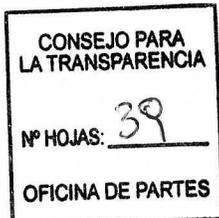


CLAUDIO MORAGA KLENNER

Santiago, 29 de marzo de 2016

CHL-30MAR2016-16:11



MAT.: OPINIÓN LEGAL (FINAL)

Señor  
Javier Bernal Puebla  
Jefe (s) Unidad de Seguimiento de Decisiones y Sumarios  
Dirección de Fiscalización  
Consejo para la Transparencia  
Morandé 360, piso 7. Santiago, Chile  
PRESENTE

De mi consideración:

Adjunto a la presente me es grato remitir a Uds. informe u opinión legal del suscrito reefrido a cuestiones vinculadas con el ejercicio de las atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras del Consejo para la Transparencia.

Sin otro particular, saluda atentamente a Ud.,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Claudio Moraga Klenner".

Claudio Moraga Klenner  
Prof. Asociado Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho - U. de Chile

CC.  
- Archivo.



CLAUDIO MORAGA KLENNER

Santiago, 29 de marzo de 2016

MAT.: OPINIÓN LEGAL (INFORME FINAL)

Señores  
Consejo para la Transparencia  
At. Sr. Raúl Ferrada Carrasco  
PRESENTE

De mi consideración:

Uds. han solicitado una opinión legal acerca de las siguientes cuestiones atinentes al ejercicio de las atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras del Consejo para la Transparencia (en adelante, también, el Consejo):

- Autoridad sujeta a responsabilidad bajo la Ley N° 20.285.
- Concepto de denegación infundada de acceso a la información.
- Asimilación de una abstención de responder una solicitud de información, con una denegación infundada del órgano administrativo.
- Exigencia de afectación de un bien jurídico como parte de la "denegación infundada".
- Requisitos procedimentales que se deben observar en tramitación de sumarios instruidos por el Consejo.

A efectos de lo anterior, exponemos en las siguientes páginas nuestra opinión legal.

#### **I. AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY N° 20.285 (LAIP).**

La jurisprudencia del Consejo y de las altas Cortes ha afirmado que la LAIP se aplica a una administración del Estado algo más extensa que la que se describe en el art. 1º, inciso 2º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), de momento que caen en su ámbito no tan sólo organismos públicos (creados por ley) sino que también personas jurídicas de Derecho Privado que ejercen funciones administrativas. En efecto, el art. 2º de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (LAIP) precisa que sus disposiciones se aplican 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.



A partir de lo anterior, se ha entendido por el Consejo para la Transparencia y por los tribunales de justicia que las personas jurídicas de derecho privado, cuyos órganos directivos están integrados por funcionarios públicos y que reciben financiamiento público para el cumplimiento de su objeto, no están excluidas de las obligaciones de publicidad establecidas en la LAIP, de momento que su creación es simplemente instrumental.<sup>1</sup>

También, en lo que respecta a los organismos públicos se presenta otra singularidad, a saber, que la LAIP no se aplica a todos ellos en igual medida y sentido. En efecto, tratándose de la Contraloría General de la República y del Banco Central, ellos se sujetan exclusivamente a las normas de la LAIP que expresamente así lo dispongan, como así también a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el art. 1º LAIP, es decir, al principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información. Por último, en lo que concierne 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, se aplican únicamente las disposiciones LAIP que expresamente así lo dispongan.

## II. AUTORIDAD SUJETA A RESPONSABILIDAD BAJO LA LAIP.

### A. El sentido del art. 45 LAIP.

El art. 45 prescribe: "La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo, así, lo dispuesto en el artículo 16, será sancionado con multa de 20% a 50% de su remuneración."

Esta disposición convoca a tener que especificar quién es la "autoridad", "jefatura" y "jefe superior".

Una "autoridad" puede ser definida como una estructura institucional, modelada desde una determinada función [administrativa], dotada de atribuciones de poder público que se expresan, al exteriorizarse, como actos públicos.<sup>2</sup> En algunas oportunidades la ley iguala a la "autoridad" con una "jefatura" y, en otras, las trata como conceptos diversos.

<sup>1</sup> V.gr.: Consejo para la Transparencia, sentencia N° A211-09, de 11 de septiembre de 2009; Corte Suprema, 9 de abril de 2013, Rol 4.679-12; Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de abril de 2013, Rol 6.569-11; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 27 de enero de 2011, Rol 395-2010; Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de julio de 2010, Rol 132-2009-ILE.

<sup>2</sup> Cfr. *Rolando Pantoja Bauzá* La caracterización del Derecho Administrativo, apuntes de clases Facultad de Derecho U. de Chile, p. 16.

Un ejemplo del primer tipo está en art. 5 LOCBGAE: “Las *autoridades y funcionarios* deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.” Un ejemplo del segundo tipo se encuentra en el art. 11.1 LOCBGAE: “Las *autoridades y jefaturas*, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.”

El concepto de “jefatura” o “jefe” se asienta en el principio de jerarquización de las organizaciones administrativas, es decir, por la idea de jerarquías diversas que existen dentro de una misma organización, de modo tal que quien se encuentra en la cúspide de un servicio, división, departamento, sección u oficina tiene normalmente personal a su cargo, a quien puede y debe dirigir en el cumplimiento de la función administrativa. La estructura “jefe” hace referencia, entonces, a una posición superior dentro de la organización, que asume funciones y tareas especiales, distintas a las que asumen los demás funcionarios públicos que no son “jefes”. De modo ejemplar, el art. 11, antes transcrito grafica el deber de ejercicio de control interno administrativo radicado precisamente en las “jefaturas”. Lo propio hace el art. 64 de la Ley N° 18.834 (Estatuto Administrativo) que dispone que son obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas, ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones; velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia, y desempeñar sus funciones con ecuanimidad y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación, velando permanentemente para que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios.

Si se tiene en vista los arts. 24, 27 y 31 LOCBGAE, se advierte que toda organización administrativa –sea ministerial o en el nivel de los servicios públicos- se funda en una estructuración general predefinida por el legislador orgánico constitucional, consistente en unidades en distintos niveles jerárquicos. Dentro de los Ministerios se destaca, además del nivel del propio Ministro, el nivel de la o las subsecretarías, Secretarías Regionales Ministeriales, divisiones, departamentos, secciones y oficinas. En el caso de los servicios públicos, el nivel superior es la dirección nacional, y más abajo aparecen las direcciones regionales, los departamentos, los subdepartamentos, las secciones y oficinas. Pues bien, cada una de estas unidades estructurales de la organización administrativa cuentan con un “jefe” o una “jefatura”.

Finalmente, una modelación especial del “jefe” lo constituye el “jefe superior del servicio”, al que el art. 31 LOCBGAE denomina generalmente “director” y quien es el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo. A estos jefes superiores del servicio les corresponde, en términos generales, dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus

objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne. Debemos hacer constar que en lo que concierne al nivel ministerial, el art. 24 LOCBGAE establece que el "jefe de servicio" del ministerio no es el Ministro respectivo, sino que el Subsecretario, puesto que a él corresponde "ejercer la administración interna del Ministerio".

Con lo hasta aquí expuesto, podemos alcanzar una conclusión preliminar: la potestad sancionadora que se activa por infracción del art. 45 LAIP puede dirigirse tanto respecto del "jefe superior" de la organización administrativa, como contra cualquier otra autoridad, jefe o jefatura existente dentro de la organización administrativa, aun cuando no se trate de la autoridad superior, e.gr.: los directores regionales de servicios públicos descentralizados o los secretarios regionales ministeriales, tratándose de los Ministerios que se desconcentran territorialmente. Ello se reafirma al advertir que el art. 1 N° 1 LAIP, define a la "autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la administración" a la "autoridad con competencia comunal, provincial, regional o, en su caso, el jefe superior del servicio a nivel nacional."

#### **B. Funcionarios o autoridades responsables, según las distintas formas organizacionales que se reconocen en la LAIP.**

El art. 4 LAIP establece de un modo simple y directo que todas las autoridades y los funcionarios de la Administración del Estado deben cumplir estrictamente con el principio de transparencia de la función pública, definido como el deber de "respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley."

Teniendo en vista lo anterior, es posible precisar qué autoridad responde de cara al art. 45 LAIP, en las diversas modalidades organizacionales de la Administración Pública.

##### **1. Órgano autónomo constitucional: Banco Central.**

El art. 108 constitucional crea al Banco Central como un organismo autónomo, con patrimonio propio y de carácter técnico. Su ley orgánica constitucional confiere al banco personalidad jurídica y patrimonio propios (art. 1 Ley N° 18.840).

En virtud del art. 65 bis (introducido en su ley orgánica por el artículo séptimo de la LAIP), no se aplican al Banco Central las disposiciones del Título VI de la LAIP, referido a las Infracciones y sanciones. No obstante, todas las referencias que se hacen a la "autoridad", "jefatura" o "jefe superior" en las disposiciones de la LAIP aplicables al Banco Central (Título II, Título III, a excepción del art. 9; y los arts. 10 al 22 del Título IV) se entenderán hechas al Presidente del Banco Central.



Solamente la Corte de Apelaciones, conociendo de una acción de reclamación de la LAIP, podrá sancionar en su sentencia que acoja el reclamo con multa de 20% a 50% de las remuneraciones al infractor.

2. Órgano autónomo constitucional: Contraloría General de la República.

El art. 98 de la Constitución Política de la República (CPR) crea a la Contraloría General de la República como un organismo autónomo. Ni la Constitución ni su ley orgánica constitucional (Ley N° 10.336) confieren a la Contraloría personalidad jurídica propia.

En virtud del art. 155 de la Ley N° 10.336 (introducido en su ley orgánica por el artículo quinto de la LAIP), no se aplican a la Contraloría las disposiciones del Título VI de la LAIP, referido a las Infracciones y sanciones. En el mismo sentido, el Consejo para la Transparencia ha declarado que no puede conocer de reclamaciones contra la Contraloría por denegación de acceso a la información (e.gr.: A70-09, A72-09, A98-09).

Solamente la Corte de Apelaciones, conociendo de una acción de reclamación de la LAIP, podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad de la Contraloría ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI de la LAIP, el que se instruirá conforme a su respectiva ley orgánica.

3. Órgano autónomo constitucional: Municipalidades.

Las municipalidades son organismos autónomos constitucionales, definidas como "corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna." (art. 118.4 CPR).

La máxima autoridad en la municipalidad es el alcalde (art. 118.1 CPR) y, como tal, le corresponde su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento (art. 56 LOCM).

El alcalde es, entonces, el sujeto pasivo de la potestad sancionatoria del art. 45 LAIP, con la precisión de que por tratarse de un órgano autónomo constitucional, el sumario administrativo debe ser instruido por la Contraloría General de la República.<sup>3</sup>

4. Órgano autónomo constitucional: Gobiernos Regionales.

Los Gobiernos Regionales, dispone el art. 111.3 CPR, están constituidos por el intendente y el consejo regional, y para el ejercicio de sus funciones, ellos gozan de personalidad jurídica de derecho público. Su órgano ejecutivo es el intendente (art. 23.1 LOCGAR),

---

<sup>3</sup> E.gr.: Corte de Apelaciones de Concepción, 24.9.2012, Rol 367-2012, consid. 8°.

quien además es el jefe superior de los servicios administrativos del gobierno regional (art. 27 LOCGAR).

El intendente debe ser considerado, entonces, como el sujeto pasivo de la potestad sancionatoria del art. 45 LAIP.

5. Empresas públicas creadas por ley y empresas del Estado.

Las empresas públicas creadas por ley son organismos que integran la Administración del Estado conforme lo establece el art. 1.2 LOCBGAE. En este sentido, ellas han sido clasificadas por la doctrina administrativa como "servicios descentralizados" de momento que el legislador las ha dotado de una personalidad jurídica y patrimonio propios, es decir, distintos a los del Fisco. Las empresas del Estado, por su parte, son personas jurídicas de derecho privado que no han sido creadas por decisión legislativa, sino que a través del respectivo pacto fundacional. En este sentido son sociedades participadas en un 100% por organismos públicos. Finalmente, las sociedades en que tiene participación el Estado, como su nombre lo indica, son sociedades en las que el sector público, no siendo el único propietario de ellas, participa en su propiedad y capital y tiene derecho de elegir en todo o parte a los administradores de ella. Para los efectos de la LAIP, sus disposiciones son aplicables a las sociedades en que el Estado tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

El artículo décimo de la LAIP ejemplifica a las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y las sociedades en que éste tiene participación, en los casos de Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile y el Banco Estado.

