

# VIDA, OBRA Y MUERTE DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA

O

## CÓMO IMPLEMENTAR INADECUADAMENTE UNA REGULACIÓN LEGAL\*

Luis Cordero Vega\*

### I. Introducción.

Si las políticas públicas corresponden a cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido democráticamente<sup>1</sup>, resulta relevante saber cómo y en qué contexto se define el contenido de una regulación que posteriormente es implementada por la Administración y que requiere de una evaluación para adoptar una nueva decisión.

El acceso a la información administrativa, es un caso que permite estudiar cómo el diseño de una política con actores definidos y con objetivos claros, imponen en su implementación una serie de condiciones que afectan la situación de origen y que finalmente llevan a una decisión completamente diversa con resultados indeseados.

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

El acceso a la información administrativa es una de aquellas 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 *accountability*.

Como señala Kant 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

---

\* Publicado en Gaceta Jurídica N° 309, Marzo de 2006.

\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Se agradecen comentarios a [lcordero@derecho.uchile.cl](mailto:lcordero@derecho.uchile.cl)

<sup>1</sup> Lahera, E., *Introducción a las Políticas Públicas*, FCE, 2004, p. 16.

anterior supone que no sólo es una mera regla ética, sino que ante todo un mandato jurídico para el Estado<sup>2</sup>.

De este modo la publicidad se transforma en un imperativo de intervención de la función estatal. Por esta razón la Constitución reformada (2005) señala como parte integrante de las reglas elementales de bases institucionales la publicidad.

De la norma constitucional se deduce hoy que salvo regla legal expresa el objeto de control, el procedimiento, así como los resultados de él son públicos, por lo cual no sólo los órganos institucionales tienen garantía de acceso, sino que además los ciudadanos tienen derecho a conocer y acceder a dicha información.

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.<sup>3</sup>

Lo que ha sucedido con la regulación de acceso a la información administrativa debiese hacernos pensar qué y por qué nos acercamos a malas prácticas de la regulación legal. Algo de eso trataremos de responder a continuación.

---

<sup>2</sup> KANT, *Hacia la Paz Perpetua. Un esbozo filosófico*, (Edición de Jacobo Muñoz), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 127 y 128.

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

Hannah ARENDT, *Crisis de la República*, Taurus, Madrid, 1998, p. 12 justifica la necesidad de publicidad, como consecuencia de que “[E]l sigilo –que diplomáticamente se denomina ‘discreción’, así como los *arcana imperi*, los misterios del Gobierno- y el engaño, la deliberada falsedad y la pura mentira, utilizados como el medio legítimo para el logro de fines políticos, nos han acompañado” desde siempre. “La sinceridad nunca ha figurado entre las virtudes políticas y las mentiras han sido siempre consideradas en los tratos políticos como medios legítimos”.

<sup>3</sup> 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 propósitos) concuerdan con el derecho y la política a la vez. Puntualmente indica que “[S]i 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”.

## II. ¿En qué momento quisimos publicidad?: el origen.

En abril del año 1994 el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle creó la denominada “Comisión Nacional de Ética Pública”<sup>4</sup> con el objeto de constituir una “instancia de estudio y elaboración de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública”. Para ello, tenía facultades de estudiar y proponer normas que regulasen la probidad en el Estado. Dicha comisión convocó a todos los poderes públicos y a destacadas personalidades, para construir un consenso que pudiese implementar regulaciones y políticas de manera adecuada<sup>5</sup>.

El informe final de la Comisión señaló explícitamente que “la transparencia se aplica a la totalidad de la función pública (...) los fenómenos de corrupción proliferan cuando las funciones públicas no son transparentes y escapan, por lo mismo, al control institucional y ciudadano. Por esta razón, su aplicación debe estar garantizada por (...) la publicidad de los procedimientos de la gestión y actos estatales. Respecto de estos últimos, la regla general debería ser la publicidad de todas las decisiones de los órganos del Estado”<sup>6</sup>.

Las recomendaciones de la Comisión se transformaron en un mensaje del Ejecutivo tendiente a reforzar el principio de la probidad administrativa, y en él se incorporaron las normas sobre acceso a la información pública. Dicha normas fueron plasmadas en la Ley N° 19.653, de 1999<sup>7</sup>, y en ella se consagró el derecho de acceso de los ciudadanos a los actos y documentos en manos de la Administración<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Decreto Supremo N° 423, de 1994. D. O. 18.04.1994.

