éste se encuentra construido es el acto administrativo (como figura terminal del procedimiento) y los documentos que le sirven de fundamento e incorporados al procedimiento, y precisado que ese fue el entendido sobre el cual se construyó la precitada ley, según la historia fidedigna, es necesario ahora que precisemos qué vamos a entender por la figura del “acto administrativo” para luego, ver los impactos que esto tiene.

Como hemos señalado, la Constitución establece un mandato explícito para la dictación de una ley que fije “las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública” (art. 63 N° 18). Fue recién el año 2003 que dicha ley se dictó (Ley N° 19.880), y en ella se reguló íntegramente el contenido y extensión del acto administrativo.

⁸⁵ Dictamen N° 17583, de 2008. En idéntico sentido los Dictámenes Nros 33438 y 57558, de 2008, Nros 34185 y 50792, de 2009.

Con mayor énfasis ha señalado en el Dictamen N° 5542, de 2009, que:

“De las normas reseñadas se desprende que el ordenamiento jurídico le confiere a quienes tienen la condición de interesados, el derecho a tomar conocimiento del estado de tramitación del procedimiento, en cualquier momento, incluso antes de haberse dictado el decreto o resolución que lo afina, lo que incluye, por expresa disposición legal, el derecho a obtener copia de los instrumentos que den origen a un acto administrativo final (...).

Enseguida, cabe manifestar que atendido que los actos administrativos y documentos emitidos con motivo del ejercicio de la función realizada por la secretaría regional ministerial del ramo al fiscalizar escuelas de conductores, no han sido declaradas con carácter secreto o reservado por una ley de quórum calificado, las decisiones formales que emita dicho órgano en que se contengan manifestaciones de voluntad y los documentos que les sirvan de sustento, deben regirse por los principios de transparencia y publicidad antes descritos, por lo que no se advierte irregularidad administrativa en la publicación en la página web del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de los procesos que se refieran a fiscalizaciones afinadas.”

En efecto, una de las cuestiones de mayor discusión en el Derecho Administrativo durante largos años ha sido la teoría general del acto administrativo. Es cierto lo que sostienen muchos que existen tantas definiciones de acto administrativo, como énfasis los autores desean utilizar⁸⁶.

Tradicionalmente la jurisprudencia de la Contraloría ha vinculado el concepto de acto administrativo al de actividad formal de la Administración en términos amplios. En efecto, ha sostenido que puede señalarse 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”⁸⁷.

Hasta estos últimos años la legislación nacional había optado por omitir una definición conceptual sobre acto administrativo⁸⁸. Sin embargo, con la dictación del hoy derogado D.S. N° 26, de 2001, que estableció el reglamento el secreto y reserva de los actos y documentos administrativos, se dispuso de una definición con el claro objeto de restringir el concepto de acto, vinculándolo exclusivamente como declaración de voluntad, vinculada a una potestad pública.

Esta es la herencia que recibe la Ley de Procedimiento, quien define el acto administrativo en idénticos términos que lo hacía el D.S N° 26. En efecto, dispone que las “decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos”, para luego precisar que “se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública” (artículo 3°)⁸⁹. Sin embargo, a continuación extiende el concepto de acto administrativo, al indicar que “constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.”.

⁸⁶ Vid. Pantoja Bauzá, R., *Concepto de Acto Administrativo*, Edit. Jurídica de Chile, 1960, (Seminario de Derecho Público N° 6); Silva Cimma, E., *ob. cit.*, p. 25 – 26; Escola, H. J., *Legalidad, eficacia y Poder Judicial*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 64 - 70.

⁸⁷ Dictámenes N° 5.380, de 2000; 29549, de 2000.

⁸⁸ Durante la discusión legislativa existió conciencia que esta era la primera vez que el legislador iba a definir el acto administrativo, por lo cual se buscó un contenido lo más amplio posible. Las Comisiones unidas (Constitución y Gobierno del Senado) dejaron expresamente establecido que “ésta es la primera oportunidad en que una norma de rango legal define el acto administrativo, los agentes que lo generan y su ámbito de aplicación dentro de la Administración con un criterio amplio; es decir, concibiendo tales actos no sólo los decretos y resoluciones sino otras manifestaciones de voluntad de la autoridad ejecutiva, como son las declaraciones de juicio –dictámenes– constancia o conocimiento (informes), que pueden traer aparejadas diversas consecuencias jurídicas.”. Nuevo informe de las Comisiones de Gobierno, Descentralización y Regionalización y de Constitución, legislación, justicia y reglamento, Unidas, recaído en el proyecto de ley que fija las bases de procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado (Boletín N° 2594-06), en Diario de Sesiones del Senado, sesión Ordinaria 22°, 14 de agosto de 2001, Anexo de Documentos, p. 29.

⁸⁹ Vid. Cordero Vega, L. *El Procedimiento Administrativo*, *ob. cit.*, pp.50 y 51.

Esta forma de definir el acto, tiene las siguientes consecuencias:

- (a) El acto administrativo sólo puede abarcar las decisiones de la Administración que se expresan o se deben expresarse por escrito⁹⁰. En otros términos, para la Ley de Procedimiento no constituye un acto administrativo las ejecuciones materiales⁹¹.
- (b) Para la LBPA sólo existe acto administrativo cuando se decide, es decir, cuando se adopta una resolución sobre una cuestión o un asunto determinado⁹².
- (c) Pero también hay acto administrativo, en las decisiones formales que se traducen en actos de constancia, declaración, juicio o conocimiento, en otros términos aquellos que no involucran una decisión concreta.
- (d) Para la jurisprudencia administrativa estas decisiones deben ser unilaterales, de manera que no es posible que un acto administrativo tenga un medio o forma de terminación convencional⁹³, salvo los casos de contratos administrativos.
- (d) Esto implica que el acto es una decisión formal, es decir, sometida a un conjunto de ritualidades en su elaboración y una manifestación externa en contenido.
- (e) El acto administrativo puede ser de general o particular aplicación, de carácter normativo o resolutivo particular, en aplicación de una potestad reglada o discrecional. Lo anterior implica que quedan sujetos a la Ley de Procedimiento desde una simple autorización sanitaria hasta la dictación de un reglamento, autónomo o de ejecución, del Presidente de la República⁹⁴.
- (i) El acto administrativo se sustenta en un procedimiento, este a su vez un expediente y este último está compuesto por un conjunto de documentos de la Administración y de los interesados. Cuando se perfecciona el derecho de acceso, el interesado puede acceder a toda la cadena de información que sirvió de sustento al acto administrativo⁹⁵.

No se debe olvidar que el perfeccionamiento del derecho de acceso bajo la luz de la LBPA, supone la exigibilidad de la información, es decir, la existencia previa de la

⁹⁰ Cfr. Dictamen N° 52086, de 2004.

⁹¹ “Pablo Sánchez Díaz de Essar S.A. con I. Municipalidad de Temuco”, Corte Suprema, 22.07.2010, Rol N° 6.567-2008.

⁹² Por esta razón si lo que se aprueba o rechaza es una actividad privada sometida a regulación administrativa “la actuación terminal que apruebe o rechace los proyectos, o sus alteraciones, un acto de esa naturaleza (administrativo), entonces procede que revista la forma establecida por la ley”, es decir, como decreto o resolución. Dictamen N° 34541, de 2005.

⁹³ Dictamen N° 10026, de 2005.

⁹⁴ Dictamen N° 39.979, de 19.07.2010.

⁹⁵ En el Dictamen N° 14317, de 2009, la Contraloría sostuvo que “(...) conforme al artículo 16 de la ley N° 19.880, esta Entidad de Control debe proporcionar copias de los instrumentos relacionados con sus pronunciamientos, dado que éstos sirven de sustento o complemento directo y esencial para la emisión de los informes que se le solicitan, por lo que, como tales, son antecedentes que pueden ser conocidos por quienes tengan interés en ellos.”.

decisión para luego acceder al contenido de la totalidad de la información que le sirve de fundamento.

VIII. ¿QUÉ SUCEDE ENTONCES ENTRE LA LBPA Y LAIP? EXISTE UNA MULTIDIMENSIONALIDAD EN RELACIÓN A LA INFORMACIÓN SUJETA A ACCESO.

A. Las consecuencias de la LBPA hacia la LAIP, en materia de acto administrativo: el acto administrativo en sentido amplio.

Como se ha señalado, pese a la restricción antes enunciada en la definición de acto administrativo, la LBPA amplió los límites restrictivos considerando actos administrativos a un conjunto de actuaciones que deben incorporarse en la actividad formal de la Administración. En efecto, la ley considera también actos administrativos a “los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias” (artículo 3º). Esto significa que se considera acto administrativo, pese a no decidir o resolver cuestiones concretas, aquella actividad expresada formalmente por la Administración en las cuales manifiesta opiniones, informa sobre situaciones o certifica determinados aspectos en el ejercicio de sus competencias.

El efecto extensivo de estos actos para LBPA es que su contenido queda sometido a sus normas y principios, y en consecuencia también a la LAIP. En otros términos, no sólo hay acto administrativo en una resolución, sino que también en un informe, dictamen, certificado, etc., y respecto de todos ellos (en su calidad de actos administrativos) existe derecho de acceso.

Por otro lado, para efectos del procedimiento administrativo es posible distinguir entre los actos administrativos terminales y los actos trámite. Entendemos por actos administrativos terminales aquellos que ponen fin al procedimiento administrativo por resolver la cuestión de fondo para lo cual se ha instruido. En otros términos es acto terminal la resolución final que decide sobre las cuestiones planteadas en la necesidad del procedimiento. En cambio son actos trámites todos aquellos que insertados en un procedimiento administrativo sirven como antecedentes o requisitos para la dictación del acto final⁹⁶. La distinción tiene una finalidad de acotamiento para la oportunidad y momento en que son susceptibles de ser impugnados los actos administrativos. En efecto, los actos trámites sólo son susceptibles de ser impugnados cuando impliquen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión (artículo 15).

⁹⁶ Esta distinción ya había sido realizada por la jurisprudencia a propósito del reclamo de ilegalidad municipal. En efecto, había sostenido que las acciones que son reclamables a través de esta acción son las “resoluciones”, es decir, aquellas que deciden el fondo del asunto y no aquellas de mero trámite, pues éstas son aquellas que sin pronunciarse sobre el fondo, ordenan trámites tendientes a allegar antecedentes para decidir lo solicitado, por un tercero, con un conocimiento más pleno y cabal del asunto. Corte de Apelaciones de Santiago, RDJ T. LXXXVI (1989), N° 3, Rol N° 3509-89.

Este aspecto, también tiene relevancia para la aplicación del la LAIP, porque sobre los denominados “actos trámite”, se aplica también el derecho de acceso, en la medida que también constituyen actos administrativos, en donde la distinción aplicada por la LBPA es sólo en relación al derecho a la impugnación y no el derecho de acceso, de manera tal que constituyen actos accesibles a menos que se encuentren en alguna de las hipótesis del artículo 21 N° 1 de la LAIP, en tanto forman parte de un proceso deliberativo en curso.