Las empresas a que se refiere el artículo décimo de la LAIP están sujetas a un régimen sancionatorio distinto que el que se aplica como regla general a los organismos administrativos y, por lo mismo, no están bajo las potestades fiscalizadoras y sancionatorias del Consejo para la Transparencia.<sup>4</sup> En efecto, esas empresas quedan obligadas a entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros o, en su caso, a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la ley N° 18.046. En caso de incumplimiento, los directores responsables de la empresa infractora serán sancionados con multa a beneficio fiscal hasta por un monto de quinientas unidades de fomento, aplicada por la respectiva Superintendencia de conformidad con las atribuciones y el procedimiento que establecen sus respectivas leyes orgánicas. No obstante lo dicho, el Consejo se ha considerado respecto de ellas, competente para

---

<sup>4</sup> En igual sentido, *Gladys Camacho Cepeda* Transparencia Pública y Protección de Datos Personales en Chile (p. 37-65), en RDP, v. 77, 2012, 65), p. 50; Corte de Apelaciones de Santiago, , Rol N° 608-2010, de 29.7.2010; D.CGR N° 44.462/2010.

conocer acerca del cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa (e.gr.: R12-09).

#### 6. Organismos centralizados.

Los organismos centralizados son definidos por la ley como aquéllos que actúan "bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente" (art. 29.2 LOCBGAE). Ejemplos de organismos centralizados se hallan frecuentemente en las leyes orgánicas de los Ministerios de Estado o tienen sus propias leyes orgánicas. Se trata de organizaciones que dependen de un ministerio en particular y que se insertan dentro de la propia estructura jerarquizada: la Dirección General de Obras Públicas o la Dirección de Vialidad, en el Ministerio de Obras Públicas; la Junta Aeronáutica Civil, en el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Gendarmería de Chile, en el Ministerio de Justicia, etc.

Los servicios centralizados cuentan con un jefe superior que, usualmente, toma el nombre de Director, quien es el funcionario de más alta jerarquía dentro del organismo respectivo (art. 31 LOCBGAE). A estos jefes de servicio, el Presidente de la República puede delegar en forma genérica o específica la representación del Fisco, para la ejecución de los actos y celebración de los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines propios del respectivo servicio (art. 35 LOCBGAE).

#### 7. Los Ministerios (organismos centralizados).

Un caso especial se plantea tratándose de los Ministerios. Estos son organismos centralizados, de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones (art. 22.1 LOCBGAE). A cargo de los Ministerios se hallan los Ministros de Estado, en quienes recae la responsabilidad de conducirlos, en conformidad con las políticas e instrucciones que imparta el Presidente de la República (art. 23.1 LOCBGAE).

Ya antes hemos indicado que los Ministros de Estado no son los jefes superiores de los Ministerios que conducen (aplica D.CGR 47.579/2013). Por el contrario, el art. 24 LOCBGAE entrega esa responsabilidad al subsecretario ministerial respectivo. Se infiere de lo señalado, que la potestad sancionadora del art. 45 LAIP debe ejercerse, tratándose de información solicitada a un Ministerio, en contra del subsecretario respectivo que la hubiere negado injustificadamente.

#### 8. Organismos descentralizados.

Los organismos descentralizados se caracterizan por actuar con una personalidad jurídica de Derecho Público y un patrimonio propios que la ley les asigna, es decir, estos no se



confunden con el Fisco (art. 29.2 LOCBGAE). Tienen además, claramente definida su jefatura. En efecto, el art. 31 LOCBGAE dispone que ellos están a cargo de un "jefe superior", es decir, se trata del funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo.

De lo mencionado se concluye que el art. 45 LAIP tiene como destinatario natural en este caso a ese jefe de servicio que, comúnmente toma el nombre de director, pero que bien puede el legislador denominar de un modo distinto (v.gr.: Presidente – Presidente del Consejo de Defensa del Estado-, Rector –rector de la Universidad de Valparaíso), etc.).

#### 9. Organismos desconcentrados.

Los organismos desconcentrados son organizaciones administrativas centralizadas, respecto de las cuales por ley se han acrecentado las atribuciones que pueden ejercer los representantes o agentes territoriales, usualmente denominados Directores Regionales (desconcentración territorial) o ciertos órganos del respectivo servicio público centralizado (desconcentración funcional).<sup>5</sup> Eduardo Soto Kloss define el fenómeno de la desconcentración administrativa como "la radicación de una o más potestades administrativas que hace la ley en un órgano inferior dentro de la línea jerárquica de un ente de la Administración del Estado".<sup>6</sup>

Como en la desconcentración, la ley quita unas potestades que de otro modo ejercería el jefe superior del servicio o, también, crea unas nuevas atribuciones que entrega directamente a un órgano de inferior jerarquía (inmediatamente a continuación del jefe superior) dentro del mismo servicio centralizado, el órgano desconcentrado pasa a ser el único y exclusivo órgano con competencia para ejercer aquellas atribuciones o potestades que le ha entregado la ley, a punto tal, que no tiene superior jerárquico cuando las ejerce. A lo anterior se suma la circunstancia evidente que el órgano desconcentrado asume la plena responsabilidad por los actos, hechos, conductas u omisiones que dicte o realice, desde que respecto de sus potestades desconcentradas había roto el vínculo que tenía con el nivel central del organismo administrativo; en otras palabras, el deber de vigilancia que pesaba en el jefe superior del servicio cesa respecto de los órganos desconcentrados en lo que respecta al ejercicio de sus potestades legalmente desconcentradas.<sup>7</sup>

Con lo hasta aquí explicado, se concluye que, de cara al art. 45 LAIP, los órganos desconcentrados son responsables cuando la denegación infundada de acceso a la información dice relación con negocios que caen dentro del ámbito de la competencia legalmente desconcentrada de aquél. Esa decisión, con otras palabras, es única y exclusivamente del servicio desconcentrado, cuyo órgano superior (e.gr: la SEREMI) pasa a ser jefe superior. En sentido contrario, y bajo el escenario fáctico recién explicado, no

<sup>5</sup> Germán Boloña Kelly Organización Administrativa, 2da. edición, Santiago 2010, p. 266.

<sup>6</sup> Eduardo Soto Kloss Derecho Administrativo Temas Fundamentales, Santiago 2009, p. 180.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 192 y s.

parece procedente hacer responsable al jefe superior del respectivo ministerio o servicio centralizado, respecto de la forma como el órgano desconcentrado ejerce unas funciones que únicamente a este último le competen. En un sentido contrario se ha manifestado el Consejo para la Transparencia: e.gr.: Rol A39-09.

Por nuestra parte, disentimos de esta jurisprudencia administrativa, puesto que subyace un supuesto de responsabilidad por el hecho de terceros, lo que atenta contra principios esenciales en materia sancionatoria: legalidad, tipicidad, culpabilidad. A modo de ejemplo, las Seremi del MOP tienen la atribución para adquirir bienes muebles y activo físico para su funcionamiento y para dictar actos que provocan efectos en terceros –la ley habla de “Dictar las resoluciones que digan relación con el cumplimiento de las funciones, atribuciones y obligaciones que las normas legales y reglamentarias les entreguen...”.- (art. 61 N° 14 y 31 del DFL MOP N° 850, de 1997, Ley Orgánica del MOP y Ley de Caminos). En cualquiera de estos casos, los contratos y las resoluciones no están dentro de una órbita directa de competencia de la autoridad máxima ministerial (en este caso, del MOP), sino que permanecen siendo una cuestión privativa de la Seremi, incluso en lo que concierne a la obligación de darle transparencia activa o si es que su acceso fuere requerido con base en las disposiciones de los artículos 10 y siguientes de la LAIP.

#### 10. Corporaciones y fundaciones municipales.

##### a. Naturaleza jurídica y representación.

Las corporaciones y fundaciones municipales son personas jurídicas de derecho privado, que no persiguen fines de lucro, que han sido constituidas o fundadas por una o más municipalidades y que tiene por objeto principal administrar y operar los servicios traspasados a las municipalidades en las áreas de educación, salud o atención de menores (art. 12 DFL N° 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior), o prestar servicios de interés general en materia de arte y cultura, deporte, fomento de obras de desarrollo comunal y productivo (arts. 129 a 136 LOCM).

Los órganos directivos de las corporaciones y fundaciones municipales se establecen en los respectivos pactos fundacionales, además de estar regulados por el título XXXIII del Libro I del Código Civil. La dirección y administración, expresa el art. 551 Código Civil recaerá en un directorio de al menos tres miembros. Quien sea elegido presidente del directorio lo será también de la corporación, y la representará judicial y extrajudicialmente. Esta última idea no puede ser modificada en caso alguno, ni siquiera por acuerdo de los socios fundadores o del directorio o de la asamblea de socios, tratándose de una corporación (arts. 9 y 11 Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica). En otras palabras, el presidente del directorio es siempre y bajo cualquier circunstancia la jefatura o autoridad superior de la asociación o fundación, símil del jefe de servicio en las organizaciones administrativas creadas por vía de ley.

Las corporaciones y fundaciones municipales no constituyen organismos públicos, no obstante lo cual actúan como instrumentos que permiten cumplir funciones administrativas de un modo indirecto, a través de una persona jurídica privada. Esto mismo hace que aquéllas estén en una situación especial, de momento que "su creación no obedece a la libre iniciativa de particulares, sino que tiene su origen en una disposición legal que habilita a determinados órganos públicos para constituir las, en términos que aseguren una posición dominante del Estado en su gestión." (D.CGR N° 37.493/2010).

Aun cuando las corporaciones municipales no integran formalmente la Administración del Estado descrita en el art. 1.2 LOCBGAE, está justificado que se les aplique a las corporaciones municipales muchas de las disposiciones legales que se aplican a los organismos públicos, especialmente en lo que concierne a la publicidad y transparencia de sus actuaciones y documentación, así como en materia de controles que permiten resguardar el interés general involucrado en la actividad que ellas despliegan. Esta es la misma idea que subyace cuando se afirma que las disposiciones de la LAIP<sup>8</sup> también aplican en el caso de las corporaciones municipales: en su objeto hay un predominio claro de intereses generales, su dirección está verdaderamente en manos de las municipalidades que las constituyen y sus recursos son en parte importante, también, públicos (D.CGR N° 37.493/2010 y N° 75.508/2010).

La jurisprudencia judicial también entiende que las corporaciones municipales, porque actúan en la consecución de intereses generales y públicos, quedan sujetas, en todos sus aspectos, a la Ley de Transparencia.<sup>9</sup>

#### b. Delegación de atribuciones.

<sup>8</sup> En D.CGR N° 75-508/2010 se lee: "En consideración a lo expuesto, esta Contraloría General entiende que, tanto lo previsto en el artículo 2°, inciso tercero, de la mencionada Ley de Transparencia, como también lo que dispone el artículo décimo de la ley N° 20.285, resultan ser aplicables a aquellas entidades privadas a través de las cuales el Estado realiza ciertas actividades inherentes al cumplimiento de sus funciones, utilizando la preeminencia que le da su participación en el patrimonio o en la dirección de tales entidades. Asimismo, es del caso precisar que la mención a las empresas y sociedades, y a la participación accionaria que efectúan las normas antedichas, en ningún caso excluye a las corporaciones y a otros tipos de personas jurídicas de derecho privado, que la ley ha autorizado constituir al Estado para la consecución de sus cometidos.

"En este sentido, los organismos a que aluden los citados preceptos no sólo deben cumplir la obligación de mantener a disposición permanente del público por medio de sus sitios electrónicos cierta información, sino que quedan sometidos al principio de transparencia establecido en la Ley de Transparencia, que de acuerdo al artículo 4° de la misma consiste en "respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley."

"En mérito de lo expuesto, debe concluirse que es aplicable a las corporaciones municipales constituidas conforme al mencionado artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063 el principio de transparencia, que tal como lo ha precisado la jurisprudencia -contenida, entre otros, en el dictamen N° 37.493, de 2010-, es uno de los principios básicos de gestión propios del derecho público."

<sup>9</sup> E.g.: Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 2.361-09, 14.6.2010, consid. 8°.

