

Objeto del Principio de Publicidad, a propósito del Artículo 5° de la Ley N° 20.285

I. Introducción

Aprovechando esta nueva convocatoria de la Revista de Derecho Público, me parece interesante examinar¹, en relación con el principio constitucional de publicidad que rige al Estado, previsto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución², el objeto preciso sobre el cual recae.

Particularmente relevante es lo anterior en nexa con la información que se encuentra en poder de la Administración Pública, pero que es de los particulares, dado el tenor del artículo 5° inciso 2° de la Ley N° 20.285³.

¹ Mayor detalle puede encontrarse en Fernández González, Miguel Ángel, “El principio de publicidad administrativa”, Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador), La Administración del Estado en Chile, Santiago, Ed. Conosur, noviembre 2000, pp. 729-776; “El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos y antecedentes en que se fundan”, González, Felipe (editor), Cuadernos de Análisis Jurídicos N° 14, Santiago, Universidad Diego Portales, noviembre de 2002, pp. 187-199; y “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Constitución”, Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), Reforma Constitucional, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 191-205; y “Causales de secreto o reserva en el ordenamiento jurídico chileno”, Salazar Álvarez, Ximena y Bustos Vial Verónica (coordinadoras), Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile, Santiago, LOM Ediciones, 2008, pp. 36-46.

² El cual 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 aquellos 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”.

³ Dicho precepto legal dispone:
“ En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.
Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

* *Magíster en Derecho Público y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile, Universidad de Chile y Universidad de los Andes.*

II. Publicidad estatal y privacidad de las personas

Mientras que la Constitución establece el carácter público de los actos y resoluciones estatales, de sus fundamentos y de los procedimientos conforme a los cuales se han adoptado, salvo lo que deba permanecer reservado o en secreto por exigirlo así la ley de quórum calificado, en virtud de alguna de las cuatro causales también previstas en el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental; el principio rector que rige los actos ejecutados por o emanados de las personas es sustancialmente diverso.

1. Principio rector

En este caso, la Constitución asegura, en su artículo 19 N° 4°, tratándose de las personas naturales, el respeto y protección de su vida privada, y, en el caso de ellas y también de las personas jurídicas, se garantiza, en el numeral 5°, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, sin perjuicio que las actuaciones, sus antecedentes y documentos, vinculados con el ejercicio de actividades económicas, queda además cubierto por la privacidad, de acuerdo con los numerales 21°, 24°, 25° y 26° del artículo 19 de la Constitución.

Por ende, en uno y otro caso, lo que emana de las personas naturales y jurídicas queda cubierto por la privacidad e inviolabilidad, de modo que corresponde al “(...) conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos sin su consentimiento previo (...)”⁴.

Es perfectamente posible, entonces, que el principio de publicidad que inspira y rige al Estado entre en conflicto, al menos aparente, con el derecho a la privacidad que se asegura a las personas naturales y jurídicas, resolviéndose ese conflicto –como es obvio– en principio a favor de estas últimas, puesto que, al tenor de lo preceptuado en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, si bien se admite el carácter público de un acto o resolución estatal, de sus fundamentos y del procedimiento seguido para adoptarlos, todo esto queda cubierto con el secreto o reserva cuando revelarlos afecta los derechos o intereses de terceros.

Esta regla de solución del conflicto mencionado es, naturalmente, reiterada por el artículo 21 de la Ley N° 20.285, el cual precisa, en su numeral 2°, que “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” no es posible revelar el acto o resolución estatal, sus fundamentos o el procedimiento a terceros. Adviértase, entonces, cómo en la hipótesis

⁴ Cea Egaña, José Luis, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, Santiago, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2003, p. 178, a propósito del artículo 19 N° 4°.

descrita, la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones de las personas alcanza y cubre, incluso, lo producido, elaborado o surgido del Estado.

2. Fórmula concreta

Lo expuesto, en consecuencia, conduce a sostener que la regla básica de interpretación que cabe aplicar en esta materia estriba siempre en una comprensión y aplicación extensiva del derecho de las personas naturales o jurídicas, a la par que restrictiva de lo que puede ser publicado, cuando se trata de asuntos de dominio privado que han sido proporcionados al Estado, tal y como sucede, sin excepción alguna, en Derecho Constitucional, pues éste ha sido convocado, desde el origen del Estado Moderno, para constituirse en regulación y límite al poder en defensa de los derechos fundamentales, como –por si existiera alguna duda– lo confirma en texto expreso nuestro artículo 5° inciso 2°.

Lo contrario, conduciría a que los derechos constitucionales de esas personas quedaran severamente afectados, por el solo hecho que la información que es de ellos y que ha sido generada por ellos –y no por el Estado– y, por ende, no expuesta a la publicidad, por la sola transferencia del documento o instrumento que la contiene a una entidad pública, mutaría su naturaleza, facilitando que terceros lleguen a conocer, instrumentalizando el derecho de acceso a información.

Lo expuesto exige, por ende, examinar el sentido y alcance del principio de publicidad consagrado en el artículo 8° de la Constitución y en la Ley N° 20.285, especialmente, para dirimir los asuntos, materias u objetos sobre los cuales recae ese principio para delimitar su contorno –que no puede ser absoluto–, distinguiéndolos de aquellos asuntos, materias u objetos que son privados y, por eso, situados fuera del ámbito de la publicidad que caracteriza lo decidido y resuelto por el Estado, pero no lo generado o producido por las personas naturales o jurídicas.