De este modo queda suficientemente claro que la figura del acto administrativo (en todas sus hipótesis) y partir de ahí sus procedimientos, fundamentos y documentos directos y esenciales, son los criterios básicos sobre los cuales descansa la LAIP, sin perjuicio de lo que indicaremos sobre la denominación “información” a continuación.

B. Pero, ¿qué hacemos con el inciso segundo del artículo 5°? La legalización de mayor información.

Pese a las conclusiones a las cuales hemos arribado y que en algún sentido parecerían consistentes con lo señalado, existe una disposición en la ley que aparentemente amplía la información y puede tener efectos insospechados. En efecto, el artículo 5° de la LAIP, luego de ajustarse al estándar constitucional del derecho de acceso (el acto y sus documentos, fundamentos y procedimiento), dispone de un inciso segundo que, concordado con el principio, podría llegar a suponer que el acceso a la información es a todo tipo de información y en cualquier momento.

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

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

Una interpretación armónica, que permite una visión de consistencia regulatoria, supone considerar que existe mucha información en manos de la Administración que no llegará nunca a la dictación de un acto administrativo y, en consecuencia, que no tendrán un procedimiento o fundamento asociado⁹⁷.

⁹⁷ Esta circunstancia es especialmente compleja en el Derecho español, que como se ha comentado exige que el procedimiento administrativo esté terminado. Como señala Rams Ramos, ob. cit., p. 429, parece que la formulación del precepto lleva a entender que los mismos quedan excluidos del acceso, puesto que se reconoce el derecho de acceso precisamente por entender que los documentos solicitados referentes a las diligencias informativas y actuaciones de información preliminares forman parte de un procedimiento y no porque se trate de documentos que deban archivarse, de manera que parece que sólo los documentos que afectivamente forman parte del procedimiento administrativo concreto son susceptibles de ser accesibles, independientemente de que se trate de un procedimiento conducente a una declaración de voluntad de la Administración o no.

Es lo que sucede, por ejemplo, con el resultado de un Estudio encomendado por la Administración o las estadísticas que los organismos administrativos deben elaborar para el desarrollo de sus actividades.

La primera hipótesis es la consecuencia o resultado de un acto y procedimiento (que realizó la licitación y contrató), el segundo corresponde al ejercicio habitual de la función administrativa.

Esta cuestión es relevante, porque dado el contenido y redacción de la disposición, a lo que se tiene acceso es a los documentos que disponen de esa información y en tal condición, es previsible sostener que mediante su aplicación se produzcan controversias semejantes a las del Derecho comparado en donde la respuesta a la pregunta ¿cuándo existe el documento?, es central para definir el derecho de acceso⁹⁸.

Sin embargo, esta norma de clausura de la “información pública” supone prescindir de la distinción entre acceso y conocimiento, pues transforma ese tipo de antecedentes siempre como una hipótesis de acceso.

IX. LA SUPLETORIEDAD DE LA LBPA Y SUS ALCANCES CONCRETOS EN LA LAIP.

A. El objetivo de la supletoriedad y sus estándares de aplicación.

Como se sabe, tradicionalmente la ordenación de las relaciones internormativas en sistemas jurídicos complejos como los que vivimos en la actualidad, exigen el establecimiento de un conjunto de reglas y principios que permitan, en un ordenamiento jurídico supuestamente coherente como se afirma, la convivencia de muy diversas y complejas estructuras normativas. Regularmente se convoca para ello al principio de jerarquía⁹⁹, el principio de competencia¹⁰⁰ y el de supletoriedad.

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

⁹⁸ Como recuerda Fernández Ramos, ob. cit., pp. 81 a 83, el derecho de acceso consagrado en la regulación Francesa, al igual que el sistema norteamericano, presupone la existencia de un documento, es decir, una materialización. Al igual que la regulación norteamericana requiere de la existencia física del documento, pues las informaciones no consignadas o reproducidas no constituyen un documento y, por tanto, no son susceptibles de ser objeto de libertad de acceso. Relacionado con lo anterior, la jurisprudencia de ambos países converge en el sentido de precisar que el documento debe existir en el momento de la solicitud de la comunicación, de modo que los particulares no pueden exigir a la Administración efectuar un trabajo de síntesis o de confección del documento –elaboración de estadísticas, por ejemplo–. Asimismo, no es posible solicitar documentos de producción futura, de tal modo que la petición se convertiría en una “suscripción”.

⁹⁹ En el que prefiere la norma de estructura superior, cuestión especialmente enfatizada por el constitucionalismo de la segunda parte del siglo XX.

Lo que está en juego en estos tres principios no es necesariamente la validez de una norma, regularmente posterior, que afecta a las anteriores y que en consecuencia obliga a considerar la derogación de las previas, sino cómo es posible definir un marco conceptual que permita la convivencia de esa complejidad normativa con criterios de selección idóneos.

Tal es el contexto de la supletoriedad de Ley de Procedimiento Administrativo, como se ha explicado en la primera parte del presente informe, sin perjuicio de lo cual nos interesa realizar precisiones adicionales con el objeto de poder arribar a conclusiones útiles para el Consejo de la Transparencia.

La supletoriedad de la Ley de Procedimiento tradicionalmente es explicada en el sentido de que sus principios y normas son aplicables en todos aquellos procedimientos que actualmente tiene la Administración, posean o no regulación legal, así como los procedimientos sectoriales que se regularán en el futuro. Los que tengan regulación de ley, se les aplicará preferentemente en lo específico la norma especial^{101 102}, pues su objetivo último era evitar un efecto derogatorio genérico¹⁰³.

La cláusula de supletoriedad no es una de “derecho transitorio”, es decir constituye una “cláusula de cierre” tendiente a asegurar la existencia de un Derecho y garantías aplicables en los procedimientos administrativos especiales. La supletoriedad no está destinada a resolver antinomias jurídicas, por el contrario es un efecto del carácter de “bases” de la ley de procedimiento. En efecto, la Ley N° 19.880, siguiendo el criterio formal y material de la Constitución (art. 63 N° 18) impone una delimitación entre los subsistemas procedimentales sectoriales, conforme a los cuales estos aparecen claramente como sistemas parciales y necesariamente fragmentarios, en cuanto referidos a materias concretas y tasadas, en tanto el ordenamiento provisto por la ley de procedimiento otorga un bloque normativo central a las regulaciones sectoriales.

¹⁰⁰ Desarrollado para explicar y resolver los conflictos normativos que el principio de jerarquía no puede satisfactoriamente resolver.

Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Público General, T.II*, Iustel, 2006, p. 235. Las relaciones internormativas en el interior del ordenamiento principal y de los ordenamientos secundarios están presididas por el principio de jerarquía. Las relaciones interordinamentales que afectan a normas generadas en el seno de ordenamientos distintos, están ordinariamente disciplinadas por el principio de competencia.

¹⁰¹ Esta es una de las cuestiones que mayor preocupación generó durante la discusión legislativa en la sala del Senado, existiendo finalmente claridad de que “este procedimiento general va a regir en defecto de procedimiento especiales actualmente establecidos, que mantienen su vigencia”. Sesión ordinaria N° 4°, miércoles 3 de octubre de 2001, *Diario de Sesiones del Senado*, p. 172 – 197.

¹⁰² La jurisprudencia administrativa ha dicho que si existe una norma específica que regula una materia concreta, se prefiere ésta que la de la Ley de Procedimiento por tener esta última carácter supletorio. Dictámenes Nros. 33306, 48869, 48940 , 54531, de 2004; 4.321, 39.348, de 2007; 3.441, 14.643, 62.496, de 2008; 3.012, 5.387, 33.796, de 2009.

¹⁰³ Este es el sentido de la historia fidedigna del precepto, como consta en la sesión ordinaria N° 4, 2001, del Senado, *ibidem*. En este sentido se pronuncia dictámenes N° 48869, de 2004, Nros. 1896 y 6184, de 2005.

De lo dicho se sigue que el procedimiento administrativo de “bases” es un depósito instrumental jurídico en el que el legislador sectorial o el instructor de cada procedimiento encuentra las herramientas procedimentales necesarias para la finalidad concreta perseguida en los distintos sectores materiales.

En este marco (el de un procedimiento de bases y común), el legislador proveerá de regulaciones especiales aplicables por razón de la materia, pero sin que la especialidad signifique derogación o excepción a la normativa “común”, sino selección entre opciones previstas en ella en función del objeto del procedimiento, atribución de competencias a órganos determinados, concreción de términos o plazos, y, en definitiva, adaptación del procedimiento tipo a las características de la materia regulada. Esta consideración del procedimiento “básico” no implica, pues, que todas las garantías sean aplicables a todos los procedimientos, pero sí deben serlo las que sean necesarias o exigibles en función del fin perseguido en cada caso, es decir, del objeto del procedimiento (no es lo mismo, pedir un certificado o información, que solicitar una concesión o la aplicación de una sanción).

De este modo es fácil comprender el principio de la supletoriedad, si se entiende que es un efecto natural y obvio de la categoría de “bases” de la Ley de Procedimiento.

Por esta razón, hemos sostenido que podemos hablar de tres grados o niveles de supletoriedad¹⁰⁴:

(a) La *supletoriedad de primer grado* se dará cuando el legislador no regule un procedimiento específico para un acto administrativo, así como su régimen jurídico aplicable¹⁰⁵. Esta circunstancia sucederá no sólo en el caso de omisión legal, sino también en aquellos casos en donde exista regulación reglamentaria del procedimiento, pues en este caso se viola la “reserva de ley” del procedimiento administrativo frente a lo cual se aplica íntegramente el procedimiento de “bases” o “tipo”¹⁰⁶.

(b) La *supletoriedad de segundo grado* se dará cuando el legislador regule parcialmente un procedimiento administrativo o bien esa regulación abarque parte del régimen jurídico

¹⁰⁴ Cordero Vega, L., “La supletoriedad en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo”, en *Acto y Procedimiento*, VVAA, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, p. 64.

¹⁰⁵ La jurisprudencia ha indicado, por ejemplo que “para solicitar los permisos y comisiones de servicio antes mencionados, será necesario [ante la ausencia de regulación específica] respetar los principios que se contemplan en Ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo”. Dictamen N° 34207, de 2005.

¹⁰⁶ La jurisprudencia ha señalado que “al respecto, como cuestión básica y preliminar, debe establecerse que la supletoriedad de la ley N° 19.880, que limita la aplicación de sus disposiciones a aquellos aspectos o materias no previstos en la normativa sectorial, concierne únicamente a los procedimientos establecidos en una ley, comoquiera que el inciso primero del artículo 1° de ese cuerpo legal da tal alcance supletorio sólo “en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales”. Por lo mismo, si tales procedimientos se encuentran establecidos en reglamentos, no cabe que en ellos se limite o restrinja la aplicación de la ley N° 19.880, por motivo de supletoriedad.”. Dictamen N° 39.348, de 2007. En el mismo sentido dictámenes N° 42639, de 2007; 20944 y 28936, de 2008; N° 44851, de 2009.

del acto¹⁰⁷. En otras palabras, el carácter supletorio, importa aplicar la Ley N° 19.880 cuando es necesario integrar un procedimiento en el cual falta algún aspecto de la regulación básica en la tramitación de los procedimientos administrativos o del régimen jurídico de los actos administrativos.