En algunos casos, los estatutos de las corporaciones municipales permiten el apoderamiento de ciertas atribuciones o materias específicas en uno o más integrantes del directorio o en quien funge como secretario o administrador de la misma. En estos casos, corresponde precisar si es que la delegación traslada la responsabilidad propia del Presidente de la Corporación hacia el o los delegados. En particular, la cuestión es dilucidar si una delegación en materia de transparencia activa y de acceso a la información puede al mismo tiempo trasladar la responsabilidad que, en principio, recae en el presidente, esta vez hacia el delegado.

Este punto se resuelve a partir de precisar si es que la delegación permitida por los estatutos se identifica con la delegación de ejercicio de funciones propias, del art. 41 LOCBGAE o si, por el contrario, esa delegación envuelve un mandato, regido por los arts. 2.116 y ss. del Código Civil.

El art. 41.1 LOCBGAE permite a los órganos administrativos delegar el ejercicio de sus atribuciones propias, sobre las bases siguientes: "a) La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas; b) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes; c) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda; d) La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización; y e) La delegación será esencialmente revocable. En lo que interesa a efectos de este informe, se destaca que en la delegación de ejercicio de funciones propias, del art. 41 LOCBGAE, hay una traslación de responsabilidad desde el órgano de jerarquía superior hacia un funcionario dependiente, de modo tal que lo que decide este último no lo hace en nombre y representación del delegante, sino que bajo su propio nombre y riesgo. Esto permite inferir que esta institución no envuelve realmente un mandato especial de Derecho Público, lo que explica que la ley imponga al delegado hacerse responsable de las decisiones que tome o las actuaciones que ejecute. Ello no significa que el órgano delegante quede del todo liberado de responsabilidad, sino que está cambia a una responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando*.<sup>10</sup>

Por su parte, tratándose de un contrato de mandato otorgado por una persona jurídica, es habitual que el mandatario únicamente puede actuar a nombre de la mandante, por lo que todas sus actuaciones y decisiones realizadas en el marco de ese mandato, obligan a la mandante como si hubiera actuado ella misma (v.gr.: art. 2.151 Código Civil).<sup>11</sup> Esto quiere decir, en el caso de una corporación municipal, que la actuación del mandatario es predicable directamente como propia de la corporación y, como tal, de sus consecuencias jurídicas ha de responder la persona que ejerce el cargo u órgano que la representa

<sup>10</sup> En detalle, *Soto Kloss*, op. cit., p. 170 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. *Carlos Ducci Claro* Derecho Civil Parte General, 2da. edición, Santiago 1984, p. 364.

conforme a la ley y, o sus estatutos, esto es, el presidente. *Alessandri et. al* son de la misma idea, siguiendo también la corriente jurisprudencial.<sup>12</sup>

En el encargo de precisar cuál estatuto jurídico se aplica a las corporaciones municipales en materia de delegación de atribuciones, se concluye que únicamente cabe el de Derecho Privado (vía contrato de mandato). En efecto, el art. 21 LOCBGAE prescribe que las disposiciones del Título II "Normas Especiales", de la LOCBGAE solamente se aplican a los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa; servicios públicos, cuya creación es materia de iniciativa exclusiva de ley del Presidente de la República (art. 64, inc. 2º Nº 2 CPR) y que la LOCBGAE define como: "órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua." (art. 28.1). Como se aprecia, las corporaciones municipales no encuadran dentro del concepto formal y orgánico de servicios públicos, a los que se les aplica el art. 41 LOCBGAE. Por el contrario, siendo la corporación una persona jurídica de Derecho Privado, son precisamente las disposiciones de este orden las que tienen aplicación directa e inmediata en la manera como se dispone acerca de su dirección, administración y funcionamiento.

De lo dicho se concluye que, a los efectos de la responsabilidad legal que recae en el presidente de las corporaciones municipales, de cara al cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa y de acceso a la información, aquélla es insoslayable, de momento que incluso existiendo una delegación de atribuciones en un funcionario de su dependencia, lo que decida o actúe este último, repercute directamente en la mandante (la corporación), como si hubiera actuado ella misma (v.gr.: art. 552 Código Civil). Y ello sucede, porque el órgano "presidente" de la corporación -en quien pesa representarla judicial y extrajudicialmente- es parte de ella misma. En este sentido, *Alessandri et. al* afirman: "el órgano se *unimisma* con la persona jurídica."<sup>13</sup>

#### 11. Funcionarios públicos.

No tan sólo las autoridades de los servicios de la Administración pueden incurrir en responsabilidad disciplinaria, sino que ella también se puede comprometer por los funcionarios públicos que dependen de aquéllas. Con todo, la responsabilidad de estos últimos se consagra en el art. 47 LAIP, sobre transparencia activa, que no en el 45.

El art. 47 LAIP expresa: "El incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa se sancionará con multa de 20% a 50% de las remuneraciones del infractor". Esta disposición es aplicable tanto a las autoridades y órganos de la administración como a los funcionarios públicos, a quienes el legislador no ha excluido del

<sup>12</sup> *Arturo Alessandri Rodríguez et. al* Tratado de Derecho Civil Parte Preliminar y General, t. I, Santiago 1998, p. 567.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 565.

deber de dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función público (art. 4 LAIP), específicamente en lo que concierne a la transparencia activa (art. 7 LAIP).

La E. Corte Suprema, citando a la administrativista Gladys Camacho Cepeda ha afirmado: "de acuerdo a una interpretación sistemática de los artículos 9 y 47 de la Ley de Transparencia se deduce que los responsables de la infracción a las normas del Título III de la Ley de Transparencia sobre transparencia activa, son tanto el jefe superior de servicio, como los responsables de mantener el sitio de transparencia, así como la autoridad encargada del control interno. De acuerdo a lo prescrito por el artículo 47 de la Ley no se singulariza exclusivamente en el jefe de servicio la responsabilidad en las infracciones a la transparencia activa, si bien éste puede incurrir en culpa in vigilando..."<sup>14</sup>

Por su parte, la Contraloría ha afirmado que "la conducta tipificada en el artículo 47 de la Ley de Transparencia no sólo puede ser cometida por las autoridades del servicio de que se trate, sino además por los funcionarios del mismo, de modo que estos últimos también pueden incurrir en responsabilidad disciplinaria por la aludida infracción, máxime, si se trata de aquellos servidores a los que se les ha encomendado la función de mantener actualizada la información del sitio electrónico de la correspondiente entidad, o de quienes por desempeñarse en la repartición encargada del control interno del respectivo órgano de la Administración, tienen, acorde a lo dispuesto en el artículo 9º del referido texto legal, la obligación de velar por la observancia de los preceptos contenidos en su Título III." (D.CGR N° 50.131/2011).

La misma jurisprudencia administrativa afirma que es al Consejo para la Transparencia al que le corresponde ejercitar la potestad de sancionar administrativamente las infracciones tipificadas en la LAIP (hace excepción de lo anterior órganos del Estado que, por aplicación de los incisos 2º, 3º y 4º del art. 2 LAIP, y en los arts, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno y Décimo LAIP, no se encuentran sujetos a la potestad sancionadora del Consejo). En consecuencia, continúa el dictamen de CGR, "cabe concluir que en el evento que se tome conocimiento de la existencia de hechos que pudieren ser constitutivos de las infracciones contempladas en el Título VI de la Ley de Transparencia - entre ellas, la relativa al incumplimiento injustificado de las normas sobre Transparencia Activa-, el jefe del servicio respectivo deberá dar cuenta de ello al Consejo para la Transparencia, a fin de que éste proceda, de existir mérito suficiente, conforme a lo prescrito en el citado artículo 49 del mismo cuerpo legal, por lo que no resulta procedente que en las demás entidades de la Administración se ordene la instrucción de procedimientos sumariales con el objeto de que sus jefaturas sancionen tales ilícitos."

Hay una conclusión previa acerca de la extensión de las responsabilidades que se consagran en la LAIP: las autoridades o jefaturas o jefes superiores de los órganos o servicios de la Administración del Estado pueden hacerse responsables tanto de infracciones a las obligaciones de transparencia activa (art. 47), por la denegación

---

<sup>14</sup> E.C.S., Rol N° 14.753-15, de 31.12.2015, recurso de apelación en acción de protección, consid. 8º.

infundada de acceso a la información pública (art. 45) y por la no entrega oportuna de la información en la forma decreta, estando aquélla ordenada por resolución a firme (art. 46). Los demás funcionarios públicos solamente son responsables, de cara a la LAIP, por infringir los deberes de transparencia activa.

### **III. OBLIGACIÓN DE RESOLVER UNA SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.**

Es habitual que cada vez que se impone a la Administración la obligación de resolver una cuestión que le ha sido planteada en un procedimiento administrativo, se ligue ello con un plazo máximo, única manera de no transformar en meramente ilusoria dicha obligación.<sup>15</sup> Así sucede, precisamente, en la LAIP. En efecto, el art. 16 LAIP impone a la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, ante quien se presente una solicitud de acceso a la información, la obligación de proporcionarla, salvo que concurra la oposición, conforme al art. 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley. El art. 14 LAIP otorga un plazo de 20 días a la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración, contado desde la recepción de la solicitud respectiva, para pronunciarse sobre ella, sea entregando la información solicitada o negándose a ello. El inciso 2º de la dicha disposición autoriza prorrogar excepcionalmente dicho plazo por otros 10 días hábiles.

La aplicación armónica de los arts. 16 y 14 LAIP permite afirmar que existe un *deber legal de decidir oportunamente*. Este deber no debe confundirse con una supuesta obligación de acoger lo solicitado. Antes bien, se trata de una obligación de pronunciarse sobre la solicitud de un interesado, quien ejerce los derechos consagrados en los arts. 10 y siguientes de la LAIP, pero en ello bien puede resultar una decisión que la acoja o desestime.

### **IV. DENEGACIÓN INFUNDADA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.**

#### **A. El deber de fundamentación, en general.**

Los actos administrativos terminales deben ser fundados (art. 41 de la Ley N° 19.886, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA). A partir de la promulgación de esta ley, la fundamentación o motivación ha adquirido inequívocamente un carácter esencial del acto administrativo.

---

<sup>15</sup> Cfr. Miguel Sánchez Morón Derecho Administrativo Parte General, 6ta. edición, Madrid 2010, p. 506.

Que sea fundado significa que el acto debe exteriorizar obligatoriamente las razones que justifican y sustentan lo que decide la Administración<sup>16</sup>, único modo de apreciar que lo decidido no es expresión de la sola voluntad de la autoridad, órgano o jefe superior (capricho), es decir, no es una decisión arbitraria.<sup>17</sup>

La motivación o fundamentación bien puede ser breve o somera<sup>18</sup>, debe sin embargo explicar desde un punto de vista fáctico y jurídico el objeto de lo decidido<sup>19</sup>; más aún cuando la decisión final pueda afectar derechos fundamentales del solicitante. En otras palabras, cuando la ley exige una fundamentación a la Administración, en el fondo le está imponiendo el deber de exponer su "causa", es decir, de explicar las razones que originan su determinación<sup>20</sup> y de expresar las circunstancias fácticas –objetivas, exteriores y anteriores al acto<sup>21</sup>- y jurídicas que sustentan lo que se decide. Por lo mismo, es posible afirmar que la exigencia de motivación o fundamentación se establece para facilitar a los destinatarios del acto y a los organismos de control la apreciación sobre el grado de legalidad, legitimidad y razonabilidad que pudieren contenerse en lo decidido.<sup>22</sup> La fundamentación de todo acto administrativo debe cumplir con al menos otras dos cualidades: ser suficiente y congruente. La suficiencia está dada por la necesidad de que se de razón y cuenta exacta del íter o camino lógico/racional que lleva al autor del decreto o resolución a adoptar la decisión, evitando el uso de comodines o fórmulas *passepourtout*<sup>23</sup>; la congruencia exige que la decisión sea la conclusión lógica, racional de unas normas habilitantes de competencia y de unos hechos que la administración debe resolver.<sup>24</sup>

La fundamentación del acto administrativo, hemos señalado en otra ocasión<sup>25</sup>, cumple un papel polifuncional en el sistema. Primero, precisa cómo y por qué se dio inicio al procedimiento y cuáles son las pretensiones, solicitudes o finalidades que lo inspiran. Segundo, la fundamentación tiene que hacerse cargo de expresar cuáles son los hechos sobre los que se decide, y por qué ellos constan a la Administración o esta última los da por probados. Tercero, debe, también, y según el caso, considerar los descargos que pudieren haberse presentado y explicar por qué los estima o los desestima, y por último,

<sup>16</sup> Cfr. *Juan Carlos Morón Urbina* Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 10ma. edición, Lima 2014, p. 163.

