

Informe en Derecho.

SOBRE LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.

Sumario: I. LAS PREGUNTAS QUE TRATA DE RESOLVER EL PRESENTE INFOME. II. LA NATURALEZA DEL CONSEJO Y SUS POTESTADES EN LA FISCALIZACIÓN. A. El Contexto normativo. B. El objetivo perseguido según la Historia Fidedigna de la Ley. C. Las consecuencias interpretativas. III. UNA CUESTIÓN ESENCIAL: LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LAS LEYES DE TRANSPARENCIA. IV. ¿POR QUÉ LAS REGULACIONES PÚBLICAS DEBEN PROMOVER EL CUMPLIMIENTO? V. DOS EXPRESIONES DE LA FACULTAD FISCALIZADORA: LA INSPECCIÓN Y LA SANCIÓN. A. Sobre la potestad de inspección. B. La potestad sancionatoria. VI. ¿CÓMO ABORDAR LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA?. A. El Consejo para la Transparencia tiene potestad de fiscalización: Alcances. B. ¿Cómo construir el sistema de fiscalización?. C. ¿Es posible externalizar las actividades de fiscalización y concretamente las de inspección?. D. ¿Cómo opera el sistema sancionatorio fuera de las hipótesis de la LAIP?.

I. LAS PREGUNTAS QUE TRATA DE RESOLVER EL PRESENTE INFOME.

1. Se me ha solicitado informe en derecho sobre la extensión de las atribuciones del Consejo para la Transparencia, referidas a sus potestades de fiscalización sobre los organismos regulados por la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública (LAIP).

2. Concretamente al Consejo le interesan resolver cuatro interrogantes:

(a) Alcance y extensión de las facultades de fiscalización en materia de transparencia activa;

(b) Posibilidad de ejercer, mediante la potestad de fiscalización, mecanismos de evaluación preventiva que tengan impactos en el “derecho de acceso a la información”.

(c) Posibilidad de contratar a prestadores privados en las actividades de seguimiento y fiscalización.

(d) Alcance y ejercicio de la potestad sancionatoria frente a incumplimiento de los servicios públicos, excluyendo la reconocida legalmente en el caso del amparo de acceso a la información pública.

3. Con el objeto de abordar las cuatro interrogantes planteadas, el presente informe abordará: (a) La naturaleza del Consejo para la Transparencia y el reconocimiento legal de sus potestades de fiscalización; (b) los objetivos perseguidos por las leyes de transparencia; (c) Los criterios de detrás de las

regulaciones públicas y sus incentivos para el cumplimiento; (d) los criterios que permiten identificar las potestades de fiscalización, en especial la potestad de inspección y sanción; (e) respuestas a las inquietudes planteadas.

II. LA NATURALEZA DEL CONSEJO Y SUS POTESTADES EN LA FISCALIZACIÓN.

A. El Contexto normativo.

4. De conformidad a lo señalado por la LAIP el Consejo de Transparencia es una “[C]orporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”¹, que tiene “por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”².

5. Dentro de las funciones y atribuciones, que caracterizan al Consejo en cuanto órgano de “fiscalización” destacan.

“a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.

d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.

e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.

f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.

i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley.

j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.

m) Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.”

6. A su vez, el art. 34 de la LAIP señala el estándar al cual deben someterse los organismos del Estado al señalar que:

“Para el ejercicio de sus atribuciones, el Consejo podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado. Podrá, asimismo, recibir todos los testimonios y

¹ Art. 31.

² Art. 32, inciso primero.

obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia.

Igualmente, para el cumplimiento de sus fines, el Consejo podrá celebrar convenios con instituciones o corporaciones sin fines de lucro, para que éstas presten la asistencia profesional necesaria para ello.”.

7. Finalmente las normas destinadas a establecer infracciones y sanciones, señaladas en el Título VI de la ley, establecen sanciones por tres tipos de incumplimientos: (a) denegación infundadas del jefe de servicio en caso de solicitud de acceso a la información³; (b) denegación de la información, una vez que existe resolución firme que la exige⁴; (c) incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa⁵.

En tales casos, la potestad sancionatoria se encuentra en manos del Consejo, pero el procedimiento sumarial estará a cargo de la Contraloría General de la República⁶.

B. El objetivo perseguido según la Historia Fidedigna de la Ley.

8. Como consta de la historia fidedigna⁷, el establecimiento de una régimen institucional que vele y garantice la transparencia pública fue una demanda solicitada por los parlamentarios, desde la presentación del proyecto de ley⁸. La

³ Artículo 45.- 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.

⁴ Artículo 46.- 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.

Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.

⁵ Artículo 47.- El incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa se sancionará con multa de 20% a 50% de las remuneraciones del infractor.

⁶ Artículo 49.- 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.

⁷ Vid. Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, 20 de agosto de 2008. Disponible en línea en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20285/HL20285.pdf>

⁸ Dado que el proyecto de ley que se aprobó, tuvo un origen en una moción parlamentaria de los HH. Senadores Larraín y Gazmuri, este no podía contemplar la creación de un organismo

tesis permanente del Ejecutivo durante esa etapa, fue que era innecesaria tal figura, pues las competencias naturales en esta materia deberían estar en el proyecto de ley que creaba el Defensor Ciudadano⁹.

9. Durante la discusión en la Cámara de Diputados, el Ejecutivo accedió a la creación de una institución destinada a la promoción y fiscalización de la ley de transparencia. Como consta de la discusión parlamentaria, esencialmente el Ejecutivo y el Congreso tuvieron a la vista las experiencias del Reino Unido y México, que en los años 2005 y 2002 habían dictado leyes de acceso a la información, con robustos sistemas institucionales¹⁰.

El organismo se denominó “Instituto de Promoción de la Transparencia” y según el Ejecutivo consagraba una triple vía para resguardar el derecho de acceso: (a) la reclamación administrativa de la denegación de acceso ante un organismo externo especializado, cuya resolución si es negativa es revisable por la Corte de Apelaciones; (b) el establecimiento de un conjunto de sanciones para la denegación injustificada, aplicables por el mismo organismo externo especializado, y (c) la fiscalización permanente a cargo del citado organismo externo¹¹.

administrativo con competencias en la materia, dado el contenido y redacción del artículo 65, inciso cuarto N° 2, de la Constitución, que otorga tal iniciativa exclusiva al Presidente de la República.

⁹ Ver en la Historia de la Ley, p. 34 y 35, la opinión del Ejecutivo en el Primer Informe de la Comisión de Gobierno del Senado, de 16 de mayo de 2005.

¹⁰ Destaca el Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados (8.05.2007), en Historia de La Ley, p. 153 a 165, que “ En Inglaterra, el Acta de Libertad de la Información (2005) creó la Oficina del Comisionado de Información, agente independiente del Gobierno, a quien corresponde “promover y verificar que se cumpla con el acceso público a la información oficial y la protección de los datos personales, para lo que se encuentra dotada de atribuciones que le permiten conocer y sancionar los incumplimientos normativos”. “En México, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (2002) creó el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, que se caracteriza por ser un órgano de la Administración Pública Federal que goza de autonomía operativa, presupuestaria y de decisión. Al Instituto le corresponde “promover el ejercicio del derecho de acceso a la información, resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información que las dependencias o entidades del gobierno federal hayan formulado y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades del gobierno federal”. Este organismo interviene en casos de negativa de acceso a la información, conociendo de un recurso de revisión que pueden interponer las personas afectadas”.

¹¹ Ver Intervención de la Ministra Secretaría General de la Presidencia, al explicar la indicación, en Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados (8.05.2007), en Historia de la Ley, p. 173.

Finalmente la Cámara cambió la denominación a “Consejo para la Transparencia”, insistió en su función fiscalizadora y en la potestad de sanción frente al incumplimiento, considerando el apercibimiento sancionatorio por infracción a la transparencia activa¹².