Sin embargo, el requisito fundamental establecido por la jurisprudencia administrativa para que opere esta forma de supletoriedad es que “ella sea conciliable con la naturaleza del respectivo procedimiento especial, toda vez que su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas o mecanismos que dicho procedimiento contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que le asigna la ley”.¹⁰⁸

(c) El *tercer grado de supletoriedad*, se da en el caso en que se hubiese regulado completa y agotadoramente el procedimiento y el régimen jurídico del acto, es decir, desde el inicio de su elaboración hasta su extinción y revisión (que es lo que regula la ley de procedimiento). En tal caso parece razonable suponer que el desplazamiento de las normas específicas pareciera ser total, en su calidad de reglas primariamente aplicables; esto no obstante que atendido el mandato constitucional (art. 63 N° 18) el conjunto del sistema normativo de la Ley N° 19.880 podrá y deberá seguir siendo utilizado a título de derecho supletorio, como fuente última de normas de ejecución reglamentaria, criterios interpretativos y principios generales aptos para resolver casos concretos, por que las instituciones centrales y las regulaciones matrices del régimen jurídico común de

¹⁰⁷ Por ejemplo, si la ley no contempla normas de notificación (Dictamen N° 37747, de 2003, 38121, 2007 y 37663, de 2008), si no establece la forma en que se contabilizan los plazos (Dictamen N° 3825, de 2005; 3441, de 2008), carece de normas para comparecer mediante apoderado (Dictamen N° 54711, de 2004), o no existen regulaciones de principios generales como en compras públicas (Dictámenes Nros. 3888, de 2004 y N° 23798, de 2005).

¹⁰⁸ Dictámenes N° 33255, de 2004 ; 3825 y 31414, de 2005; 11564, 15492, 17329, 31063, 44314, 53303, de 2007; 36734 y 60435, de 2008; 32762, de 2009.

El dictamen N° 60435, de 2008, resume bien este criterio al indicar:

“Precisado lo anterior, se debe señalar que según lo dispuesto en el artículo 1° de la ley N° 19.880, las normas contenidas en ella se aplican a todos los procedimientos administrativos que desarrollan los órganos de la Administración, salvo que la ley establezca procesos especiales, en cuyo evento este cuerpo normativo rige con carácter supletorio, lo que ocurrirá en la medida que la materia sobre la cual versa la norma de esa ley de bases, que pretende aplicarse, no haya sido prevista en dicho procedimiento particular.

Asimismo, junto con el supuesto antes señalado, es necesario que la aplicación supletoria en comento sea conciliable con la naturaleza del respectivo proceso especial, toda vez que su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas y mecanismos que contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que la ley le asigna (...)”.

Por esta razón no es admisible, a juicio de la jurisprudencia, instruir a los Jefes de Servicio para que en los sumarios administrativo o en las investigaciones sumarias, se aplique la Ley de Procedimiento en relación a los denunciados, de manera que estos tuviesen acceso al contenido del expediente disciplinario, toda vez que los preceptos de la precitada ley no le son aplicables, al existir normativa específica que la reglamenta, y que determina claramente quienes tienen la calidad de interesado al interior de estos. Dictamen N° 6184, de 2005.

los actos administrativos en el Derecho chileno se encuentran precisamente en aquel cuerpo normativo¹⁰⁹.

Analizado los aspectos asociados a las hipótesis de operación de la supletoriedad de la LBPA, debemos enfrentar ahora la manera en que esos criterios se aplican al procedimiento de acceso a la información pública.

B. La LAIP y los estándares de aplicación de la supletoriedad de la LBPA.

1. El marco general

En el caso del acceso a la información pública estamos en presencia de un procedimiento administrativo, pues constituye un conjunto de actos trámite, de la Administración y de los interesados, destinados a la obtención de un acto administrativo terminal, que permite el acceso a la información pública o bien lo deniega por razones fundadas¹¹⁰.

Definido que lo que estamos en presencia es de un procedimiento administrativo, la pregunta razonable es ¿cuál es el marco normativo que le es aplicable?

Como hemos sostenido en el cuerpo de este informe, la LBPA es el marco básico y general sobre el cual descansan la dictación de los actos administrativos, en tanto garantía básica y común que se otorga a los particulares en sus relaciones con el Estado.

Sin embargo, y tal como se ha explicado, cuando existe un procedimiento administrativo especial regulado por ley, la LBPA sólo se aplicará con carácter de supletorio en aquellas materias en que la norma especial no disponga de regulación y, en la medida que la supletoriedad sea compatible con el procedimiento de que se trate, sin que pueda afectar el normal desarrollo de las etapas o mecanismos que el

¹⁰⁹ Sobre la forma de ver este criterio de la supletoriedad ver Santamaría Pastor, J., *Principios de Derecho Administrativo General*, T.I., Iustel, Madrid, 2004, pp. 191 y 192.

La jurisprudencia administrativa ha recogido esta idea, al señalar en el dictamen N° 36234, de 2007, que “(...) conviene precisar que la aplicación supletoria de la ley N°19.880 involucra tanto a los principios previstos en ese texto legal, como a las regulaciones concretas del procedimiento administrativo general previsto en él, éstas últimas en la medida que sean conciliables con la naturaleza y propósitos del procedimiento especial.”.

¹¹⁰ Ver art. 18 de LBPA. Por su parte el Decreto Supremo N° 13, de 2009, que establece el Reglamento de la Ley N° 20285 sobre Acceso a la Información Pública, regula en el Título III lo que denomina “Procedimiento Administrativo del Derecho de Acceso a la Información”.

En el Dictámenes N°36234, de 2007, la jurisprudencia califica que se debe ajustar a un procedimiento administrativo el trámite de fiscalización de una empresa.

De igual modo, en el caso del Dictamen N° 42134, de 2009, califica de acto administrativo el aviso de cesación de la relación laboral de un Municipio con un trabajador, por lo que debe someterse a las normas del procedimiento administrativo y notificarlo de conformidad a la LBPA.

procedimiento especial contempla para el cumplimiento de la finalidad particular de la ley respectiva, pues en tal caso debe prescindirse de la supletoriedad regulada.

A continuación analizaremos los supuestos sobre los cuales descansa el procedimiento de acceso a la información en diversas materias, a título meramente ilustrativo, relacionándolos con las del procedimiento administrativo general, de manera de establecer un test que permita resolver razonablemente los problemas de supletoriedad que se puedan presentar.

Tema	LBPA	LAIP
Legitimados para iniciar el procedimiento.	El procedimiento se puede iniciar de oficio o a petición de los interesados ¹¹¹ (titulares de derechos e intereses legítimos).	El procedimiento sólo se puede iniciar a petición de parte, bastando un simple interés ¹¹² .
Legitimados para participar del procedimiento	Además de quien lo promueve y el que sin promoverlo tenga derechos o intereses legítimos que pueden ser afectados ¹¹³ .	Sólo el tercero titular de un derecho, debidamente emplazado (art. 20)
Apoderados	Se puede actuar por medio de ellos ¹¹⁴ .	No existe regulación.
Plazos	<p>Recepción (24 horas), mero trámite (48 horas), emisión de informe (10 días), instrucción (20 días, contados desde la certificación que está en condiciones de resolverse), plazo máximo (6 meses).</p> <p>Requiere solicitar el silencio negativo, para acceder a la jurisdicción.</p> <p>La contabilización de los plazos es de días hábiles, expresamente regulados (son inhábiles sábados, domingos y festivos)¹¹⁵.</p>	<p>Sólo regula el plazo de instrucción (20 días hábiles, con prórroga de 10 días). El plazo se contabiliza desde la presentación)</p> <p>Vencido el plazo hay acceso al reclamo administrativo (amparo de acceso a la información).</p> <p>La mención a los plazos es sólo de días hábiles, sin señalar como se computan¹¹⁶.</p>

¹¹¹ Art. 21 N° 1 LBPA

¹¹² Art. 10 LAIP.

¹¹³ Art. 21 N° 2 y 3 LBPA.

¹¹⁴ Art. 22 LBPA

¹¹⁵ Arts. 24, 26 y 27 LBPA

¹¹⁶ Arts. 14 y 24 LAIP.

Iniciación	De oficio o a solicitud de parte, dependiendo del procedimiento y el acto. Dispone de norma que reenvía a la regulación sectorial para declarar el desistimiento en caso de no cumplir los requisitos de la presentación ¹¹⁷ .	Siempre a solicitud del interesado, con norma de corrección obligatoria bajo apercibimiento de tenerlo por “desistido” ¹¹⁸ .
Medidas provisionales	Regula su contenido y procedencia ¹¹⁹ .	No existe regulación.
Instrucción	Normas de trámite, incluida la prueba y el valor de los informes ¹²⁰ .	Regulación de plazo para acceder o denegar, sin indicación de normas sobre prueba o solicitud de informes ¹²¹ .
Audiencia obligatoria a los afectados	Sólo en los casos de invalidación y recursos administrativos ¹²² .	Al tercero que puede afectar sus derechos ¹²³ .
Finalización	Regula el contenido del acto terminal, incluida la regulación de las cuestiones accesorias, la imposibilidad de la <i>reformatio in pejus</i> y el estándar de motivación ¹²⁴ .	Depende de la denegación o el acceso. En la denegación, las causales y el contenido del acto se encuentra tasado ¹²⁵ . En el caso del acceso el contenido del acto se regula ¹²⁶ .
Recursos	Recurso de reposición y jerárquico	Existe recurso administrativo especial, que dispone, además de un procedimiento administrativo específico ¹²⁷ .

¹¹⁷ Arts. 28 y 31 LBPA

¹¹⁸ Arts. 12 LAIP.

¹¹⁹ Art. 32 LBPA.

¹²⁰ Arts. 34 al 38 LBPA.

¹²¹ Art. 14 LAIP.

¹²² Arts. 53 y 55 LBPA.

¹²³ Art. 20 LAIP.

¹²⁴ Art. 41 LBPA.

¹²⁵ Arts. 16, 20, 21 y 22 LAIP.

¹²⁶ Arts. 17 y 19 LAIP.

¹²⁷ Arts. 24 – 27 LAIP.

		Se regula procedimiento jurisdiccional específico ¹²⁸ .
Revisión	Invalidación, revocación, recurso de revisión ¹²⁹ .	No dispone de norma.
Notificaciones	Actos de particular aplicación, notificación. De general aplicación o a personas indeterminadas, publicación en el Diario Oficial ¹³⁰ .	Sólo dispone de normas de comunicación al solicitante por vía electrónica. Para los demás casos, las notificaciones se realizan de conformidad a las normas del procedimiento de notificación y notificación tácita de LBPA ¹³¹ . Notificación en caso de recursos, por carta certificada ¹³² .

2. Criterios.

De este modo, siguiendo las pautas señaladas con anterioridad, podemos distinguir los siguientes criterios o etapas de la supletoriedad de la LBPA en la LAIP.

a) Primer criterio: Hay norma legal expresa que regula el procedimiento, y en consecuencia se aplica la LAIP.