<sup>17</sup> Cfr. *Tomás Ramón Fernández* De la Arbitrariedad de la Administración, 4ta. edición corregida, Madrid 2002, p. 87.

<sup>18</sup> Cfr. Corte de San Miguel, Rol N° 336–2008, 18.3.2009, recurso de protección, Patricio Alfredo Orellana Ferrada con Ilustre Municipalidad de La Cisterna, consid. 11°.

<sup>19</sup> Cfr. Corte de San Miguel, Rol N° 336–2008, de 18.3.2009, consid. 11°.

<sup>20</sup> Cfr. E.C.S., Rol N° 1.764-2010, 15.6.2010, recurso de casación en el fondo, consid. 7°.

<sup>21</sup> Cfr. Corte de Santiago, Rol N° 4.266-2010, 7.10.2010, recurso de protección, Gajardo Galaz, Sergio E. y otros c/ Subsecretaría del Ministerio de Planificación, consid. 8°.

<sup>22</sup> Cfr. *Morón Urbina* op. cit., p. 163.

<sup>23</sup> *Juan Andrés Encina Brevis* Motivación de los actos administrativos, Santiago 2015, p. 62 y ss.

<sup>24</sup> *Eduardo Soto Kloss* Derecho Administrativo Temas Fundamentales, Santiago 2009, p. 353.

<sup>25</sup> *Claudio Moraga Klenner* Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo, t. XIV, Santiago 2012, p. 56 y s.

debe explicar cómo encuadran los hechos fundantes en el ordenamiento jurídico que la decisión administrativa aplica al caso particular sobre el que se pronuncia.<sup>26</sup> Como bien se apreciará, la obligación de fundamentar no podría entenderse cumplida a través del uso que hace el órgano decisor de expresiones vagas o imprecisas, o de lugares comunes (e.gr.: los “fines del servicio”, por “necesidad de servicio”, etc.), sin explicar suficientemente cuáles son las razones jurídicas y fácticas que permiten hacer calificaciones de tal naturaleza.<sup>27</sup>

A la luz de jurisprudencia reciente, es posible inferir que todo acto administrativo al que le falte la adecuada y suficiente fundamentación no cumple con las formalidades que la ley establece<sup>28-29</sup>, no permite que este se baste a sí mismo<sup>30</sup> y es, por tanto, no solo ilegal sino que también arbitrario y contrario al art. 19 N° 2 de la Constitución<sup>31</sup>. Tales serían, por ejemplo, actos administrativos que dejen en indefensión al particular<sup>32</sup>; que impiden un adecuado ejercicio de las funciones de control interno y externo sobre lo actuado y decidido<sup>33</sup>; cuyo texto no deja conocer los motivos que se han tenido en consideración al resolver sobre la solicitud<sup>34</sup>; que se limita a transcribir un documento o informe que supuestamente contiene los hechos constatados o que se dan por acreditados, sin realizar un análisis de éstos ni indicar el motivo por el que los acepta o desestima<sup>35</sup>; que no señala explícitamente los hechos específicos sobre los que se pronuncia<sup>36</sup> (no está conforme un acto administrativo cuyos hechos fundantes tienen que ser inferidos por el destinatario, porque no han sido explicitados de la autoridad<sup>37</sup>); que únicamente afirma haber “tomado en consideración” ciertos hechos o circunstancias, sin explicar cómo ellas fueron

<sup>26</sup> E.C.S., Rol N° 5.313-2008, 30.3.2010, consid. 7°.

<sup>27</sup> Entre otros, *Jaime Orlando Santofimio Gamboa* Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, 4ta. edición, Bogotá 2003, p. 404; *Soto Kloss*, op. cit., p. 353; *Morón Urbina* op. cit., p. 165.

<sup>28</sup> Cfr. E.C.S., Rol N° 1.259-2010, 18.2.2010, recurso de protección, consid. 3°.

<sup>29</sup> En el fallo de la Corte de Santiago, Rol N° 8.273-2007, de 4.7.2008, *Bestpharma S.A. c/ Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicio de Salud*, se afirma que “la necesidad de fundamentación es una formalidad indispensable para dejar constancia indubitada de lo actuado y para evitar perjuicio a los particulares. Se sigue de ello que la falta de fundamentación de la Resolución constituye un vicio que afecta la validez del acto administrativo; que, atendida la naturaleza del acto, su fundamentación es un requisito esencial del mismo, desde que sin él, el acto deviene en una afectación inmerecida de los intereses de los terceros directamente interesados en el proceso de licitación. ..” (consid. 7°).

<sup>30</sup> Cfr. Corte de Santiago, Rol N° 6.954-2011, de 26.12.2011, consid. 5°; Corte de Valdivia, Rol N° 716-2009, de 14.1.2010, consid. 7°.

<sup>31</sup> Corte de Santiago, Rol N° 2.523-2010, 21.12.2010, consid. 8°; E.C.S., Rol N° 1.259-2010, de 18.2.2010, consid. 4°; Corte de Santiago, Rol N° 9381-2008, de 29.1.2009, consid. 9°.

<sup>32</sup> Cfr. Corte de Santiago, Rol N° 4.266-2010, de 7.10.2010, consid. 7°.

<sup>33</sup> Cfr. Corte de Santiago, Rol N° 8.273-2007, de 4.7.2008, consid. 6°.

<sup>34</sup> Cfr. E.C.S., Rol N° 1.259-2010, de 18.2.2010, consid. 4°.

<sup>35</sup> Cfr. E.C.S., Rol N° 5.313-2008, 30.3.2010, consid. 8°.

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> Corte de Santiago, Rol N° 4.266-2010, 7.10.2010, recurso de protección, *Gajardo Galaz, Sergio E. y otros c/ Subsecretaria del Ministerio de Planificación*, consid. 15.

ponderadas<sup>38</sup>; o que se limita a formulaciones vagas, sin hacer una descripción cabal del fenómeno fáctico sobre el que se pronuncia la autoridad<sup>39</sup>.

### **B. La fundamentación en la LAIP y su consecuencia en la omisión o defecto de aquélla.**

El deber de fundamentación de la decisión que deniega el acceso a la información solicitada se encuentra consagrado en el art. 16.3 LAIP: la fundamentación debe especificar cuál es la causal reconocida por la ley que autoriza el rechazo de la solicitud y las razones que motivan esa decisión; circunstancias que adquieren importancia gravitante, de momento que la infracción de estas exigencias –expresa la oración final del inciso 3º del art. 16- es constitutiva de un abuso o exceso en el ejercicio de las atribuciones que se le han conferido a la autoridad u órgano que decide. En directo ligamen con el art. 16.3, dispone el art. 45 LAIP, es sancionable la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado que, requerido, deniegue infundadamente el acceso a la información, contraviniendo, así, el artículo 16 del mismo cuerpo legal.

De las disposiciones legales mencionadas, entendemos que la “denegación infundada” se configura en las siguientes hipótesis:

#### 1. La decisión sin motivación.

Si el acto administrativo contiene una decisión, pero no se preocupa de dejar constancia en el texto cuál es la motivación que explica o justifica lo que se decide. Es decir, el acto que se dicta por la autoridad no contiene una relación de los hechos sobre los que se pronuncia la autoridad y del modo en que ellos se dan por establecidos y no se preocupa tampoco de hacer una cita precisa de la fuente normativa que autoriza el rechazo de la solicitud y no expresa las razones de por qué la fuente normativa invocada aplica perfectamente al caso sobre el que se pronuncia la autoridad.

#### 2. La decisión no explicita la causal legal que justifica el rechazo.

Si el acto, teniendo una motivación y un objeto, no expresa cuál es la causal legal que justifica la negativa de acceso a la información. Se comprende en este escenario el caso en que la mención de la causal legal falta del todo. También, cuando la causal que se expresa en el acto es inadecuada para permitir que los hechos probados puedan subsumirse en ella.

<sup>38</sup> Corte de Valdivia, Rol N° 716-2009, 14.1.2010, recurso de ilegalidad, Empresa Eléctrica de la Frontera S. A. c/ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, consid. 7º.

<sup>39</sup> Corte de Santiago, Rol N° 3.645-2007, 16.10.2007, recurso de protección, Sociedad Distribuidora y Comercializadora de Gas Ltda. c/ Municipalidad de las Condes, consid. 2º.

Sin embargo, hay que hacer una pequeña diferenciación: es un rechazo infundado el error en la invocación de la causal, cuando ese error es determinante en la negativa a conceder acceso a la información; no lo sería, por el contrario, si es que asumido el error, no es posible acceder a lo que se solicita porque es aplicable alguna otra causal legal al caso específico de que se trate. En esta última hipótesis, como se aprecia, existe un error de apreciación jurídica de la administración que, sin embargo, no configura una denegación infundada, de momento que si el razonamiento lógico de la administración hubiera sido el correcto, incluso entonces no sería posible acoger la solicitud del interesado.

### 3. La resolución con fundamentación insuficiente.

Si el acto administrativo decide únicamente expresando la causal legal que justificaría la negativa de acceso a la información, pero no explica suficientemente las razones que llevan a darla por configurada. La administración, en este escenario, incurre en una deficiencia técnica, porque obvia manifestar cuál es el motivo real que lleva a dictar el acto terminal.<sup>40</sup> El caso más evidente se configura cuando la decisión se sustenta en motivaciones ilegales, o la motivación es incoordinada, porque no se corresponden los hechos con el derecho y estos últimos, a su vez, con la parte resolutive, o los hechos fundantes han sido disfrazados o desfigurados. Aquí subyace la idea de que no cualquier explicación es aceptable; esa explicación debe ser debidamente justificada.<sup>41</sup>

En todos los casos antes mencionados, nos encontraremos verdaderamente con una autoridad, órgano o jefe de servicio que no quiere dar acceso a la información pública que se le solicita por una razón que no quiere transparentar; ello, por cierto, porque carece de una explicación *exhibible*.<sup>42</sup>

Finalmente, el art. 45 LAIP y el art. 38 del Reglamento establecen las consecuencias que deben asignar a la autoridad que ha incurrido en abuso o exceso, al incumplir las exigencias del art. 16.3 LAIP, incurriendo en "negativa infundada": "La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo, así, lo dispuesto en el artículo 35, será sancionado con multa de 20% a 50% de su remuneración. Esta sanción, expresa el art. 49 del mismo cuerpo legal, "serán aplicadas por el Consejo para la Transparencia, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo, ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo. Con todo, cuando así lo solicite el Consejo, la Contraloría General de la República, de acuerdo a las normas de su ley orgánica, podrá incoar el sumario y establecer las sanciones que corresponda."

---

<sup>40</sup> Cfr. *Gabino Fraga* Derecho Administrativo, 46. edición, México 2007, p. 272.

<sup>41</sup> Cfr. *Fernández*, op. cit., p. 166 y s.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 169.

**V. ¿SI LA ABSTENCIÓN DE RESPONDER UNA SOLICITUD DE INFORMACIÓN, ES UNA DENEGACIÓN TÁCITA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO?**

**A. Efectos procedimentales provocados por un incumplimiento del deber positivo de resolver establecido en los arts. 14 y 16 LAIP.**

Frente a una solicitud de acceso a la información, la autoridad, el órgano o el jefe superior del servicio no detenta un margen de discrecionalidad que le permita valorar la oportunidad o la causa que motiva la presentación sobre la que debe resolver. Únicamente pueden esas autoridades llevar a cabo una evaluación de la legalidad de lo solicitado, confrontando la información que se desea acceder con la existencia de alguna causal que expresamente pueda atribuirle a ella un carácter secreto o reservado.

Lo anterior hace posible afirmar que el incumplimiento del deber de resolver la solicitud del interesado, en el plazo legalmente establecido, atenta contra el principio conclusivo consagrado en el art. 8 LBPA. A su turno, la omisión del órgano requerido en cumplir el deber legal de decidir en tiempo provoca efectos jurídicos directamente previstos en la LAIP, de tipo procedimental. El art. 24 aplica el silencio, de momento que establece que vencido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo para la Transparencia, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información.

