

Acceso a la Información; las restricciones a los derechos fundamentales

Domingo Lovera Parmo
Profesor de Derecho
Universidad Diego Portales

(1)

Desde 1999, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Loc de Bases, en adelante), posee un nuevo estatuto relativo al derecho de acceso a la información¹. Como se sabe, las nuevas disposiciones, incorporadas por la llamada *Ley de Probidad Administrativa*², reconocen el derecho de todas las personas a acceder a la información que esté en manos de la Administración del Estado y de algunas empresas que detalla la misma Loc de Bases, en general, aquellas que prestan servicios de utilidad pública.

Junto con reconocer este derecho (fundamental), la Loc de Bases contempla ciertas hipótesis que permiten dejar al margen de este régimen de publicidad, aquellos antecedentes e informaciones que se califiquen como secretos o reservados. Se trata, la reserva y el secreto, de excepciones al régimen general de publicidad y transparencia con que debe funcionar la Administración estatal. La pregunta que sigue inmediatamente, entonces, es ¿cuándo puede calificarse como secreta y/o reservada alguna información? Es la misma Loc de Bases la que establece las únicas casuales conforme a las cuales procede:

“[1] reserva o secreto establecido en disposiciones legales o reglamentarias; [2] el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; [3] la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros (...); [4] el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte *sensiblemente* los derechos e intereses de terceras personas (...) y [5] el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional”³.

Se trata, sin duda, de causales extremadamente amplias para regular un régimen de excepción –como se supone debe serlo el secreto y reserva- a un derecho fundamental⁴. Con todo, el

¹ Artículos 13° y 14° del D.F.L. 1-19.653, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOC 18575, publicado D. Of., 17 de noviembre de 2001.

² Destaco este punto pues, en alguna oportunidad, en reuniones con colegas del Departamento Jurídico de la Secretaría General de Gobierno, éstos me señalaron que esta ley no es tal –de probidad-, sino que solo se le denominó así por la prensa. Ésta, entonces, solo se encarga de introducir modificaciones a varios cuerpos legales, entre ellos, la LOC de Bases.

³ Artículo 13°, inc.11. Los numerales intercalados y el destacado, son míos.

⁴ Sobre la configuración del derecho de acceso a la información, como derecho fundamental, véase, CONTESSE, Jorge, *El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno*, en GONZÁLEZ, Felipe (ed.), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico N°14, Serie de Publicaciones Especiales, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp.203-213 y ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El Acceso a la Información como Derecho*, en GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS, Felipe (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e*

régimen (amplio) de excepción se complementa con del Reglamento sobre secreto y reserva⁵, que la Loc de Bases había ordenado dictar⁶. Ese reglamento, con serios reparos respecto a su constitucionalidad⁷, establece que el secreto y reserva procede cuando pueda afectarse el interés público o privado de los administrados, detallando, luego, una serie de hipótesis que, prácticamente, no dejan a salvo ninguna excepción (al régimen, valga la redundancia, de excepción). A la fecha, cerca de 50 reparticiones estatales han dictado resoluciones estableciendo la reserva y secreto de actos administrativos (antecedentes e informaciones), transformando el derecho de acceso a la información en una quimera. Si la amplitud de las disposiciones, brevemente repasadas, hacía prever que algo así ocurriría, la cultura del secreto con que funcionan nuestras instituciones, lo confirmó⁸.

(2)

Ahora bien, independientemente de lo desastroso que es el panorama para este derecho ciudadano, me interesa destacar una crítica desde los derechos fundamentales, relativa a cómo los Servicios han utilizado esta facultad. La pregunta es, si acaso basta con que los Servicios Públicos dicten las resoluciones de reserva y secreto sin fundamentar –como, dicho sea de paso, han hecho- o ¿debemos exigirles más?

El D.S. dispone que los Jefes de Servicio, podrán decretar la reserva y secreto, a través de “resoluciones fundadas”. ¿Qué quiere decir esto? Desde los derechos fundamentales, insisto, se trataría de una cláusula que coloca a los derechos a resguardo, en concordancia con el artículo 19 N° 26 de la Constitución, que establece limitaciones a las autoridades habilitadas para regular derechos fundamentales, estatuyendo la *garantía del contenido esencial de los derechos*. Esta frase, en la que poco o nada se repara –“fundadas”- supone una exigencia adicional para las autoridades estatales habilitadas para regular derechos fundamentales. Que las resoluciones sean fundadas, no quiere decir que los servicios, únicamente, deben allegar a su resolución las normas que los habilitan para limitar el acceso a la información⁹, sino que, y su majadero en esto, tratándose de derechos fundamentales, quiere decir algo muy distinto.

Interés Público, Cuadernos de Análisis Jurídico N°10, Serie de Publicaciones Especiales, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000, pp.197-203.

⁵ D.S. N° 26, Sobre el Secreto y Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado D. Of., 7 de mayo de 2001.

⁶ Artículo 13, inc. final.

⁷ El Decreto Supremo extiende las causales de reserva y secreto a los actos administrativos, en circunstancias que la Loc de Bases, solo lo autorizaba para regular el régimen respecto “de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”. Véase, CONTESSE, Jorge, (*cit.*), pp.219-221. Este tipo de reglamentación, además, ha llevado a que algunos tribunales sostengan –contrariando casi toda la doctrina relativa a derechos fundamentales- que “la publicidad y el derecho a requerir la información (...) no se encuentra a disposición del público de modo permanente” (Rol 1295-2002, Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de diciembre de 2000) pues “nace solo una vez que el respectivo Servicio dicte un Acto Administrativo” (Rol 3673-2001, 12° Juzgado Civil de Santiago, 26 de diciembre de 2001).