Es lo que sucede, por ejemplo, con las normas sobre legitimación. En efecto, en relación al inicio de parte, la legitimación de la LAIP va más allá del interesado legítimo de la LBPA, bastando el simple interés. Sin embargo, en el caso de la participación de los interesados que no iniciaron el procedimiento, ésta legitimación de la LAIP sólo corresponde a quien tiene un “derecho” susceptible de ser afectado por la decisión, es decir, lo restringe al directamente afectado. Con los estándares explicados, siempre se aplicará la LAIP, por constituir la norma acabada que regula la etapa del procedimiento respectivo¹³³.

¹²⁸ Arts. 28 – 30 LAIP.

¹²⁹ Arts. 53, 60 y 61 LBPA

¹³⁰ Arts. 45, 46, 47 y 48 LBPA.

¹³¹ Art. 12 LAIP.

¹³² Art. 25 LAIP.

¹³³ Esta misma hipótesis, dado que corresponde al criterio, debe entenderse extensiva a los plazos (número), pero no a la forma de contabilización.

b) Segundo criterio: No hay norma legal expresa que regule la etapa del procedimiento y hay compatibilidad con la naturaleza del procedimiento administrativo de acceso.

En tal caso se aplica supletoriamente la LBPA, pues la aplicación supletoria de ella no desnaturaliza el procedimiento de acceso. Es lo que sucede, por ejemplo, en materia de contabilización de plazos, dado que la LAIP sólo se refiere a días hábiles, sin señalar la forma en que estos se contabilizan; asimismo, se encuentra dentro de esta hipótesis la comparecencia por medio de apoderado, tanto para el solicitante como para el tercero a quien se le da audiencia para ejercer su derecho de oposición. En esta categoría, deben entenderse las normas de notificación del acto administrativo, especialmente, en materia de personas “cuyo paradero fuere ignorado”, pues en tal caso se aplica la “publicación sustitutoria”¹³⁴.

c) Tercer criterio: No hay norma legal expresa que regule la etapa del procedimiento, pero la aplicación supletoria es incompatible con el procedimiento de acceso.

En tal caso no es posible aplicar la LBPA, porque si se aplicara desnaturalizaría el procedimiento, afectando su finalidad regulatoria. Es el caso, en nuestra opinión, de las medidas provisionales, pues esta es una institución destinada a garantizar los resultados del acto administrativo¹³⁵, que no es aplicable en sus objetivos al perseguido en la LAIP.

d) Cuarto criterio. No hay norma legal que regule el procedimiento, se aplica íntegramente la LBPA. No hay supletoriedad.

Esta cuarta hipótesis no se da en el procedimiento de acceso a la información, pues precisamente la ley lo regula como procedimiento especial. Se hace referencia en esta parte a este criterio, para disponer de los cuatro que deben considerarse al momento de delimitar los efectos de la supletoriedad de la LBPA, por parte del operador legal.

De este modo, en nuestra opinión, considerando los aspectos normativos, jurisprudenciales y dogmáticos sostenidos en el presente informe, es posible con el objeto de delimitar adecuadamente los contornos de la aplicación de la LBPA en la LAIP, aplicar para cada una de las hipótesis de interés el *test* de los cuatro criterios señalados con anterioridad.

Analizado los aspectos generales de aplicación de la supletoriedad, abordaremos ahora una hipótesis concreta que corresponde a la participación de los terceros susceptibles de ser afectados por el procedimiento de acceso a la información.

¹³⁴ Art. 45 inciso final LBPA. No obstante lo anterior, los actos administrativos que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, deberán publicarse en el Diario Oficial.

¹³⁵ Vid. Cordero Vega, L., *El Procedimiento Administrativo*, Lexis Nexis, 2003, p. 117.

X. LA EXTENSIÓN Y RELACIONES DE LEGITIMACIÓN ENTRE LA LAIP Y LBPA.

Como hemos señalado la naturaleza de regulación básica y uniforme para la dictación de los actos administrativos de la LBPA, es la que otorga la naturaleza de régimen jurídico común a la dictación de los actos de la Administración y su procedimiento.

Como se indicó en el cuerpo del presente informe la LBPA se aplica con carácter supletorio en el caso de las normas sectoriales que establezcan o dispongan de procedimientos administrativos especiales, como podría suceder con la LAIP.

En síntesis, es la LBPA la supletoria de la LAIP y no a la inversa, en tanto en la primera se regula la existencia de los actos. Es la primera la que establece de un régimen jurídico común al cual deben someterse la dictación de los actos administrativos (p.e. el de solicitud de acceso a la información), de manera que la LBPA se aplicará con carácter de supletoria cuando la segunda no disponga de un marco regulatorio específico. Lo anterior, no alcanza la hipótesis de la solicitud de información que no accede a un acto o un procedimientos, cuestión que analizaremos más adelante.

Sin embargo, una cuestión diferente es resolver la interrogante de ¿qué sucede cuando un “interesado legítimo” en un procedimiento administrativo, en ejercicio de sus derechos de interesado, pide acceder a documentos del expediente y no le son entregados? Tal interrogante la trataremos de resolver en las etapas que siguen, sin embargo debemos resolver algunas cuestiones previas con la aplicación de la LBPA.

A. Momentos temporales o la extensión de la legitimación.

1. El contexto de la regulación chilena. El antecedente regulatorio del Derecho español.

Como se explicó en la primera parte de este informe la LAIP tiene su origen un mensaje del Ejecutivo que tenía por objeto abordar el silencio administrativo, como un indicador de eficiencia de la gestión administrativa. Como explicamos, también, en su tramitación se convirtió en una ley de Procedimiento Administrativo cuya influencia principal es la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común Española de 1992 (LRJPAC), que a su vez impactó decididamente en la legislación latinoamericana y por supuesto en la chilena.

Si se analiza en términos comparados, se podrá apreciar como el legislador chileno recogió la distinción normativa de la LRJPAC, entre el “derecho a conocer” del interesado y el “derecho de acceso” de los terceros.

LBPA	LRJPAC
Artículo 17. Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a:	Artículo 35. Derechos de los ciudadanos. Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:
a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener	A) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y

copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa;	obtener copias de documentos contenidos en ellos.
d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley;	H) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes.

Pero a su vez, la LRJPAC estableció en su artículo 37 la regulación del Derecho de Acceso estableciendo la condición sobre la cual se perfecciona el derecho, es decir, aquella asociada al procedimiento administrativo terminado. La norma señala que:

Artículo 37. Derecho de acceso a Archivos y Registros.

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

La literatura española ha explicado esta situación, afirmando que esta distinción proviene del dilema entre eficiencia y garantía. Se indica que el permitir el acceso a la información por parte de terceros mientras el procedimiento está en curso puede afectar la eficiencia de la actuación administrativa. Se critica la disposición¹³⁶ señalada en la circunstancia de que la distinción es muy rígida, pues al distinguir entre procedimiento terminado o no, impide evaluar hipótesis en que sin afectar a la

¹³⁶ Para una síntesis de las críticas y las respuestas a ellas ver Rams Ramos, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Editorial Reus, Madrid, 2008, pp. 418 a 422.

Por su parte Sánchez Morón, *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos, 2005, p. 458 y 459, señala que por lo que se refiere a la exigencia de que correspondan a los expedientes terminados, es preciso ponerla en relación con el derecho que otorga el art. 35 a) a quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento de obtener copias de los documentos contenidos en ellos. Por tanto, cuando se trate de documentos que formen parte de un procedimiento formalizado, esto es, de una encadenación de actuaciones administrativas y de las partes para la adopción de una decisión, el derecho de acceso estaría restringido a quienes son parte en ese procedimiento mientras no se ha terminado y sólo se reconocería a cualquier ciudadano una vez finalizado. Se trata de una regla limitativa y por ello generalmente criticada, que tampoco se contempla en la legislación europea ni en la Ley N° 38/1995. Ésta permite denegar el acceso a documentos o datos inconclusos (además de las comunicaciones y deliberaciones internas de la Administración Pública), como por ejemplo, un proyecto de dictamen o datos estadísticos sin elaborar. Pero no se entiende por qué se ha de vedar la información sobre estudios, informes u otros documentos preparatorios ya definitivos que se aporten, por ejemplo, aprobar un reglamento o un plan de la Administración que se esté elaborando y que puedan ser de interés objetivo para el público (la STS de 17 de febrero de 2004 admite, precisamente, el acceso a este tipo de documentos en materia de medio ambiente). En cualquier caso, la alusión a los procedimientos terminados no limita el acceso a documentos que no se integran en un expediente formalizado, sino que formen parte de otras actuaciones y que obren en poder de la Administración.

eficiencia, se pueda acceder a la información pública mientras el procedimiento se encuentre en curso¹³⁷.

Esta distinción rígida ha llevado a algunos a sostener la necesidad de encontrar un criterio interpretativo, que busque tener acceso a la información aunque el procedimiento no se encuentre finiquitado, en la medida que mucha de la información en manos del Estado no accedería a expediente administrativo alguno.

2. La manera conceptual de entender el acceso como perfeccionamiento del derecho: la diferencia entre interesado legítimo (la garantía) y simple interesado.

Como hemos señalado con anterioridad tradicionalmente nuestra jurisprudencia ha distinguido entre el derecho a conocer del interesado legítimo, del derecho a acceder del simple interesado, pues el primero es siempre “un sujeto del procedimiento administrativo”, de manera que tiene posiciones jurídicas protegidas. Esa distinción la ha realizado sobre un eje articulador: el acto administrativo y su procedimiento.

La razón de esa distinción tiene dos fuentes: (a) la Ley 19.653, de 1999, se construyó sobre el acto administrativo y sus documentos que le sirven de complemento directo y esencial¹³⁸; (b) la dictación de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 2003, que recogiendo la regulación española distinguió entre derecho a conocer (del interesado) del derecho al acceso (de los terceros).

Esa distinción deriva de la explicación clásica en orden al por qué nos preocupamos tanto del interesado legítimo. La razón tiene que ver con una elemental garantía de debido procedimiento administrativo, en la medida que el afectado o el posible afectado con una decisión administrativa tenga el derecho a controvertir y aportar antecedentes a la Administración durante el procedimiento de elaboración del acto administrativo¹³⁹,

¹³⁷ Como señala Fernández Ramos, ob. cit., pp. 440 y 441, Parece oportuno recordar brevemente cómo se resuelve este eventual conflicto de entre el principio de eficacia y el de publicidad en el derecho comparado. Se ha analizado que el principio de eficacia de la acción administrativa puede justificar la suspensión del derecho de acceso durante la tramitación del procedimiento con objeto de evitar que el acceso perjudique la adecuada instrucción del mismo en aquellos casos en los que la difusión de las diferentes opciones consideradas o ideas estudiadas, antes de que se haya producido la decisión final, pueda afectar el contenido de ésta, en detrimento de la autonomía –inherente a la responsabilidad correspondiente- de que han de gozarlos organismos en el ejercicio de sus legítimas competencias. Ahora bien, salvo en Derecho francés –aspecto que es criticado por la doctrina-, esta limitación no opera automáticamente, sino que es preciso que ese perjuicio se produzca precisamente en cada caso, lo cual exige una adecuada ponderación de los intereses en presencia. Además, dada la naturaleza del principio de eficacia como interés en juego, nada impide que la Administración pueda disponer del mismo, admitiendo el acceso por parte de terceros a los expedientes en curso, tal como se contempla en el modelo norteamericano como en el italiano.