Entonces, el vencimiento del plazo otorgado a la autoridad para responder una solicitud de acceso a la información provoca un silencio administrativo negativo, de momento que el solicitante queda en condiciones de ejercer las acciones correspondientes (aplica art. 65 LBPA). Es que la inactividad de órgano administrativo no puede afectar injustamente al solicitante: no teniendo éste una respuesta oportuna a su solicitud –ni estimatoria ni desestimatoria-, es la ley la que suple la falta de un pronunciamiento de la autoridad requerida. Por lo expresado, se consideraría que no se está realmente frente a un “acto tácito”<sup>43</sup> de la administración o, si se quiere, ante una “denegación tácita”, sino más bien frente a unos efectos previstos con antelación por la Ley cada vez que se plantea una hipótesis normativa como la del art. 24 LAIP.

**B. Efectos jurídico-sustantivos provocados por un incumplimiento del deber positivo establecido en el art. 14 LAIP.**

El art. 4 LAIP dispone como una obligación directamente aplicable a las autoridades, facilitar el acceso de cualquier persona a los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración. Por ello, la posibilidad de denegar ese acceso se sostiene sobre causales especialmente tasadas (arts. 16, 20 y 21 LAIP).

<sup>43</sup> Cfr. *Claudio Moraga Klenner* Tratado de Derecho Administrativo, t. VII, Santiago 2010, p. 142 y ss.

Denegar, dice el diccionario, es “no conceder lo que se pide o solicita”. Esa denegación se provoca, entonces, tanto por un rechazo expreso a la solicitud respectiva, como por dejar transcurrir el plazo sin emitir un pronunciamiento formal. Tratándose de un rechazo que se expresa o manifiesta, se puede configurar la “denegación infundada” en las circunstancias examinadas en el Capítulo IV precedente. Ocurre lo mismo tratándose de la omisión de pronunciamiento dentro de plazo, que genera la imposibilidad de acceder a la información solicitada en la oportunidad establecida en la ley. Aquí también hay una denegación infundada, de momento que al no existir decisión formal de la administración, pero sí el deber de actuar, la omisión carece siempre de un fundamento ya que es imposible motivar aquello que se omite o silencia. La configuración del ilícito se genera inmediatamente de vencido el plazo que tenía el órgano para pronunciarse sobre la solicitud del interesado, sin haberlo hecho. Desde ese momento, y sin más trámite, opera un silencio administrativo negativo (*ut-supra* A.); mismo que provoca a lo menos dos consecuencias evidentes: la primera, abre la vía impugnativa ante el Consejo para la Transparencia, y la segunda, configura un compromiso de responsabilidad de la autoridad u órgano por haber dejado sin cumplir un deber legal.<sup>44</sup>

En consecuencia, no habiendo acto administrativo, tampoco existe fundamentación que permite explicar el rechazo o, mejor dicho, la abstención de la administración de resolver la solicitud. Tan arbitrario e ilegal es resolver sin fundamentos, como no resolver del todo.

Además, es necesario afirmar que la ulterior inactividad de la Administración no modifica el estado de cosas antes descrito, es decir, si la autoridad u órgano administrativo mantiene su abstención de pronunciarse incluso una vez interpuesto amparo ante el Consejo para la Transparencia.

## **VI. ¿REQUISITOS DE CONFIGURACIÓN DEL TIPO “DENEGACIÓN INFUNDADA” QUE JUSTIFICAN EL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DE FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Y SI SE REQUIERE LA AFECTACIÓN DE UN BIEN JURÍDICO?**

### **A. Antecedentes generales sobre potestades fiscalizadoras.**

Las potestades fiscalizadoras y sancionatorias integran un cúmulo lógico de atribuciones de control. La fiscalización busca, a través de una serie de acciones y medidas de corte material e intelectual (comúnmente denominadas en conjunto como la actividad inspectiva, en terreno y/o en gabinete), verificar si es que cierta actividad o persona observan deberes administrativos que les son de obligado cumplimiento. Mediante el

<sup>44</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo para la Transparencia. V.gr.: decisiones de amparo Roles C433-09, C.756-2010, entre otras.

acopio de información y su posterior evaluación es posible finalizar el procedimiento de fiscalización con una determinada propuesta de acción. En caso que el resultado de la fiscalización sea un juicio negativo respecto de la actividad o persona, aquélla termina con una denuncia o, derechamente, con la orden de la autoridad competente de abrir un procedimiento sancionatorio. Precisamente, la potestad sancionadora entra en acción cuando de la fiscalización queda en evidencia la plausibilidad de que existen infracciones administrativas que deben ser reprimidas a través de una sanción.

Tratándose de la actividad de fiscalización, ella generalmente se sujeta a una cadena de fases lógicamente vinculadas entre sí. Primero, se planifica qué actividad será objeto de la fiscalización y se define qué tipo de inspección se desplegará a su respecto. En segundo lugar, se procede a ingresar al lugar en que se realiza la actividad, lo que supone la necesidad de que el fiscalizador se identifique como tal ante la persona fiscalizada e informe respecto de las acciones y métodos que se desplegarán en el lugar. Tercero, el inspector realiza las acciones de fiscalización que sean estrictamente necesarias con el objeto de la fiscalización, previamente definido. Usualmente, la inspección permite al fiscalizador tomar fotografías y muestras, individualizar al personal, hacer mediciones, dibujar representaciones gráficas, requerir información, etc. La cuarta fase es la de levantamiento de un acta de inspección ambiental, en la que el fiscalizador describe los hechos analizados, las acciones de fiscalización desplegadas y la manera cómo ellas se realizaron. Esa acta se levanta en el mismo lugar de la inspección y una copia íntegra se entrega al sujeto fiscalizado, también, para su conocimiento. La última fase corresponde a la elaboración de lo que sería un informe técnico de fiscalización que da cuenta de la inspección, las actividades desplegadas, los hechos constatados y los resultados que ellos arrojan, con especial y cuidadosa mención de hechos que pudieren significar infracciones legales.

Al mismo tiempo, las actividades de fiscalización, cuando ellas se orientan hacia personas privadas se las dota de ciertas exigencias tendentes a asegurar que su desarrollo se efectúe con pleno respeto de los derechos de los fiscalizados<sup>45</sup>; circunstancia que no ocurre igualmente cuando la fiscalización se despliega en el orden doméstico, es decir, cuando se lleva a cabo dentro de la propia Administración del Estado (*fiscalización interadministrativa*). En este último caso, la autoridad fiscalizadora tiene una mayor discrecionalidad respecto de los instrumentos, oportunidad y métodos que utilizará en la actividad, de momento que el legislador le ha dejado esos espacios en blanco y porque al fiscalizar una administración a otra administración distinta, esta última no puede aducir derechos o garantías subjetivas respecto de la primera.

Por último, el deber de cumplir la función administrativa con imparcialidad y objetividad ha llevado al legislador a consagrar en la más moderna legislación pública una marcada división o separación entre las funciones de fiscalización y la sancionadora. Así, por ejemplo, el art. 7.2 de la Ley N° 20.417, orgánica de la Superintendencia del Medio

---

<sup>45</sup> Cfr. José Bermejo Vera Derecho Administrativo, parte especial, 4ta. edición, Madrid 1999, p. 128.

Ambiente prescribe que “Las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes.” Nada obsta, creemos, que otros organismos con facultades fiscalizadoras y sancionadoras puedan dividir dichas funciones, en caso que la ley nada hubiere regulado, a través del ejercicio de la *potestad de organización* de los jerarcas administrativos.

### **B. La actividad fiscalizadora del Consejo para la Transparencia.**

El Consejo para la Transparencia reconoce dentro de su objeto legal fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado (art. 32 LAIP). Corolario de ello es que el Legislador ha otorgado al Consejo unas correspondientes potestades fiscalizadoras y sancionadoras, de momento que ha establecido como una función y atribución de aquél fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la LAIP y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas (art. 33 a) LAIP). Todo lo anterior se encuentra en consonancia con el Principio del control, conforme al cual el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente, y las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información son reclamables ante un órgano externo (art. 11 i) LAIP).

Como ya hemos señalado antes, el legislador siempre se ha encargado de poner mayor atención a las regulaciones que deben aplicarse en la potestad sancionadora, dejando más discrecionalidad a las autoridades cuando fiscalizan. Ello ocurre en la propia LAIP, de momento que no contiene disposiciones especiales referidas a la forma de fiscalizar, sin embargo, prescribe que la potestad sancionadora debe ejercerse conforme a las disposiciones legales del Estatuto Administrativo (art. 49). Con todo, la actividad fiscalizadora, independiente de la poca densidad normativa que le fuere directamente aplicable o, mejor dicho, precisamente porque su despliegue material y concreto no tiene una cobertura legal explícita, debe, como toda actividad pública, sujetarse a la legalidad y la interdicción de la arbitrariedad así como a las reglas de un procedimiento racional y justo (art. 19 N° 3, inc. 6° CPR).

### **C. Condiciones de la actividad fiscalizadora del Consejo, como condición necesaria para el ejercicio ulterior de la potestad sancionadora.**

#### **1. Características de las actividades fiscalizadoras.**

La fiscalización es una actividad que supone ejercicio de poder público, y que bien encuadra dentro de la actividad interventora de la Administración (antes conocida, también, como actividad de policía). De la circunstancia de tratarse de un ejercicio de poder público se deriva que la fiscalización es siempre heteroatribuida, a saber, por el legislador, y debe serlo de un modo expreso (art. 7.2 CPR). Toda actividad fiscalizadora ha de servir a un interés general; por lo que además de tratarse de una facultad o atribución, configura para el ente público un verdadero deber de actuación permanente, adecuado a

los fines para los que se atribuye<sup>46</sup> (pero, no es necesario que sea motivada a petición de parte, e.gr.: por denuncia).

A lo dicho se suma que toda actividad fiscalizadora es de por sí un medio necesario para defender bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico tutela, y sirve como necesario precedente a una reacción por la Administración en caso que de la inspección se advierta infracciones a dichos bienes jurídicos; por regla general, a través de la potestad sancionadora.<sup>47</sup> Con lo anterior es posible hacer mención de otra característica propia de la fiscalización, cual es su individualidad no asimilable a la potestad sancionadora<sup>48</sup>, por lo que el ejercicio de una y otra debiera siempre ser realizado por funcionarios o agentes diferentes para así mantener la debida imparcialidad y objetividad de todos ellos en el cumplimiento de sus respectivos deberes (arts. 11 y 12 LBPA).

## 2. La actividad fiscalizadora es parcialmente reglada y parcialmente discrecional.

La potestad fiscalizadora es reglada. En el caso del Consejo para la Transparencia aquello se grafica con el mandato legal que le impone ejercer dicha atribución de un modo permanente (art. 11 i) LAIP). En otras palabras el organismo no tiene discrecionalidad para decidir cuándo proceder con la fiscalización. Por otro lado, la parte discrecional de la potestad se expresa en la decisión de cuales organismos fiscalizar en cada campaña que lleve adelante - supuesto unos recursos escasos que imposibilitan una fiscalización permanente respecto de todos los organismos sujetos a la LAIP -, y en la elección de los medios o instrumentos de que se vale para ello –considerando que la LAIP y el reglamento omiten regular sobre este particular-.

Si bien existe la necesaria cobertura legal para desplegar la función fiscalizadora de parte del Consejo, la ley ha omitido especificar el modo de ejercerla o cumplirla. Ello no es del todo extraño, si se tiene en cuenta que esta fiscalización presenta dos singularidades. Primero, que se realiza prácticamente en su totalidad respecto de órganos de la Administración del Estado –que no sobre personas jurídicas privadas- y, dos, que se trata antes que todo de una función preventiva (no represora). Sin embargo, es evidente que el cumplimiento de esa función debe quedar asociada a unos límites generales, dentro de los cuáles la actividad todavía puede ser calificada como legítima. Nos referimos en particular a: i) la intangibilidad de los Derechos Fundamentales de las personas; ii) el encuadramiento de los instrumentos y medios utilizados a los bienes jurídicos que específicamente regula y protege la LAIP.

## 3. Fiscalización por el Consejo para la Transparencia.

---

<sup>46</sup> Cfr. *Agustín García Ureta* La potestad inspectora de las Administraciones públicas, Madrid 2006, p. 30.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 35 y s.

Hemos señalado más arriba que en el Consejo pesa la obligación legal de fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado. Esta actividad fiscalizadora se despliega por el Consejo en dos diferentes direcciones. La primera y más evidente, dice relación con la transparencia activa, correspondiéndole al Consejo fiscalizar incumplimientos injustificados de las normas que regulan aquélla (art. 47). La segunda atiende a contravenciones de autoridades, jefaturas o jefes superiores de servicios a la obligación de proporcionar la información que se les solicite por cualquier persona (art. 16).