10. El Senado rechazó en tercer trámite constitucional las modificaciones introducidas por la Cámara¹³, lo que obligó a la constitución de la Comisión

También se refirió a la propuesta del Proyecto de incorporar en nuestra legislación el “Instituto de Promoción de la Transparencia”, órgano encargado de la promoción y fiscalización de la transparencia, que se caracteriza por ser un organismo autónomo, constituido como corporación de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio y cuyo objetivo es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y garantizar el derecho de acceso a la información.

Para el cumplimiento de dichos objetivos, “se lo dota de atribuciones normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionatorias y se le encomienda desarrollar tareas de promoción, difusión, capacitación y control, pudiendo requerir a los órganos de la Administración para que adecuen sus procedimientos a las normas sobre transparencia y acceso a la información, bajo apercibimiento de sanción”.

¹² Vid. Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados (8.05.2007), en Historia de la Ley, p. 173.

¹³ Vid. Informe de la Comisión de Gobierno del Senado (17.07.2007), en Historia de la Ley, p. 341 y sgts. En dicho informe consta la intervención del Ejecutivo, que explican las atribuciones del Consejo para la Transparencia.

Por ejemplo, la Comisión escuchó al Subsecretario General de la Presidencia, quien hizo alusión al informe de la Comisión de Expertos que asesoró a S.E. la señora Presidenta de la República, proponiendo medidas para favorecer la probidad y la eficiencia. Dicha Comisión, “propuso crear un órgano especializado que tutele la materialización de este derecho mediante potestades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y resolutivas de conflictos entre los ciudadanos” (p. 341), propuesta que fue recogida por la Honorable Cámara de Diputados.

El Subsecretario, también sostuvo que la función del Consejo para la Transparencia sería “promover la transparencia, fiscalizar el cumplimiento de las normas y garantizar el derecho de acceso a la información. Así, de la negativa de acceso por un órgano de la administración, se puede reclamar ante este organismo” (p. 346).

En su intervención, el Secretario Ejecutivo de la Comisión Chilena para la Probidad y la Transparencia, indicó que el Proyecto le otorgaba al Consejo, además de la facultad de fiscalizar, “la importante función de aplicar sanciones en caso de infracciones. También le asigna, entre otras, las siguientes tareas principales: resolver los reclamos por denegación de información; dictar instrucciones generales para el cabal cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información; formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado; requerir bajo apercibimiento de multa a los órganos del Estado para que se adecuen a las normas sobre transparencia y acceso a la información; proponer al Presidente de la República normas e instructivos sobre la materia”; etc. (pg. 348)

Mixta. En el informe de la precitada Comisión se insistió en la potestad fiscalizadora del Consejo y sus poderes sancionatorios por incumplimiento de la ley¹⁴.

C. Las consecuencias interpretativas.

11. De conformidad a la Historia de la Ley, es posible expresar dos consecuencias interpretativas. En relación a la naturaleza jurídica, la insistencia de la autonomía e independencia de la Administración Activa es una característica demandada permanentemente durante la tramitación. Sin embargo, como sabemos esa pretensión tiende a diluirse en la perspectiva orgánica desde el momento que tanto para el Tribunal Constitucional¹⁵ como para la Contraloría es un servicio público descentralizado¹⁶, sujeto entonces al sistema de control legal, financiero y funcional de la Administración, especialmente el de la Contraloría¹⁷. Esto tendrá un impacto en las restricciones que debe considerar el Consejo al diseñar su sistema de fiscalización.

12. En relación a las funciones de fiscalización, la historia permite concluir que la demanda por fiscalización se centró en la necesidad de crear un organismo que tuviese a su cargo el seguimiento de la ejecución de la ley, que pudiera instruir sobre su aplicación y que pudiera sancionar sus incumplimientos. Sin embargo, salvo las potestades para dictar instrucciones, recabar información y sancionar, que es acotada como se verá, la ley no entregó ninguna atribución específica para desarrollar sus procedimientos de fiscalización. De este modo, en lo que sigue trataremos de explicar qué instrumentos puede utilizar el Consejo con el objeto de proveer sistema de fiscalización, sobre todo que puedan ser eficientes.

¹⁴ En el informe de la Comisión Mixta, en Historia de la Ley, p. 416, se indica que “El artículo 32 de la Ley de Transparencia propuesto por la Honorable Cámara, enuncia la finalidad del Consejo, cual es la de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información y garantizar el acceso a ésta. Fue aprobado en los mismos términos, con la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión (...)”. Por su parte, en “El artículo 33 enumera las funciones y atribuciones del Consejo en quince literales, entre los cuales se destacan las de fiscalizar el cumplimiento de esta ley; resolver los reclamos de denegación de información; promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información y el acceso a ella”.

¹⁵ Vid. STC Rol 1051, C. 33 y 34.

¹⁶ Dictamen 70891, de 2009, en que califica al Consejo para la Transparencia como un servicio público descentralizado que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

¹⁷ Una consecuencia de eso es que la Contraloría probablemente le aplicaría sin inconvenientes al Consejo las normas de la Ley de Compras Públicas y de la Ley de Procedimiento Administrativo. Ver en este sentido el criterio del Dictamen N° 25.902, de 2006.

III. UNA CUESTIÓN ESENCIAL: LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LAS LEYES DE TRANSPARENCIA.

13. Uno de los temas esenciales en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que no lo son y que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades¹⁸. El acceso a la información administrativa es una de las áreas en donde se ha puesto énfasis, en particular aquella que ha provenido de los procesos de modernización del Estado, pues constituye un poderoso elemento de control y en términos más amplios de seguridad jurídica¹⁹.

14. Existe bastante consenso en la literatura que la demanda por Gobiernos Transparentes responde a dos ideas básicas: (a) *restaurar la confianza pública*, en la medida que la información proporcionada incrementa la educación de los ciudadanos, haciendo de ellos sujetos con condiciones para exigir una demanda adecuada para la calidad de los servicios provistos por el Estado y sus organismos; (b) *tener más y mejores vigilantes de la actividad gubernamental*, en la medida que amplía las posibilidades de disponer de otros sujetos que controlen la actividad pública, diferente a las clásicas instituciones del control público²⁰.

¹⁸ Como sostiene Harlow, C., Rawlings, R., *Law and Administration*, Cambridge University Press, 3th edn, 2009, p. 46, se ha ido produciendo un cierto consenso en que el Derecho administrativo no sólo se puede ver desde la perspectiva de la contienda entre la Administración y el ciudadano, tan bien reflejada en la contienda contenciosa administrativa (en la tensión sobre la legalidad y sus alcances) (denominada Red Light Theory), o desde la perspectiva de los resultados de prestación, reflejado en el debate del servicio público (la condición prestacional amplia y directa del Estado), si no que también es necesario dimensionarlo sobre cierto consenso de los valores que concurren en las regulaciones de las administraciones y representadas por el Derecho Administrativo (denominada Green Light Theory). Estos se traducen una trilogía de valores: Transparencia, participación y accountability (rendición de cuentas), que se reflejan en la expresión “buena gobernanza”.

¹⁹ Como sugiere Austin, “The Freedom of Information Act 2000: A sheep in wolf’s clothing?” in *Changing Constitution*, 6th edn, 2007, p. 47, el Gobierno podría ser verdaderamente democrático y accountable sólo si los ciudadanos tuviesen un significativo derecho a la participación en el proceso de toma de decisiones que los afecten, pero además tuviera amplio acceso a la información gubernamental.