<sup>5</sup> La Comisión la integraron representantes de los poderes públicos y de la sociedad civil. En la primera categoría se encontraban: Gabriel Valdés (Presidente del Senado), Marcos Aburto (Presidente de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional), Jorge Schaulsohn (Presidente de la Cámara de Diputados), Osvaldo Iturriaga (Contralor General de la República), y Luis Bates (Presidente del Consejo de Defensa del Estado). La segunda categoría la integraban Ricardo Rivadeneira, Guillermo Arthur, Máximo Pacheco, Hernán Vodanovic, Augusto Parra, Eugenio Velasco y Andrea Muñoz.

<sup>6</sup> Comisión Nacional de Ética Pública, “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción”, en *Revista de Ciencia Política* XVIII, N° 1 – 2, Instituto de Ciencia Política, PUC, 1996, p. 206. La Comisión estimó que “sólo los ciudadanos debidamente informados acerca de lo que ocurre en al gestión pública pueden ejercer un control activo a su respecto”.

<sup>7</sup> D.O. 14.12.1999.

<sup>8</sup> Artículo 11 bis, actual artículo 13 de la LOCBGAE.

El proceso de diseño de la publicidad tuvo desde su inicio una gran acogida. La composición de la Comisión de Ética Pública, así como el debate parlamentario, dan cuenta de que la publicidad de la información en manos del Estado resultaba fundamental para llevar a cabo un efectivo control público, y a su vez, que los ciudadanos dispusieran de toda la información que consideraran necesaria para adoptar adecuadamente sus decisiones<sup>9</sup>.

### **III. ¿En qué momento nos olvidamos de la publicidad?: la implementación regulatoria.**

Como consecuencia de la regulación legal, el Gobierno dictó el Decreto Supremo N° 26, de 2001<sup>10</sup>, 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 que actos y documentos debían tener tal calidad y en dicha virtud quedar excluidos de la publicidad.

Según el Gobierno mediante esta norma se clasificaría toda la información pública siendo “muy precisos y rigurosos”, de manera de abrir “un mundo de información”<sup>11</sup>, colocando final al “secretismo” en las oficinas públicas<sup>12</sup>.

Sin embargo, 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 ley<sup>13</sup>.

La práctica confirmó estas aprehensiones. Durante la vigencia del Reglamento los servicios públicos dictaron más de 83 resoluciones exentas<sup>14</sup> 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

<sup>9</sup> Vid. Informe Comisión Mixta. Cámara de Diputados, Boletín de Sesiones, Sesión 62 Ordinaria, 11 de mayo de 1999.

<sup>10</sup> D.O. 07.05.2001.

<sup>11</sup> Declaraciones del entonces Subsecretario General de la Presidencia Eduardo Dockendorff al Diario El Mercurio el miércoles 30 de mayo de 2001, Cuerpo C.

<sup>12</sup> Declaraciones del entonces del Director Jurídico del Ministerio Secretaría General de Gobierno Ernesto Galaz al Diario El Mercurio el Jueves 31 de mayo de 2001, Cuerpo C.

<sup>13</sup> El Mercurio señala en su editorial del 12 de Junio de 2001 que el Reglamento era ilegal; en el mismo sentido 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 y antecedentes en que se fundan”, en “Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, N° 14, 2002.

<sup>14</sup> Lo que significaba que no se encontraban sometidas al trámite de toma de razón de la Contraloría.

de la política de transparencia promovida por la Comisión Nacional de Ética Pública y el Parlamento<sup>15</sup>.

En efecto, 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, cuestiones todas que la Comisión de Ética Pública había puesto como ejemplos de decisiones necesariamente públicas.

#### **IV. ¿Cómo nos recordaron de la publicidad?: la sociedad civil y la prensa como actores relevantes.**

En torno a este tema, la sociedad civil se organizó tempranamente para criticar el secretismo estatal en el ámbito de las nuevas regulaciones, lo que llevó a utilizar los mecanismos de amparo de acceso a la información administrativa dispuestos por la ley. Es así como se presentó, en septiembre de 2000, el primer recurso de amparo de acceso a la información, luego que la Corporación Nacional Forestal (CONAF) no respondiera a una solicitud de información hecha por la Fundación Terram. Posteriormente el recurso fue utilizado en contadas ocasiones por particulares y organizaciones ambientalistas con resultados variables. Los organismos requeridos fueron también diversos, entre estos se contaba el Banco Central de Chile, varias superintendencias, ministerios y el Servicio Nacional de Aduanas<sup>16</sup>.