#### 4. Problemas concretos

En lo que concierne a la fiscalización que se practica con el objetivo de verificar incumplimientos a la obligación de proporcionar información, se hace necesario dar respuesta a estas interrogantes:

- Si la fiscalización puede ser realizada con la colaboración material de agentes privados,
- Si quien realiza la función fiscalizadora está en el deber de individualizarse por su nombre y apellido y si, además, debe identificarse como agente del Consejo, y
- Bajo qué condiciones una denegación infundada hacia un agente del Consejo podría servir como causa legítima y suficiente para iniciar un procedimiento sancionatorio.

Procedemos a analizar estos puntos en el orden en que se han listado.

- a) Si la fiscalización puede ser realizada con la colaboración material de agentes privados.

La colaboración de los privados en la función administrativa ha sido admitida desde siempre. En términos generales, aquélla se reconoce en el art. 37 LOCBGAE, en los siguientes términos: "Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, *previa autorización otorgada por ley* y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado."

Pero, de momento que la LAIP no autoriza que la función de fiscalización sea realizada por el Consejo con la colaboración de agentes privados, se sigue que ella debe ser siempre ejercida por funcionarios públicos, es decir, agentes propios del Consejo. Esto es congruente con la identificación de la fiscalización con el ejercicio de una potestad pública, misma que no puede hallarse en manos de particulares, salvo casos especialmente tasados por la ley (art. 6 LOCBGAE).

Ahora bien, un asunto distinto es si cualquier persona que tenga *la intención personal y espontánea de colaborar con el Consejo*, puede efectivamente controlar que las

autoridades, las jefaturas y los jefes de servicios sujetos a la LAIP dan cumplimiento a sus disposiciones. Este punto se responde con una afirmativa: para ese efecto, el privado cuenta con una herramienta esencial, a saber, el derecho de solicitar acceso a la información pública, sin necesidad de expresar las razones que lo motivan a actuar (arts. 10 y 12 LAIP).

- b) Si quien realiza la función fiscalizadora está en el deber de individualizarse por su nombre y apellido y si, además, debe presentarse como agente del Consejo.

El funcionario público que ejerce funciones fiscalizadoras debe estar animado de un proceder serio, es decir, real, verdadero, imparcial y objetivo. Así como al tercero que denuncia una irregularidad se le exige individualizarse –salvo casos legales expresamente regulados-<sup>49</sup>, lo que se logra al obligar a que esa denuncia se ponga por escrito o en un medio electrónico; se hace lógico, por su parte, exigir, de quien es funcionario fiscalizador, que durante la inspección que lleva a cabo se individualice con sus nombres y apellidos, es decir, no es admitido que el funcionario use una individualización ajena o inexistente.

Sin embargo, la obligación de individualización previa de la persona, como funcionario fiscalizador, solamente se hace imperativa tratándose de inspecciones que se realizan en ámbitos o espacios de propiedad privada, porque en ellos no se confiere o permite el acceso –físico o electrónico- al público en general. En efecto, es obligatorio que el fiscalizador haga presente precisamente su calidad de tal, título jurídico que precisamente, con o sin el auxilio de la Fuerza Pública, le facultará para ingresar al lugar y realizar en él la inspección que el caso exija. Caso distinto es el de las *inspecciones o fiscalizaciones interadministrativas*, que es lo propio de la fiscalización que despliega el Consejo. En estas, un órgano de la Administración fiscaliza a otro organismo administrativo. Esta circunstancia impide que el organismo fiscalizado pueda oponer respecto del organismo fiscalizador una supuesta inviolabilidad de su domicilio para impedir que la fiscalización se lleve a cabo<sup>50</sup>; es más, esa oposición no sería sino una acción obstructiva del deber de fiscalizar que pesa en el Consejo y, como tal, sería evidentemente ilícita.

Adicionalmente, es útil comentar que en las fiscalizaciones del Consejo para la Transparencia, cuando ellas recaen sobre entidades públicas, las actuaciones específicas que se llevan a cabo no pueden implicar, por su propia naturaleza, restricciones al ámbito de libertad personal de la autoridad, jefatura, jefe de servicio o funcionario fiscalizado. Hace excepción de lo anterior, por razones evidentes, los casos en que la fiscalización se despliega hacia organismos privados, que no integran formalmente la Administración del Estado, pero que en los hechos han sido creados para el cumplimiento de la función

---

<sup>49</sup> Isaac Rubio Godoy Proceso de formación de un Acto Administrativo (p. 98-192), en: Seminario de Derecho Público N° 6, Facultad de Derecho U. de Chile, Santiago 1960, p. 125.

<sup>50</sup> García Ureta, op. cit., p. 31.

administrativa. En este último caso, las actividades fiscalizadoras exigen un cuidado más profundo que tratándose de una fiscalización interadministrativa propiamente tal. Con todo, en cualquier modalidad, la fiscalización no supone cercenar derecho alguno del fiscalizado. El sujeto que es objeto de la inspección se encuentra jurídicamente obligado a soportarla desde el momento mismo en que ha iniciado una actividad que por ley debe ser controlada de algún modo por la propia Administración<sup>51</sup>, porque así ha sido decidido por el legislador.

De lo dicho es posible concluir que en las hipótesis en que la fiscalización puede realizarse simplemente a través del acceso a la página web de la respectiva institución –porque ella admite, por ejemplo, presentar solicitudes electrónicas de acceso a información- basta con una individualización por nombre y apellido del fiscalizador. A ellos se suma otras dos consecuencias de importancia. La primera es que esa fiscalización no requeriría ser informada previamente al sujeto controlado y, dos, no es necesario que la persona se individualice como un fiscalizador del Consejo. No entenderlo de esta manera, haría absolutamente estéril la eficacia y finalidad de la acción fiscalizadora del Consejo.

- c) Bajo qué condiciones una denegación infundada hacia un agente del Consejo podría servir como causa legítima y suficiente para iniciar un procedimiento sancionatorio.

La cuestión que debe dilucidarse es si para poder ordenar la apertura de una investigación sumaria o sumario administrativo conforme al art. 45 LAIP, es necesario que concurren ambos o al menos uno de los siguientes elementos: i) que exista un bien jurídico protegido, y ii) que de manera previa el Consejo para la Transparencia y, o la Corte de Apelaciones se hayan pronunciado sobre una acción de amparo o reclamo de ilegalidad, respectivamente, y resuelvan en esos autos que se hace necesario iniciar un procedimiento disciplinario, según las reglas del Título VI LAIP.

*i) ¿Es necesario un bien jurídico protegido?*

Como se sabe, la LAIP no exige del solicitante que fundamente su solicitud de acceso a información pública, es decir, para el sistema legal no es necesario que la persona exponga un motivo o finalidad concretas que justifique dicho acceso y, por lo mismo, tampoco es necesario que invoque un derecho o interés legítimo a su respecto. De esto se concluye que una eventual negación de acceso a la información pública bien podría no generar daño alguno en el solicitante y, sin embargo, ello no significa que exonera de culpa al órgano remiso en cumplir con un deber expreso que le viene impuesto por la ley. Es que en la responsabilidad infraccional el centro de gravedad no está puesto en la persona del solicitante, sino que en descubrir si el órgano obligado a observar un deber, lo ha hecho o, también, si esa omisión existe, si ella lo ha sido por mera imprudencia, negligencia o dolo. Este es el caso preciso del art. 45 LAIP. Estamos en presencia de una

---

<sup>51</sup> Ibidem, p. 56.

responsabilidad por ilegalidad o de corte infraccional, que se perfecciona al denegar el acceso a la información pública sin que exista una causal legal que lo justifique e independientemente si esa abstención genera o no un daño en el solicitante.

Esto lleva a concluir que el compromiso de responsabilidad consagrado por el art. 45 LAIP no exige la existencia de un bien jurídico específico titularizado por la persona que solicita acceso a la información pública, y que deba ser tutelado o protegido; basta con una negación sin razón a la solicitud de acceso a información para configurarse la situación antijurídica que sanciona el art. 45.

*ii) ¿Es necesario un pronunciamiento previo del Consejo para la Transparencia o Corte de Apelaciones?*

Para responder a esta segunda interrogante pareciera conveniente tener a la vista los arts. 45 y 46 LAIP, puesto que ellos reflejan hipótesis normativas diversas. En el caso del art. 46.1, el tipo allí establecido exige perentoriamente que exista un pronunciamiento previo del Consejo o de la judicatura, como condición necesaria para que el Consejo inicie el ejercicio de cualquier potestad sancionadora. En efecto, esa disposición señala: "La no entrega oportuna de la información en la forma decretada, *una vez que ha sido ordenada por resolución a firme*, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente." Lo que venimos afirmando también ha sido reconocido por la Corte Suprema.<sup>52</sup>

Una realidad distinta entrega el art. 45, en cuyo texto no hay una referencia evidente a la necesidad de un pronunciamiento previo del Consejo o Corte de Apelaciones, de momento que no existe ninguna referencia expresa a una "resolución firme" como condición necesaria para dar inicio a la potestad sancionadora del Consejo. No obstante, la misma jurisprudencia arriba citada estima lo contrario: "Séptimo: Que lo dicho precedentemente adquiere importancia al momento de analizar lo que disponen los artículos 45 y 46 de la Ley N° 20.285, ..., toda vez que *ambos tipos administrativos parten de un supuesto en común, cual es que la resolución que ordene la entrega de información se encuentre ejecutoriada*, cuestión que se traduce en que el solo hecho de no responder el requerimiento no habilita para la aplicación de sanciones, ello pues como se señaló los artículos en referencia están concebidos luego de que quede a firme la resolución, cuestión que es de toda lógica ya que la sanción que eventualmente se pudiese establecer en el sumario es respecto de la decisión del Consejo."

Disentimos de la E. Corte. En nuestro parecer, las hipótesis normativas de ambas disposiciones legales son diversas y, por ello, no pueden ser tratadas en igual forma. En efecto:

<sup>52</sup> E.C.S., Rol N° 7351-2012, de 31.12.2012.

- La expresiones gramaticales usadas por el legislador hacen concluir que solamente en el caso del art. 46 es necesario una "resolución a firme" como condición previa al inicio de la actividad sancionadora.
- Se confunde el objetivo y fundamento que legitima el ejercicio del poder sancionatorio del art. 45, con la pretensión de la acción del art. 24. En efecto, la acción del art. 24 permite que el interesado pueda elevar al conocimiento del Consejo su pretensión de acceder a una información que le ha sido denegada expresa o tácitamente. El Consejo, conociendo de esa acción, puede ordenar o no que se dé acceso a la información solicitada. Pero, en el art. 45, el fundamento de ejercicio de la potestad sancionadora es si el organismo público de que se trate ha incurrido en un ilícito administrativo especial: la "denegación infundada" de acceso a la información y si existen responsabilidades administrativas comprometidas, puesto que de haberlas, la resolución final deberá no solo dar por establecido ese específico ilícito, sino que aplicar la sanción establecida en la ley.
- Si se exigiere la "resolución a firme" para poder sancionar a quien ha negado infundadamente información, significaría que el funcionario fiscalizador tendría que sostener la acción del art. 24 ante el Consejo, puesto que solamente a través de esa acción de amparo es posible dictar la "resolución firme" que exige la Corte Suprema en la sentencia arriba indicada. Esto es un absurdo, de momento que, a falta de un interesado fuera del servicio, quien tendría que interponer el amparo es el mismo agente fiscalizador del Consejo.

Lo que se ha afirmado plantea una última interrogante, a saber, cómo deben ser entendidos entonces los art. 27.4 y 30.6 LAIP, de momento que ellos prescriben que en las resoluciones que dicten el Consejo para la Transparencia y, o la Corte de Apelaciones, estos últimos podrán "señalar la necesidad de iniciar procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI, el que se instruirá conforme a lo señalado en esta ley." En nuestro entender, la sola lectura de esas disposiciones permite colegir que ellas son aplicables en los casos en que los interesados han sostenido la acción del art. 24 LAIP, pero que no tienen relación con el ejercicio de funciones fiscalizadoras del Consejo.

## VII. PRINCIPIOS QUE SE DEBEN OBSERVAR EN TRAMITACIÓN DE SUMARIOS INSTRUIDOS POR EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

### A. Antecedentes generales.

El art. 49 LAIP dispone: "Las sanciones previstas en este título serán aplicadas por el Consejo, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo, ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo. Con todo, cuando así lo solicite el

Consejo, la Contraloría General de la República, de acuerdo a las normas de su ley orgánica, podrá incoar el sumario y establecer las sanciones que correspondan.”