²⁰ OCDE, *Modernising Government. The Way Forward*, OECD Publishing, 2005, pp. 30 y 31. Se indica que el argumento central tras la transparencia y la publicidad de la información pública está asociado a la promoción de buenos Gobiernos. En ese contexto, y asumiendo que la publicidad de la información en poder del Estado es una de las ideas esenciales de la calidad del sistema democrático, la experiencia comparada demuestra que los países establecen los criterios tras la publicidad desde las diversas prioridades nacionales. Así, por ejemplo, algunos países privilegian instrumentos que buscan tener gobiernos más abiertos sujetos al escrutinio

15. Las leyes de acceso a la información pública son sólo uno de los instrumentos sobre los cuales se estructuran las denominadas políticas de transparencias, en las experiencias comparadas²¹. Estas leyes están construidas sobre una matriz semejante, otorgarle el derecho a los ciudadanos de acceder a la información que se encuentra en poder del Estado, sin imponer exigencia mayores para acceder a su contenido²². El objeto de ellas es proveer de mecanismos que garanticen dicho acceso, salvo en las materias en donde la Constitución y la ley señala que existe un genuino interés para proteger la confidencialidad de determinada información, según su contenido o momento, y la protección de la privacidad de los ciudadanos²³.

IV. ¿POR QUÉ LAS REGULACIONES PÚBLICAS DEBEN PROMOVER EL CUMPLIMIENTO?

16. Explicado los objetivos perseguidos en las leyes de transparencia, es adecuado que nos adentremos en la forma y modo de entender las potestades de fiscalización desde la lógica de los incentivos para el cumplimiento. En síntesis, hay buenas razones para sostener que los sistemas legales, especialmente en materia de acceso a la información, son más útiles en la medida que promueven sus cumplimientos, y no descansan sus atribuciones sólo en la sanción.

público en la idea de luchar contra la corrupción (p.e. Corea, México). Otros colocan los énfasis en hacer un Gobierno más amigable y accesible en orden a mejorar la prestación de los servicios públicos (p.e. Dinamarca), mientras que algunos buscan mejorar la actividad gubernamental en orden a ser más inclusivos en la elaboración de la política pública (p.e. Canadá y Finlandia). En otros términos hay buenas razones para promover la existencia de Administraciones Públicas transparentes, en la medida que contribuyen a la expansión de los valores de la democracia y por el impacto económico que tienen los desempeños de los Gobiernos

²¹ Se consideran como parte de este tipo de instrumentos el establecimiento: (a) en las Leyes de Procedimiento Administrativo de reglas de participación de los interesados; (b) el establecimiento de cartas de servicios públicos; (c) reglas de simplificación de trámites; (d) reducir las barreras y disponer de incentivo a la inclusión; (e) acceso y comunicación con las Administraciones Públicas mediante sistemas online (e-government); (f) normas de participación de los interesados en los procedimientos reglamentarios; (h) ampliar las hipótesis de consulta pública; (i) asegurar robustos sistemas de auditoría o control externo; (j) establecimiento de la figura del Defensor del pueblo o similares; (k) Mejorar los sistemas de escrutinio del Congreso al Ejecutivo.

²² El establecimiento de ellas ha sido explosivo sólo en la última década. Según los estudios comparados, considerando sólo países OCDE, al año 1980 sólo 8 países disponían de leyes de este tipo. En cambio, al año 2004 el 90% de esos países disponían de normas de acceso a la información pública. Al año 2009 100% de ellos disponen de regulaciones de éste estilo.

²³ Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997, p. 23

17. Las leyes y reglamentos —en tanto materialización de políticas públicas diseñadas por las autoridades políticas— tienen la pretensión de modificar la realidad social, encauzando la conducta privada conforme a los estándares previstos en las normas jurídicas adoptadas²⁴. Aunque resulte obvio señalarlo, las leyes y reglamentos se dictan para ser aplicados. Esta pretensión de transformación y encauzamiento —que ya es de por sí de difícil satisfacción²⁵— se vería completamente frustrada si la autoridad administrativa no contara con la capacidad de imponer un sistema de fiscalización que considere variados instrumentos, como inspecciones o sanciones.

18. De este modo, la fiscalización es una actividad pública que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las regulaciones y, con ello, tutelar los intereses generales y bienes protegidos. Esto se manifiesta en una doble vertiente: preventiva y correctora. La primera es un estándar de eficacia, en la medida en que busca establecer incentivos para el cumplimiento efectivo de las regulaciones. La segunda es un estándar de resultado, en el sentido que busca reaccionar adecuadamente frente al incumplimiento de la legalidad y consecuente perturbación del sistema. Ambos elementos forman parte de un círculo virtuoso (si se cumple) o bien vicioso (si alguno de ellos es ineficiente)²⁶.

19. Es bastante habitual sostener que las intervenciones administrativas son explicadas bajo tres condiciones: (a) La formulación de objetivos y reglas legales, que les confieren competencias; (b) las competencias de monitoreo, escrutinios, evaluaciones y exigencias de información a los sujetos objeto de su control; (c) el eventual cumplimiento forzado de las obligaciones a las cuales se encuentran sujetos los ciudadanos²⁷. Estas razones explican por ejemplo la tradicional competencia de ordenación, llamada de antiguo de policía²⁸, en cuanto suponen que el Estado somete actividades privadas e incluso opúblicas, que potencialmente puedan ser lesivas a derechos o el interés general, de manera que

²⁴ Como afirma Karen Yeung, *Securing Compliance. A Principled Approach* (Hart, Oxford 2004) p. 3, “[i]t is through the enforcement process that a set of legal standards designed to influence human and institutional behaviour is translated into social reality”.

²⁵ Vid. Robert Kagan, “Editor’s Introduction: Understanding Regulatory Enforcement”, 11 *Law & Policy* 89, 89 (1989) (“Transforming those laws [which seek to bolster existing system for preventing pollution, negligence, discrimination, and fraud] into effective and sensible social controls, however, is a difficult task”).

²⁶ Fernández Ramos, *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2002.

²⁷ Christensen y Laegreid, “Agencification and Regulatory Reforms”, en *Autonomy and Regulation*, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 8 – 39.

²⁸ Villar Ezcurra, J.L., *Derecho Administrativo Especial*, Civitas, 1999.

ejerce sobre ellas ordenación, planificación, organización, dirección, limitación, control u orientación²⁹.

20. Se tiende a pensar que el establecimiento de regulaciones de este tipo son suficientes para lograr su acatamiento³⁰. Tal como indica la literatura, la fiscalización entraña un relación de intercambio³¹, lo que supone una evaluación de los costos tanto para el regulado como el regulador. El establecimiento de una regulación trae aparejado costos de fiscalización, y de decisión de cumplimiento, relacionándose claramente con: (a) el diseño de la norma; (b) el costo de cumplirla; (c) los supuestos sobre los cuales descansa su cumplimiento; (d) el rol que cumple la agencia a cargo de la fiscalización; (e) el sistema de sanciones; (f) la oportunidad de la misma (tiempo)³².

21. Por esta razón, no basta con sostener que disponemos de un modelo de fiscalización, sino que es relevante conocer su diseño y desempeño. El diseño del sistema de fiscalización genera una serie de efectos que es necesario considerar, pues de él dependerá la efectividad de la regulación que se pretende llevar a cabo.

22. El cumplimiento y la aplicación de la normativa en materia de acceso a la información es importante por cuanto están en juego: (a) la calidad y protección del sistema de control público; (b) la credibilidad de las regulaciones (c) La igualdad ante la ley, por una parte la existencia de tratos justos e imparciales y por otra parte el hecho de que el incumplimiento es una especie de competencia desleal para el que acata las normas; (d) La reducción costos e internalización adecuada de las responsabilidades.

V. DOS EXPRESIONES DE LA FACULTAD FISCALIZADORA: LA INSPECCIÓN Y LA SANCIÓN.

A. Sobre la potestad de inspección.

23. La actividad de policía tiene una vertiente represiva, traducida en sanciones, y una vertiente preventiva, realizada a través de labores de comprobación del respeto de las normas. Cuando esta tarea es realizada por funcionarios públicos

²⁹ Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, T.II., Iustel, 2004.

Con esta finalidad los órganos públicos utilizan una serie de técnicas: información (deberes de identificación, documentales, comunicación); de condicionamiento (comprobaciones, autorizaciones, comunicaciones con derecho a veto); ablativas o restrictivas de derechos (totales, parciales, creación o ampliación de situaciones pasivas).