¹³⁸ Lo que exigió definir normativamente el acto administrativo a través del DS N° 26, de 2001, en el criterio más restringido.

¹³⁹ Como clásicamente explica Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, T.II., 2ª ed, 2009, pp. 42 y 43, las potestades administrativas que se ejercen por el cauce del procedimiento tienen siempre unos destinatarios, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en cuya esfera incidirá el

cuestión que deriva sustancialmente del “principio de la contradictoriedad”¹⁴⁰ de la LBPA. Tal situación se denomina con diversos modos en el derecho comparado, principio de “audiencia” en España, los derechos de defensa (*droit de la défense*) en Francia la “participación de los interesados” (*partecipazione degli interessati*) en Italia, o “el derecho a una audiencia justa” (*the right to a fair hearing*) en el Reino Unido, por citar algunos ejemplos, y constituye un aspecto capital y esencial en la inteligencia del procedimiento administrativo¹⁴¹.

Por tal razón, la literatura señala que el derecho de los interesados en cada procedimiento administrativo concreto, a conocer el contenido del expediente en cualquier momento, deriva de la propia posición procesal que en él ocupa, y que le corresponde en función del criterio de legitimación previsto en el ordenamiento. Notas que no son comunes con el derecho de acceso que nos ocupa, que posee una trascendencia específica respecto de la propia de los derechos de los interesados en el procedimiento. La justificación de este derecho (de acceso), deriva como consecuencia necesaria del principio de control pleno de la actuación administrativa¹⁴².

Por tal motivo, la jurisprudencia administrativa señaló que la condición de interesado es la que permite hacer efectiva la defensa de derechos frente a la Administración.

(...) el artículo 17 de la ley N° 19.880, disposición fundamental en esta materia, al especificar cuáles son los derechos que las personas tienen en sus relaciones con la

acto que le ponga fin. La ley de procedimiento, siguiendo una convención terminológica habitual, llama a todas estas personas “interesados”, por cuanto todo el que desee participar formalmente en un procedimiento debe ostentar, al menos, un interés legítimo en él; esto es, sólo en la medida que su esfera jurídica se vea o pueda verse afectada por la decisión que se adopte.

Por tal razón existe consenso más que arraigado que el interés legítimo es más que interés directo, en tanto supone una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa de prosperar ésta. Es decir, la relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, con la que se define la legitimación activa, comporta el que la anulación del acto que se recurre, sea en vía administrativa o jurisdiccional, produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado, pero cierto. Vid. Rams Ramos, ob. cit., pp. 368 y 369.

¹⁴⁰ Artículo 10. Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

¹⁴¹ Cierco, ob. cit., 23.

¹⁴² Mestre Delgado, J., Derecho de Acceso a los Archivos y Registros Administrativos, en *Diccionario de Derecho Administrativo*, T. I (Dir. Santiago Muñoz Machado), 2005, p. 854

Administración, incluye el de conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados -en su letra a)-, y el de formular alegaciones y aportar documentos que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente,-en su letra f)¹⁴³.

Hay derecho de acceso sobre el acto (aunque sea de trámite), pero el interesado legítimo tiene el derecho permanente a participar. En efecto, Contraloría ha sostenido que:

En relación con la situación planteada, cumple con manifestar que, a la luz del ordenamiento jurídico aplicable sobre la materia, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control -vgr., la contenida en los dictámenes N°s. 55.331, de 2004 y 38.095, de 2005- ha sostenido que el legislador ha distinguido entre el acceso a los actos administrativos terminales, por una parte, y el conocimiento de los documentos que integran un expediente destinado a producir un acto administrativo, por otra, en términos tales que se ha previsto una regulación distinta para cada uno de estos dos casos.

Precisa dicha jurisprudencia que, mientras los artículos 13 de la ley N° 18.575, y 16 y 17, letra d), de la ley N° 19.880, regulan especialmente la transparencia y publicidad de los actos administrativos y la de los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, otorgando en general a las personas -incluidos los terceros ajenos al procedimiento que les dio origen-, el derecho a acceder a los mismos una vez que se encuentre finalizada la tramitación de aquéllos, los artículos 17, letra a), y 21 de la ley N° 19.880 confieren, de manera específica, a quienes tengan la condición de "interesados" en un procedimiento administrativo el derecho a tomar conocimiento del estado de la tramitación del procedimiento, en cualquier momento y, consecuentemente, aún antes de haberse dictado el decreto o resolución pertinente. Este derecho importa, por expresa disposición de la ley, la facultad de obtener copia autorizada de aquellos instrumentos asentados en el expediente destinado a producir un acto administrativo terminal¹⁴⁴.

De este modo, es posible sostener que en el caso del Derecho Administrativo chileno, dado el marco regulatorio, el derecho de acceso a la información se perfecciona sobre la base de un acto administrativo dictado, de modo que a partir de ahí se accede a sus documentos, fundamentos y procedimiento, tal como se ha explicado extensamente en el presente informe.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo Español, fuente de nuestra regulación, el derecho de acceso no se condiciona a la terminación del procedimiento administrativo, de manera que es posible acceder a los actos administrativos trámite, tal como lo ha señalado la jurisprudencia y lo hemos explicado en el cuerpo del presente informe.

3. ¿Puede el interesado legítimo de la LBPA recurrir a la LAIP para resguardar sus derechos?

Una última interrogante que es necesaria despejar es si un interesado legítimo que participa en el procedimiento administrativo en su condición de tal y en aplicación de la

¹⁴³ Dictamen N° 32234, de 2007.

¹⁴⁴ Dictamen N° 38735, de 2008.

letra a) del art. 17 de la LBPA, solicitando información, puede solicitar tutela al amparo de la LAIP.

En nuestra opinión ello es posible. El derecho del interesado legítimo, está explicado por su condición de tal, en la medida que la condición subjetiva susceptible de ser afectada explica el sistema de derechos de los cuales dispone al interior del procedimiento administrativo, respecto de los cuales la Administración debe dar protección y respeto, en la medida que como se recordó el procedimiento es una base común de derechos de los ciudadanos frente a la Administración.

Por tal motivo, si un interesado legítimo, durante la participación en un procedimiento administrativo, solicita tener acceso a información que no se le puede negar, ese interesado puede ejercer su legítimo derecho amparado en el marco general de transparencia, así por lo demás lo ha resuelto la jurisprudencia administrativa. En efecto, esta ha señalado que el interesado legítimo que tiene derecho a acceder a la información durante todo el procedimiento, se puede amparar en el artículo 8° de la CPR y 10 de la LAIP, sobre todo cuando debe ejercer sus derechos en un procedimiento impugnatorio:

“Al respecto, es menester indicar que, de conformidad al dictamen N° 34.185, de 2009, de este Ente Fiscalizador, el artículo 6°, inciso segundo, del citado decreto N° 69, de 2004, prevé que las actas y todos los antecedentes deben estar a disposición de los concursantes durante el plazo establecido para la reclamación, vale decir, aquél a que se refiere el artículo 160 de la ley N° 18.834, y que ello, además, resulta concordante con lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, y el artículo 10 de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública” (Dictamen N° 44.511, de 2009)¹⁴⁵.

La Contraloría, también ha sostenido que un interesado puede solicitar los antecedentes que se encuentran en un procedimiento de dictaminación, fundándolo en el art. 8° de la CPR, pero en la condición de legitimado en la letra a) del art. 17 de la LBPA.

(...)

Sobre el particular, cabe anotar, en primer término, que el artículo 8° de la Constitución Política de la República, dispone que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

(...)

A su vez, el artículo 17, letra a), de la citada ley N° 19.880, dispone, en lo pertinente, que las personas que tienen la calidad de interesados -como ocurre en la especie-, tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean parte y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente.

De lo expuesto se infiere, que la publicidad y transparencia de los actos administrativos, sean de trámite o terminales, constituyen un principio de orden público consagrado en el

¹⁴⁵ Igual criterio se siguió en el Dictamen N° 21640, de 2009, referido a una concesión eléctrica.

ordenamiento jurídico que permite a los interesados en determinada actuación tener acceso a las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado (...).

Siendo ello así, la autoridad se encuentra obligada a proporcionar a los solicitantes copia de los actos que emita en el ejercicio de sus funciones públicas y de los documentos que le sirven de sustento, razón por la cual, el documento requerido por el peticionario quedará en la Oficina de Partes de esta Contraloría General para su retiro por éste, una vez ingresado el valor correspondiente a las fotocopias de áquel, según lo señala el aludido artículo 17 de la ley N° 19.880¹⁴⁶.

De este modo, cuando en condición de interesado legítimo deseo acceder a información en manos del Estado, ese interesado puede hacer uso de su derecho de acceso, ocupando el sistema normativo de la LAIP, incluida la potestad de sanción en contra del jefe superior del servicio que niega la información.

La razón es simple. El interesado legítimo al interior del procedimiento administrativo, es un sujeto del procedimiento, titular de una situación activa susceptible de protección (art. 21 LBPA), que forma parte del proceso decisor de la Administración y en consecuencia invoca una causa para participar en él. En tal virtud tiene siempre mejor título jurídico que un simple interesado. Este último, es un sujeto que puede no tener título legítimo (no hay derecho o interés directo afectado), y que no requiere de causa para acceder a la información pública.

Sin embargo, teniendo mejor título el primero, la LBPA carece de instrumentos directos para hacer exigible el cumplimiento del “derecho a conocer”, de manera tal que puede recurrir a una herramienta general, incausada, como lo es la LAIP, para que por dicha vía (algo más extensa) pueda acceder a la información, pero esta vez con un mecanismo de garantía directa: el amparo y el Consejo.

Así las cosas, la ausencia de un sistema de cumplimiento de derechos al interior de la LBPA, genera un subsidio cruzado desde la LAIP con el objeto de poder conocer el contenido de determinada información.

XI. LOS TERCEROS Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE LA LAIP: LOS DILEMAS DE SU PARTICIPACIÓN Y EL ROL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.

A. Un contexto general.

Si bien no forma parte del presente informe en derecho el evaluar y analizar las causales de denegación específicas cuando se afecten derechos de terceros, para poder responder razonablemente las interrogantes planteadas, me parece indispensable realizar algunas consideraciones.

En general en el Derecho comparado se ha venido dando una dinámica permanente vinculada al derecho de acceso y la afectación de derechos de terceros. Este debate se

¹⁴⁶ Dictamen N° 50273, de 2008. En idéntico sentido Dictamen N° 52916, de 2008 y N° 40968, de 2007.

encuentra con mucha habitualidad en las relaciones entre “publicidad y privacidad” en el acceso a la información pública.