Del tenor de la disposición resulta evidente que los procedimientos sancionatorios deben sustanciarse conforme a la Ley N° 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el DFL N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda (LEA). Las disposiciones directamente aplicables a los procedimientos de investigación originados por decisión del Consejo para la Transparencia se encuentran en el Título V de la mencionada ley (arts. 119 y 126 a 145).

Tanto la investigación sumaria como el sumario administrativo tienen un mismo objetivo, a saber, investigar conforme a un procedimiento formalizado si ciertos hechos configuran o son subsumibles como una hipótesis de incumplimiento de obligaciones administrativas que arrastra como consecuencia un compromiso de responsabilidad administrativa de una autoridad, órgano o funcionario público, que signifique aplicarle una sanción administrativa previamente establecida por ley.

#### **B. Principios aplicables a los procedimientos disciplinarios consagrados en la LAIP.**

Los procedimientos disciplinarios establecidos en la LEA contienen disposiciones que son representación directa de principios generales del derecho y, en particular, de un régimen sancionatorio administrativo. A ellos se suma la necesidad de considerar aplicables disposiciones de la Constitución (e.gr: arts. 19 N° 2 y 3 y 20) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 8). Tampoco deben ser soslayados los principios de todo procedimiento administrativo (arts. 4 a 16 y 52 LBPA), de momento que en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional se afirma que el común origen de las sanciones penales y administrativas –el *ius puniendi* del Estado-, “no autorizan para aplicar de manera automática las normas y principios propios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, sino que tal aplicación debe efectuarse dentro de los márgenes del procedimiento administrativo en general y del sancionatorio en particular, sin perder de vista el contexto que tuvo en vista el legislador para optar por una u otra sanción...”.<sup>53</sup>

Ahora bien, los principios a que nos venimos refiriendo, de naturaleza sustantiva, son: de legalidad, tipicidad, culpabilidad y personas responsables, proporcionalidad, *ne bis in idem*, irretroactividad y prescripción de la acción y extinción de la responsabilidad. Por su parte, en el orden procedimental, los principios aplicables son: el racional y justo procedimiento, la presunción de inocencia, la impugnabilidad y el derecho de acceso a la justicia y la aplicación oportuna de la sanción (decaimiento del procedimiento administrativo).

---

<sup>53</sup> STC Rol N° 1.079, de 30.10.2014, consid. 9°.

Todos los anteriores se hallan reconocidos dentro del marco jurídico aplicable a la potestad sancionadora administrativa.

### C. Principios sustantivos

1. Legalidad y reserva legal (legalidad formal): toda actuación o decisión de un órgano público debe conciliarse con el ordenamiento jurídico (arts. 6 y 7 constitucionales). Tratándose de un escenario sancionatorio administrativo, la legalidad exige que se prevea el delito y las infracciones, así como las sanciones aplicables.<sup>54</sup> Con otras palabras, nadie puede ser penado o sancionado por una acción u omisión que al momento de cometerse no estaba definida como un delito o ilícito (*nullum crimen sine lege praevia*).

En el caso de la LAIP, se cumple el estándar que exige este principio, con las prescripciones que se contienen en su Título VI, de momento que allí se describe cuál es la infracción posible de cometer, así como la sanción respectiva.

2. Tipicidad (legalidad material): deriva del principio de legalidad y consiste en que la conducta que es sancionable (la infracción) se encuentre descrita en la ley, única manera de otorgar seguridad jurídica, haciéndose realidad la necesidad de una ley previa y cierta.<sup>55</sup> El art. 19 N° 3 inc. 8 CPR exige que esa conducta esté “expresamente”, pero no “completamente”, descrita en la ley.<sup>56</sup> En otras palabras, no es jurídicamente procedente permitir que sea la propia Administración la que tenga un poder autónomo de creación de infracciones y de fijación de sanciones.<sup>57</sup> También se cumple con este principio en la LAIP (Título VI): el art. 45 tipifica como infracción la *denegación infundada de acceso a la información*, cuando esa decisión no está conciliada con las exigencias del art. 16 del mismo cuerpo legal; el art. 46 tipifica la *no entrega oportuna de la información en la forma decretada*, si ella está ordenada por resolución a firme; y el art. 47 tipifica como infracción el *incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa*.

3. Culpabilidad y personas responsables: la sanción se justifica respecto de una conducta culpable y solamente es justificado aplicar aquélla en la persona del infractor. Con todo, en materia de sanciones administrativas la cualificación de la conducta del infractor es menos exigible que en materia penal, puesto que la autoridad o funcionario no pueden excusar la comisión de una falta en la ignorancia o en la simple inadvertencia.<sup>58</sup> De allí que es posible comprometer la responsabilidad incluso a título de mera inobservancia de disposiciones o reglamentos.

<sup>54</sup> STC Rol N° 244, 6.8.1996, consid. 10°.

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Cfr. E.C.S. Rol N° 1373-2010, de 23.3.2012.

<sup>57</sup> STC Rol N° 480-06, de 13.4.2006, consid. 19°.

<sup>58</sup> *Miguel Sánchez Morón* Derecho de la Función Pública, 2da. edición, Madrid 1997, p. 282.

Las infracciones tipificadas por la LAIP requieren un juicio o reproche que se pueda hacer al infractor. Este juicio se expresa en una denegación infundada (art. 45), y en la desobediencia a una resolución firme que ordena la entrega de información (art. 46). La manera como se incurre en denegación infundada de acceso a la información (art. 45) la hemos explicado en el capítulo IV (supra). Por su parte, tratándose de la hipótesis del art. 46, la infracción se configura desde el momento que el agente obligado deja transcurrir el plazo dispuesto para proceder a la entrega de información sin hacerlo y, o la entrega de cualquier modo que no se atenga a la "forma" en que se hubiere decretado. En este caso, pareciera que las únicas causales que podrían exonerar de responsabilidad a la autoridad es un evento de caso fortuito o de fuerza mayor, porque cualquier otra conducta que no sea el cumplimiento de lo resuelto por el Consejo para la Transparencia o la Corte de Apelaciones es un desacato.

4. Proporcionalidad: toda autoridad que ejerce poder sancionador detenta un margen de apreciación discrecional de la sanción que en derecho y justicia merece un infractor, considerando el mérito del proceso. De este modo, la proporcionalidad o mesura es un instrumento puesto al servicio de la autoridad que le permite definir exactamente el *quantum* de la sanción o pena que debe aplicarse en un caso concreto.<sup>59</sup>

Este principio se cumple en los arts. 45 a 47 LAIP, toda vez que el Consejo para la Transparencia tiene reconocido un margen de discrecionalidad al definir el *quantum* de la sanción que merece el infractor, lo que supone necesariamente que el Consejo toma sus decisiones sancionatorias considerando las particulares circunstancias de cada infracción.

5. Principio *ne bis in ídem*: este principio está íntimamente ligado con el de proporcionalidad o mesura, de momento que con él se busca evitar excesos concretos en el ejercicio del *ius puniendi*, evitando dobles procesamientos o penas.<sup>60</sup> Se expresa el principio como la garantía de que nadie puede ser procesado y, o sancionado dos o más veces por un mismo hecho, cuando se aprecie al mismo tiempo identidad de sujeto y de fundamento. El art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos". La idea que subyace en este principio es que con la sanción que ha debido asumir el infractor (la primera sanción) se extingue su responsabilidad. De allí que el nuevo procesamiento o condena se incoarían o aplicarían, respectivamente, respecto de quien ya no está más obligado a hacerse responsable.

El caso del art. 46 inc. 2º LAIP plantea la interrogante si allí existe o no una infracción al principio *ne bis in ídem*. En el inciso 1º se sanciona con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente a la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado que no entregue oportunamente y en la forma

<sup>59</sup> Eduardo Cordero Quinzacara Derecho Administrativo Sancionador, Santiago 2014, p. 254 y ss.

<sup>60</sup> Héctor Hernández Basualto Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal (p. 567-586), en: "Sanciones Administrativas" (Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña, coord.), Santiago 2014, p. 572.

decretada, la información pública que haya sido ordenada por resolución firme. Luego, si esa misma autoridad o jefatura persistiere en su actitud [no entrega de la información en la forma decretada], la ley dispone que debe aplicársele el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días (inciso 2º). Como se aprecia, la ley se pone en el caso de que no obstante aplicarse una sanción –la del inciso 1º–, la autoridad o jefatura continúa incumpliendo su deber legal de entregar la información, extendiendo así la permanencia de un indeseado estado antijurídico. En este caso, estimamos que el inciso 2º del art. 46 no está sancionando por segunda vez la misma conducta antijurídica descrita en el inciso 1º; antes bien, se trata de un apremio administrativo especial aplicable a la autoridad o jefe, cuyo finalidad es materializar de otro modo la entrega de la información que está ordenada. Esto último es especialmente notorio en la posibilidad de que se pueda suspender de sus funciones al contumaz, de momento que ello provocará una subrogación funcionaria, por cuya virtud el reemplazante ha de cumplir finalmente lo que está decretado por el Consejo para la Transparencia o la Corte de Apelaciones.

6. Irretroactividad: la idea general es disposiciones sancionadoras no pueden ser aplicadas sobre hechos o conductas anteriores a su entrada en vigencia, si es que con ello provocan un efecto gravoso o desfavorable al inculpado.<sup>61</sup> Disposiciones que reflejan este principio son el art. 19 N° 3, inc. 7 de la Constitución: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, y el art. 52 LBPA: “Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.”

Esta última disposición es especialísima puesto que tiene una aplicación dual. Por un lado, proscribire la aplicación retroactiva de normas que configuran infracciones o establecen sanciones que al momento de cometerse el acto u incurrirse en la omisión no eran constitutivas de ilícito alguno o tenían establecida una sanción menor. Es decir, en el curso de un procedimiento sancionatorio no concluido, la autoridad no debe aplicar una disposición que entra en vigencia con posterioridad a la infracción. Sin embargo, una segunda aplicación del art. 52 LBPA establece que la irretroactividad únicamente se aplica respecto de normas desfavorables, de momento que se acepta tratándose de la retroactividad de las disposiciones posteriores favorables (“... ley [que] favorezca al afectado.”).<sup>62</sup> Esto significa, por ejemplo, que cabe la aplicación retroactiva si es que la nueva ley elimina el carácter sancionable de la conducta, o rebaja su gravedad, o disminuye la sanción o reduce el plazo de prescripción.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Miguel Sánchez Morón, op. cit., p. 277.

<sup>62</sup> Cfr. Víctor Sebastián Baca Onetto La retroactividad favorable en Derecho Administrativo Sancionador (p. 562-586), en: actas del Congreso Internacional de Derecho Administrativo, San Juan, Puerto Rico, 2015, p. 563.

<sup>63</sup> Cfr. D.CGR N° 38.075, de 2002.

7. Prescripción: no existen en el Derecho responsabilidades legales que duren *ad eternum*. En algún momento, la acción que detenta la administración debe extinguirse por el trascurso de un plazo que se contará desde que la infracción se hubiere cometido.

En el caso de la LAIP, la potestad sancionadora del Consejo para la Transparencia es de naturaleza administrativa. En efecto, ella se aplica exclusivamente sobre autoridades de la administración y funcionarios públicos; la consecuencia que aparece la comisión de una de las infracciones tipificadas en su Título VI es la aplicación de una multa en dinero, que es la sanción tradicional que aplica la administración a su personal (en el art. 46.2 LAIP se establece también la sanción de suspensión en el cargo por 5 días para un caso de desacato calificado). La multa es definida por el art. 123 LEA como la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, quedando el funcionario no obstante en la obligación de servir el cargo. En sentido contrario, la potestad sancionadora del Consejo para la Transparencia no persigue el resarcimiento de perjuicios ni la aplicación de penas penales.

Con lo dicho es posible inferir que por tratarse de una responsabilidad administrativa ella se extingue<sup>64</sup> por prescripción de la acción disciplinaria, cuyo plazo ha de ser precisamente el que se consagra en el art. 158 LEA: 4 años contados desde el día en que se hubiere incurrido en la acción u omisión que le da origen.