³⁰ Viscusi, Harrington y Vernon, *Economics of Regulation and Atitrust*, MIT Press, 2005.

³¹ Vid. Morgan y Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, pp. 151 – 217.

³² Morgan y Yeung, n 31, p. 187 y 188.

siguiendo un procedimiento formalizado, y estando los sujetos regulados obligados a colaborar con ellos, nos encontramos ante una de las principales potestades actuales de la Administración: la potestad inspectora³³.

24. Cuando la Administración inspecciona, lleva a cabo una actividad informativa dirigida a velar por el cumplimiento de las normas, pero también recopila datos que después podrán ser utilizados en la reconducción de las conductas a la legalidad, ora mediante recomendaciones, ora a través de la activación de la potestad sancionatoria³⁴. Por tal motivo se sostiene que la finalidad institucional de la actividad de inspección consiste precisamente por un lado en proveer de información a la Administración para luego actuar, y en garantizar la adecuación permanente de la actividad sujeta a control a las determinaciones legales y, en su caso, a las establecidas en el correspondiente título habilitante³⁵.

25. Pero también la literatura distingue la actividad de vigilancia de la de inspección. La primera suele definirse como una actividad material, de observación y control de actividades sujetas a control, con el fin de prevenir y, en su caso, reprimir posibles alteraciones o incumplimientos de la legalidad. La inspección, en cambio, es una actividad formalizada que tiene por finalidad verificar, igualmente con carácter preventivo o represivo, el cumplimiento de deberes u obligaciones, prohibiciones o limitaciones impuestas por la legislación vigente. Normalmente esta actividad de inspección se dirige a o tiene como consecuencia la adopción de una decisión administrativa que atañe al sujeto o al objeto inspeccionado. A veces, sin embargo, la inspección se lleva a cabo simplemente para mejorar la información de la Administración sobre un asunto o materia y poder establecer las estrategias o criterios de actuación más adecuados³⁶.

26. No obstante ese carácter instrumental, la función inspectora constituye el ejercicio de una potestad administrativa vinculante, esto es, que implica el ejercicio de autoridad, de la que derivan relaciones jurídicas sujetas al Derecho Administrativo. La potestad de inspección, en definitiva, es principalmente una potestad consustancial a la actividad de control³⁷. Como tal, se trata de una función que no puede ser objeto de gestión indirecta o contratación con terceros, sin perjuicio de la ejecución de tareas auxiliares de la inspección (recolección de

³³ Rivero Ortega, R., *Derecho Administrativo Económico*, Marcial Pons, 5ª edición, Madrid, p. 167.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Fernández Ramos, n 26, p. 12.

³⁶ Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo*, Parte General, Tecnos, 2005, p. 636.

³⁷ Bermejo Vera, J., "La Administración Inspectora", *Revista de Administración Pública*, Nº 147, Madrid, 1998, p. 43.

datos, realización de análisis, práctica material de comunicaciones, etc) en que es posible la colaboración de la iniciativa privada³⁸.

B. La potestad sancionatoria.

27. Si bien desde un punto de vista de política pública, el Derecho Administrativo Sancionador tiene por objeto asegurar que la autoridad pueda modificar efectivamente la realidad de acuerdo a los objetivos establecidos en la ley, la legitimidad del ejercicio del Derecho Administrativo Sancionador se evalúa conforme al respeto de los derechos de los ciudadanos.

28. A este respecto, la jurisprudencia constitucional y administrativa chilena ha establecido con fuerza que tanto el castigo criminal como la sanción-administrativa son ambos “manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”³⁹, exigiendo con ello un resguardo intensificado de los intereses privados.

29. Aunque la formulación es algo críptica y meta-jurídica⁴⁰, la jurisprudencia nacional no ha vacilado en calificar la sanción administrativa como una forma de represión estatal sujeta a cumplir —en principio y con matizaciones— con las consideraciones y requisitos de *justicia retributiva*, de naturaleza *garantista*, que han sido desarrollados y madurados en el ámbito del Derecho Penal⁴¹.⁴²

30. En otras palabras, nuestro Derecho Constitucional y Administrativo reconoce la especial consideración que debe tener la autoridad represora por los

³⁸ Sánchez Morón, n 35, p. 637.

³⁹ STC, Rol 244, C. 9°. *Vid. también*, STC, Rol 480, C. 5°; CGR, Dictámenes Nros. 14.571 de y 31.239, de 2005; 34.407 y 49.968, de 2008.

⁴⁰ *Vid. Nieto, Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid 2005, p. 88 (quien, en el contexto de las “manifestaciones del *ius puniendi*” califica a este último de “metanormativo” y de “un tanto mítico”).

⁴¹ STC, Rol 244, C. 9°. “[L]os principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.

⁴² En términos similares se pronuncia la Contraloría General de la República (CGR): [L]a potestad sancionadora de la Administración (...) es, al igual que la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, de manera tal que al tener ambas el mismo origen, deben respetar en su ejercicio los mismos principios generales del derecho sancionador que han sido consagrados en la Constitución Política de la República, aunque sus procedimientos sean diferentes. CGR, Dictamen N° 31.239 de 2005.

Vid. también, CGR, Dictamen N° 14.571 de 2005, que señala que “una reiterada jurisprudencia administrativa ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora”.

derechos del acusado, sea en sede penal o administrativa. La posibilidad de que pueda condenarse a un inocente —con la consiguiente pérdida patrimonial o, incluso, de libertad— y el riesgo que los ciudadanos no reciban el trato que amerita su dignidad personal, exigen garantías reforzadas frente al castigo⁴³.

31. Como hemos visto, la condición de “manifestación del *ius puniendi*” de la sanción administrativa exige aplicar una serie de “principios inspiradores del orden penal”. En efecto, en primer lugar, la sanción administrativa debe cumplir con los requisitos de legalidad y de tipicidad⁴⁴.

32. Resumidamente, el principio de legalidad está integrado por dos elementos materiales —infracción y sanción— y dos formales —competencia del órgano y procedimiento previo—. Esto es, tanto la infracción como la sanción deben estar determinadas en una norma de rango legal, y la potestad de castigo sólo puede ser ejercida por aquellos órganos que la tengan atribuida expresamente por la ley, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador⁴⁵. Por su parte, el principio de tipicidad, según el Tribunal Constitucional, “exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal)”⁴⁶. El principio de tipicidad proscribía las sanciones administrativas en blanco⁴⁷.

33. Ahora bien, como se suele señalar, estos principios se aplican al procedimiento administrativo sancionador “matizados”⁴⁸ o “atenuados”⁴⁹. Esto se debe a la especial relevancia de los intereses y programas públicos tutelados por la Administración, y a la menor intensidad de afectación de los derechos de las personas en el ámbito administrativo que en el ámbito penal. Así, en materia de legalidad/tipicidad, se admite en alguna medida la colaboración reglamentaria

⁴³ Además, de acuerdo a la CGR, Dictamen N° 28.226 de 2007, el ciudadano “normal” sometido a un procedimiento administrativo sancionador no puede tener cualitativamente menores derechos que los que el presunto “delincuente” tiene en el proceso penal: “sería del todo ilógico que el infractor administrativo carezca de derechos y garantías que se reconocen al delincuente, o que el juez penal tuviera límites que no se apliquen al órgano administrativo sancionado”.

⁴⁴ Vid. STC, Rol 244, C. 10° y STC, Rol 480, C. 5° y 8°.

⁴⁵ Vid. Bermúdez, J. “Elementos para definir las sanciones administrativas”, 26 (N° Esp) *Revista Chilena de Derecho* 330 (1998).

⁴⁶ STC, Rol 479, C. 25°. Vid. también, STC, Rol 244, C. 10°.

⁴⁷ Vid. STC, Rol 799, C. 9°

⁴⁸ STC, Rol 480, C. 5°.