Por otro lado, fue la propia sociedad civil quien decidió recurrir a la Contraloría General de la República denunciando los abusos en que había incurrido la Administración en el ejercicio de la competencia de calificación de secreto o reserva de la información<sup>17</sup>.

Frente a esta solicitud, la Contraloría, mediante dictamen N° N° 49883 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,

---

<sup>15</sup> Una buena recopilación de estas resoluciones se puede encontrar en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), search: acceso; también es posible encontrar en [www.proacceso.cl/documentos.html](http://www.proacceso.cl/documentos.html)

<sup>16</sup> Un buen registro de estos casos se encuentra en Contesse Singh, J., “La opacidad del administrador: cinco años de jurisprudencia sobre acceso a la información en Chile”, en *Libertad de Expresión en Chile*, Universidad Diego Portales, Stgo. 2005.

<sup>17</sup> Ver [www.chiletransparente.cl/secretismo.htm](http://www.chiletransparente.cl/secretismo.htm)

estas resoluciones debe ser reexaminadas a la brevedad. Esta circunstancia se tradujo en que la Contraloría 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 secreto.

Por su parte, la sociedad civil instaló la necesidad de abrir debate público sobre el acceso a la información, lo que llevó a cuestionar la forma y modo en que el Estado ejercía estas competencias. Instituciones como Proceso, Chile Transparente, Corporación Participa, y Fundación Terram, han intervenido sistemáticamente en este debate, sea por la vía de la opinión, o bien por la vía de las acciones jurisdiccionales y administrativas. Esta insistencia se ha traducido, por ejemplo, en la realización de los denominados “foros de acceso a la información pública”, organizados por la Biblioteca del Congreso Nacional y que se han desarrollado desde septiembre de 2005<sup>18</sup>.

A su vez la prensa tuvo un rol activo desde el inicio. En nuestra opinión, la razón principal de su interés era que a través de esta vía los periodistas veían afectado su derecho a la fuente y a la libertad de información, lo que es bastante consistente con las líneas editoriales de los medios en este tema<sup>19</sup> y con un criterio aceptado transversalmente por la literatura jurídica<sup>20</sup>.

## V. ¿Cuándo se acordó el Estado de la publicidad?: La reacción institucional y la reforma constitucional.

Frente a estas circunstancias, en particular la reacción de la sociedad civil que motivó la intervención de la Contraloría, el Parlamento decidió intervenir. Una

---

<sup>18</sup> Ver [www.bcn.cl/pags/home\\_page/ver\\_articulo\\_noticias.php?id\\_destaca=98](http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_noticias.php?id_destaca=98)

<sup>19</sup> Ver. Por ejemplo Editoriales de los Diarios El Mercurio, 19 de abril de 2001 y 20 de marzo de 2005; Estrategia, 06 de mayo de 2005; La Tercera, 30 de junio de 2005. Esta visión se vio complementada con el denominado “Barómetro de acceso a la información”, que contenía la opinión de editores y periodistas sobre el tema. Sus resultados se entregaron en Junio de 2004, y fue elaborado por el Centro de Investigaciones de Periodismo y Publicidad de la Facultad de Comunicaciones de la Universidad Diego Portales. Este informe se encuentra en [/www.udp.cl/comunicacion/cipp/periodismo.htm](http://www.udp.cl/comunicacion/cipp/periodismo.htm)

<sup>20</sup> Allesch, Obando “ Una visión crítica sobre la normativa de acceso a los actos e información administrativa “ *Ius et Praxis* 2004, N° 2; Contesse, “ El derecho de acceso a la información y el sistema jurídico chileno”, en Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, N° 14, 2002; Fernández, “El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos y antecedentes en que se fundan”, en “Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, N° 14, 2002; Fernández, “El principio de la publicidad administrativa” , en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990 – 2000*, Edit. Conosur Ltda

forma de hacerlo fue a través del proyecto de ley de los H. Senadores Larraín y Gazmuri<sup>21</sup>, quienes afirmaron que la práctica en la aplicación del DS N° 26 de 2001, había llevado al ejercicio de las competencias y al “mantenimiento de la cultura del secretismo”, lo que exigía necesariamente adoptar una decisión legislativa que corrigiera esta práctica administrativa, de manera de “evitar cualquier posible corrupción”<sup>22</sup>.

De este modo, el Parlamento consideró adecuado, en el marco del debate sobre reformas constitucionales incorporar el principio de la publicidad y transparencia en la nueva Carta Fundamental<sup>23</sup> 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 activa<sup>24</sup>.