En efecto, no todo es público y algo de ello, incluso, queda cubierto por el secreto o reserva, pues también existen otras cuestiones que no tienen ese carácter, sino que son privadas y, por eso, no están excluidas del conocimiento de terceros porque sean declaradas secretas o reservadas, sino porque –aun antes– forman parte de la esfera de privacidad e inviolabilidad de su titular.

En esta perspectiva, entonces, para verificar si un asunto puede ser conocido por terceros, sobre la base del principio de publicidad contemplado en el artículo 8° de la Constitución y en la Ley N° 20.285, es menester resolver, primero, que no se trate de un asunto privado y, sólo en este caso, habrá que examinar si está o no cubierto por una causal de secreto o reserva. Superados ambos estándares, puede ser revelado.

III. Objeto sobre el que recae el principio de publicidad

Es necesario aclarar, entonces y al tenor de lo preceptuado en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, que la publicidad alcanza a los *actos y resoluciones* de los órganos del Estado, así como a sus *fundamentos* y los *procedimientos* que se utilicen para su dictación.

3. Artículo 5° de la Ley N° 20.285

Sin embargo, aunque este precepto legal confirma, en su inciso 1°, que los *actos y resoluciones* de los órganos de la Administración del Estado, sus *fundamentos* y los *procedimientos* que se utilicen para su dictación, son públicos, añade que también tienen ese carácter los *documentos que les sirvan* –a dichos actos y resoluciones– *de sustento o complemento directo y esencial*, agregando, en su inciso 2°, que igualmente es pública *la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración*.

En consecuencia, si se suman –para realizar el análisis que se contiene en los párrafos siguientes y sin perjuicio de lo que allí se dirá– lo dispuesto en las dos disposiciones referidas, una constitucional y otra meramente legal, el objeto sobre el cual recae el principio de publicidad y que, por ende, excepcionalmente puede ser objeto de secreto o reserva, está constituido, primero, por los actos de los órganos estatales; segundo, por las resoluciones que emanan de ellos; tercero, por los fundamentos que han servido de base ineludible para adoptar la decisión; cuarto, por los procedimientos que se han seguido para elaborar o producir aquellos actos o resoluciones; y, en el caso de los órganos de la Administración del Estado, también son públicos los documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial a sus actos y resoluciones; la información elaborada con presupuesto público; y, en fin, cualquier otra información que obre en su poder.

Necesario es, por ende, para examinar lo que debe ser público y lo que no lo es y, en seguida, dentro de lo público, para dirimir lo que se resguarda con el secreto o reserva y lo que puede ser revelado, determinar el sentido y alcance de cada uno de esos objetos de la transparencia, pero advirtiendo que este análisis debe hacerse respetando siempre e indudablemente la supremacía constitucional, ya que, de lo contrario, se lesionaría la Carta Fundamental, permitiendo al afectado acudir a los mecanismos de control de dicha supremacía, especialmente, los contemplados en el artículo 93 de la Constitución.

4. *Actos y resoluciones*

En primer lugar y al tenor de lo dispuesto tanto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución como en el artículo 5° de la Ley N° 20.285, son públicos los *actos* de los órganos estatales, así como las *resoluciones* dictadas por ellos.

Para determinar el significado de aquellas expresiones, debe acudirse, primeramente, al artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 20.285⁵, el cual define los *actos administrativos* como “aquellos señalados en el artículo 3° de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado”, vale decir, se trata, al tenor del inciso 2° de este último precepto legal, de “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública” y, de acuerdo con su inciso 6°, “constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”.

Aquellos actos administrativos, sin embargo y yendo ahora al inciso 3° del artículo 3° de la misma Ley N° 19.880, se clasifican en decretos supremos y resoluciones, siendo estas últimas, conforme a su inciso 5°, “los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”.

Por ende, la distinción entre *actos* y *resoluciones* que efectúa el artículo 8° inciso 2° de la Constitución no es relevante cuando se trata de la Administración del Estado, pues éstas son una especie de aquellos, pero es acertado que la Carta Fundamental haya distinguido, atendido que puede haber otros órganos estatales –no integrantes de dicha Administración– donde esas decisiones corresponden a categorías distintas o porque sólo dictan una u otra especie de ellas.

5. *Fundamentos de los actos y resoluciones*

En segundo lugar, son igualmente públicos, de acuerdo al artículo 8° inciso 2° de la Constitución y al artículo 5° de la Ley N° 20.285, *los fundamentos* que han servido de base a la autoridad para adoptar su acto o resolución.

A. Aproximación

Atendido que aquella expresión no ha sido definida por la Constitución, la ley o la potestad reglamentaria, resulta menester acudir a su sentido natural y obvio para es-

⁵ Contenido en el Decreto Supremo N° 13, de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 13 de abril de 2009.

clarecer su significado⁶. Desde este ángulo, *fundamento* quiere decir, en las acepciones que más se vinculan con la materia, “principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya un edificio u otra cosa”, “razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo” y también “raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material”⁷.