⁴⁹ CGR, Dictamen 28.226 de 2007.

conforme a una concepción que no es la de legalidad absoluta propia del Derecho penal⁵⁰.

VI. ¿CÓMO ABORDAR LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA?

A. El Consejo para la Transparencia tiene potestad de fiscalización: Alcances.

34. Como hemos señalado en el cuerpo del presente informe, el Consejo dispone de potestades de fiscalización, pero no señala la forma u modo para llevarla a cabo.

35. En términos generales la fiscalización está asociada a la potestad de control sobre las actividades de los sujetos regulados. Como hemos explicado en otra oportunidad⁵¹, la potestades de fiscalización y control, constituyen nociones antiguas y de origen lexicológico complejo y diverso, que da cuenta de visiones en principio diferentes sobre el mismo fenómeno, aunque en verdad se corresponden a énfasis diversos. En español la palabra tiene dos acepciones, por un lado está vinculado a la “comprobación” de hechos, circunstancias y competencias, y por la otra “dominio y mando” de otros⁵². Ambas denominaciones dan cuenta del sentido que esta palabra tenía originalmente en el francés y en inglés, de la cual nuestro idioma sintetiza como denominación común⁵³. Esto permite sostener que en las acepciones existen dos criterios en común. En primer lugar, la dualidad de sujetos; en segundo lugar, la existencia de unas reglas de actuación con la que puede ser contrastada la actuación sometida a control, lo que supone que tal contraste debe estar orientado hacia la corrección de la actividad controlada, lo que supone la existencia de una consecuencia de ésta⁵⁴.

36. De este modo, el control y fiscalización constan en un juicio de conformidad a ciertas reglas, que implica, en caso de disconformidad, una medida represiva, preventiva o rectificadora y no presupone necesariamente, relaciones de superioridad, sin perjuicio que, de hecho todas las relaciones de superioridad

⁵⁰ Vid. STC Rol 479, C. 27º y Rol 480, C. 40º. Cfr. STC, Rol 244, C. 12º.

⁵¹ Cordero Vega, L., *El control de la Administración del Estado*, Lexis Nexis, 2007, pp. 17 – 26.

⁵² Vid. www.rae.es. Indica que 1. m. Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. 2. m. Dominio, mando, preponderancia.

⁵³ Cfr. Rubio Llorente, F., “El control Parlamentario”, en *Las formas del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1997, pp. 206 y 207; Aragon Reyes, *Constitución y Control del Poder*, Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 69 y 70.

⁵⁴ Rubio Llorente, n. 53, p. 207.

implican un control entre figuras equiparadas y entre figuras recíprocamente independiente, ya que entre particulares, ya entre órganos del Estado, entre el Estado y los particulares. Por lo dicho, resulta evidente que el control no es propiamente un acto, sino que el desarrollo lógico de una actividad comprobadora, por lo que requiere necesariamente de parámetros previos (jurídicos, contables, fines desarrollados a través de programas o planificaciones) y que al término de su fase activa envuelve un juicio de valoración, que como se dijo, pueden importar la adopción de medidas de distinta significación, dependiendo si hubo conformidad o disconformidad con el término de comparación efectuada, lo que le resta conceptualmente la idea de autonomía.

37. Si la potestad de fiscalización está destinada precisamente a verificar el “cumplimiento” de la regulación, es evidente que el Consejo para la Transparencia a lo menos está dotado de la potestad de inspección para llevar a cabo sus actividades. En efecto, la LAIP descansa sobre la base de que el Consejo puede ejercer atribuciones destinadas a obtener de los servicios públicos regulados la información necesaria para verificar el cumplimiento de la misma. El art. 32, sobre las atribuciones del Consejo, especificadas en el Numeral 5 del presente informe, precisamente descansa sobre esa lógica.

38. Esta es por lo demás, la manera en que el sistema legal chileno ha concebido a las autoridades de fiscalización. En efecto, ocupando como criterio el establecido para las autoridades de fiscalización sometidas al DL 3551, de 1980, estas se caracterizan por realizar el control preventivo o represivo de legalidad, según el caso, de la actividad sometida a su supervigilancia mediante el ejercicio de diversas atribuciones. Dentro de las más comunes es posible citar la potestad de “dictar instrucciones obligatorias” para las entidades que conforman su sector; la de “interpretar administrativamente” las preceptivas aplicables a ese ámbito; la “fiscalización general de su actividad” en los aspectos jurídicos y financieros; y la “imposición de sanciones” en caso de infracciones al marco regulatorio aplicable, resoluciones que en todo caso son revisables por los Tribunales de Justicia mediante las acciones que contemplan habitualmente esas mismas preceptivas especiales.⁵⁵

39. Pero además, la literatura también ha sostenido que la potestad de inspección puede derivar de atribuciones simples de coordinación o colaboración, como es el caso del art. 34 de la LAIP. En efecto, se afirma que allá en donde la Administración tiene asignadas funciones de coordinación, es inevitable que tal función conlleve la potestad de inspección, pues sólo será posible garantizar

⁵⁵ Pantoja Bauzá, R, *La Organización Administrativa del Estado*, Ed. Jurídica, Santiago, 1998, pp. 352-353.

aquella función cuando se pueda vigilar el ejercicio de las actividades susceptibles de coordinación. Si hay algo a lo cual se debe dar cumplimiento por parte de un organismo público coordinado o fiscalizado por otro, es lógico pensar que para averiguar el correcto cumplimiento de ese “deber” puedan utilizarse potestades de supervisión, análisis, comprobación, etc, que caracterizan a la potestad de inspección⁵⁶.

B. ¿Cómo construir el sistema de fiscalización?

40. Dado que la ley no especifica los instrumentos, la única alternativa de la cual dispone el Consejo para la Transparencia es diseñar un sistema propio de control de los organismos regulados. Para tal finalidad puede recurrir a dos instrumentos diversos: (a) realizar fiscalización en terreno directamente; (b) establecer un sistema aleatorio de control.

41. Como se sabe, los organismos con competencias de fiscalización carecen, pese a sus atribuciones, de disposición de un sistema de control por cada sujeto regulado. Dichos sistemas son ineficientes, por la relación costo - beneficio que tiene involucrado. Por tal motivo, los servicios fiscalizadores deben diseñar estrategias destinadas a priorizar y focalizar, sobre diversos criterios (como el riesgo), las áreas y los sujetos fiscalizados⁵⁷.

42. El dilema que enfrenta el Consejo para la Transparencia es si diseña un instrumento de esas características de modo rutinario, o bien establece un sistema de control y fiscalización regulado, de conocimiento de todos los regulados realizado sobre la base de un sistema de certificación.

Nada impide que el Consejo desarrolle esta última alternativa, pero en tal modelo debe considerar no sólo la existencia de un régimen de regulación de sus estándares de control, por ejemplo basado en un sistema de indicadores de cumplimiento, si no que debe además concentrarse específicamente en el sistema de acreditación de ellos.

43. El modelo nacional conoce dos modalidades de este estilo. Una desarrollada al amparo del sistema de indicadores de cumplimiento presupuestario. Otro, el

⁵⁶ Bermejo Vera, n 36, p. 51 y 52.

⁵⁷ Este criterio es el que ha validado la CGR en relación a su potestad de control, afirmando que “ejerce sus funciones de control conforme a planes y programas previamente elaborados, que abarcan las materias más relevantes en un estricto orden de prioridades según su trascendencia jurídica, económica y social, cuya preparación y desarrollo requiere de significativos recursos humanos, financieros y materiales que, por su escasez, necesariamente deben ser aplicados con cuidadoso resguardo para asegurar un control eficiente y eficaz”. Vid. Dictámenes Nros. 6892, de 2010; 37.151, de 2009; 60.136, de 2008; 42.096, de 2003.

modelo de certificación privada, regulado sectorialmente mediante resolución exenta.

