

# LA LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: ESQUEMA GENERAL Y REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

*Tomás Vial<sup>1</sup>*

## I. Introducción

No cabe duda que, dentro del ámbito del derecho público, la entrada en vigencia en abril de 2009 de la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información (En adelante, la Ley de Transparencia) fue un hito de gran importancia que puede tener substantivos y positivos efectos tanto en la forma en que se organiza el Estado chileno como en la relación entre éste y los ciudadanos.

Las normas que ella contiene profundizan un camino de mayor transparencia y de reconocimiento del derecho de acceso a la información pública que ya se había iniciado con la dictación de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, que introdujo en la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración (en adelante la Ley de Bases), entre otras normas, dos artículos (en ese entonces los II bis y II ter) que incorporaron un principio de publicidad de los actos de la administración y normas de acceso respecto a ellos. Luego de ser refundidas por el DFL/19.653, las normas quedaron en los artículos 13 y 14 de ese mismo cuerpo legal. Estas normas fueron insuficientes, entre otras razones, por carecer de un efectivo órgano fiscalizador; más bien permitieron la dictación de normas de secreto por parte de la administración.

---

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL. M en Derechos Humanos, U. Notre Dame (USA); Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho, University College London; Profesor Derecho de Constitucional, Universidades Diego Portales y Andrés Bello.

Un paso posterior fue la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, del 26 de agosto de 2005, que introdujo el actual artículo 8° de la Constitución, que establece el principio de publicidad de los actos y resoluciones del Estado. Si bien la reforma no introdujo explícitamente un derecho de acceso a la información<sup>2</sup>, sino que solo se limitó a constitucionalizar lo ya incorporado en la Ley de Bases, prestó una adicional base constitucional a la idea de un derecho implícito al acceso a la información contenido en la Carta Fundamental.<sup>3</sup> Desde el punto de vista constitucional este reconocimiento solo vendrá cuando el Tribunal Constitucional emita su sentencia en el caso *Casas Cordero con Aduanas*, sentencia Rol 634, en el recurso de inaplicabilidad fallado el 9 de agosto de 2007.

El presente trabajo se propone describir los principales contenidos de la ley desde el punto de vista del derecho de acceso sin pretender, por razones de espacio, un estudio exhaustivo de la misma. Por ello se dejará fuera del análisis lo relativo al Consejo para la Transparencia. Junto con lo anterior, se hará, en lo pertinente, una comparación con algunos de los principales ordenamientos comparados en esta materia, como lo son la ley mexicana,<sup>4</sup> la Freedom of Information Act (FOIA) de los Estados Unidos<sup>5</sup> y la reciente Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales del Consejo de Europa, adoptada a fines de 2008.<sup>6</sup> La razón de elegir estos ordenamientos particulares es la siguiente: La FOIA, dictada en 1966, es la ley de acceso contemporánea más antigua<sup>7</sup> y

2 Como hemos dicho junto a Domingo Lovera, en Vial, Tomás y Domingo Lovera, "El Nuevo Artículo 8°. Probidad antes que el Derecho a la Información. Principios y no Derecho", XXXV *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, U. de Valparaíso, EDEVAL, 2006, 501.

3 Esto queda meridianamente claro en la corta discusión legislativa de este precepto, ver Vial y Lovera, op. cit.

4 La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, del 11 de junio de 2002. Ver en sitio del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, en <http://www.ifai.org.mx>

5 Ver texto en el sitio de la Office of Information Policy, dependiente del Departamento de Justicia, que es el órgano encargado de coordinar la aplicación de la FOIA dentro del gobierno federal. En <http://www.justice.gov/oip/oip.html>

6 Esta convención del Consejo de Europa, que ya cuenta con doce países signatarios, se constituye así en el primer tratado internacional de carácter general relativo al derecho de acceso a la información. La previa Convención de Aarhus (1998) es un tratado abierto de los miembros de la Comisión Económica Europea, el equivalente de CEPAL para Europa, y otros países asociados, relativa al acceso a la información ambiental y la participación del público en la toma de decisiones sobre esta materia, que, por lo tanto, posee un alcance más reducido. Para el texto de la Convención Sobre Acceso a Documentos Oficiales ver en <http://conventions.coe.int>

7 Se indica como contemporánea, pues la primera norma de acceso es la Ley de Libertad de prensa de Suecia 1766.

ha producido una abundante jurisprudencia de los tribunales. La experiencia americana por ello es de gran interés para ver los problemas de aplicación que enfrentará la ley chilena. Por su parte, la norma mexicana —dictada el 2002— fue influyente en el proceso de redacción de la ley chilena y ha constituido el modelo en el mundo hispanoamericano. La jurisprudencia emitida por su órgano rector, el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), es sin duda útil también para clarificar los conflictos que levanta el derecho de acceso. La elección de la Convención Europea tiene el propósito de contrastar la norma nacional con una que representa el reciente consenso europeo sobre el tema, siendo esta convención, además, la primera a nivel mundial sobre el derecho de acceso a la información de naturaleza general.

## II. Alcance de la ley

La Ley de Transparencia dispone una aplicación diferenciada de sus disposiciones, dependiendo del tipo de órgano estatal de que se trate. La diferencia fundamental que establece es respecto al reconocimiento o no del derecho de acceso a la información por parte de las personas (denominada, doctrinariamente, transparencia pasiva) y en cuanto a si el órgano estatal está sujeto o no a la supervigilancia del Consejo para la Transparencia.

La razón de esta aplicación diferenciada se fundaría en el principio de separación de poderes —que se argumentó en los debates parlamentarios y será ratificado por el fallo del Tribunal Constitucional que realizó el control obligatorio de la ley<sup>8</sup>—, que implica que los demás poderes y órganos constitucionales autónomos no pueden estar sujetos al control de un órgano parte o dependiente de la Administración como lo sería el Consejo para la Transparencia. Esa lógica es discutible, pues como señala el voto de minoría de los ministros Jorge Correa y Hernán Vodanovic, la autonomía es relativa al cumplimiento de sus funciones constitucionales propias y no respecto al ordenamiento jurídico general.

El análisis de cómo se ha dispuesto esta aplicación asimétrica en la ley chilena requiere señalar con cierto detalle qué partes de ella corresponden a cada órgano. Pero, antes de ello, conviene señalar que, desde la experiencia comparada,

---

8 Tribunal Constitucional, rol 1051, sentencia del 10 de julio de 2008.

este enfoque no es extraño, probablemente por las mismas razones alegadas en Chile. Así, la ley mexicana claramente diferencia el régimen aplicable al gobierno federal —y sujeto al control de IFAI— y aquel de los demás sujetos obligados, como lo son los poderes legislativos y judiciales federales.<sup>9</sup> Sin embargo, es bastante precisa sobre el tipo de obligaciones a las que están sujetos estos órganos (en su artículo 61), lo que habría que emular en Chile. Por su parte, la FOIA es claramente una ley solo aplicable al gobierno federal. Los demás poderes poseen sus propios sistemas de acceso a la información. La Convención Europea, en cambio, realiza una distinción (artículo 1) obligando a los Estados partes a reconocer el derecho de acceso respecto no solo del gobierno (tanto a nivel nacional, regional o local), sino también a los cuerpos legislativos y judiciales en tanto desempeñen funciones administrativas. Y, opcionalmente, faculta a los Estados, en el momento de firmar la convención o depositar el instrumento de ratificación, a incluir dentro de las autoridades obligadas a los cuerpos legislativos y judiciales en sus otras funciones.