Llevado el vocablo en análisis al ámbito más preciso del derecho, debemos constatar que el nexo de los *fundamentos* con el ordenamiento jurídico viene dado por la naturaleza de justificación o motivación que ellos tienen respecto de las decisiones estatales y, por eso, persiguen desvirtuar la arbitrariedad o falta de sustento de que podrían adolecer.

En esta línea de pensamiento, recuerdo que hace algunos años resumí el origen y desarrollo de estos conceptos⁸, desde su origen latino –*arbitrarius*–, referido al árbitro, o sea, al pretor a quien se le asignaba la decisión en la fase *apuda iudicem* de un proceso.

Será durante el *Imperio*, sin embargo, que el adjetivo *arbitrarius* comenzará a adquirir las connotaciones de caprichoso, vago o infundado hasta los significados que lo identifican con lo despótico y lo tiránico o con una actuación carente de fundamento, razón, y experiencia, alcanzando como estándar de evaluación a todas las decisiones estatales, incluso las provenientes del legislador, en las obras de Locke y Montesquieu.

A partir de estas ideas, el hoy denominado *principio de interdicción de la arbitrariedad* tiene, entonces, un doble significado: “En un sentido genérico, ve en la arbitrariedad el reverso o negativo de la Justicia y el Derecho (...); y, en un sentido más concreto, arbitrario y, por tanto, constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo”⁹.

Por ende, “el concepto de arbitrariedad se vincula así en su esencia última al concepto de motivación¹⁰, de la que los humanos no podemos prescindir en cuanto antes de razón, ni en el plano del *logos*, que es y no puede dejar de ser el del pensamiento (se piensa

⁶ Artículo 20 del Código Civil.

⁷ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Ed. Espasa, 2001, p. 744.

⁸ Fernández González, Miguel Ángel, *El principio constitucional de igualdad ante la ley*, Santiago, Ed. LexisNexis, 2004, pp. 77-82.

⁹ Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Ed. Civitas, 1994, pp. 159-160.

¹⁰ Así lo ha sostenido nuestra jurisprudencia, v. gr., el Tribunal Constitucional en el considerando 18° de la sentencia pronunciada el 30 de diciembre de 2008, Rol N° 1.243, al explicar “que, a efectos de establecer el límite entre lo arbitrario y la discrecionalidad, cabe señalar, en primer lugar, siguiendo a la doctrina, la distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, es decir, lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de lo que, por el contrario, “*cuenta con el respaldo -mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que lo sostiene*” (Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón: *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Palestra Editores, 1ª edición, Lima, marzo 2006). Así, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario es si tiene o no fundamentación de algún tipo, resultando arbitrario aquello que carece de fundamento. Ya superada dicha primera barrera, corresponde calificar la legitimidad de la causa de la diferencia de trato y la legitimidad de la finalidad perseguida; para posteriormente llegar a la coherencia de ellas con los medios utilizados, y finalmente arribar al resultado buscado por el legislador (...).”

con palabras), ni, por supuesto, en el plano del Derecho, es decir, del pensamiento y del razonamiento jurídico. El Derecho exige siempre justificación, demanda razones, preserva la razón. Su naturaleza es la de justificar decisiones, actuaciones. Por eso no puede y no podrá nunca rehuir la cuestión del fundamento (...)”¹¹.

Los fundamentos, entonces y en el plano jurídico, son los motivos, consideraciones, justificaciones o antecedentes que ha tenido en cuenta la autoridad estatal para adoptar un acto o resolución y que la sustentan o le sirven de base imprescindible.

B. Significado en materia de publicidad

Ciertamente que el sentido y alcance que se ha explicado para la expresión *fundamentos*, en cuanto motivación del acto o resolución estatal¹², no es ni puede ser –con esa amplitud- el significado de aquella expresión en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, pues, como bien lo ha precisado el Consejo para la Transparencia, resulta improcedente ejercer el derecho de acceso a información pública cuando lo que se pide es “una solicitud de evaluación de fundamentos y criterios de una decisión reclamada”¹³.

En efecto, dicha entidad ha aclarado que “(...) la competencia del Consejo no se extiende a la revisión de los criterios o fundamentos tenidos a la vista para la adopción de una determinada medida o decisión por parte de los órganos de la Administración del estado”¹⁴.

Obviamente, el Consejo para la Transparencia no se encuentra habilitado por la Ley N° 20.285 para efectuar evaluaciones de mérito respecto de lo decidido por las autoridades sujetas, para otros designios, a su control, estándole vedado obrar en ese sentido.

Antes y al contrario, la expresión *fundamentos*, en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, siempre sobre la base del concepto ya explicado, en cuanto sustento de la decisión estatal, se vincula con un ámbito más restringido, pues reduce su sentido y alcance a la información que ha servido de base, directa y esencial según aclara la Ley N° 20.285 tal y como se explicará en seguida, al acto o resolución de la autoridad estatal.

En suma, los fundamentos, desde el ángulo del artículo 8° inciso 2° de la Constitución se refieren a la información que sustenta la decisión estatal y sin cuyo conocimiento no habría sido posible adoptarla, de manera que pasa a formar un todo indivisible con ella, pero sin incluir las consideraciones de mérito que han conducido al Estado a decidir basándose en ella.

¹¹ Tomás-Ramón Fernández citado en *supra* nota 9, pp. 160-161.