Como acreditamos en la primera parte del informe, la existencia de Leyes de Acceso de modo directo e indirecto se han vinculado a las Leyes de Protección de Datos Personales. *Directo*, pues en una buena cantidad de países la Agencia Pública a cargo de la aplicación de la ley de acceso, es la misma para la protección de los datos personales, producto de una evolución legislativa en los últimos años¹⁴⁷; en las *indirectas* la protección de datos personales es una de las causales estándares que autorizan a denegar la información, dando origen a un debate sobre los criterios de ponderación o justificación de prevalencia del interés público¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Es el caso de EEUU se creó la *Office Information and Privacy (OIP)*, dependiente del Departamento de Justicia; en el caso de Francia la *Commission d' acces aux documents administratifs (CADA)*; en el caso de Alemania el *Comisario Federal para la Libertad de Información y para la Protección de Datos (BfDI)*; en el caso reciente de Reino Unido la *Information Commissioner*.

En el caso de instituciones separadas, se destaca Canadá con un *Comisario para la información y Comisario para la protección de la vida privada* y el caso de Italia entre la *Commissione per l' accesso y el garante per la protezione dei dati personali*.

¹⁴⁸ Como se sabe en el Derecho Norteamericano la protección del secreto en interés de terceros presenta dos grandes vertientes: por una lado, la protección del secreto a la vida privada y de otro, la protección del secreto industrial. La FOIA autoriza la retención de los expedientes de personal, historias médicas y “dossiers similares” –tales como los expedientes disciplinarios, según la jurisprudencia- cuya divulgación constituiría una intrusión manifiestamente injustificada en la vida privada de una persona. En estas condiciones el solicitante debe establecer el carácter prevalente del interés público a la transparencia. En cambio, si se trata meramente de una curiosidad personal o de un interés comercial prevalece el interés a la protección de la vida privada. En cuanto a la participación del tercero que afecte el documento solicitado, la FOIA originalmente no disponía de regulación y fue sólo bajo la administración de Reagan que se dictó una Executive Order (1987), con el objeto de comunicar a las empresas principalmente las solicitudes, otorgándoles un plazo razonable para su oposición.

En el caso del Derecho Francés la Ley 78 – 753 garantiza el derecho de acceso a los documentos administrativos de carácter “no nominativos”, de modo que no existe tal derecho respecto de los documentos de carácter “nominativos”. Además, se admite la exclusión del derecho de acceso a los documentos administrativos cuya comunicación pueda atentar al secreto de la vida privada, de los expedientes personales y médicos, así como el secreto en materia comercial e industrial. Una cuestión que resulta esencial, es que para la jurisprudencia francesa se entiende que tienen la calidad de documentos “nominativos” aquellos que contienen una apreciación o un juicio de valor sobre una persona física nominalmente designada o fácilmente identificable, así como los que comportan informaciones de orden personal, que se refieren al comportamiento de las personas concretas y que, de un modo u otro, la divulgación de dicho comportamiento podría causar un perjuicio, como por ejemplo un expediente escolar o un informe social.

En el caso del Derecho alemán no ha existido una Ley Federal de Acceso hasta el año 2005 y entró en vigencia el enero de 2006. Junto con excepciones basadas en la protección de diversos intereses públicos, del proceso de toma de decisiones, de la propiedad intelectual y de los secretos comerciales e industriales, se contempla en regulaciones de excepción relativa a los datos personales de un tercero, sólo se concederá el acceso cuando el interés del solicitante en la información prevalezca sobre el interés del afectado digno de protección o éste haya dado su consentimiento. Los datos especialmente protegidos, en el sentido de la normativa sobre protección de datos, sólo serán comunicados si el tercero ha dado su consentimiento expreso.

Se sostiene, considerando el marco general de países señalados en su oportunidad, que en ellos existe una conexión expresa entre la normativa reguladora de datos y del derecho de acceso, que se resuelve en la aplicación en tanto *lex specialis* de esta última en los casos de solicitudes de información personal realizadas por terceros. La excepción la constituyen los casos en que el solicitante es el propio afectado, en que la normativa de aplicación es la de protección de datos¹⁴⁹.

Así también, en las diversas regulaciones analizadas, se pone de manifiesto que en el potencial conflicto entre publicidad y privacidad de la información administrativa, debe prevalecer como regla general la primera cuando se trata de acceder a información relevante para conocer la corrección de la actuación administrativa relativa no a la vida privada de las personas sino a las relaciones entre el poder público y sus propios empleados, contratistas, agentes, beneficiarios de subvenciones, permisos, etc. Las técnicas para llegar a ese resultado son diversas. En unos casos, este tipo de información se excluye *ex lege* del concepto de dato personal a los efectos de la aplicación de la normativa sobre acceso; entre otros la exclusión o el otorgamiento de un escaso peso en la ponderación es fruto de la interpretación de las autoridades de control y judiciales. Cuando la información se refiera a terceras personas en un vínculo especial de intensidad con la Administración, es necesario igualmente ponderar entre el interés público de la divulgación de la información y el interés privado en el mantenimiento de la reserva. En la mayoría de los sistemas se veda el acceso a los datos especialmente protegidos (protección de datos) o íntimos en sentido clásico, a los que solo se puede acceder por vía de requerimiento judicial en el seno de un proceso¹⁵⁰.

Considerando estos aspectos, es necesario adentrarse ahora en la regulación nacional.

B. El contexto de la protección de los “derechos de terceros” en la LAIP.

1. La oposición de terceros.

a) Marco regulatorio.

De conformidad a la LAIP, dos son las razones en virtud de las cuales es posible denegar la información: (a) oposición de terceros; (b) causales de secreto o reserva. En efecto, el artículo 16 realiza la distinción del siguiente modo:

Artículo 16.- La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley.

A su vez, el artículo 20 regula expresamente el derecho a la oposición.

Para una revisión comparada detallada ver Guichot, E., *Publicidad y Privacidad de la Información Administrativa*, Thomson - Civitas, 2009; Fernández Ramos, ob. cit. y Rams Ramos, ob. cit.

¹⁴⁹ Guichot, E., ob. cit., p. 162.

¹⁵⁰ Idem.

Artículo 20.- Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa.

Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley.

En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.

Como se sabe esta norma fue incorporada, conjuntamente con la indicación sustitutiva del Ejecutivo, en la Cámara de Diputados. La razón de su incorporación fue acoger las críticas que se habían formulado a la regulación anterior de la LOCBGAE, en cuanto a que bastaba la mera oposición del particular, sin expresión de causa, para que se produjera la denegación de acceso y por la otra que la causal de oposición debía referirse a derechos y no a intereses¹⁵¹. Por tal motivo se eliminó del texto la expresión intereses y se exigió que la oposición fuera fundada.

Sin embargo, a diferencia del Derecho comparado en donde existe un debate en orden a los criterios que justifican afectar los derechos de terceros, basados en un criterio o estándar de “interés público”, el legislador chileno pareciera preferir siempre la publicidad¹⁵². En efecto, la norma del art. 20 dispone de una regla estricta de consentimiento que afecta al tercero, en la medida que si dentro del plazo legal conferido no se opone “se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información”.

Pero sobre este punto es importante resaltar, que lo que presume la ley es el “consentimiento”, de lo que no se sigue que producto de ello se declare la información como pública, pues ello dependerá el estatuto jurídico en concreto del derecho de que se trate, como se verá.

¹⁵¹ Así lo reconocía la jurisprudencia administrativa, por ejemplo ver por varios dictamen N° 61635, en donde sostuvo que “(...) según el inciso octavo del citado artículo 13 de la ley N° 18.575, deducida la oposición en tiempo y forma, el organismo requerido quedaba impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario, dictada conforme al procedimiento que establecía el artículo 14 de dicho cuerpo legal.”.

¹⁵² Cuestión que se ve ría reforzada por los principios de relevancia y máxima divulgación establecidos en el art. 11 de la LAIP.

b) La condición procedimental: la audiencia previa y el tipo de interesado.

La norma del artículo 20 se encuentra esencialmente estructurada sobre la base de que si lo solicitado puede afectar “derechos de terceros”, la autoridad administrativa antes de resolver la petición debe obligatoriamente “comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente” con el objeto de que puedan hacer efectivo su derecho de oposición.

El trámite es esencial y obligatorio, cuestión que se refleja en las exigencias en orden al plazo de notificación, el plazo de oposición y el efecto de la omisión de ella.

Técnicamente lo que la LAIP exige a los organismos administrativos es el denominado trámite de audiencia previa a favor de un tercero ajeno al procedimiento de acceso, que dado el contenido de él se puede ver afectado en sus “derechos”. En otros términos exige esta audiencia al directamente afectado por la eventual publicidad¹⁵³, de modo que en adelante pasa a investir la calidad de interesado que comparece al procedimiento.

Pero ¿por qué es tan relevante la calificación de este trámite como audiencia previa? Porque, como explicaré, tras él se encuentra uno de los grandes asertos del procedimiento administrativo.

En la literatura clásica del Derecho Administrativo el trámite de audiencia previa, es uno de los trámites más esenciales del desarrollo del procedimiento, en la medida que él representa una condición esencial, verdadero *minimum* sin el cual no puede decirse que exista realmente procedimiento en sentido propio¹⁵⁴. Esta cuestión es especialmente relevante en los actos administrativo que puedan imponer condiciones gravosas o desventajosas para los ciudadanos. Por tal motivo, existe consenso respecto sobre que través de él es posible hacer efectivo el derecho a las alegaciones al interior del procedimiento administrativo¹⁵⁵.

Esta cuestión es importante, porque en aquellos casos en que el trámite de la audiencia previa es preceptivo (obligatorio), su condición de garantía esencial y primaria de los interesados justifica, en principio, que su omisión se considere habitualmente como causa de nulidad de la resolución final¹⁵⁶.

Como se afirma, existe una funcionalidad bifronte en el trámite de audiencia, en cuanto mecanismo de de garantía de los particulares a la par que como fuente de información necesaria para resolver de modo ajustado a las circunstancias concretas del caso en cuestión. Sin embargo, la consolidación de la indefensión como clave de bóveda en el

¹⁵³ Que la LBPA considera en el art. 21 N° 2. En tanto señala que tienen la calidad de interesado legítimo en el procedimiento administrativo “Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”.

¹⁵⁴ García de Enterría E, Fernández, T.R, *Curso de Derecho Administrativo, T.II.*, Civitas, 8va edición, 2002, p. 502.

¹⁵⁵ Ver en este sentido Tardio Pato, J.A., “audiencia”, en *Diccionario de Derecho Administrativo*, T.I., Iustel, 2005, pp. 263 a 270

¹⁵⁶ García de Enterría E, Fernández, T.R, ob. Cit.

enjuiciamiento de la anulabilidad del acto administrativo ha provocado que la visión defensiva de la audiencia prime por encima de su dimensión instructora¹⁵⁷.