⁸ Véase, ANGUIA, Pedro y LOVERA, Domingo, *Derecho de Acceso a la Información*, El Mercurio, 11 de diciembre de 2004, p.A-2.

⁹ En general, prácticamente todas las resoluciones de reserva y secreto de los servicios de la administración chilena, disponen lo siguiente:

Vistos: Lo dispuesto en el Art.13 de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado; el Decreto Supremo N°26/2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que contiene Reglamento sobre

Cada vez que el Estado restringe derechos fundamentales, debe cumplir con un determinado estándar. Si el Estado, a través de cualquiera de sus organismos pretende afectar derechos fundamentales, debe demostrar, al menos: (a) que se trata de una medida razonable y que, (b) de todas las medidas disponibles, la escogida es la menos restrictiva para los derechos fundamentales.

La medida será razonable, solo cuando esta se encuentre en conexión con el resultado o meta que pretende alcanzar. Es decir, el Estado logra salvar la primera condición del estándar (a) cuando demuestra que la medida es idónea para alcanzar un fin que persigue. Cuando se trata de derechos fundamentales, con todo, esa conexión entre medio (la medida) y fin (en este caso, los consagrados en el art. 13º, inc. 11) debe ser estrecha. Ello nos lleva a la segunda condición del estándar; (b) la medida será constitucional, solo cuando el Estado logre demostrar que, de todas las medidas disponibles para alcanzar los resultados que se persiguen, la escogida es la que menos restringe derechos fundamentales.

Dicho de otra forma, si para alcanzar los fines que se persigue –del artículo 13º inc.11 de la Loc de Bases- se puede echar mano a otro tipo de medidas que sean menos restrictiva o no restrictiva de los derechos fundamentales, entonces, la medida escogida (que si los afecta) es inconstitucional¹⁰.

La Contraloría General de la República, además, suma un interesante nuevo estándar que los Servicios deben respetar para regular las situaciones de reserva y secreto: los servicios deben abstenerse de regular hipótesis de reserva y secreto demasiado amplias que, en palabras de la Contraloría, “no resulta admisible entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirles de fundamento”. Es más, se encarga de entregar ejemplos al respecto: aquellas resoluciones del tipo “todos los documentos que respalden egresos cualquiera que sea su naturaleza, origen y destino”, “contratos de cualquier naturaleza suscritos por el Servicio” o “decisiones y conclusiones respecto de estudios y análisis de temas de cualquier naturaleza”, por su amplitud, quedan fuera de la habilitación legal¹¹.

(3)

En Conclusión, mientras se mantenga incólume la actual normativa, que dota a la Administración del Estado de amplias facultades (algunas de dudosa constitucionalidad) para decretar reservas y secretos, creo que, son los tribunales de justicia, conociendo de las acciones de amparo de acceso a la información, quienes deben encargarse de verificar que, las resoluciones estatales, cumplan con el estándar que acá indico¹².

Reserva y Secreto de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, para luego, sin justificar, detallar un sinnúmero de situaciones que pasan a situarse en las sombras del poder.

¹⁰ Como señalé al citar las causales que habilitan para decretar la reserva y secreto (*supra* 4), en el caso de los derechos de terceras personas, la Loc de Bases agrega, todavía, otra exigencia más: la reserva y secreto solo procede cuando la afección de los derechos de terceras personas, sea *sensible*. Ello debe, también, justificarse.

¹¹ Dictamen 049883, División Jurídica, Contraloría General de la República, 4 de octubre de 2004.

¹² Ello, sin perjuicio, de que los mismos Servicios revisen –como se los ordenó la Contraloría- sus resoluciones de modo de ajustarlas a la actual normativa.

Los tribunales, en cada una de las hipótesis en que la Administración califica como reservada o secreta alguna información, habrán de escrutar –cosa que, hasta ahora, no han hecho- si la restricción es necesaria de conformidad a los fines perseguidos y si, en vez de esa restricción, existían otras medidas menos lesivas para el derecho fundamental de acceso a la información¹³. La carga de la prueba, en estas circunstancias, corresponde al Estado; es decir, es la autoridad la que debe demostrar la razonabilidad y necesidad de la medida. Ello, que en derecho comparado es la regla general, en Chile es la excepción, aunque algún tribunal así lo ha declarado al disponer, en su sentencia, que “en los casos en que la autoridad pública procura negar el acceso a la información, le corresponde a aquélla la carga de justificar la negativa en cada etapa de los procedimientos”¹⁴.

Mientras el parlamento comienza a tramitar un nuevo estatuto (independiente) de acceso a la información, esta es una forma se poder ajustar la normativa a los requerimientos de la una democracia constitucional. Chile, al menos así lo declara su Constitución, posee una.

¹³ En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso conocido como *Los Papeles del Pentágono*, señaló que “[t]odo sistema de restricciones previas de expresión llega a este tribunal con una fuerte presunción en contra de su validez constitucional”, *New York Times Co. V. United States*, 403 U.S. 713, 30 de junio de 1971.

¹⁴ Rol 19-2003, 7º Juzgado Civil de Santiago, 23 de junio de 2003. Esta sentencia, con todo, fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 2003.