Frente a la reacciones de la sociedad civil, así como a la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, el Gobierno instruyó a los órganos de la Administración que revisaran las resoluciones que establecían el secreto o reserva con el objeto de adecuarlas al nuevo escenario<sup>25</sup>, para luego derogar el Decreto Supremo N° 26/2001, colocando término así a la práctica del secretismo<sup>26</sup>.

## **VII. ¿Qué hemos aprendido?: la falta de monitoreo afecta la regulación.**

El derecho al acceso a la información administrativa es un buen ejemplo sobre la manera inadecuada de implementar una regulación legal. En efecto, el diseño propuesto por la Comisión de Ética Pública, así como el remitido por el

---

<sup>21</sup> Boletín N° 3773-06, actualmente en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

<sup>22</sup> Declaraciones de los HH Senadores Larraín y Gazmuri al Diario La Segunda el 16 de diciembre de 2004, p. 47.

<sup>23</sup> El nuevo inciso 2° del artículo 8° de la Constitución señala 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".

<sup>24</sup> 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 Zuñiga), 2005, pp. 191 y sgts.

<sup>25</sup> Oficio N° 925/2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. El propio comunicado de prensa de la Segpres del día 11 de agosto de 2005 reconoce que esta medida se adopta frente a la activa posición de la sociedad civil.

<sup>26</sup> Mediante Decreto Supremo N° 134, de 12 de diciembre de 2005, publicado en el D.O el 05.01.2006.

Gobierno, daban cuenta del objetivo de la publicidad. En este sentido, si bien a la Administración le correspondía llevar a cabo la implementación de acuerdo a estos objetivos, tal como daban cuenta las declaraciones de las autoridades, lo cierto es que en los hechos se impuso el secretismo utilizando el sistema de las resoluciones exentas y así finalmente invertir la regla legal. Sólo la existencia de una sociedad civil fuerte que denunció esta práctica y que la llevó a los planos institucionales pudo neutralizar esta situación, motivando que la Contraloría impusiera un criterio, que el Parlamento lo acogiera y se tradujera en un principio matriz de la reforma constitucional.

Las Políticas Públicas, definidas como objetivos legales, pueden no tener los resultados deseados si se deja la implementación al margen de un monitoreo permanente que alinee los objetivos originalmente perseguidos con aquellos que objetivamente se llevan a cabo. Sin embargo, es cierto que en muchos casos la existencia de una sociedad civil interesada, así como la posición de la prensa en el seguimiento de la implementación de una política de regulación legal, pueden neutralizar esta falta de monitoreo, llevando a los sujetos que ocupan roles institucionales a adoptar medidas de política que corrijan aquellas que resultan mal evaluadas.

La experiencia del acceso a la información administrativa es el mejor ejemplo de lo que no debemos hacer si queremos que los objetivos legales se cumplan, sobre todo si estos objetivos dependen exclusivamente del propio sujeto fiscalizado: la Administración activa.

## Bibliografía.

Allesch, Obando “Una visión crítica sobre la normativa de acceso a los actos e información administrativa “ *Ius et Praxis* 2004, N° 2

Álvarez Rico, “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, *DA* N° 183, 1979.

ARENDT, H., *Crisis de la República*, Taurus, Madrid, 1998.

Centro de Investigaciones de Periodismo y Publicidad de la Facultad de Comunicaciones de la Universidad Diego Portales, *Barómetro de acceso a la información: opinión de editores y periodistas*, Junio 2004.

Comisión Nacional de Ética Pública, “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción”, en *Revista de Ciencia Política* XVIII, N° 1 – 2, Instituto de Ciencia Política, PUC, 1996, p. 206.

Contesse Singh, J., “La opacidad del administrador: cinco años de jurisprudencia sobre acceso a la información en Chile”, en *Libertad de Expresión en Chile*, Universidad Diego Portales, Stgo. 2005.

- “El derecho de acceso a la información y el sistema jurídico chileno”, en *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, N° 14, 2002

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

- “El principio de la publicidad administrativa” , en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990 – 2000*, Edit. Conosur Ltda..

- “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 Zuñiga), 2005.

Guichot, “El Nuevo Derecho Europeo de acceso a la información pública”, *RAP* N° 160, 2003.

KANT, I., *Hacia la Paz Perpetua. Un esbozo filosófico*, (Edición de Jacobo Muñoz), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

Lahera, E., *Introducción a las Políticas Públicas*, FCE, 2004.

Mestre Delgado, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, 1993.

Pomed Sánchez, El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, INAP, 1989.