44. El primer caso, es el desarrollado por el Consejo de Auditoría Interna de Gobierno (CAIG). Como se sabe esta es una institución asesora del Presidente de la República en materia de control interno⁵⁸, que ha desarrollado instrumentos en materia de auditoría interna y gestión de riesgos. Al ser una institución asesora, carece de atribuciones de fiscalización, pero ha terminado desarrollando sus actividades utilizando dos instrumentos: (a) la potestad de control del Presidente de la República, como Jefe de Gobierno y Administración, especialmente mediante el ejercicio de la potestad de instrucción; (b) sobre la base de las reglas de incentivos en las remuneraciones, en la medida que los ha incorporado en los indicadores de los Programas de Mejoramiento de la Gestión⁵⁹.

45. El otro sistema es el de regulación y certificación, mediante sistemas de regulación exenta. El principal exponente de ello lo constituye el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), que a través de una red de meras regulaciones administrativas ha diseñado su sistema de control. De conformidad a lo establecido en la ley N° 18.755 este servicio tiene por finalidad “contribuir al desarrollo agropecuario del país, mediante la protección, manutención e incremento de la salud animal y vegetal; la protección y conservación de los recursos naturales renovables que incidan en el ámbito de la producción agropecuaria del país y el control de los insumos y productos agropecuarios sujetos a la regulación en normas legales y reglamentarias” (art. 2°). En virtud de dichas competencias, el servicio tiene un sinnúmero de facultades de “policía sanitaria” tal como se encuentran detalladas en el artículo 3° de la precitada ley⁶⁰, y dispone de una facultad al Jefe de Servicio para tener una organización administrativa flexible⁶¹, como lo señala el inciso 2° del artículo 6°. Esta

⁵⁸ Creado por Decreto Supremo N° 12, de 1997, modificado por el Decreto Supremo N° 147, de 2005, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

⁵⁹ Ver en este sentido el documento de la Dirección de Presupuestos (Dipres), *Requisitos Técnicos y Medio de Verificación. Programa Marco Avanzado. Programa de Mejoramiento de la gestión*, 2010, p. 93, disponible en línea: www.dipres.cl/572/articles-58510_doc_pdf.pdf

En el mismo sentido, pero esta vez focalizado en calidad de servicios públicos, ver documento Dipres *Requisitos Técnicos y Medio de Verificación. Programa Marco de la Calidad. Programa de Mejoramiento de la Gestión*, 2010, p. 93, disponible en línea: www.dipres.cl/572/articles-58509_doc_pdf.pdf

⁶⁰ Estas competencias deben ser complementadas con aquellas señaladas en el DL 3557, sobre Protección Agrícola.

⁶¹ Aunque normas de este estilo han sido cuestionadas últimamente por el Tribunal Constitucional. Ver SSTC Roles N° 319, 358 y 379.

institución para la gestión de su actividad de fiscalización ha creado el Departamento de Laboratorio y Estaciones cuarentenarias, cuyo objetivo central es construir una red de laboratorios a nivel nacional, cuya función principal es realizar diagnósticos y análisis necesarios para evaluar y certificar la calidad de estado sanitario y calidad de los productos vegetales, animales y ambientales⁶², administrando también una red de laboratorios externos que se acreditan ante el SAG. En efecto, esta institución ha dictado normas destinadas a establecer un “sistema nacional de acreditación de terceros” (resolución exenta N° 3678, 2004), que en el caso de laboratorios ha implicado disponer de un programa de procedimientos de gestión y operacionales y técnicos, mediante la validación y acreditación de los diferentes procedimientos de diagnóstico, bajo la NCh 17025. En relación a los laboratorios externos el SAG opera como laboratorio de referencia en tanto vela por la calidad de los diagnósticos basados en auditorías de seguimiento, ensayos de intercomparación y establecimiento de los marcos de referencia para las técnicas acreditadas.

46. De este modo, es posible que el Consejo para la Transparencia pueda utilizar un sistema blando, basado en incentivos mediante el Programa de Mejoramiento de la Gestión. Sin embargo, un sistema de estas características es indirecto, sujeto a la mediación de la Dipres y sin incentivos directos de cumplimiento, de manera tal que pareciera ser un instrumento que puede establecer incentivos adecuados, pero que administraría directamente el Ejecutivo y no el Consejo, por lo cual no resulta razonable basar exclusivamente en él cualquier sistema de fiscalización y de incentivo de cumplimiento directo de la ley.

47. Desde esta perspectiva el Consejo dispone, para la regulación directa de su sistema de fiscalización, el uso de la potestad normativa que le reconoce el artículo 33 letra d) de la LAIP. Como señaláramos más arriba (*supra* N°38), el diseño de apropiadas competencias de supervigilancia normalmente comprende atribuciones de dictar instrucciones generales vinculantes para los fiscalizados, pues éstas resultan funcionales para promover un cumplimiento eficiente de los objetivos de las regulaciones, brindando además la necesaria certeza y precisión respecto de los estándares aplicables a los regulados en garantía de sus derechos.

Se trata de verdaderas *potestades normativas de orden reglamentario* que el ordenamiento le reconoce a los órganos de la administración diversos del Presidente para dictar -tal como la tienen los Decretos Supremos Reglamentarios- normas con eficacia general, abstracta y permanente. De ahí la potencialidad que tienen para la finalidad previamente señalada.

⁶² Este subdepartamento dispone del laboratorio y estaciones cuarentenarias agrícola; laboratorio y estación cuarentenaria pecuaria; laboratorio de semillas; laboratorio de química ambiental y alimentaria.

El reconocimiento de esta atribución al CPLT, no resulta en modo alguno innovadora dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Más bien, constituye ya una tendencia dentro del diseño institucional de servicios descentralizados con una marcada competencia fiscalizadora como son las Superintendencias⁶³ o el Servicio de Impuestos Internos⁶⁴; de otros órganos administrativos de rango constitucional como Gobiernos Regionales⁶⁵; Municipalidades⁶⁶; Banco Central⁶⁷, CNTV⁶⁸; o incluso también de otros servicios ajenos a labores propiamente

⁶³ A modo ilustrativo establece el artículo 3 N°34 de la Ley 18.410 entre las atribuciones de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles: “Aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización”; o bien el Artículo 4 letra a) del D.L. N°3.538 entre las atribuciones de la Superintendencia de Valores y Seguros: “Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas y fixar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento”.

⁶⁴ Establece el Artículo 6 letra b) del D.F.L. N°7 de 1980 entre las atribuciones del Director del Servicio de Impuestos Internos: “b) Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fixar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos”

⁶⁵ El artículo 16 letra d) del DFL N°1 de 1975 establece entre las funciones generales de los Gobiernos Regionales: “Dictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia, con sujeción a las disposiciones legales y a los decretos supremos reglamentarios, las que estarán sujetas al trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República y se publicarán en el Diario Oficial”.

⁶⁶ Artículo 5 letra d) del DFL N°1 de 2006 establece entre las atribuciones de los municipios para el ejercicio de sus funciones el: “Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular” y luego el artículo 12 de la LOCM establece que dichas resoluciones pueden ser ya sea ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones, especificando respecto de las primeras que: “Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes”.

⁶⁷ Véase artículo 35 N°1 y 5 a 7 y artículo 42 de la Ley 18.840.

⁶⁸ Señala el artículo 12 de la Ley 18.838: “El Consejo Nacional de Televisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones: h) Dictar normas e instrucciones para la celebración de los actos y contratos destinados a cumplir los fines del Consejo Nacional de Televisión”. Y luego en su inciso segundo: “El Consejo deberá dictar normas generales para impedir efectivamente la transmisión de programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres (...) Las normas que dicte el Consejo y sus modificaciones deberán publicarse en el Diario Oficial y regirán desde la fecha de su publicación”.

fiscalizatorias⁶⁹. Todo lo cual demuestra lo difundido y diversificado del modelo dentro de los órganos administrativos.