En el caso chileno, la Ley de Transparencia se aplica en su integridad a los órganos de la Administración del Estado, tal como lo dispone el artículo 2, que señala que ella se aplicara a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Los casos de aplicación parcial son varios, siendo el principio regulatorio de qué normas se aplican el que dispone el mismo artículo 2, en su inciso 4°, al señalar que los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1 de la misma, que dispone que la Ley de Transparencia regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado

De este modo, las normas sobre transparencia de la ley que se aplican en estos casos son solo aquellas que se contienen en las normas orgánicas de los respectivos órganos del Estado, las que, como se verá, hacen referencia a aspectos determinados de la ley, variando según el tipo de entidad. Esto se estipula en los artículos tercero a décimo de la ley.

---

9 La ley mexicana se aplica solo al sistema federal. Luego cada estado posee su propia ley.

Así, respecto al Congreso Nacional, el artículo sexto dispone que este debe aplicar, en lo pertinente, las normas sobre transparencia activa (la obligación de colocar información en las paginas web del órgano especificadas en el artículo 7). No hay, por tanto, reconocimiento ni regulación del derecho de acceso ni recursos ante el Consejo para la Transparencia.

El artículo octavo hace referencia a los tribunales, señalando que aquellos que forman parte del Poder Judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, a través de su Corporación Administrativa, deberán mantener a disposición permanente del público en sus sitios electrónicos y debidamente actualizados los antecedentes indicados en el artículo 7 ya mencionado (transparencia activa).

Se señala también que los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940<sup>10</sup>, cumplirán esa obligación mediante propios sitios electrónicos y en caso que no dispongan de un sistema propio, en los de el o los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación.

De este modo, tampoco en estos casos se aplican las normas del derecho de acceso ni hay relación con el Consejo para la Transparencia.

La omisión por parte del legislador respecto a la no regulación del derecho de acceso en el poder legislativo y el poder judicial la verdad es que carece de explicación, constituyendo una grave desprotección del derecho de acceso. Ella es también inexplicable si se compara con que todos los demás órganos del Estado si están sujetos a las obligaciones de transparencia pasiva.<sup>11</sup> La (débil) aplicación de la transparencia activa no supe las múltiples situaciones que en que los ciudadanos pueden estar interesados en recibir información sobre las actuaciones de los poderes del Estado.

10 Este panel, regulado en los artículos 130 y siguientes de la ley 19.940 sobre servicios eléctricos, sirve para resolver las discrepancias de aplicación de la ley eléctrica.

11 Sebastián Soto hace la misma observación, agregando que el voto de minoría del Tribunal Constitucional también señala esta incongruencia entre los diversos órganos del Estado. Ver Soto, Sebastián, "Ley de Transparencia: desafíos en su aplicación", 3 *Temas de Agenda Pública*, año 4, 12.

En cuanto al Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, la ley dispone, en su artículo noveno, que se les aplican tanto las norma de transparencia activa como la pasiva, con la importante diferencia respecto al régimen general de la Administración, de que en caso de negativa ante una solicitud de información, solo queda recurso a la Corte de Apelaciones respectiva. Esto es consistente con el hecho de que el Consejo para la Transparencia no posee tuición sobre estos órganos.

Respecto a la Contraloría General de la República y el Banco Central, el artículo segundo, en su inciso segundo, señala que estos órganos se ajustarán a las disposiciones de la ley que expresamente esta señale y a aquello que en sus respectivas leyes orgánicas se disponga. Consecuentemente, los artículos quinto y séptimo de la ley, modifican respectivamente las leyes orgánicas de la Contraloría General de la República y del Banco Central, haciendo aplicable a estas instituciones las normas de transparencia activa y pasiva, habiendo en este último caso solo recurso ante la Corte de Apelaciones respectiva, en el caso de la Contraloría, o a la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto al Banco Central. En ambas situaciones no se aplican las normas relativas al Consejo para la Transparencia.

El inciso tercero del mismo artículo 2 señala que también se aplicarán las disposiciones que la ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.<sup>12</sup> La ley, en su artículo décimo, señala estas normas estableciendo en lo esencial, un régimen de transparencia activa particular, sin recurso alguno en caso de no publicarse la información. Tampoco se aplica el régimen de acceso a la información ni la tuición del Consejo para la Transparencia.<sup>13</sup>

---

12 El Consejo para la Transparencia, ya muy tempranamente descartó que la transparencia pasiva (el derecho de acceso) se aplicara a las empresas públicas, fundado, correctamente en mi opinión, en esta disposición, que es clara. Ver Amparo A4-09, contra Empresa de Ferrocarriles del Estado, del 9 de junio de 2009.

13 Sin embargo, el Consejo para la Transparencia ha asumido que si tiene competencia para conocer del cumplimiento de la transparencia activa, diciéndolo en el mismo amparo contra EFE, el A4-09 antes mencionado.

Por último, la ley 20.405, que crea el Instituto de Derechos Humanos, en su artículo 5°, le hace aplicable la Ley de Transparencia.<sup>14</sup>

### III. Ámbito de la información pública

El artículo 5 de la ley señala el ámbito de la información que es pública. La redacción es confusa, pues como se observará se dan tres conceptos de lo que es público que, siguiendo el orden del artículo, van desde una concepción más restrictiva a una más amplia.

Así, el primer inciso dispone que los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Como es apreciable, esta definición, en lo medular, es heredera de la contenida en el artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración, incorporado por la Ley 19.653 sobre probidad administrativa del 14 de diciembre de 1999.<sup>15</sup> Ella restringe el acceso a la información respecto al ámbito total de la información que está en poder de la Administración, que no necesariamente siempre puede relacionarse con un acto administrativo particular; por ejemplo, una minuta interna de asesoría a un ministro, los resultados de un estudio hecho por un servicio (los que pueden o no dar origen a una decisión o política determinada, algo que puede ser incierto). Adicionalmente, de seguirse

---

14 La verdad es que ese artículo se inicia con la frase de que todos los actos y resoluciones del Instituto, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen, serán públicos, exceptuando aquella información que en virtud del artículo 8 de la Constitución Política tenga el carácter de reservado o secreto. Y luego agrega que se regirá por la ley de acceso a la información pública. Como veremos, la norma que hace públicos los actos y resoluciones da pie para problemas interpretativos en el acceso a información.

15 Quizás la principal —y muy relevante— diferencia es que el antiguo artículo 13 de Ley de Bases, en su inciso quinto, expresamente hacía pública la información provista por empresas, señalando que son públicos los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no ejerza su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en el artículo 11 bis de ley N° 18.575.

esta definición, dentro de un procedimiento determinado, si el acto administrativo no se llega a dictar, en principio, la información relacionada nunca sería pública.