¹² Artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880.

¹³ Considerando 2° de la decisión pronunciada el 5 de junio de 2009, Rol N° 55-09.

¹⁴ Acuerdo N° 2) de la decisión pronunciada el 5 de junio de 2009, Rol N° 55-09; y, en idéntico sentido, la decisión adoptada el 16 de junio de 2009, Rol N° A84-09.

6. *Procedimientos para dictar actos y resoluciones*

En tercer lugar, son públicos, de acuerdo al artículo 8° inciso 2° de la Constitución, los procedimientos que ha seguido la autoridad estatal para adoptar sus actos o resoluciones.

Conforme al artículo 18 de la Ley N° 19.880, tratándose de los que emanan de la Administración, se trata de “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”, la cual consta de las etapas de iniciación, instrucción y finalización.

7. *Documentos que son sustento o complemento directo y esencial*

En cuarto lugar, son públicos, conforme con lo dispuesto, esta vez sólo, en el artículo 5° inciso 1° de la Ley N° 20.285 –que es idéntico, en este punto, al artículo 16 inciso final de la Ley N° 19.880–, *los documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial* para la dictación de los actos o resoluciones estatales.

Fácil es constatar, de inmediato, que el artículo 8° inciso 2° de la Constitución no menciona estos documentos y ningún otro como públicos, lo cual fuerza a formular, al menos, dos consideraciones.

C. Definiciones reglamentarias

En primer lugar, tiene que dejarse constancia que el Reglamento de la Ley N° 20.285, en su artículo 3° literales e), g) y h) ha definido los distintos elementos que componen este cuarto objeto de la publicidad.

Así, en la primera de las letras aludidas, se dispone que *documento* es “todo escrito, correspondencia, memorándum, plano, mapa, dibujo, diagrama, documento gráfico, fotografía, microforma, grabación sonora, video, dispositivo susceptible de ser leído mediante la utilización de sistemas mecánicos, electrónicos o computacionales y, en general, todo soporte material que contenga información, cualquiera sea su forma física o características, así como las copias de aquéllos”.

Por su parte, se indica en el literal g) ya mencionado que la expresión *sustento o complemento directo* se refiere a “los documentos *que se vinculen necesariamente* al acto administrativo en que concurren y siempre *que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre las bases* de esos documentos”, en tanto que, al tenor de la letra h), el *sustento o complemento esencial* se vincula con “los documentos *indispensables para la elaboración y dictación del acto* administrativo en que concurren, de modo que sean *inseparables* del mismo”.

D. Inclusión por la ley y no por la Constitución

Por otra parte y más decisivo que lo anterior, resulta reiterar que la incorporación de los documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial para la dictación de los actos o resoluciones estatales, como objeto sobre el cual recae el principio de publicidad, ha sido realizado por la Ley N° 20.285, pero ellos no aparecen establecidos en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución.

Aquella constatación exegética, ciertamente, conduce a preguntarse si lo dispuesto por la ley resulta o no respetuoso de la Carta Fundamental, pues podría sostenerse que su artículo 8° es claro en cuanto al alcance preciso y delimitado de lo que es público –los actos y resoluciones de los órganos estatales, sus fundamentos y el procedimiento seguido para adoptarlos–, el cual no puede ser extendido a otras materias u objetos y menos si se trata de asuntos privados, sean de personas naturales o jurídicas que no son –claro está– entes estatales.

Por eso, podría colegirse con facilidad, que el artículo 5° inciso 1° de la Ley N° 20.285 es inconstitucional al agregar un objeto –los documentos- a lo que es público que no está previsto en la Carta Fundamental; a la par que la misma referencia a los instrumentos, contenida en el artículo 16 inciso final de la Ley N° 19.880 y en el artículo 13 inciso 3° de la Ley N° 18.575, habrían quedado tácitamente derogadas por el Código Político desde 2005.

E. Reforma constitucional de 2005

Antes de confirmar o desvirtuar tan categórica conclusión, es útil recordar que la reforma constitucional que concluyó en la Ley N° 20.050¹⁵, tuvo su origen en dos mociones parlamentarias, una de las cuales proponía incluir el principio de publicidad en la Carta Fundamental, pero lo hacía en los siguientes términos:

“Las actuaciones de los órganos del Estado y *los documentos que obren en su poder* son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”¹⁶.

Sin embargo, el texto de dicha norma recomendado a la Sala del Senado, en el primer trámite constitucional de la reforma, dispuso algo distinto, acercándose a la redacción más acotada hoy vigente, al señalar que “son públicas las resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (...)”¹⁷. Este

¹⁵ Publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

¹⁶ *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, recaído en mociones de los HH. Senadores señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero, y de los HH. Senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con las que inician sendos proyectos que introducen diversas reformas a la Carta Fundamental, contenido en los Boletines N° 2.526 y N° 2.534, evacuado el 6 de noviembre de 2001, p. 6.

¹⁷ *Id.*, p. 126.

precepto sufrió, en el resto de su tramitación, sólo la inclusión de la expresión *actos*, junto a las resoluciones, como objeto de la publicidad.