Es relevante no confundir esta atribución con la *potestad instructiva (o potestad reglamentaria interna)*, esto es la que se reconoce a la autoridad del servicio para dictar órdenes o impartir instrucciones a los funcionarios de su dependencia relacionadas con el correcto funcionamiento de la ley administrativa o con la necesidad de desarrollar una más expedita administración, que es de la esencia de la relación de dependencia jerárquica que existe dentro de cada servicio. Ello pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷⁰ como de la Contraloría General de la República⁷¹ han establecido que mediante circulares o instrucciones internas no se puede reglamentar el desarrollo de la actividad con efectos generales respecto de terceros generando derecho objetivo, para lo cual requeriría un Decreto Supremo Reglamentario. Si bien ello podría entenderse que viene a restringir el ámbito de estas *potestades normativas de orden reglamentario*, su distinción respecto de la mera *potestad instructiva* permite entender que dicha a dicha jurisprudencia debiera atribuírsele un carácter limitado sólo a esta última atribución, a pesar de que ciertos autores⁷² han cuestionado además la constitucionalidad de esta delegación legal de la competencia constitucional reglamentaria del Presidente de la República a ciertos órganos de la administración del Estado como colaboradores de éste en el ejercicio de la función administrativa, a fin de obtener una más correcta y expedita administración.

Sin perjuicio de lo anterior, es relevante tener presente ciertas condiciones formales y sustantivas que se imponen para la juridicidad de su ejercicio. En cuanto a las formales: (a) debe emanar de una clara disposición constitucional o legal que así lo atribuya al órgano en cuestión, como ocurre en el presente caso con el mencionado artículo 33 letra d); (b) debe ser ejercida por la autoridad máxima del órgano investido, en este caso el Consejo Directivo actuando colegiadamente; (c) debe ser ejercida en la forma que establece la ley; y (d) dentro del ámbito de competencia material y territorial del organismo. En cuanto a las sustantivas, al ser el Consejo para la Transparencia un órgano administrativo: (a)

⁶⁹ Establece el artículo 5 N°23 del D.L. N°1.224 entre las atribuciones del Servicio Nacional de Turismo: “Dictar normas e instrucciones relativas a la actividad turística”.

⁷⁰ Véanse SSTC Roles N°591 y N°1.035.

⁷¹ Véanse dictámenes N°29.554 del 2007 relativa a la instrucción para la aplicación de la ley del tabaco y N°36.737 del 2008 sobre circular de la Superintendencia de Casinos de Juego.

⁷² Aldunate, E., “La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del Fiscal Nacional”, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N°XXXIII, 2009, pp. 371-390.

sus potestades normativas pueden ser consideradas de delegación legal de la potestad normativa del Presidente y por tanto se encuentran subordinados jerárquicamente a la potestad reglamentaria de éste⁷³; (b) un eventual Decreto Supremo Reglamentario puede abordar las materias regladas al efecto por el Consejo para la Transparencia al ser su potestad reglamentaria constitucional una de contenido discrecional⁷⁴; en consecuencia (c) el Consejo para la Transparencia debe ejercer sus atribuciones normativas sujetándose siempre a lo dispuesto por los Decretos Supremos Reglamentarios y por tanto, en caso de antinomia, primaría siempre por criterio de jerarquía, lo establecido por el Decreto Supremo Reglamentario, quedando en consecuencia preterida la aplicación en el caso concreto de la regla de rango inferior.⁷⁵

48. Así las cosas, verificado que el Consejo puede ejercer su facultad de instrucción general en materia de fiscalización y practicar directamente esas atribuciones, la limitación de este último sistema depende esencialmente de cuan tolerante es el sistema legal a la utilización de sistemas externalizados de control público, cuestión que abordaremos a continuación.

C. ¿Es posible externalizar las actividades de fiscalización y concretamente las de inspección?

49. Tal como se ha señalado en el cuerpo de este informe⁷⁶, la inspección es una potestad de la Administración y, en cuanto tal, no es posible que pueda ser entregada a privados mediante un sistema de certificación, de manera tal que la certificación privada sustituya el sistema de control público.

50. Como ha señalado la jurisprudencia administrativa los organismos administrativos no pueden utilizar sistemas de externalización privada que

⁷³ Esa subordinación explica porque el artículo 33, letra d) de la LAIP se refiere a la facultad para dictar “Instrucciones generales” y no “normas generales”, como en algún momento sostuvo el proyecto de ley.

⁷⁴ Establece al efecto el artículo 32 N°6 de la Constitución Política entre las atribuciones del Presidente de la República: “Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

⁷⁵ Este es el criterio que se ha seguido de antiguo en el caso del Derecho Administrativo Chileno, y que ya había sido detectado como problema por nuestra literatura clásica, promoviendo una solución como la indicada. Ver en este sentido Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, 5° edición, Ed. Jurídica, 2009, pp. 193 a 197.

⁷⁶ Vid. Supra 27.

sustituyan la fiscalización directa exigida por la ley, ya que la labor de la fiscalización es propia de la función pública de los organismos administrativos⁷⁷.

Lo anterior, supone que para que un organismo administrativo pueda utilizar mercado privado o externalización en la fiscalización, requiere de texto legal expreso. Así sucede en materia de salud pública⁷⁸ y medio ambiente⁷⁹.

⁷⁷ Ha sostenido la CGR, Dictamen N° 27.050, de 2005, que “No procede que [un organismo administrativo] contrate empleados a honorarios para realizar labores de fiscalización y funciones inspectivas, (...) ello, por cuanto dichas labores no pueden ser realizadas por terceros extraños a la Administración, ya que por tratarse de labores propias de la función pública, han de ejercerse única y exclusivamente por funcionarios del órgano respectivo, que pueden ser empleados de planta como contrata, pues ambos revisten la calidad de funcionarios públicos.”.

En el mismo sentido ver Dictámenes Nros. 496, de 83; 4892 y 20688, de 91; 37.787, de 2009.

⁷⁸ DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, que establece:

Artículo 4°.- Al Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud. En consecuencia tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

3.- Velar por el debido cumplimiento de las normas en materia de salud.

La fiscalización de las disposiciones contenidas en el Código Sanitario y demás leyes, reglamentos y normas complementarias y la sanción a su infracción cuando proceda, en materias tales como higiene y seguridad del ambiente y de los lugares de trabajo, productos alimenticios, inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres, laboratorios y farmacias, será efectuada por la Secretaría Regional Ministerial de Salud respectiva, sin perjuicio de la competencia que la ley asigne a otros organismos.

La labor de inspección o verificación del cumplimiento de las normas podrá ser encomendada a terceros idóneos debidamente certificados conforme al reglamento, sólo en aquellas materias que éste señale y siempre que falte personal para desarrollar esas tareas y que razones fundadas ameriten el encargo. La contratación se regirá por lo dispuesto en la ley N° 19.886, debiendo cumplir la entidad, al menos, los siguientes requisitos: experiencia calificada en materias relacionadas, de a lo menos tres años; personal idóneo, e infraestructura suficiente para desempeñar las labores. En caso de que estas actividades puedan ser desarrolladas por universidades, las bases de la licitación deberán considerar esta condición con un mayor factor de ponderación.

⁷⁹ Ley N° 20.417, que faculta a la Superintendencia del Medio Ambiente a contratar servicios de fiscalización. Señala la norma:

Artículo 3°.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

c) Contratar las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, cuando correspondan, y de los Planes de Manejo, cuando procedan, a terceros idóneos debidamente certificados.

51. Sin embargo, lo que sí puede hacer el Consejo para la Transparencia es utilizar el sistema de contratación de acciones de apoyo, establecidos en la ley N° 18.803⁸⁰, que por el contenido y redacción del art. 34 de la Ley N° 19. 886, se someten al sistema de Chile Compra. Pero debe advertirse, que para la jurisprudencia administrativa la utilización de esta modalidad de contratación está sujeta a la restricción del contenido de los denominados servicios de apoyo. En efecto, sistemáticamente ha señalado que sólo se pueden contratar a través de esta modalidad “aquellas funciones o tareas que sean auxiliares o complementarias para el ejercicio de las potestades públicas del organismo respectivo, de manera tal que la ejecución de las labores encomendadas no puede significar que la entidad contratada asuma el desarrollo de las potestades públicas que la ley entrega a los órganos de la Administración del Estado.”⁸¹.