### C. Principios adjetivos.

1. Racional y justo procedimiento (art. 19 N° 3 CPR): este principio incluye una serie de sub-principios de garantías para el inculpado, a saber:

- Toda sanción debe ser consecuencia de un procedimiento, cuyas bases deben estar reguladas por una ley (art. 63 N° 18 CPR). Tratándose de las investigaciones sumarias y sumarios administrativos, sus regulaciones se contienen en el Título V LEA.

- Toda sanción administrativa exige un procedimiento administrativo previo, racional y justo (art. 19 N° 3, inc. 5 CPR). Los arts. 126 y 128 LEA consagran en materia administrativa la ineludible necesidad de incoar un procedimiento disciplinario como condición para aplicar una sanción administrativa. Al mismo tiempo, la LEA hace una completa separación de las funciones de investigación con respecto de la función sancionadora propiamente tal: quien investiga es un investigador o fiscal (arts. 126.1, 129.1 y 135), mientras que la sanción solamente puede ser aplicada por el jefe del servicio.

- Toda medida administrativa que grave a un particular debe ser dictada por un órgano no implicado, que garantice un actuar imparcial y equitativo (arts. 8 CPR; art. 53 LOCBGAE y arts. 11 y 12 LBPA). Todo órgano administrativo debe actuar con objetividad e

<sup>64</sup> Otras formas de extinción de la responsabilidad administrativa se reconocen en el art. 157 LEA: a) muerte, b) cesar en sus funciones y c) cumplimiento de la sanción.

imparcialidad o, en otras palabras, debe ajustarse a un estándar mínimo de *ética social*<sup>65</sup> o *administrativa* que, en la actualidad tiene rango constitucional, de momento que el art. 8 CPR prescribe que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. La probidad debe introducirse y reflejarse durante la substanciación del procedimiento, en las decisiones que se adopten e, incluso, en el comportamiento propio y habitual de las autoridades y funcionarios públicos. La Administración no puede ser neutral respecto del interés general que persigue, por lo que la paradoja está en la circunstancia de que no siendo ella neutral, sin embargo, debe orientarse, de un modo objetivo, al interés general.<sup>66</sup> Hay una directa conexión de la imparcialidad con las reglas de abstención o implicancia que pesan en la Administración, cuya finalidad es que el funcionario, agente o autoridad pública, en quien pesa un conflicto de interés o una prohibición legal, se abstenga de actuar y decidir en la caso de que se trate, única manera de asegurar a los interesados que la decisión final será dada con la suficiente libertad de juicio por la Administración. A efectos de lo anterior, se reconoce a los interesados el derecho de promover la inhabilitación de las autoridades o funcionarios en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. La inhabilitación se planteará ante la misma autoridad o funcionario afectado, por escrito, en el que se expresará la causa o causas en que se funda (arts. 132 a 134 LEA).

- Derecho a la defensa jurídica: toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (art. 19 N° 3 inc. 2° CPR y art. 10.3 LBPA). Son derivaciones de este principio, entre otras: el derecho de todo testigo o inculpado de formular causales de implicancia o recusación (arts. 132 a 134 LEA); y la garantía de que al inculpado siempre deben serle notificados los cargos y que se le confiere un plazo para presentar descargos, defensas y solicitar o presentar pruebas, a cuyo efecto deberá abrirse un término probatorio (art. 126, inc. 3° y 4° y 138 LEA).

2. Presunción de inocencia (art. 8.2 CADH): Toda persona inculpada de delito o infracción tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. La doctrina nacional está conteste que presunciones de responsabilidad establecidas por ley no se ajustan con los estándares internacionales sobre Derechos Humanos. De allí que toda persona debe gozar de un "trato de inocente" mientras la resolución o sentencia que la condene no quede firme o ejecutoriada.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Cfr. *Rolando Pantoja Bauzá* 1990-2000: desde el Principio de la Subsidiariedad en jerarquía a la Administración para el Desarrollo en coordinación participativa (p. 5-49), en: "La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000", Santiago, 2000, p. 49.

<sup>66</sup> Cfr. *Hugo Marín* Discrecionalidad Administrativa, Bogotá 2007, p. 368 y s.

<sup>67</sup> Cfr. *Eduardo Cordero Quinzacara* Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador (p. 189-215), en: " Sanciones Administrativas" (Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña, coord.), Santiago 2014, p. 202 y s.

3. Principio de impugnabilidad (acceso a la justicia): señala el art. 15.1 LBPA que todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales. La LAIP se remite en esta materia al sistema de impugnación de la LEA, que consiste en un recurso de reposición ante el mismo Consejo para la Transparencia (art. 141 a), no cabiendo la posibilidad de un recurso jerárquico, de momento que el Consejo no depende de otro órgano que pudiere encontrarse en una posición jerárquica superior. Es procedente, además, el derecho a reclamar ante la CGR, por vicios de legalidad que afectaren los derechos de los inculpados o sancionados, reconocidos en la LEA, originados en la correspondiente investigación sumaria o sumario administrativo (art. 160 LEA).

Como garantía adicional, la LEA no admite que la sanción sea impuesta previo agotamiento de la vía impugnaticia, de modo tal que el acto sanción solamente puede regir desde el día en que se notifique al afectado la total tramitación del mismo (D.CGR N° 31.891/1990 y N° 26.196/1993), es decir, luego de su toma de razón por la Contraloría General de la República y posterior notificación al sancionado.

4. Principio de la aplicación oportuna de la sanción: el derecho de toda persona a ser juzgada o sancionada en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es un estándar propio de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.<sup>68</sup> Piénsese, por ejemplo, que el art. 25.1 CADH consagra como protección judicial la garantía de toda persona de un juicio rápido y sencillo. El ordenamiento jurídico nacional reconoce principios íntimamente vinculados con aquello: principios de celeridad o de oficialidad (art. 7 LBPA), conclusivo (art. 8 LBPA) y de inexcusabilidad (art. 14 LBPA). Especial consideración debe hacerse del art. 143 LEA, conforme al cual, si vencen los plazos de instrucción del sumario sin que quede afinado, la autoridad que lo ordenó deberá revisarlo, adoptar las medidas tendientes a agilizarlo y determinar la responsabilidad del fiscal. Esto es un incentivo adicional para que el instructor de la investigación administrativa actúe por propia iniciativa en la prosecución del procedimiento, haciendo expeditos los trámites que deba cumplir el expediente<sup>69</sup>, para así quedar en estado de dictarse una decisión orgánica administrativa. La tardanza de la Administración en actuar refleja ineficiencia administrativa que desvirtúa el objetivo del procedimiento mismo y puede tornar inútil o inadecuada la decisión administrativa que finalmente salga a la luz.<sup>70</sup> Relacionado con esto último, la Corte Suprema se ha encargado de nominar dicho estado como "decaimiento del procedimiento administrativo", que se describe como "la extinción de un acto administrativo provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho, que afectan su contenido jurídico tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo. El

<sup>68</sup> *Cristián Roman Cordero* Notas sobre el debido procedimiento administrativo sancionador (p. 343-357), en: "Sanciones Administrativas" (Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña, coord.), Santiago 2014, p. 346.

<sup>69</sup> Corte de Valparaíso, Rol N° 457-2007, de 8.1.2008, consid. 9°.

<sup>70</sup> Cfr. E.C.S., Rol N° 6.538-2010, de 17.1.2011, consid. 7°.

elemento de hecho sobreviniente ... es el tiempo excesivo transcurrido para la declaración de responsabilidad de la empresa sujeta a supervisión y la consecuente imposición de una sanción, ..., sin que conste que se haya decretado diligencia alguna entre ambas actuaciones. Ello ha afectado el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo;".<sup>71</sup> Aquel transcurso excesivo de plazo en concluir un procedimiento administrativo sancionatorio, fue cuantificado por la Corte Suprema, en dos años, que es el mismo plazo que concede el art. 53.1 LBPA a la Administración para invalidar sus propios actos.

## VIII. CONCLUSIONES

1. Las autoridades, jefaturas o jefes superiores del órgano o servicio de la Administración sujetos a responsabilidad bajo la LAIP se diferencian según la naturaleza y tipo de organización de que se trate. Por ello, siempre es necesario distinguir entre organismos centralizados, descentralizados, desconcentrados y autónomos, además de los casos particulares de personas jurídicas de Derecho Privado que desarrollan función administrativa.
2. Los actos administrativos terminales deben ser fundados (art. 41 LBPA). En el caso del art. 16.3 LAIP, esa fundamentación debe especificar cuál es la causal reconocida por la ley que autoriza el rechazo de la solicitud y las razones que motivan esa decisión. Por lo mismo, es una "denegación infundada" de información, toda decisión expresa de la autoridad que incumpla las exigencias que establece dicha disposición legal. Más en detalle, son "denegación infundada": la decisión sin motivación, la decisión no explícita la causal legal que justifica el rechazo y la resolución con fundamentación insuficiente (ut-supra IV B).
3. Toda abstención de la Administración de resolver, que no esté fundada o legitimada por el derecho, es una abstención infundada y, como tal, antijurídica. Ni tan siquiera puede excusar la Administración el incumplimiento de resolver en una supuesta dificultad o oscuridad para encontrar respuesta jurídica a la solicitud que le ha sido presentada, porque el art. 41.5 LBPA prohíbe invocar el "non liquet".<sup>72</sup> En otras palabras, como el ordenamiento jurídico no ha consagrado la "fundamentación tácita" de los actos administrativos, se infiere que toda omisión o abstención, existiendo un deber de obrar o decidir, que no se cumple, es ilegal y carece, por tanto, de fundamentación.

<sup>71</sup> E.C.S., Rol N° 5.180-2010, de 4.11.2010, consid. 6º; Rol N° 5.228-2010, de 20.10.2010; Rol N° 4.923-2010, de 16.9.2010; Rol N° 7.284-2009, de 28.1.2010, etc.

<sup>72</sup> Cfr. *Marcos Gómez Puente* La Inactividad de la Administración, 2da. edición, Navarra 2002, p. 494.

4. Tanto las potestades de fiscalización como las sancionadoras están sujetas a regulaciones adjetivas diversas, no obstante lo cual, por la naturaleza de las consecuencias jurídicas que puede aparejar una u otra, el legislador usualmente se encarga de poner mayor atención a las referidas a la potestad sancionadora, dejando más discrecionalidad a las autoridades en lo que respecta a la manera de ejercer la función fiscalizadora.
5. La fiscalización del Consejo no requiere ser justificada en otra consideración que no sea la función y atribuciones especiales que le confiere el art. 32 LAIP. En otras palabras, advertido el eventual incumplimiento de las obligaciones de transparencia activa y de acceso a la información a través de los funcionarios a cargo de la fiscalización o por denuncia de persona legitimada para ello, se cumple el fin de la fiscalización y es procedente, entonces, informar al Consejo para que este pueda definir si procede dar inicio al respectivo procedimiento sancionatorio. En otras palabras, la actividad sancionadora del Consejo, que puede suceder a su función fiscalizadora, no necesita justificarse en afectaciones de derechos subjetivos del Consejo o de los mismos funcionarios fiscalizadores.
6. El art. 45 LAIP consagra una responsabilidad por ilegalidad o de corte infraccional, que se perfecciona al denegar la autoridad el acceso a la información pública sin que exista una causal legal que lo justifique e independientemente si esa abstención genera o no un daño en el solicitante. En consecuencia, el art. 45 LAIP no exige la existencia de un bien jurídico específico que requiera tutela o protección; basta con una negación sin razón a la solicitud de acceso a información para configurarse una situación antijurídica.
7. La apertura de una investigación sumaria o sumario administrativo conforme al art. 45 LAIP no exige que de manera previa el Consejo para la Transparencia y/o la Corte de Apelaciones se hubieren pronunciado sobre una acción de amparo o reclamo de ilegalidad, respectivamente. La potestad sancionadora del Consejo basta que sea motiva por el informe técnico de fiscalización (ut-supra VI.A.).
8. En la sustanciación de las investigaciones sumarias y sumarios administrativos del Consejo para la Transparencia, deben ser observados cabalmente los principios sustantivos y adjetivos establecidos en la LEA, en la LBPA y en el Pacto de San José de Costa Rica. También, deben ser respetados las normas y principios propios del Derecho Penal, reconocidos en el art. 19 N° 3 CPR, de momento que no es admisible hacer una aplicación de la LEA, LBPA y Pacto de San José de Costa Rica que no esté conforme con los principios inspiradores de la Constitución.



Es cuanto puedo informar a Uds., por el momento.

Atentamente,



Claudio Moraga Klehner  
Prof. Asociado Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho - U. de Chile

CC.  
- Archivo.