Es claro, entonces, que el poder constituyente, habiendo conocido y debatido un proyecto tendiente a declarar que todos los *documentos que obraran en poder* del Estado eran públicos, excluyó aquella referencia genérica, restringiendo la publicidad sólo a los actos y resoluciones estatales, a sus fundamentos y a los procedimientos seguidos para su dictación, pues y obviamente de lo que se trata es de transparentar la actuación estatal y la decisión que se sigue de ella, pero no acudir al derecho de acceso a información pública para capturar lo que no es público ni reservado o secreto, sino lo que es privado, aunque obre en poder del Estado, porque emana de las personas y, por ende, queda cubierto por los derechos de privacidad e inviolabilidad, además de los de contenido económico, que la Constitución les asegura.

F. Incorporación por la Ley de Probidad

Con todo, no sería completo este análisis, si no recordara que el principio de publicidad fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, antes que con la aludida reforma constitucional, a nivel simplemente legal con la denominada *Ley de Probidad*¹⁸, la cual modificó, en 1999, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

Dicha ley declaró que eran públicos “los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y *los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial*”, en el artículo 13 inciso 3° de la Ley N° 18.575.

Demás está señalar que el poder constituyente, en 2005, tenía cabal conocimiento de esta disposición legal y, ciertamente, optó por no reiterarla a nivel constitucional, comprimiendo el objeto del principio de publicidad a los actos y resoluciones estatales, así como a sus fundamentos y a los procedimientos, pero sin incluir los documentos, aunque fueran sustento o complemento directo y esencial de las decisiones estatales.

Por otra parte, tampoco está demás insertar aquí el reparo de constitucionalidad formulado por la entonces senadora Olga Feliú, quien “pidió dejar constancia de que estimaba que el artículo aprobado no se ajusta al ordenamiento constitucional, que obligaría a reconocer el carácter reservado o secreto de *todos los documentos de las entidades privadas*, aun cuando desarrollen actividades de utilidad pública. Hizo saber su objeción de constitucionalidad, en especial respecto de la *obligación de difundir documentos privados*, ya que, por una parte, sería ajena a las ideas matrices de este proyecto, y por otra, *afecta las normas de los números 4 y 5 del artículo 19* de la Constitución Política de la República, esto es, el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, que la Carta Fundamental asegura a todas las personas (...)”¹⁹.

¹⁸ Ley N° 19.653, publicada en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 1999.

¹⁹ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en

G. Primer intento en el proyecto de Ley de Prensa

Pero, aún antes y para completar el origen genuino de la actual preceptiva legal, aquella disposición incorporada mediante la *Ley de Probidad*, realmente tuvo su comienzo, durante el segundo trámite constitucional, del proyecto de ley sobre libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo²⁰, el cual incluía, como públicos, *los documentos de cualquier naturaleza u origen que legalmente obraran en poder de los órganos del Estado*.

Al examinar la historia fidedigna de esta última proposición, se comprueba que ella, aunque fuera en casos acotados, tenía por finalidad acceder a los documentos de particulares que se encontraran en poder del Estado, especialmente cuando correspondían a empresas privadas sujetas a fiscalización, pues como explicaba el senador Hamilton, “(...) la redacción propuesta abre la posibilidad de que los interesados tengan acceso a la documentación e información del sector privado que se entregue a través de la respectiva Superintendencia”²¹.

No obstante que la senadora Feliú advertía, ya entonces, que aquella normativa era equivocada, puesto que “(...) *los hechos y la documentación privados son de tipo reservado por su propia naturaleza* y, por ende, no son públicos. Por el contrario, los actos de la Administración sí son públicos, pues ésta se halla al servicio de la comunidad y se financia con recursos aportados por todos los chilenos. En consecuencia, considero que deben ser públicos los actos terminales de la Administración, o sea, decretos, resoluciones, circulares, etcétera. Los actos en trámite, los actos internos –por ejemplo, el informe de un fiscal solicitado por un Ministro o un Subsecretario–, no tienen por qué ser públicos pues, por último, aquel funcionario no tiene una vinculación externa: se trata de un asesor de las autoridades superiores”²².

Sin embargo y aún durante el segundo trámite constitucional, en la siguiente etapa de discusión del proyecto se comenzó a acotar la preceptiva inicialmente propuesta, al disponerse que eran públicos “los actos administrativos de los órganos del Estado y los documentos de cualquier naturaleza u origen que les sirvan de sustento o complemento, como también los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público”, sin perjuicio –claro está– de la reserva o secreto que procedieren a su respecto en conformidad a la ley²³.

No obstante, sabemos que, en definitiva, aquel precepto fue excluido del proyecto de ley

segundo trámite constitucional, sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado, contenido en el Boletín N° 1.510, evacuado el 2 de junio de 1998, p. 26.

²⁰ Así se constata en el *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, recaído en dicho proyecto de ley, contenido en el Boletín N° 1.035, evacuado el 16 de abril de 1997, pp. 204-205.

²¹ *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 45ª, celebrada el martes 6 de mayo de 1997, pp. 20-21.

²² *Id.*, pp. 69-70.

²³ *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, evacuado el 1 de octubre de 1997, p. 121.

sobre libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo para incorporarlo, a nuestro ordenamiento jurídico, a través del que sancionó la *Ley de Probidad*²⁴.