Sin embargo, el segundo inciso del mismo artículo da dos definiciones más amplias. La primera dispone que es pública la información elaborada con presupuesto público. Esto sin duda es más comprehensivo pues, primero, se habla de *información* y no de una determinada actuación de Estado y, segundo, dado el principio de legalidad presupuestaria, es difícil imaginar que haya actuaciones del Estado que no sean consecuencia de una determinación presupuestaria contemplada en el respectivo presupuesto institucional. La segunda definición es la más comprensiva, pues dispone que será pública 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.

Como señala Toby Mendel,<sup>16</sup> esta última definición es amplia, pero la existencia de tres definiciones es confusa y da pie para interpretaciones erróneas. El derecho comparado revisado es en esta materia más claro y favorable al acceso a la información. Así, la normativa mexicana, en su artículo 2, establece que toda la información gubernamental a que se refiere la ley es pública. La FOIA se refiere a registros (*records*), señalando que por ellos se entiende cualquier información mantenida por una agencia, en cualquier formato, incluido el electrónico.<sup>17</sup> Por su parte, la Convención Europea señala en su artículo 1.2(b) que entiende por documentos oficiales toda información registrada de cualquier forma, ya sea producida o recibida y en manos de una autoridad pública.

Por lo anterior, habría sido mucho más simple señalar que es pública la información en manos de los entes a los cuales se le aplica la ley. Las posibles interpretaciones restrictivas, reduciendo la información pública exclusivamente a alguno de los dos primeros conceptos, particularmente al primero, debe ser rechazada por ser inconsistente con la idea de un derecho de acceso como derecho constitucional de los ciudadanos dentro de una república democrática,

---

<sup>16</sup> Mendel, Toby, *El Derecho de Acceso a la Información en América Latina. Comparación Jurídica*, (Unesco) 2009, 58.

<sup>17</sup> *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. paragraph 552 (f) (2)-

lo que hace inconcebible que el Estado pueda, *ab initio*, salvo las justificadas causas de secreto o reserva, argumentar que parte de sus actividades son reservadas. La misma ley al señalar los principios bajo los cuales se rige el derecho de acceso a la información, dispuestos en su artículo 11, entrega dos que inclinan la interpretación a favor del concepto amplio de información pública, cuales son los principios de libertad de información (Artículo 11 letra b) y de apertura o transparencia (letra c). Por el primero, se señala que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado. El segundo, a fin de no dejar dudas, dispone que toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas (es decir, las contenidas en las leyes de quórum calificado).

#### **IV. La Transparencia Activa**

El título III de la ley introduce la llamada transparencia activa, es decir, la obligación de incorporar en las páginas web de los respectivos servicios determinada información que la misma ley detalla.

En el ámbito general de la administración del Estado, la obligación de colocar información en las páginas web posee su antecedente en el instructivo presidencial N° 8 del 4 de diciembre de 2006 que, en aplicación del artículo 8 de la Constitución, determinó que cierta información —como las adquisiciones y contrataciones (a través de Chilecompras), las relativas al personal de planta, contrata y honorarios—, el marco normativo aplicable, los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros, debían subirse a esos sitios.

Como se señaló antes, esta obligación se aplica —según lo especifica el artículo 7— a los órganos de la Administración del Estado, al Congreso Nacional, los tribunales que forman parte del Poder Judicial, los tribunales especiales tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Justicia Electoral, la Contraloría General de la República y el Banco Central. Como se indicó también, en el caso de las

empresas del Estado, el artículo décimo de la ley establece un régimen particular de transparencia activa.

El actual artículo establece un listado comprensivo de la información que los servicios deben subir obligatoriamente en los sitios web. En términos comparados, ese listado es similar al contenido en ley mexicana, en su artículo 7. La FOIA, por su parte, contiene una enumeración bastante más limitada de la información que debe ser publicada, de naturaleza más bien procedimental, como su organización interna y la regulación de los procedimientos disponibles.

La ley nacional exige qué información se debe colocar en las respectivas páginas web, lo que debe realizarse en forma completa y actualizada y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito. Estas son, sin duda, exigencias claves para un eficaz cumplimiento de los objetivos de la ley, pues es evidente que es posible, dado el manejo informático actual, colocar vastas cantidades de información en la web, pero de una forma que haga muy arduo su empleo a los usuarios. Desgraciadamente, el tema de la calidad de la información, una vez superado el cumplimiento primario de las exigencias legales, es de muy difícil comprobación, pues se carece de criterios objetivos sobre que sería una información de completa y fácil identificación.

El artículo 8, por su parte, dispone que cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia si alguno de los organismos de la Administración no informa lo prescrito en el artículo 7. Esta acción se somete al mismo procedimiento que el amparo de información regulado en los artículos 24 y siguientes, tal como se verá.

En el caso de la Contraloría, el Banco Central, el Ministerio Público, Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, esto sería también factible pues se les aplica el título III íntegramente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de control señaló que el artículo 8 no se aplicaba a esos órganos como condición para declarar constitucionales las normas de la ley sobre esos entes.<sup>18</sup> La razón para ello fue la enunciada previamente:

---

<sup>18</sup> En los considerandos 37°, 41° y 44°.

que ello atentaría contra la autonomía constitucional de esos órganos, lo que ya hemos criticado.<sup>19</sup>

En el caso de las empresas públicas, no se contempla mecanismo alguno para reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia pasiva, pero el Consejo para la Transparencia sí ha decidido que posee competencia para revisar su cumplimiento, en base a la facultad de fiscalizar la observancia de la ley, fallando el amparo A4-09 del 9 de junio de 2009.

En cuanto al Congreso Nacional y los tribunales, la ley no estipula mecanismo alguno de control del cumplimiento de las exigencias de la transparencia activa, lo cual es también criticable pues, aún si se hiciera caso del argumento de la autonomía, debiera la ley haber impuesto la exigencia de crear mecanismos internos para asegurar este cumplimiento, como sucede, por ejemplo, en la ley mexicana en su artículo 61.

Las obligaciones que imponen estas normas han sido precisadas en el instructivo presidencial sobre transparencia activa del 13 de abril de 2009<sup>20</sup> y en los instructivos emitidos por el Consejo para la Transparencia.<sup>21</sup>

## **V. El derecho de acceso a la información (transparencia pasiva)**

### *1. Principios que regulan el acceso*

Los redactores de la ley, quizás emulando a la ley de procedimiento administrativo (en su artículo 4), incluyeron en el artículo 11 una serie de principios que orientan la ley. En esta materia, la ley chilena constituye una novedad respecto a los ordenamientos comparados estudiados.

---

19 Una crítica más amplia de esta postura, que fuera más allá de la mera enunciación de ella hecha antes, llevaría a desarrollar una teoría sobre qué debe entenderse por separación de poderes en nuestro ordenamiento constitucional, algo que no se ha realizado hasta ahora, pero que esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace urgente.