52. De este modo, definido el modelo de fiscalización dentro de las alternativas descritas con anterioridad, el Consejo para la Transparencia podrá utilizar el sistema de “contratación de acciones de apoyo”. Por ejemplo, si el Consejo diseña un modelo de fiscalización “remoto” vía Internet, las modalidades y respaldos informáticos para desarrollar las actividades de inspección telemática, podrán contratarse a través de esta modalidad. Sin embargo, la visita inspectiva física a las dependencias de los servicios públicos, destinadas a verificar las condiciones tecnológicas de las instalaciones que sirven de base a este “control” telemático sólo podrá ser desarrollado por los funcionarios del Consejo, por constituir esto una actividad de inspección y control.

D. ¿Cómo opera el sistema sancionatorio fuera de las hipótesis de la LAIP?

53. Tal como lo hemos señalado con anterioridad⁸², existe bastante consenso en el sistema legal nacional que en materia de sanciones administrativas se aplica el

⁸⁰ El artículo 1°, inciso segundo, de dicha ley, que data de 1989, estableció el contenido de las acciones de apoyo, al definir las como:

“Son acciones de apoyo a todas las que no constituyan directamente las potestades públicas encomendadas por la ley a cada uno de los servicios y que sean complementarias a dichas potestades, tales como recepción, recopilación, preparación, revisión y evaluación de antecedentes; procesamientos computacionales; cobranzas y percepción de pagos; conservación y reparación de bienes inmuebles y muebles; aseo y otros servicios auxiliares.”.

Por este motivo, el Estatuto Administrativo, también del año 1989, señala en su artículo 2°, que:

“Los cargos de planta o a contrata sólo podrán corresponder a funciones propias que deban realizar las instituciones referidas en el artículo 1°. Respecto de las demás actividades, aquéllas deberán procurar que su prestación se efectúe por el sector privado”.

⁸¹ Vid. Dictámenes Nros 23.325, de 1998, 27.896, de 2003, 7.023, de 2005, 17.918, de 2009.

⁸² Vid. Supra 27 al 33.

denominado “Derecho Administrativo Sancionador”, en virtud del cual existen garantías sustantivas y procesales para llevar a cabo la potestad sancionatoria. Entre ellas destacan el de la legalidad de sanción y la tipicidad de la infracción, de manera tal que si las hipótesis que se pretenden sancionar no se encuentran establecidas por la ley, entonces el organismo administrativo no puede ejercer su potestad sancionatoria.

54. Como hemos explicado, el Consejo para la Transparencia sólo tiene potestades sancionatorias en tres hipótesis muy concretas: (a) denegación infundadas del jefe de servicio en caso de solicitud de acceso a la información; (b) denegación de la información, una vez que existe resolución firme que la exige; (c) incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa.

Fuera de estas hipótesis, dado el estándar estricto que hemos indicado en el presente informe, el Consejo para la Transparencia no puede ejercer las potestades de sanción establecidas en el Título VI de la LAIP.

55. No obstante lo anterior, es necesario preguntarse ¿qué sucede en aquellos casos en los cuales existiendo infracción a la ley, el Consejo carece de atribuciones? La respuesta a semejante interrogante, se debe encontrar en las normas generales a las cuales están sujetos los funcionarios públicos.

56. Algunos ejemplos pueden ser útiles para ilustrar esta situación. Si el funcionario público o el Jefe de Servicio, informa incorrectamente el contenido de las materias a los cuales lo obliga la LAIP en materia de “transparencia activa”, entonces, dicho funcionario podría cometer un delito específico establecido en el Código Penal y que es denominado “falsificación de instrumento público”⁸³. De

⁸³ Art. 193. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:

1° Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.

2° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.

3° Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

4° Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.

5° Alterando las fechas verdaderas.

6° Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.

7° Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.

8° Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial.

igual modo, el funcionario público que revela información que de conformidad a la LAIP tiene la calidad de secreto o reservada, podría incurrir en el delito de “violación de secretos”⁸⁴, además de cometer una infracción administrativa específica establecida en el Estatuto Administrativo⁸⁵.

Del mismo modo, el funcionario público que impide que las labores de fiscalización del Consejo se lleven a cabo razonablemente con el objeto de garantizar el derecho de acceso a la información, podría incurrir en infracción al principio de probidad administrativa⁸⁶, en la medida que existe “entorpecimiento del servicio” afectando “derechos de los ciudadanos frente a la administración”, como lo es el derecho de acceso, según lo señalado, además de la LAIP, por la Ley N° 19.880, de Bases de Procedimiento Administrativo⁸⁷.

57. Así las cosas, si las infracciones son eventualmente constitutivas de delito, los funcionarios del Consejo para la Transparencia se encuentran obligados a

⁸⁴ Art. 246. El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente.

Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Las penas señaladas en los incisos anteriores se aplicarán, según corresponda, al empleado público que indebidamente anticipare en cualquier forma el conocimiento de documentos, actos o papeles que tenga a su cargo y que deban ser publicados.

Art. 247. El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se aplicarán a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.

⁸⁵ Artículo 61.- Serán obligaciones de cada funcionario:

h) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley (...).

⁸⁶ LOCBGAE. Artículo 62.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:

8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración

⁸⁷ Artículo 17. Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a:

d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley;

denunciarlos al Ministerio Público⁸⁸ y si son infracciones a las obligaciones administrativas, al margen de la potestad sancionatoria reconocida al Consejo, este puede recurrir ante la Contraloría General de la República, para que de conformidad a sus competencias generales instruya el sumario administrativo respectivo por infracción a la legalidad administrativa⁸⁹.

58. En consecuencia, si bien el Consejo para la Transparencia carece de potestades de sanción en un conjunto significativo de hipótesis, diferentes a las establecidas en el Título VI de la LAIP, el diseño de una estrategia de fiscalización general, según lo expresado en el presente informe, acompañado de buenos sistemas integrados de coordinación con otras instituciones, puede establecer incentivos adecuados para el cumplimiento de la regulación de acceso a la información pública, considerando especialmente su preferencia por sistemas de control preventivo.

60. Finalmente, como se indica en la literatura regulatoria, la pregunta fundamental de “cuándo castigar, cuándo persuadir” debe responderse mediante un esquema que combine apropiadamente los sistemas sancionatorios y de persuasión⁹⁰. Según los autores, la clave de una regulación exitosa radica en “establecer sinergias entre el castigo y la persuasión”⁹¹.

En consecuencia, al disponer el Consejo para la Transparencia de atribuciones suficientes para diseñar su sistema de fiscalización e integrar las potestades sancionatorias propias y las de otros organismos, en un modelo convergente de coordinación, es posible construir un modelo adecuado de “persuasión” para el cumplimiento de la LAIP.

⁸⁸ El Código Procesal Penal, señala:

Artículo 175.- Denuncia obligatoria. Estarán obligados a denunciar:

b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos;

⁸⁹ Ver Resolución N° 235, de 1998, de la Contraloría General de la República, que establece el “Reglamento de sumarios instruidos por la Contraloría General”.

⁹⁰ Ayres, I. y Braithwaite, J., *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford 1992, p. 21. Según Baldwin y Black, *Really Responsive Regulation*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 15/2007, London School of Economics and Political Science, Law Department, p. 5, “[r]esponsive regulation remains hugely influential worldwide and is applied by a host of governments and regulators”.

⁹¹ Ayres y Braithwaite n 78, p. 25.

Es lo que puedo informar a ustedes en esta primera entrega. Quedo a vuestra disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente informe.

Saluda atentamente,

Luis Cordero Vega
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Santiago, 14 de Abril de 2010.