H. Conclusiones preliminares

Al tenor del brevísimo resumen descrito, deben extraerse, al menos, las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que, en su origen, como proposición formulada durante la tramitación del proyecto de ley sobre libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo, se declaraban públicos, de manera bastante amplia o extendida, *los documentos de cualquier naturaleza u origen que legalmente obraran en poder* de los órganos del Estado, pero luego se fue avanzando –presumiblemente, por las objeciones de constitucionalidad formuladas por algunos senadores– hacia un objeto más acotado que se refería sólo a *los documentos de cualquier naturaleza u origen que les sirvieran de sustento o complemento* a los actos y resoluciones estatales.

En segundo lugar y llevado el precepto a la *Ley de Probidad*, por medio de la cual fue definitivamente insertado en nuestro Derecho Positivo, la publicidad alcanzó a esos documentos, pero sólo en el caso que sirvieran de sustento o complemento *directo y esencial* a los actos administrativos, aunque con esta redacción se mantuvieron las objeciones de constitucionalidad ya formuladas.

En tercer lugar, ni siquiera esta disposición acotada va a ser recogida por el poder constituyente, en 2005, al incorporar el principio de publicidad a la Carta Fundamental, el cual sólo alcanza a los actos y resoluciones estatales, a sus fundamentos y a los procedimientos que se han seguido para dictarlos.

En cuarto lugar y por último, claramente sin captar el proceso restrictivo que había venido ocurriendo desde el proyecto de *Ley de Prensa* hasta la reforma constitucional de 2005, la Ley N° 20.285, obviando u olvidando la preceptiva constitucional, reiteró la normativa legal vigente en la materia reincorporando como objeto de la publicidad a *los documentos que sirvieran de sustento o complemento directo y esencial* a los actos y resoluciones estatales, si bien manteniendo los elementos añadidos en la *Ley de Probidad*, los cuales fueron –en ese sentido acotado– precisados claramente por el Reglamento de dicha ley, al definir, como ya se insertó, que el sustento o complemento sería *directo* cuando el instrumento se vinculara *necesariamente* al acto administrativo y siempre *que dicho acto se dictara, precisa e inequívocamente*, sobre la base de esos documentos; y, al mismo tiempo o copulativamente, que el documento fuera *esencial*, vale decir, *indispensable para la elaboración y dictación del acto* administrativo, de modo que resultara *inseparable* de él.

²⁴ Véase el debate contenido en el *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 6ª, celebrada el miércoles 8 de abril de 1998, pp. 47-51.

I. Historia de la Ley N° 20.285

Finalmente y antes de dirimir, en definitiva, la duda planteada al comienzo de este párrafo, en orden a si la inclusión de los documentos como objeto de la publicidad es o no respetuosa de la Constitución, aun en el sentido acotado al que se arribó, cabe advertir que, durante la tramitación de la Ley N° 20.285, se planteó dotar de enorme amplitud –al estilo de la que se había propuesto al comienzo del proyecto de ley sobre libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo– al objeto de la publicidad, pues se sugirió, inicialmente, preceptuar que “*toda información que obre en poder de la Administración del Estado es por principio pública*” y, más aún, que iban a ser públicos los documentos *creados u obtenidos* por la referida Administración o que se encontraran *en su posesión o bajo su control*²⁵.

Posteriormente y frente a la proposición del Presidente de la República en orden a que fueran públicos sólo “los actos y resoluciones de la Administración, así como las razones en que se funden”, se sugirió a la Sala de la Cámara de Diputados que dicha publicidad alcanzara a los actos y resoluciones, así como a sus fundamentos y procedimientos, incluyendo los documentos, pero sólo en cuanto se tratara de los instrumentos que contuvieran dichos actos, resoluciones y fundamentos, llegando así a una redacción legislativa coherente, claramente, con el artículo 8° inciso 2° de la Constitución²⁶.

Precisamente, debatiendo acerca del sentido y alcance del artículo 5° de la Ley N° 20.285, que se planteaba en los términos estrictos recién transcritos, consta en la historia fidedigna de dicha ley que quienes eran a la sazón Presidente y Director de la Fundación ProAcceso, señores Juan Pablo Olmedo y Tomás Vial Solar, señalaron que “respecto a *la información entregada por las empresas privadas a los órganos fiscalizadores*, estimaron que ella, de acuerdo al artículo 5° que no hacía distingo alguno en cuanto al origen de la información, *era pública* y su accesibilidad debería regirse por el régimen de las excepciones legales (...)”²⁷, de manera que bastaba, para perder su carácter privado, que esa información obrara o estuviera en poder del Estado, como si la sola transferencia mutara su naturaleza.

Sin embargo, aclarando el sentido y alcance de la disposición, a propósito de una indicación que reemplazaba el inciso 2° del artículo 5°, que prescribía que *se presumía pública toda otra información que obrara en poder de la Administración para señalar*

²⁵ *Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización*, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, sobre acceso a la información pública, contenido en el Boletín N° 3.773, evacuado el 16 de mayo de 2005, el cual se encuentra reproducido en Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.285 Sobre acceso a la información pública*, 20 de agosto de 2008, p. 41.

²⁶ *Segundo Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización*, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, sobre acceso a la información pública, contenido en el Boletín N° 3.773, evacuado el 31 de agosto de 2005, el cual se encuentra reproducido en Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.285 Sobre acceso a la información pública*, 20 de agosto de 2008, pp. 76-77, 94 y 101.