20 Oficio Ordinario 413, del Ministerio de Hacienda y Secretaría General de la Presidencia, del 13 de abril de 2009. Disponible en <http://www.gobiernotransparente.cl/asistente/documentos.php>

21 Estos son la Instrucción General N° 4 Sobre Transparencia Activa, del 19 de enero de 2009; y la Instrucción General N° 5 Sobre Transparencia Activa para Empresas Públicas, del Estado y Sociedades del Estado, de 19 de enero de 2009, ambos en <http://www.consejotransparencia.cl>.

Estos principios son sin duda útiles para la interpretación de la misma, tal como se podrá apreciar en este trabajo. Los principios considerados son los de relevancia, de libertad de información, de máxima divulgación, de divisibilidad, de facilitación, de no discriminación, de oportunidad, de control de responsabilidad y de gratuidad. En esta parte, solo se enunciarán, empleándolos en relación a las normas pertinentes de la ley en su oportunidad.

## 2. Titularidad del derecho legal de acceso a la información

Es una cuestión de suma relevancia el determinar quien puede ejercer el derecho de acceso. Al respecto, el artículo 10 de la ley es claro en indicar que este derecho lo tiene toda persona. Esto es ciertamente consecuente con entender el derecho de acceso como un derecho fundamental, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia rol 634, o un derecho humano, como lo fallo a su vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude vs. Chile*.

Esto implica que el derecho de acceso puede ser ejercido tanto por personas naturales como jurídicas, ya sea nacionales o extranjeras, pues nada hay en la ley que impida a una persona extranjera que viva fuera de Chile el pedir información por medio de la ley. Las exigencias formales para la petición, que revisaremos a continuación, son perfectamente cumplibles por un extranjero. Lo anterior es coherente con el principio de no discriminación contemplado en la misma ley, en su artículo 11, letra g), que se analizará más adelante.

La amplitud de los sujetos que pueden ejercer las peticiones es también consistente con los ordenamientos comparados observados. Así, la ley mexicana, en su artículo 40, al iniciar la regulación sobre el procedimiento de acceso, dispone que toda persona podrá ejercerlo. La FOIA, por su parte, habla de personas que pueden realizar una petición, sin mayor especificación. La Convención Europea, a su vez, señala que este es un derecho de todos (artículo 2.1).

## 3. Objeto

El mismo artículo 10 de ley dispone que el objeto del derecho de acceso a la información es la información, señalando expresamente que el derecho es a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El inciso segundo —que indica que este derecho comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales— debe ser entendido como una enumeración ejemplar y no exhaustiva. Esta es la interpretación correcta, a la luz de los principios de libertad de información (Artículo 11, letra b)<sup>22</sup> y de apertura o transparencia (Artículo 11, letra c)<sup>23</sup>.

Que el objeto del derecho consiste en información, de cualquier naturaleza o formato, se ve también reforzado por la norma del artículo 12, letra b) sobre la forma de pedir ésta, indicándose que debe identificarse en forma clara *la información* que se pide. Por lo tanto, lo que se puede pedir no es solo un documento específico, como el contrato X o la resolución B, sino que información a secas, que puede estar contenida en uno o varios documentos.

De acuerdo a la anterior, constituiría una interpretación errada de la ley si un órgano sujeto a ella exigiera a un peticionario que este indicara un *documento*, acto o resolución específico a fin de dar curso a una petición. Lo que eventualmente se debe especificar es la información, no el soporte en la cual ésta puede o no estar. Es tarea del órgano, que conoce o debe conocer la información que posee, determinar en que tipo de formato o documento específico se encuentra ésta y proceder a entregarlos.

#### 4. Forma de la petición

El artículo 12 regula la forma de la petición, señalando que ésta deber ser por escrito o por sitios electrónicos y deberá contener: a) Nombre, apellidos y dirección del solicitante y de su apoderado, en su caso; b) Identificación clara de la información que se requiere; c) Firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado; y d) Órgano administrativo al que se dirige.

---

22 Este principio dispone que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.

23 Este principio, a su vez, señala que toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Al respecto, el reglamento de la ley señala, en su artículo 28, que se entenderá que una solicitud identifica claramente lo pedido cuando indica las características esenciales de ésta, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, origen o destino.

En cuanto a la necesidad de firma, el mismo reglamento, en su artículo 28, señala que ésta puede ser por cualquier medio habilitado, entre los cuales se entiende la firma electrónica simple o avanzada.

Si la solicitud no reúne los requisitos señalados se requerirá al solicitante para que, en un plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición.

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. Se señala que, en los demás casos, 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, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.<sup>24</sup>

Las formalidades que exige la ley son similares a las contempladas en la ley mexicana, en su artículo 40, aunque esta última señale que se debe identificar *los documentos* lo que da pie para que se presenten obstáculos al acceso a la información, pues las personas no tienen normalmente conocimiento sobre el documento preciso que se requiere. La norma europea, en su artículo 4, por su parte, señala que los partes contratantes pueden otorgar el derecho a permanecer anónimos, salvo que la identificación sea esencial para procesar la petición.

---

<sup>24</sup> Estas normas establecen la notificación por escrito, por medio de carta certificada al domicilio del interesado. También se contempla la notificación personal, por medio del empleado del órgano correspondiente, y aquella que se realiza en la oficina del organismo o servicio, dejando en ambos casos constancia. Por último, también se contempla la notificación tácita, cuando el interesado hiciera cualquier gestión en el procedimiento, con posterioridad al acto, que suponga necesariamente su conocimiento, sin haber reclamado previamente de su falta o nulidad.

### *5. Casos de no competencia y de ausencia de información*

El artículo 13 ordena las circunstancias de cuando la información no está en posesión del órgano o no sea este competente para ocuparse de ella. En estos casos se enviará de inmediato la solicitud a la autoridad que deba conocerla según el ordenamiento jurídico, en la medida que ésta sea posible de individualizar, informando de ello al peticionario. Se agrega que, cuando no sea posible individualizar al órgano competente o si la información solicitada pertenece a múltiples organismos, el órgano requerido comunicará dichas circunstancias al solicitante.

La norma chilena en este aspecto es más pro peticionario que la mexicana, pues esta última, en estas mismas circunstancias, solo obliga a orientar al peticionario respecto a la entidad competente (artículo 40, fracción IV). La FOIA, por su parte, nada dice al respecto.

Sobre este punto, nace la cuestión de si los plazos de que dispone la ley para que los órganos obligados respondan se deben contar desde la fecha de la petición original o desde que el órgano recibe la petición transferida. Lo segundo parece lo razonable, debiendo entenderse que, para el órgano al cual le llega la petición de información transferida, ésta equivale a una petición nueva, sujeta a las mismas obligaciones y plazos que la original.