En el caso de la LBPA la audiencia previa no es, a diferencia de buena parte de los sistemas comparados, obligatoria en todos los procedimientos e hipótesis. Sin embargo, en los casos en que esta se encuentra establecida con carácter obligatorio es esencialmente en aquellos vinculados a la protección y garantía de derechos al interior del procedimiento. Por tal motivo, este trámite es esencial y obligatorio en dos casos: (a) en el procedimiento de invalidación¹⁵⁸; (b) interposición de recursos administrativos, a quienes han participado del procedimiento¹⁵⁹.

De manera que, cuando la exigencia de audiencia previa es preceptiva, el vicio de forma afecta la validez del acto administrativo¹⁶⁰, siendo, además, causal del recurso extraordinario de revisión del acto administrativo terminal¹⁶¹.

Así las cosas, la exigencia de notificación previa al tercero, es claramente una hipótesis de audiencia del interesado con fines defensivos¹⁶². Del carácter de audiencia clásica contiene la condición de que el particular se entera por parte de la Administración del procedimiento administrativo y su contenido (la solicitud de acceso), con el objeto de que dentro del plazo legal pueda realizar sus observaciones (sujeto al apercibimiento de

¹⁵⁷ Cierco Seira, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 233 y 234.

¹⁵⁸ Artículo 53. Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

¹⁵⁹ Artículo 55. Notificación a terceros. Se notificará a los interesados que hubieren participado en el procedimiento, la interposición de los recursos, para que en el plazo de cinco días aleguen cuanto consideren procedente en defensa de sus intereses.

¹⁶⁰ Artículo 13. Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

¹⁶¹ Artículo 60. En contra de los actos administrativos firmes podrá interponerse el recurso de revisión ante el superior jerárquico, si lo hubiere o, en su defecto, ante la autoridad que lo hubiere dictado, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias.

a) Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento;

¹⁶² La jurisprudencia administrativa ha señalado que “(...) la notificación es una actuación que implica poner en conocimiento de una persona un acto administrativo que ha sido dictado por un órgano de la Administración del Estado, respecto de un trámite o en un procedimiento administrativo, ya sea con el objeto de dárselo a conocer simplemente o para que, dentro de un determinado plazo, haga valer sus derechos.”. Dictamen N° 38121, de 2007.

consentimiento de la ley). Del carácter defensivo, más allá del derecho a formular las alegaciones, el supuesto legal es que si el tercero se opone por escrito y con expresión de causa, la autoridad administrativa queda impedida absolutamente de entregar la información, salvo la decisión del Consejo para la Transparencia, que una vez que el asunto se encuentra sujeto a su resolución, además, considerando esta calidad, se encuentra obligado a notificarlo pues ya compareció en el procedimiento administrativo de acceso¹⁶³.

De este modo, la omisión de este trámite afecta la validez del acto administrativo, pues no obstante ser un vicio de forma, es un trámite esencial (la ley lo exige perentoriamente), que genera un perjuicio al interesado (se divulga información que le afecta sus derechos), generando entonces una causal de invalidación, nulidad y revisión del acto administrativo que otorga la información, comprometiendo eventualmente la responsabilidad patrimonial del Estado, si producto de la omisión de ese trámite esencial (ilegalidad constitutiva de falta de servicio) se produce perjuicio patrimonial.

La hipótesis anterior no se da y, en consecuencia, no existe vicio de forma invalidante en dos casos: (a) si no obstante omitirse la notificación del tercero, la autoridad administrativa actúa de oficio en la denegación de la información por aplicación de la causal de secreto o reserva del N° 2 del art. 21, como se explicará, pues en tal caso no existe perjuicio para el interesado pese al vicio de forma, porque la información que lo podía afectar igualmente no se reveló; (b) si no obstante existir un derecho de un tercero, este no se encuentra sujeto a protección por divulgación, es decir, que estructuralmente son públicos, de modo que no es posible la generación efectiva de daño, de manera que pese a la oposición efectiva no es posible denegar la información. Es en esta hipótesis también, en la que se encuentra los casos en que el propio Consejo ya ha declarado que un determinado acto, documento o información es de acceso público, de manera tal que no se produce infracción por la omisión de la notificación al tercero eventualmente afectado.

c) Notificación: la supletoriedad de la LBPA.

El artículo 20 establece que al “tercero” se le “deberá comunicar mediante carta certificada”, otorgándole un plazo de tres días hábiles para realizar sus observaciones.

Es necesario resolver, un conjunto de interrogantes asociada a esta norma, especialmente vinculada a sus efectos.

El artículo 20 no dispone de un sistema de notificación, pero en cambio otras normas de la LAIP sí, las que remiten en lo que corresponde a la LBPA. En efecto, el inciso final del artículo 12 señala:

El peticionario podrá expresar en la solicitud, su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, indicando para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada. En los demás casos, las notificaciones a que haya

¹⁶³ Art. 25 LAIP. Esta norma debe interpretarse en términos sistemáticos con el art. 55 LBPA, que obliga a notificar de la interposición de recursos a los terceros que comparecieron en el procedimiento

lugar en el procedimiento se efectuarán conforme a las reglas de los artículos 46 y 47 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

La norma señalada, reenvía a la LBPA el régimen de notificaciones, por lo cual es aún más diáfana la hipótesis de supletoriedad, que no afecta la naturaleza del procedimiento administrativo especial. Esta cuestión se ve reforzada por el contenido y redacción del art. 37 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información, que ordena la lógica de la norma legal, en cuanto señala:

Artículo 37.- Notificación. Las notificaciones a que haya lugar en el procedimiento se efectuarán conforme a las reglas de los artículos 46 y 47 de la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado, salvo que el peticionario haya expresado en su solicitud, su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, indicando para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada.

En este contexto, abordaremos la situación de las personas cuyo paradero fuere ignorado. Como lo hemos sostenido en el cuerpo del presente informe, el marco normativo de las notificaciones en el procedimiento administrativo de acceso, es de aquellos del segundo criterio del *test*, es decir, en que no existe norma, pero la aplicación supletoria de la LBPA no afecta la naturaleza del procedimiento administrativo. Dado que la notificación tiene para el tercero un carácter preceptivo, lo que afectaría la validez del acto si no se notifica y otorga audiencia al tercero, se debe recurrir a la norma del inciso final del art. 45 de la LBPA que establece la “publicación sustitutoria o notificación edictal”, es decir, su publicación en el Diario Oficial, la que por disposición del art. 48 de la LBPA sólo se puede realizar los días 1 ó 15 de cada mes¹⁶⁴.

2. La causal de denegación del art. 21 N° 2.

Como se sabe, la norma del art. 21 N° 2, permite denegar total o parcialmente el acceso a la información:

“Cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de la vida privada o derechos de carácter comercial o económico.”.

Conceptualmente se podría concluir para algunos, realizando interpretación lineal del artículo 20 y del N° 2 del art. 21, que cuando hay derechos de terceros sólo se puede denegar la información por oposición del interesado y no de oficio por parte de la Administración.

Esta interpretación debe descartarse porque: (a) el artículo 16 distingue la denegación por oposición del tercero o por aplicación de las causales del art. 21; (b) olvida una elemental obligación de los órganos administrativos, cuál es el garantizar el imperio de la ley, bajo apercibimiento de invalidar el acto contrario a derecho, en aquellos casos en donde existe norma legal expresa que protege el derecho; (c) el Consejo para la

¹⁶⁴ La característica de esta forma de comunicación es que la publicación sustituirá a la notificación, produciendo los mismos efectos.

Transparencia es el organismo encargado por ley de velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal; (d) en el caso de los datos de carácter personal existe una regla de especialidad de protección del derecho.

Como lo hemos señalado con anterioridad, la hipótesis de protección de “derechos de las personas”, en tanto causal denegatoria de acceso a la información, es constitucionalmente legítima en la medida que responde a una de las causales tasadas del art. 8° de la Constitución. Como se sabe, consta en la historia fidedigna de la ley que el tratamiento de la oposición del tercero, respondía a un objetivo defensivo sujeto a expresión de causa, de manera de evitar el arbitrio de la mera negación de la información, exigiendo que lo tutelado fueran “derechos” y no “simples intereses”¹⁶⁵. Sin embargo, la causal del N° 2 del art. 21 de la LAIP, supone el establecimiento de un estándar de “declaratoria de secreto o reserva” por parte del Jefe de servicio, cuando se afectan especialmente los derechos de terceros asociados a “seguridad, salud, vida privada o de carácter comercial o económico”, diferente a la oposición con expresión de causa del tercero, que puede abarcar hipótesis diversas a las protegidas especialmente por el N° 2 del art. 21.

En efecto, existen hipótesis en que existiendo derechos de terceros interesados, la Administración podría denegar la información de oficio, en cumplimiento de la causal señalada en el N° 2 del art. 21. Lo anterior sucede cuando es la propia ley quien impone un mandato prohibitivo para revelar información privada en manos del Estado. Tal cosa sucederá, por ejemplo, respecto de los datos de la vida privada de las personas que tengan el carácter de sensibles y los que provengan del tratamiento de los mismos por organismos públicos (Ley 19.618), o bien los protegidos por la Ley de Propiedad Industrial, tales como los secretos empresariales y los datos de carácter no divulgados en materia sanitaria (DFL N° 3, de 2006, Minecon, arts 86 a 89). Esto es lógico pues en tales hipótesis el mandato prohibitivo de la ley, irroga el deber de tutela de los órganos administrativos, con indiferencia del procedimiento de oposición regulado por la ley¹⁶⁶, lo que se compadece, además, con la naturaleza de impulsión de oficio que rige el procedimiento administrativo en general¹⁶⁷.

Pero, además, en el caso de los datos de carácter personal la LAIP, siguiendo el criterio de diseño institucional que convoca a la ponderación de derechos, otorga al Consejo para la Transparencia atribuciones para “velar por el adecuado cumplimiento de la ley de protección de datos de carácter personal” (Ley N° 19.628). La potestad de velar

¹⁶⁵ Cosa que enfatiza el art. 7° N° 2, del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública.

¹⁶⁶ La jurisprudencia administrativa de antiguo a señalado que la autoridad administrativa tiene el poder – deber de invalidar los actos contrario a derecho. Ha dicho “la autoridad administrativa, en virtud de la potestad invalidatoria consagrada en el artículo 53 de la ley N° 19.880 -que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado-, se encuentra en el deber de invalidar los actos contrarios a derecho, con la finalidad de restablecer el orden jurídico quebrantado”. Ver, entre otros, dictámenes Nros 26002, de 2006; 3441, de 2008; 2793, de 2009.

¹⁶⁷ Art. 7° LBPA.

supone, el ejercicio de atribuciones para vigilar el adecuado cumplimiento de la precitada ley precisamente por parte de “los organismos de la Administración del Estado”, sujetos pasivos también de la obligación del derecho de acceso a la información¹⁶⁸. En ejercicio de tal atribución, el Consejo puede actuar de oficio e incluso solicitar a los precitados organismos que den cumplimiento a la Ley de Datos Personales, lo que supone también ejercer sus potestades de protección precisamente en el procedimiento adjudicativo de acceso a la información, en la medida que resuelve denegar el acceso porque existe una hipótesis de secreto o reserva o bien detectando un vicio del procedimiento administrativo de acceso¹⁶⁹, ordena se ejerza la potestad de invalidación del acto¹⁷⁰ o se ejerza la potestad de subsanación de los vicios del procedimiento¹⁷¹.