²⁷ *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia*, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre acceso a la información pública, contenido en el Boletín N° 3.773, evacuado el 8 de mayo de 2007, el cual se encuentra reproducido en Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.285 Sobre acceso a la información pública*, 20 de agosto de 2008, p. 175.

que dicha información, en realidad, *era* pública, consta –en lo que aquí interesa– que “el diputado señor Ceroni estuvo por rechazar la indicación, toda vez que las materias tratadas por ambos incisos no eran las mismas sino que distintas. En efecto, el primero se refería a las resoluciones y *documentos que servían de sustento a los actos públicos*, los que serían públicos y, el segundo, en cambio, se refería a las informaciones que pueden encontrarse en poder de la Administración y que, incluso, podrían provenir de otros organismos distintos de la Administración. Respecto de esta información solamente podría presumirse su publicidad, opinión con la que coincidió el Diputado señor Bustos”²⁸.

También coincidieron con esa interpretación –que serían públicos los documentos que sustentaban, o sea, que fundamentaban los actos estatales– los representantes del Gobierno, “por cuanto el artículo 8° de la Constitución, se refiere a los actos y resoluciones de los órganos del Estado a los que declara públicos y que son los que menciona el artículo en análisis. El inciso segundo se refiere al resto de la información en poder de la Administración, de la que solamente puede presumirse su publicidad”²⁹.

No obstante ello, los representantes de la Fundación ProAcceso tuvieron una segunda oportunidad para plantear sus objeciones al sentido y alcance del artículo 5°, pues en el tercer trámite del proyecto de ley sostuvieron que:

“El artículo 5° del proyecto continúa señalado como públicos los actos de los órganos de la Administración, con el consiguiente *peligro de una interpretación restrictiva* respecto de aquella información que no se relacione con un acto.

Por otro lado, en el artículo 10°, respecto del derecho de acceso, se señala que será a “toda información elaborada con presupuesto publico”, lo que *puede dar pie a negar información que es entregada por privados*, necesaria para la fiscalización.

Por eso es mejor dejar una sola definición amplia, relativa simplemente a la información en poder de los órganos del Estado”³⁰.

Podría pensarse que aquella interpretación se impuso, finalmente, dado que el Senado rechazó todas las enmiendas que la Cámara de Diputados introdujo al proyecto que le presentara aquella Corporación³¹, lo cual dio origen, en el cuarto trámite constitucional, a su examen por la Comisión Mixta.

Sin embargo, esta Comisión propuso y así fue después aprobado por las dos Ramas del Congreso Nacional hasta transformarse en la ley hoy vigente, el precepto inicialmente despachado por la Cámara de Diputados, quedando constancia en el Informe respectivo que el artículo 5° “declara que en función de la transparencia, las actuacio-

²⁸ *Id.*, p. 185.

²⁹ *Id.*, p. 185.

³⁰ *Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización*, recaído en el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, sobre acceso a la información pública, contenido en el Boletín N° 3.773, evacuado el 17 de julio de 2007, el cual se encuentra reproducido en Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.285 Sobre acceso a la información pública*, 20 de agosto de 2008, p. 354.

³¹ *Id.*, p. 372.

nes de la Administración, sus fundamentos, *los antecedentes que les sirvan de sustento o complemento esencial* y los procedimientos para su implementación son públicos, salvo las excepciones que establezca una ley de quórum calificado (...)”³².

Es indubitado, entonces, que cualquier interpretación extensiva del artículo 5° queda descartada, pues ella sería claramente inconstitucional, ya que, como anticipé, un documento privado no pierde esa naturaleza y, por ende, su titular no deja de estar cautelado por la Carta Fundamental, por el hecho de traspasarse al Estado, salvo que se trate de un documento que sea sustento directo y, al mismo tiempo, esencial del acto o resolución administrativo.

J. Interpretación conforme a la Constitución

A la luz de cuanto acaba de exponerse puede resolverse la duda planteada, en cuanto a si el artículo 5° inciso 1° de la Ley N° 20.285 –así como el artículo 16 inciso final de la Ley N° 19.880 y el artículo 13 inciso 3° de la Ley N° 18.575–, al incluir otros objetos de la publicidad, distintos de los que señala la Constitución, en su artículo 8° inciso 2°, como son *los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial* a las decisiones estatales, vulneran o no dicho precepto fundamental.

En este sentido, es indispensable seguir el principio rector de la interpretación del Código Político tantas veces utilizado por nuestro Tribunal Constitucional, en cuanto a que es menester siempre preferir aquella interpretación del precepto legal que lo torna conforme a la Carta Fundamental antes que excluirlo, pues “(...) el intérprete y aplicador de las normas infraconstitucionales, de acuerdo a este postulado, debe optar entre las diversas alternativas de interpretación posible de la norma subconstitucional que la haga más compatible y armonizable con la Carta Fundamental, excluyendo toda otra interpretación incompatible con la Constitución”³³.