### *6. Principio de no discriminación*

Respecto a las peticiones de información, la ley establece dentro de los principios que ordenan el derecho de acceso a la información el de no discriminación (artículo 11, letra g), por el cual los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud. Este principio es de suma importancia práctica, pues sin él la tentación casi irresistible de los órganos obligados sería la de hacer diferencias respecto a peticiones que fueran particularmente molestas.<sup>25</sup>

---

25 Fruto de la experiencia práctica de este autor en capacitaciones a funcionarios públicos sobre la Ley de Transparencia, el hecho que el peticionario pueda lucrar con la información, como es en el caso de las peticiones ante el Servicio de Impuestos Internos por tasaciones de vivienda, es frecuentemente alegado como una razón por la cual se debiera negar la información. La respuesta es que la ley es indiferente a esto y que, además, la información en manos de los órganos obligados ojala sea empleada de alguna forma útil, amén de que la actividad económica es algo perfectamente lícito y corresponde al ejercicio de un derecho constitucional, como es el de la libertad económica.

## 7. Procedimiento y plazos

Los plazos que la nueva ley dispone para procesar las peticiones son razonables<sup>26</sup> y en concordancia con el derecho comparado.<sup>27</sup> Así, el artículo 14 señala que la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido deberá pronunciarse sobre la solicitud, sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos del artículo 12.

Se agrega que este plazo podrá ser prorrogado excepcionalmente por otros diez días hábiles cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, caso en que el órgano requerido deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, la prórroga y sus fundamentos.

Estos plazos, como lo indica el artículo 1 de la ley, en su número 1, lo son de días hábiles, de acuerdo al artículo 25 de la Ley Sobre Bases de Procedimientos Administrativos, Ley 19.880, entendiéndose como inhábiles, entonces, los sábados, domingos y festivos.

El artículo 16 señala que 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 de terceros, regulada en el artículo 20, o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley en el artículo 22. En estos casos, su negativa a entregar la información deberá formularse por escrito, por cualquier medio, incluyendo los electrónicos. Además, deberá ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión.

La resolución denegatoria se notificará al requirente en la forma dispuesta en el inciso final del artículo 12 de la ley, es decir, mediante medios electrónicos o de acuerdo a los artículos 46 y 47 de la Ley sobre Bases de Procedimientos Administrativos.

---

26 Ciertamente más que el absurdo plazo del artículo 13 de ley de Bases, que ordenaba la respuesta dentro de 48 horas.

27 Al respecto, la ley mexicana también exige 20 días hábiles, extendibles por el mismo período en caso de que existan razones que lo motiven (Artículo 44). La FOIA, por su parte, dispone que dentro de 20 días se debe informar respecto a la petición, ya sea en forma positiva como negativa (Section a) (6) (A) (i).

En el caso de respuesta afirmativa, el artículo 17 dispone que la información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles. Se agrega que se deberá contar con un sistema que certifique la entrega efectiva de la información al solicitante, que contemple las previsiones técnicas correspondientes.

La ley chilena no considera, en forma explícita al menos, que el acceso sea por medio de la consulta directa del material.<sup>28</sup> Hay situaciones en el que peticionario puede no estar interesado en recibir el material sino solo en revisarlo. Esto es particularmente útil en el caso de materiales de antigua data, de difícil reproducción, o cuando no se sabe con precisión donde está la información que se quiere. La ley mexicana, en cambio, admite expresamente que el acceso se puede obtener cuando los documentos se ponen a disposición en el sitio en que se encuentre o por medio de copias. La Convención Europea es más explícita aún pues señala que el peticionario posee el derecho de elegir entre revisar el material in situ o recibir una copia en cualquier forma disponible o en la forma que lo prefiera a no ser que ella sea irracional (artículo 6).

## 8. Costos

No cabe duda que el tema de los costos es fundamental para asegurar el efectivo acceso a la información. Al respecto, la ley posee una ambigüedad inicial, pues ella en su artículo 11, sobre los principios que rigen el acceso, dispone entre ellos el de gratuidad, de acuerdo al cual el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en la ley. Y, luego, el artículo 18, ordena que solo se podrá exigir el pago de los costos directos de reproducción y de los demás valores que una ley expresamente autorice a cobrar por la entrega de la información solicitada.<sup>29</sup> No se ve cual es el sentido de afirmar una gratuidad que luego se limita. Bastaba con decir

---

28 Sin embargo, el Consejo de la Transparencia, en al menos un caso, ya ha resuelto que el servicio debe proporcionar el acceso a los documentos en el lugar en que se encontraban. Ver la resolución del Amparo A54-09 contra Servicio de Impuestos Internos, de fecha 28 de julio de 2009. El caso se presenta por una petición del señor Javier Ponce Facuse al SII de copia de los registros de tasación de 14 inmuebles. El Consejo resolvió que se entregara copia de los expedientes a su costa y, salvo que el gasto fuera excesivo o no previsto, acceso a los lugares de atención al público en que se encuentre. El SII interpuso recurso de reposición y esto fue denegado, el 8 de septiembre de 2009.

29 Hay diversos servicios que por ley pueden cobrar por cierta información de que disponen. Así, por ejemplo, el Servicio Electoral esta autorizado a cobrar por los registros electorales.

entonces que se cobraría los costos directos de reproducción. Al respecto, ni el reglamento ni el Consejo para la Transparencia han precisado qué se debe entender por estos. Sobre esta materia sería conveniente que hubiese una política y unas tarifas uniformes a través de la administración.

La norma mexicana es similar a las disposiciones nacionales: en su artículo 27, señala que los costos no podrán ser superiores al costo de los materiales utilizados en la reproducción y el costo del envío. En esta particular materia, la FOIA establece un régimen distinto y digno de estudiar con detalle.<sup>30</sup> Ella distingue, para efectos de costos, según el uso de la información. Así, en el caso de información para usos comerciales, los costos son aquellos razonablemente estándar para la búsqueda, duplicación y revisión. En cambio, si los documentos son solicitados por una institución científica o educacional no comercial, con el propósito de investigación académica o científica, o por un representante de los medios, el costo será solo el de la duplicación del material. En los demás casos, los costos serán los de búsqueda y duplicación. Se especifica que por éstos se entienden los costos directos. Ahora bien, los documentos se entregarán sin costo alguno o por un costo menor al de búsqueda y reproducción si la entrega de la información es de interés público —porque es probable que ella contribuya significativamente al entendimiento público de las operaciones o actividades del gobierno— y no esté primordialmente en el interés comercial del solicitante.

Tampoco se aplicarán cargos cuando el costo rutinario de procesar el cobro de los mismos sea igual al del costo que se quiere cobrar o, en los casos de información sin uso comercial o de interés científico o académico, por las dos primeras horas de tiempo de búsqueda o las primeras cien páginas de duplicación.

En materia de los costos que impone la ley, Sebastián Soto cita al Juez de la Corte Suprema norteamericana Antonin Scalia, que famosamente señaló que la FOIA era “*El Taj Mahal de la no anticipación de las consecuencias de una ley; la Capilla Sixtina de la ignorancia del costo beneficio*”<sup>31</sup> para recordarnos que la aplicación de la ley sin duda impone costos que pueden ser elevados a la

---

30 Ver paragraph (4)(A)(i) a (viii).

31 Op. cit, 10.

Administración. Ellos deben ser contrapesados, en algo que parece difícil de cuantificar, con los beneficios de un Estado transparente. Lo que sí es claro es que no se puede suponer que el tener una organización estatal abierta sea gratis. Al respecto, conviene hacer notar que la discusión de la ley se hizo sin en el más mínimo cálculo de cuanto costaba implementarla.