Finalmente, como sucede en buena parte del Derecho comparado, cuando existe controversia entre acceso a la información y la protección de la vida privada o datos personales, se aplica como estándar de protección estos últimos, por su condición de regulación de protección de carácter especial. En efecto, si se considera la regulación de la Ley N° 19.628, se podrá apreciar que el consentimiento requerido a las personas para el tratamiento de datos, cuando ello es posible (es decir, con exclusión de los sensibles) requiere de “autorización expresa” y que conste por “escrito” (art. 4°), por lo cual si los datos solicitados corresponden a esta categoría, el principio de especialidad de la protección supone considerar que la norma del art. 20 de la LAIP, en tanto supone el consentimiento, no es posible de aplicar a los “derechos de terceros” que provienen de

¹⁶⁸ Esta es la tesis del Consejo para la Transparencia en la Decisión de Amparo N° A211 – 09, sin embargo no comparto que el considerando 27 señale que la causal de denegación es la del N° 21 N° 5 (que la ley lo declare secreto o reservado), pues en tal caso esa declaratoria está mediada por la aplicación del N° 2 del mismo artículo.

¹⁶⁹ Debemos recordar que la norma que entrega esta atribución al Consejo es precaria, que fue incorporada en el trámite legislativo en la Comisión Mixta, tratando de homologar el desarrollo institucional ocurrido en el Derecho comparado en los últimos años, es decir, que una misma agencia, regularmente independiente, concentra las atribuciones en materia de acceso a la información y datos personales, de manera de realizar razonablemente la ponderación que corresponda.

Sin embargo, salvo la competencia señalada el Consejo para la Transparencia carece de instrumentos directos para la protección de datos personales en hipótesis concretas, quedando intervenir en los casos de violación a la Ley de Datos Personales en las hipótesis adjudicativas que se refieran al acceso a la información.

¹⁷⁰ Que sólo corresponde a quien tiene la potestad sobre el acto administrativo, de manera que el Consejo no la puede ejercer directamente.

Sin embargo, en el caso de la Decisión de Amparo rol A91 – 09, ejerció la potestad de oficio para retrotraer, acogiendo condicionalmente el acceso como consta de las letras d) y e) del considerando 10. Por otro lado, en el caso de la Decisión de Amparo N° A10-09, tomo la decisión de no revelar determinada información (RUT), por no haberse notificado a los terceros posibles de ser afectados.

¹⁷¹ Art. 13, inciso final, LBPA. La Administración podrá subsanar los vicios que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

la regulación de datos personales, y en tal virtud la autoridad administrativa siempre podrá actuar de oficio, por las razones señaladas.

XII. CONCLUSIONES.

1ª Por mandato constitucional (art. 7º y 63 Nº 18), es necesaria la existencia de un régimen jurídico común y básico que se exige para la dictación de los actos de la Administración, de manera que las regulaciones sectoriales que regulan procedimientos (destinados a la dictación de un acto administrativo) invisten la calidad de especiales frente a la Ley Nº 19.880, que tiene por esencia una finalidad supletoria.

2ª Como se ha acreditado en el presente informe las leyes de transparencia y acceso a la información han sido construidas históricamente para otorgarle el derecho a los ciudadanos de acceder a la información que se encuentra en poder del Estado, sin imponer exigencia mayores para acceder a su contenido. El objeto de las leyes de acceso a la información es proveer de mecanismos que garanticen dicho acceso, salvo en las materias en donde la Constitución y la ley señala que existe un genuino interés para proteger la confidencialidad de determinada información, según su contenido o momento, y la protección de la privacidad de los ciudadanos.

Sin embargo, estas leyes, como lo demuestra la experiencia comparada, en la mayoría de las ocasiones han sido posteriores a las Leyes de Procedimiento Administrativo y, en algunos casos, coetáneas o posteriores a las Leyes de Protección de la Privacidad.

3ª Como se explicó en el presente informe en buena parte de los países que dispusieron de leyes de procedimiento administrativo, fueron estas las que establecieron el derecho de acceso a la información que se encontraba en manos del Estado, considerando , especialmente, el derecho de los interesados para acceder al expediente administrativo con el objeto de hacer efectivos sus derechos. Sin embargo, entre nosotros la regulación de acceso a la información pública fue anterior (1999) a la de procedimiento administrativo (2003), por lo que ésta última considero el marco regulatorio existente.

4ª. En el caso nacional es posible distinguir en la historia de la regulación nacional en materia de acceso a la información pública cinco momentos: (1) Hasta antes de diciembre de 1999; (2) Desde la dictación de la Ley de Probidad Nº 19.653, pero sin el DS Nº 26 de 2001 (Diciembre 1999 – abril 2001); (3) Con la Ley de Probidad Administrativa y el DS Nº 26 de 2001 (mayo 2001 – enero 2006); (4) Desde la dictación de la reforma constitucional de 2005 (Agosto 2005 – Abril 2009); (5) Desde la vigencia de la LAIP (Abril 2009 en adelante). Las cuatro primeras, siempre descansaron sobre la base del derecho de acceso en relación a los actos administrativos y los documentos que le sirven de sustento directo y esencial.

5ª. Esto explica que el modelo del artículo 8º de la CPR y del artículo 5.2 de la LAIP se estructurara sobre la base de que para que exista derecho de acceso a los fundamentos y al procedimiento, debe existir un acto administrativo dictado que permita acceder a la información, que finalmente se encuentra en el expediente administrativo y que sirve de base al acto terminal en donde deben constar los fundamentos de la decisión.

Esta tesis fue la promovida por la CGR al indicar que el derecho de acceso se construyó desde el acto administrativo y los documentos que le sirven de complemento directo y esencial, al cual accede el procedimiento que le sirvió de base.

6ª. Pese a las conclusiones a las cuales hemos arribado, existe una disposición en la ley que aparentemente amplía la información y puede tener efectos insospechados. En efecto, el artículo 5º de la LAIP, luego de ajustarse al estándar constitucional del derecho de acceso (el acto y sus documentos, fundamentos y procedimiento), dispone de un inciso segundo que, concordado con el principio, podría llegar a suponer que el acceso a la información es a todo tipo de información y en cualquier momento.

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

7ª. En estas condiciones se sostiene en el presente informe que es la LBPA la supletoria de la LAIP y no a la inversa, en tanto en la primera se regula la existencia de los actos. Es la primera la que establece de un régimen jurídico común al cual deben someterse la dictación de los actos administrativos (p.e. el de solicitud de acceso a la información), de manera que la LBPA se aplicará con carácter de supletoria cuando la segunda no disponga de un marco regulatorio específico.

8ª. Por su parte, la Contraloría ha construido desde la vigencia de la Ley N° 19.653 (1999) el argumento de que el derecho de acceso se construye desde el acto administrativo y de ahí hacia los documentos y el procedimiento que le sirvieron de base. Con la dictación de la LBPA (2003), manteniendo el criterio señalado ha sostenido que los “interesados legítimos” tienen derecho a conocer permanentemente durante el procedimiento (art. 17, letra a), dejando a los terceros con la legitimidad de acceder a la información, una vez que el acto administrativo se encuentre dictado. Este criterio de distinción es que ha mantenido consistentemente tras la reforma constitucional de 2005.

Esta norma se construyó sobre la base de la distinción que aplicaba la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común Española de 1992 (LRJPAC), al distinguir entre el “derecho de acceso” en el procedimiento (del interesado legítimo) y el “derecho a conocer” una vez terminado (del simple interesado).

9ª. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo Español, el derecho de acceso no se condiciona a la terminación del procedimiento administrativo.

Por tal motivo, si un interesado legítimo, durante la participación en un procedimiento administrativo, solicita tener acceso a información que no se le puede negar, ese interesado ejercer su legítimo derecho amparado en el marco general de transparencia. La jurisprudencia ha señalado que el interesado legítimo que tiene derecho a acceder a la información durante todo el procedimiento, se puede amparar en el artículo 8º de la

CPR y 10 de la LAIP, sobre todo cuando debe ejercer sus derechos en un procedimiento impugnatorio.

10^a Así las cosas, el interesado legítimo al interior del procedimiento administrativo, es un sujeto del procedimiento, titular de una situación activa susceptible de protección (art. 21 LBPA), que forma parte del proceso decisor de la Administración y en consecuencia invoca una causa para participar en él. En tal virtud tiene siempre mejor título jurídico que un simple interesado. Este último, es un sujeto que puede no tener título legítimo (no hay derecho o interés directo afectado), y que no requiere de causa para acceder a la información pública.

11^a. Por otro lado, en relación a la aplicación de las normas de notificación de la LBPA, la exigencia de la LAIP de notificación previa al tercero, es claramente una hipótesis de audiencia del interesado con fines defensivos. De este modo, la omisión de este trámite afecta la validez del acto administrativo, pues no obstante ser un vicio de forma, es un trámite esencial (la ley lo exige perentoriamente), que genera un perjuicio al interesado (se divulga información que le afecta sus derechos), generando entonces una causal de invalidación, nulidad y revisión del acto administrativo que otorga la información.

12^a. Sin embargo, la hipótesis anterior no se da y, en consecuencia, no existe vicio de forma invalidante en dos casos: (a) si no obstante omitirse la notificación del tercero, la autoridad administrativa actúa de oficio en la denegación de la información por aplicación de la causal de secreto o reserva del N° 2 del art. 21, pues en tal caso no existe perjuicio para el interesado pese al vicio de forma, porque la información que lo podía afectar igualmente no se reveló; (b) si no obstante existir un derecho de un tercero, este no se encuentra sujeto a protección por divulgación, es decir, que estructuralmente son públicos, de modo que no es posible la generación efectiva de daño, de manera que pese a la oposición efectiva no es posible denegar la información. Es en esta hipótesis también, en la que se encuentra los casos en que el propio Consejo ya ha declarado que un determinado acto, documento o información es de acceso público, de manera tal que no se produce infracción por la omisión de la notificación al tercero eventualmente afectado.

13^a. Finalmente, dado el contenido y redacción del artículo 20 y del N° 2 del artículo 21, no es admisible sostener que cuando hay derechos de terceros sólo se puede denegar la información por oposición del interesado y no de oficio por parte de la Administración.

Esta interpretación no es posible porque: (a) el artículo 16 distingue la denegación por oposición del tercero o por aplicación de las causales del art. 21; (b) olvida una elemental obligación de los órganos administrativos, cuál es el garantizar el imperio de la ley, bajo apercibimiento de invalidar el acto contrario a derecho, en aquellos casos en donde existe norma legal expresa que protege el derecho; (c) el Consejo para la Transparencia es el organismo encargado por ley de velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal; (d) en el caso de los datos de carácter personal existe una regla de especialidad de protección del derecho.

Es lo que puedo informar a ustedes en esta primera entrega. Quedo a vuestra disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente informe.

Saluda atentamente,

Luis Cordero Vega
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Santiago, 18 de Diciembre de 2009