Siguiendo este principio de deferencia hacia el legislador, ciertamente, no puede llegar a sostenerse que los documentos que obren en poder del Estado son públicos, por este solo hecho, lo cual sería obviamente una aplicación contraria a la Constitución del artículo 5° inciso 1° que debería ser inaplicada por el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 93 inciso 1° N° 6° de la Carta Fundamental, sino que sólo serán públicos cuando, hallándose en poder de un órgano administrativo, sean el complemento directo y esencial de la decisión estatal, entendiéndose que ello ocurre, para encontrar una interpretación que haga consistente lo dispuesto en el precepto legal referido con lo prescrito en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, cuando constituyen o sean parte de los *fundamentos* del acto o resolución.

Lo expuesto impide, entonces, al intérprete y a quien aplique lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 20.285 considerar que los fundamentos a que alude la Constitución

³² *Id.*, p. 396.

³³ Nogueira Alcalá, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Ed. Librotecna, 2006, p. 128.

son distintos de los documentos –aunque sean complemento directo y esencial del acto administrativo–, pues ello forzaría a la inaplicabilidad de ese precepto legal, por su inconsistencia con el artículo 8° de la Carta Fundamental, debiendo concluirse, necesariamente, que aquellos instrumentos sólo son públicos cuando constituyen fundamento de la decisión estatal.

En consecuencia, los documentos que sirven de complemento directo y, a la vez, esencial a los actos o resoluciones estatales son públicos cuando han servido de fundamento a la decisión pública, esto es, cuando constituyan la causa, el sustento o soporte de la decisión administrativa, de manera que –conforme al artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 20.285– esa decisión se vincula, necesariamente, al acto de la Administración, el cual fue dictado, precisa e inequívocamente, sobre la base de esos documentos, al mismo tiempo y copulativamente que los documentos hayan sido indispensables para su elaboración o dictación, de modo que resultan inseparables de la decisión terminal adoptada.

8. Información elaborada con presupuesto público

En quinto lugar, es igualmente pública la información elaborada con presupuesto público, a propósito de lo cual cabe consignar que el apego de este precepto legal a la Constitución, en esta frase, conforme al principio de interpretación armónica ya formulado, tiene sólo dos alternativas:

Por una parte, que dicha información es, precisamente, el mismo acto o resolución estatal, ya que estos son elaborados, ciertamente, por funcionarios públicos con cargo al erario nacional, lo cual parece redundante; o bien, de otra, que se trate de información surgida de particulares con base en recursos públicos, v. gr., a raíz de haberse otorgado subvenciones, fondos concursables o créditos por el Estado, en este caso tal y como con los documentos, podrá acceder a ellos sólo si han servido de sustento directo y esencial, o sea, de fundamento, a la decisión estatal, por las razones latamente desarrolladas en los párrafos precedentes.

9. Cualquier otra información en poder de la Administración

Finalmente y de acuerdo con la Ley N° 20.285, en su artículo 5° inciso 2°, mas no al tenor de lo preceptuado en el artículo 8° de la Constitución, es pública también “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”.

Desde luego, cabe formular aquí las mismas consideraciones que se acaban de plantear, desde el ángulo ineludible del respeto a la Constitución, en nexa con los documentos, debiendo concluirse, conforme al principio de interpretación que exige preferir siempre el significado de los preceptos legales que resulte consistente con la Carta Fundamental,

antes que sostener su inconstitucionalidad, que cualquier otra información que obre en poder de la Administración sólo puede ser pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, si es que se encuadra en alguno de los cuatro objetos allí mencionados, sea porque consiste en un acto o resolución de otro órgano estatal o porque esa información sirvió de fundamento a un acto o resolución administrativa porque es constitutiva del procedimiento seguido para dictarlos.

En efecto, “el principio (de publicidad) no otorga un derecho indiscriminado a obtener cualquier información o datos en poder del estado, que manejen antecedentes cuya difusión puede, por su carácter personal, comprometer los derechos de los involucrados, salvo si media de parte de dichos órganos una actuación específica y siempre que ésta no esté respaldada por una ley de quórum calificado, en alguno de los supuestos permitidos en el artículo 8°³⁴.”

Por ende y tal como ya se explicó, sólo podrá accederse a ella, si es fundamento de lo decidido por la Administración, o sea, si la información se vincula necesariamente al acto administrativo y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre su base, a la par que ella haya resultado indispensable para su elaboración y dictación, de modo que con la decisión sean inseparables.

IV. Conclusiones

El principio de publicidad, consagrado en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, alcanza, ineludiblemente, a todos los actos y resoluciones estatales, a sus fundamentos y a los procedimientos que se han seguido para dictarlos, salvo que una ley de quórum calificado determine que son secretos en virtud de alguna de las causales contempladas en dicho precepto fundamental.

A su turno, los actos y conductas de las personas naturales y jurídicas están, al contrario, cubiertas por la privacidad y confidencialidad que la Constitución les asegura como derechos fundamentales y sólo adquieren carácter público si es que sirven de fundamento a los actos o resoluciones estatales, a menos que queden, igualmente, alcanzadas por alguna causal de secreto o reserva.

Este es el sentido y alcance con que debe interpretarse el artículo 5° de la Ley N° 20.285 para que no sea contrario a la Constitución.

³⁴ Hernández Empanaza, Domingo, “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las Bases de la Institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: Regionalización, probidad y publicidad de actos”, Humberto Nogueira Alcalá, *La Constitución reformada de 2005*, Santiago, Ed. Librotecnia, 2005, p. 35.