La existencia de costos en la respuesta a peticiones no debiera convertirse en un obstáculo para el acceso, pues en verdad el cumplimiento de la ley no es algo externo o extraño a las funciones del servicio, algo que erróneamente se podría alegar en base al artículo 17, que dispone que la información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles. Y no lo es porque la transparencia es hoy de la esencia de una administración en una sociedad democrática y claramente un mandato constitucional. No es, por lo tanto algo ajeno, sino que debe estar plenamente contemplado dentro de los presupuestos institucionales.

Ciertamente, en el caso de los documentos electrónicos, el costo de los materiales es cero y la reproducción implica el costo marginal del envío por correo electrónico. La ley también señala que la obligación del órgano requerido de entregar la información solicitada se suspende en tanto el interesado no cancele los costos y valores a que se refiere el inciso precedente.

#### *9. Prohibición de imponer condiciones de uso a la información*

El artículo 19 de la ley señala que la entrega de copia de los actos y documentos se hará por parte del órgano requerido sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo, salvo las expresamente estipuladas por la ley. Esta norma es también de gran importancia pues, de no existir, se podría dar el caso que los órganos obligados restringieran el uso y divulgación de la información. Ayuda también a clarificar en los casos en los cuales puedan producirse eventuales problemas de propiedad de la información, pues —sin perjuicio de que una de las causales de reserva o secreto constituyen justamente los derechos económicos de terceros—, en los casos en que se afecten esos derechos, la obligación de no imponer condiciones o restricciones de uso coloca enteramente en el peticionario la responsabilidad de si acaso infringirá o no un derecho de propiedad intelectual. Un ejemplo puede ilustrar esto. Si

se pidiera una información como el contenido de un libro registrado por propiedad intelectual o una obra artística, el órgano obligado no puede indagar para qué se va a emplear la información ni imponer condiciones sobre cómo se va a usar; solo podría entregarla, salvo el caso en que per se la publicidad afecte el derecho. Pero en el caso de un libro o un escrito, éstos normalmente están hechos para ser públicos, para ser conocidos, pero solo los autorizados por el derecho de autor pueden determinar sus usos. El uso no autorizado de esa información por parte del peticionario podría constituir, eventualmente, una infracción a la propiedad intelectual o industrial. Sin embargo, no sería un problema de acceso a la información.

#### *10. Procedimiento en caso de afectación de derechos de terceros*

La ley contempla, en su artículo 20, un procedimiento para cuando una petición de información afecte a terceros. Esto es una novedad de la ley chilena, pues no se contempla en la ley mexicana, la FOIA o la Convención Europea.

Es evidente que este procedimiento hace más engorroso el funcionamiento de la ley. La protección de los derechos de terceros bastaba con hacerse por medio de las cláusulas de reserva que contempla ley. Como veremos, el intento de proteger la información de terceros conflictúa con un procedimiento de acceso relativamente ágil y, en la práctica la ley ha terminado en un punto intermedio que no es satisfactorio para nadie.

El artículo 20 señala que 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, informándoles la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados y adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Esta parte de la norma merece tres comentarios. Primero, el plazo de dos días ya parece irreal, pues se exige que sea el Jefe de Servicio el que determine esto. Sin duda, la intención del legislador fue evitar lo más posible la demora que este proceso produce al acceso a la información. Sin embargo, es dudoso que

un plazo tan corto se cumpla en la práctica. Segundo, la norma impone una obligación que en muchos casos no se va a poder cumplir, pues con frecuencia los servicios no van a tener información al día sobre el domicilio de los afectados, siendo imposible, entonces, la notificación. Esto, como veremos, posee serias consecuencias para ellos.

Tercero, en estos casos opera el principio de la divisibilidad. Este principio, contemplado en la letra e) del artículo 11, dispone que si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda. Es decir, este principio obliga a la autoridad a discernir qué puede o no entregar, dividiendo la información. Por esto, en los casos en los cuales un documento —como por ejemplo, un registro hospitalario que dé cuenta de determinados procedimientos médicos— contenga información personal, ésta podría ser tachada y entregada solo aquella que no identifica a un persona particular.

La ley señala que los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. De acuerdo al artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo, esta última se entiende que se produce a contar de los tres días de depositada la respectiva carta en la oficina de correos. Es decir, el término de emplazamiento para hacer presente la oposición es de seis días hábiles a partir del depósito en el correo. Dada la velocidad del correo y que las notificaciones pueden afectar a personas viviendo a gran distancia de la entidad a la que se le hace la petición, este término parece muy corto, con la consecuencia de que, en muchos casos, el tercero simplemente no podrá hacer valer su eventual oposición.

Esta eventual oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa. Esto último es importante pues esta negativa incide directamente en el ejercicio del derecho de acceso, por lo que es necesario que sea justificada, a fin de poder ser eventualmente contradicha en el proceso de amparo.

Se agrega que, 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 para la Transparencia, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley.

Por último, la ley indica que, en caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información. Es aquí donde la brevedad de los plazos y la misma obligación de notificar aun cuando no se tiene certeza de cuál es la dirección actual del tercero afectado, posee su efecto más rotundo, pues, en una posible interpretación del texto, la información debiera entregarse. En este punto se puede levantar la cuestión, nada de artificial dadas las limitaciones inherentes del proceso de notificación ya vistas, de si acaso el servicio requerido podría negar la información en base a la causal de que ella afecta a los derechos de terceros, contemplada en el artículo 21, número 2, aún cuando no hay respuesta de los terceros a los que se notificó.

Un ejemplo puede servir para ilustrar el dilema al que se puede ver enfrentando un servicio requerido. Imaginemos que una compañía de seguros pide a uno de los servicios de salud, servicio público al que se le aplica la Ley de Transparencia, la información médica de las personas que han sido atendidas por problemas cardíacos en los últimos cinco años. Esto puede tener gran interés para la compañía, ya sea para determinar los riesgos de posibles asegurados o el de ofrecer seguros de salud a esas personas. Esta información es, a todas luces, privada; el mismo artículo 21, número 2, menciona la salud como uno de sus casos de afectación de derechos de terceros.<sup>32</sup> De acuerdo a la ley, lo que el servicio debe hacer es notificar a estas personas. Pero es obvio que en muchos casos éstas no serán habidas, lo más probable es que muchas personas pueden haber cambiado de domicilio, y, siguiendo el artículo 20, en este caso, a falta de respuesta, se entiende que el tercero consiente en la entrega de la información. ¿Debe el servicio hacer entrega de la información médica?<sup>33</sup>

Lo que está en juego acá es, por un lado, los efectos de la autorización tácita o expresa del titular de la información versus la facultad de la autoridad de

---

32 Sin perjuicio de esto, la ley de protección de datos privados, (19.628) define dentro de los datos sensibles aquellos relacionados con la salud (artículo 2, letra g).

33 Este problema no se presentaba con el artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración, pues éste, en su inciso octavo, contemplaba expresamente lo siguiente: “*Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario, dictada conforme al procedimiento que establece el artículo siguiente. En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información, a menos que el jefe superior requerido estime fundadamente que la divulgación de la información involucrada afecta sensiblemente los derechos o intereses de los terceros titulares de la misma*”.

negar el acceso en base a una de las causales de reserva, específicamente la de afectación de derechos de terceros, aún cuando exista esa autorización tácita.

Como veíamos, el artículo 16 señala que 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 de terceros, regulada en el artículo 20, o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley en el artículo 22. Como se aprecia, la ley contempla dos excepciones a la obligación de entregar la información. Una es la oposición del tercero y la otra la existencia de causales de reserva. A *contrario sensu*, de esto se puede deducir que la aceptación del tercero, ya sea tácita o expresa, no implica una obligación por parte de autoridad de entregar la información si es que esta determina que hay una causal de reserva. En esta materia, la ley no distingue y, por lo tanto, puede ser cualquier causal de reserva, incluso la protección de los derechos de terceros.

Se podría contra argumentar que, en el caso de la aceptación por parte del tercero, que es el titular de los derechos amagados, a la autoridad solo le quedaría aceptar esa decisión pues es el tercero el que tiene el control sobre su información, pues de eso se trata cuando se habla de un derecho ¿Cómo podría la autoridad ir en contra de esa decisión, que ciertamente es facultativa del titular del derecho afectado?

Lo anterior parece claro en caso de una aceptación expresa. La voluntad del titular prima sobre el juicio de la autoridad. Pero, en el caso de la aceptación tácita, que es una ficción de la ley, es necesario matizarlo, pues acá se produce un conflicto de derechos. Por un lado la eventual afectación del derecho del tercero, que puede ser el de la vida privada o patrimonial, y por otro el derecho de acceso a la información. Este conflicto debe ser resuelto en forma racional, balanceando ambos derechos en una solución que sea respetuosa de su igual valor. Aquí el principio de proporcionalidad entra en operación.

Así, si se concluyera que en caso de aceptación tácita existirá siempre la obligación legal de entregar la información (salvo, por supuesto, que haya una causal de reserva independiente de la protección de derechos), es indudable que se producirán casos en los cuales se infrinja el derecho de los terceros. El ejemplo de la información médica antes esbozado lo grafica. En este caso,

la divulgación de la información médica por sí sola es una grave infracción del derecho a la vida privada. Y, por otro lado, permitir que la autoridad pueda negar la información por que a su juicio se pueda ver afectado un derecho a tercero, sin mayor calificación y no contando con una clara expresión de aceptación o rechazo del tercero, abre la puerta a un alto grado de incerteza respecto al acceso a la información, que pasa a constituir una infracción al debido reconocimiento de éste. Este negativo efecto es consecuencia de que, como veremos, la causal de reserva es amplia y, al menos en el texto, no posee graduación en cuanto al daño al derecho de terceros que justifica el rechazo. Literalmente, basta la mera afectación. Por esa razón, sería en extremo fácil para la autoridad el negar el acceso en base a ella.

Por lo anterior, estimamos que una solución respetuosa de los derechos involucrados argumenta a favor de que esta negativa solo sería justificada cuando la afectación al derecho de terceros sea grave, precisa y evidente, debiendo la autoridad así fundarlo. En ese caso, el peticionario siempre podrá reclamar ante el Consejo para la Transparencia. De no darse estas condiciones, el servicio debiera entregar la información.

### 11. *Las causales de reserva*

El artículo 21 dispone las causales de reserva, señalando que las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las que ahí se enumeran.<sup>34</sup> Sobre ellas, en este trabajo, solo se harán algunas observaciones generales, reservando un análi-

---

34 Estas 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.
  - 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.

sis pormenorizado de ellas y de cómo el Consejo para la Transparencia las ha aplicado para otro estudio. Primero, y coincidiendo con Sebastián Soto,<sup>35</sup> parece razonable que la ley disponga causales genéricas, ejemplificándolas con casos algo más precisos. Este es, con ciertas variaciones, el camino seguido por la mayoría de las legislaciones sobre acceso, salvo quizás las del *common law*, como la del Reino Unido. Así, por ejemplo, la mexicana posee un listado asimilable al chileno.<sup>36</sup> La FOIA contempla nueve casos de excepciones, algunas de ellas más detalladas que la norma chilena, y la Convención Europea, en su artículo 3, dispone once.

Respecto al contenido de las mismas, se coincide con Mendel en que ellas reflejan, en general, intereses que se consideran legítimos en la normas internacionales<sup>37</sup> sin perjuicio de las críticas que se hace a la amplitud de algunas de ellas.

En tercer lugar, basta para fundar las causales de negativa que dispone el artículo 21 en que se *afecte* uno de los motivos dispuestos en la ley para servir como justificación a la reserva o secreto. La mera afectación como fundamento de la negativa es demasiado amplia y desfavorable al derecho de acceso e implica conservar la cultura de secreto. Es difícil imaginar una información que no *afecte* de una forma u otra algún interés o derecho. Esto, sumado a la amplitud de las causales, hace que para el órgano requerido sea muy fá-

---

35 Op. cit., 6.

36 El Artículo 13 señala que como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda: I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional; II. Menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado Mexicano; III. Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país; IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado. Y luego el Artículo 14 agrega que también se considerará como información reservada: I. La que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial; II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal; III. Las averiguaciones previas; IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado; V. Los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva, o VI. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada.

37 Op. cit., 62.

cil justificar una negativa. Coincidimos con lo observado por Sebastián Soto cuando, realizando esta misma crítica, señala que lo que se requiere es que la afectación de los bienes jurídicos resguardados por las causales de reserva lo sea en forma muy probable, directa y además grave.<sup>38</sup>

Sobre esta materia, la práctica del Consejo para la Transparencia ha sido estimar que recae en el órgano alegar las causales y justificarlas en forma precisa. Así, ya muy tempranamente, el Consejo —ante el alegato de los órganos requeridos de que las peticiones implicaban un número excesivo de actos— señaló, en su resolución al amparo A39-09 del 19 de junio de 2009, lo siguiente:

Que la circunstancia de referirse el requerimiento a un elevado número de actos administrativos ha sido invocada, pero no acreditada por el Subsecretario. A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario. Por lo mismo, la falta de prueba que respalde esa afirmación llevará a rechazar esta alegación.

En cuarto lugar, y como también lo ha criticado Mendel,<sup>39</sup> no se ha incluido el test del interés público a fin de balancear la causal de reserva con el derecho de acceso. Sin este test, en una errónea interpretación de la ley, las causales de reserva podrían ser entendidas como absolutas, es decir, que una vez comprobada la existencia de ellas no habría justificación que permitiera dar la información, limitándose el Consejo para la Transparencia solo a determinar esta circunstancia. Sin embargo, el Consejo, en su práctica ha empleado este test, señalando en su decisión de amparo 45-09<sup>40</sup> lo siguiente:

---

38 Op. cit., 7.

39 Op. cit., 61.

40 Este es el primer caso en que el Consejo para la Transparencia hace uso del test de daño. Consistió en una petición del Departamento de Relaciones Públicas de Carabineros de Chile de José Pedro de la Carrera Valdés respecto del número de carabineros destinados al Departamento de Protección de Personas Importantes (PPI) y del número de autoridades o personas que reciben este tipo de protección. Carabineros negó la información en base a las causales de afectación del cumplimiento de las funciones (Artículo 21, n° 1) y de afectación de derechos de terceros (Artículo 21, n° 2). El Consejo, aplicando el test de daño, otorgó un parcial acceso a la información pedida, solo respecto a la información agregada de las personas que estaban bajo protección.

*Que para determinar lo señalado en los considerandos precedentes se hace necesario aplicar, en este caso, lo que la doctrina comparada denomina un test de daño, consistente en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación.*

El adecuado balance entre los derechos en juego, como lo ha destacado la doctrina nacional,<sup>41</sup> no es sino consecuencia de entender que la restricción a un derecho, en este caso el derecho de acceso, está sujeta al principio de proporcionalidad, a la que también apela el mismo Consejo, citando la sentencia *Claude vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En quinto lugar, es criticable que la ley haya validado las causales de reserva existentes en la legislación previa.<sup>42</sup> En consecuencia, se establece como causal de negativa, en el número 5 del artículo 21, que se podrá negar la información 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. El efecto de esta disposición es que, en el régimen chileno de acceso a la información, se incluyen las causales de reserva que dispone el artículo 21 y todas las demás que establece la legislación previa consistente con estas condiciones. Estas causales pueden ser por las más diversas razones, las que no necesariamente serán coincidentes con las dispuestas en la ley. La referencia a que estén de acuerdo a la Constitución, crea automáticamente el problema de decidir cuando lo son o no, aumentando la dificultad para el ejercicio efectivo del derecho de acceso e incrementando la posibilidad de litigio. Como señala Mendel, habría sido preferible que la ley chilena hubiese dejado un solo régimen de excepciones más o menos claro (pero al menos conocido) y no una “X” como sucede ahora.

41 García, Gonzalo y Contreras, Pablo; “Derecho a la Información en Chile: Nueva Regulación e Impli- cancia para el Sector de Defensa Nacional”, en 1 *Estudios Constitucionales*, año 7, 144.

42 La razón de esto es que en el debate parlamentario hubo temor de que, de no incluirse esta norma, se derogaran tácitamente causales previas que, como se reconocía, no se conocían. Hasta la fecha no existe un estudio comprensivo de las causales de secreto o reserva existentes en la legislación chilena. Este temor no es justificado pues si se observan las causales contenidas en la ley actual todo interés o derecho susceptible de justificar su secreto o reserva puede fácilmente ser reconducido a las causales vigentes.

## 12. *Procedimiento de Amparo*

El artículo 24 de la ley regula el procedimiento de amparo para los casos en que la autoridad requerida no entregue la información dentro del plazo estipulado en el artículo 14 o cuando deniegue la información. Se presenta este recuso ante el Consejo para la Transparencia; cuando el requirente tenga su domicilio fuera de la ciudad asiento del Consejo, podrá presentar su reclamo en la respectiva gobernación, la que deberá transmitirla al Consejo de inmediato y por el medio más expedito de que disponga. En estos casos, el reclamo se entenderá presentado en la fecha de su recepción por la gobernación.

Esta reclamación deberá presentarse dentro del plazo de quince días, contado desde la notificación de la denegación de acceso a la información o desde que haya expirado el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de información.

Este plazo es altamente criticable, constituyendo sin duda un obstáculo a una efectiva protección del derecho de acceso. No hay razón para que la ley fije un plazo tan estrecho para la defensa de un derecho constitucional como el de acceso a la información, plazo que ni siquiera es consistente con el existente en el caso del recurso de protección, que actualmente es de 30 días.

## **VI. Conclusiones generales y propuestas de perfeccionamiento legislativo**

Sin duda la Ley de Transparencia constituye un gran avance para el derecho público chileno, que es necesario celebrar puesto que significa un perfeccionamiento de la forma en que se organiza y relaciona el Estado. Por supuesto, mucho dependerá de cómo efectivamente se implemente ésta y, en particular, del uso de las facultades y capacidades del Consejo para la Transparencia. Lo visto hasta ahora augura un buen comienzo.

Los aspectos más destacables de esta nueva regulación son varios. Primero, la ley abarca a la Administración en su totalidad, sin ambigüedades. Segundo, la existencia de una clara y exhaustiva lista de información obligatoria que los servicios deben colocar. A mayor y más perfecta la información puesta en las páginas web, menos carga habrá en responder peticiones de información. Tercero, la regulación de un procedimiento de acceso a la información que

en líneas generales, es razonable y consistente con el derecho comparado. Cuarto —y aun cuando no ha sido objeto de este trabajo es imprescindible señalarlo aquí—, la creación del Consejo para la Transparencia como un órgano autónomo con las facultades básicas para llevar a cabo la implementación de la ley y la protección del derecho de acceso.

Las limitaciones y carencias de la normativa, que debieran ser corregidas en el Congreso Nacional por medio de una ley que avance en el perfeccionamiento de la transparencia y el acceso a la información, son también varias.

Primero, como ya ha sido observado, es necesario asegurar sin ambigüedades que la totalidad de los órganos del Estado chileno están sujetos al régimen de transparencia pasiva y activa. Si se quiere mantener la (errada) idea de la autonomía absoluta entre ellos, al menos hay que imponer un régimen mínimo de obligaciones y controles internos aplicables a cada institución.

Segundo, se debe clarificar la información que es pública, dejando la definición amplia de ella como la única operativa, a fin de evitar eventuales restricciones al acceso. Tercero, en cuanto al procedimiento de reclamo, es necesario establecer un plazo mayor para interponer el amparo.

En materia de causales de reserva, hay varios aspectos que mejorar. Primero, es necesario dejar como único régimen de reserva el existente en la ley, eliminado entonces las *otras* casuales previas. Las de la ley bastan y sobran para proteger cualquier bien jurídico que razonablemente merezca ser resguardado. Segundo, se debe añadir una graduación al daño a esos bienes, imponiendo que ellos justifican la restricción al derecho de acceso cuando se vean afectados en forma grave y directa por la publicidad. Tercero, se debe incluir expresamente el test del interés público como forma de solucionar el conflicto entre las causales de reserva y el derecho de acceso.

*Last but not least*, es imprescindible que se dicten normas legales, reglamentarias y de carácter técnico que definan cómo el Estado chileno procesa, guarda y archiva la información de que hoy ya dispone y la mucho mayor que producirá en el futuro. Sin una normativa clara y precisa de clasificación y archivo que esté al tono con los tiempos y las propias exigencias que

impone la transparencia y el derecho de acceso a la información, las promesas de la ley serán sin duda debilitadas.