



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA EN EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

NISCIA RUBIO CARRASCO

Profesor Guía
Sr. Julio Pallavicini Magnére

Santiago, Chile

2012

A mi madre y mi abuelo.

ÍNDICE

TABLA EXPLICATIVA	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I. NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	10
1. VISIÓN GENERAL DE LOS PRINCIPIOS DE PROBIDAD, TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD.	10
1.1. PRINCIPIO DE PROBIDAD.	10
1.2. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.....	13
1.3. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.....	15
2. EL EMPODERAMIENTO DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LA LEY SOBRE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN PÚBLICA.	16
3. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO FORMA DE FISCALIZACIÓN DE LA AUTORIDAD....	19
4. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	20
CAPITULO II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN CHILE.....	24
1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY Nº 19.653.....	24
2. DICTACIÓN DE LA LEY Nº 19.653.....	26
2.1. LA LEY Nº 18.575 LUEGO DE LA DICTACIÓN DE LA LEY DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA.	28
2.1.1. Inclusión de los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley Nº 18.575 (actuales 13 y 14 respectivamente).....	29
2.1.2. Título III de la Probidad Administrativa.	34
3. DECRETO SUPREMO Nº 26 DE 2001 DEL MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. 35	35
4. LEY Nº 19.880 DE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.	38
5. LEY Nº 20.050, DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	39
5.1. CAUSALES DE RESERVA.	41
5.2. FUNCIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ARTÍCULO 8º DE LA CONSTITUCIÓN.....	43
5.3. DEROGACIÓN DEL REGLAMENTO DE SECRETO Y RESERVA DE LOS ACTOS Y DOCUMENTOS PÚBLICOS (DECRETO SUPREMO Nº 26 DEL 2001).	44
5.4. DICTÁMEN Nº 48.302/2007 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN RELACIÓN AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 8º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.	47
6. LEY Nº 20.285 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.	49
6.1. ÁMBITO DE ACCIÓN.	51
6.2. ÓRGANOS A LOS CUALES SE APLICA.....	51
6.3. FINALIDADES Y ASPECTOS PRINCIPALES.	52
6.4. PRINCIPIOS FORMATIVOS.	54
6.5. INFORMACIÓN CONSIDERADA PÚBLICA POR LA NUEVA LEY.....	55
6.6. CAUSALES DE RESERVA.	56
6.6.1. Interpretación de las causales de secreto o reserva. Test de daño.	58
7. TRANSPARENCIA ACTIVA.	60
8. CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA	61
8.1. CONCEPTO.....	61
8.2. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES.....	62

8.3. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. TRANSPARENCIA PASIVA.....	63
8.4. EL AMPARO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ANTE EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.	64
8.5. RECLAMO DE ILEGALIDAD ANTE LA CORTE DE APELACIONES	65
8.6. CASOS ESPECIALES DE TRANSPARENCIA PASIVA.	66

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 68

1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	68
2. MEDIDAS DISCIPLINARIAS.....	69
3. CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	73
4. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	74
4.1. DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO.....	74
4.2. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y A SU VEZ A LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS SANCIONATORIOS.....	75
4.3. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	78
4.4. PRINCIPIOS ADJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR).....	81

CAPITULO IV. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS DISCIPLINARIOS Y EL SECRETO DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO 89

1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN GENERAL.....	89
1.1. CONCEPTO.....	89
1.2. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	89
1.2.1. Principio de escrituración.....	90
1.2.2. Principio de Gratuidad.....	91
1.2.3. Principio de Celeridad.....	91
1.2.4. Principio Conclusivo.....	91
1.2.5. Principio de Economía Procedimental.....	92
1.2.6. Principio de Contradictoriedad.....	93
1.2.7. Principio de Imparcialidad.....	93
1.2.8. Principio de Abstención.....	94
1.2.9. Principio de No Formalización.....	94
1.2.10. Principio de Inexcusabilidad.....	94
1.2.11. Principio de Impugnabilidad.....	95
1.2.12. Principio de Transparencia y de Publicidad.....	95
1.3. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	96
1.3.1. Iniciación.....	96
1.3.2. Instrucción.....	97
1.3.3. Finalización.....	98
2. LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS EN PARTICULAR.....	100
2.1. LA INVESTIGACIÓN SUMARIA.....	101
2.1.1. Características.....	101
2.1.2. El procedimiento en la investigación sumaria.....	102
2.2. EL SUMARIO ADMINISTRATIVO.....	103
2.2.1. Características.....	104
2.2.2. Etapas del sumario administrativo.....	105

2.2.2.1. Etapa de instalación o constitución de la fiscalía.	105
2.2.2.2. Etapa Indagatoria.....	106
2.2.2.3. Etapa acusatoria o de formulación de cargos.	108
2.2.2.4. Etapa informativa al Jefe Superior.....	109
2.2.2.5. Etapa resolutive.	110
2.2.2.6. Etapa de impugnación.	111
2.3. SUMARIOS ADMINISTRATIVOS INSTRUIDOS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA...	112
2.4. EL SECRETO EN EL SUMARIO ADMINISTRATIVO Y PLANTEAMIENTOS ACERCA DE SU VIGENCIA.....	113
2.4.1. Antecedentes generales.	113
2.4.2. Fundamento del secreto.	114
2.4.3. Principios de publicidad y transparencia en el sumario administrativo.	115
2.4.4. Derecho de Acceso a la Información, Derecho a la Honra y Protección a la Vida Privada.	118
2.4.5. La Fuerza Normativa de la Constitución.....	121
2.4.6. Comparación entre el secreto del Proceso Penal y el secreto en el Procedimiento Sumarial.	124
2.4.7. Derecho a ser informado de la acusación.	129
CAPÍTULO V. JURISPRUDENCIA SOBRE PUBLICIDAD Y SUMARIO ADMINISTRATIVO	131
1. JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.	131
2. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.....	132
CONCLUSIÓN	136
BIBLIOGRAFÍA	140

TABLA EXPLICATIVA

Ley N° 18.575	Orgánica Constitucional De Bases Generales de la Administración Del Estado.
Ley N° 18.883	Aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales.
Ley N° 18.834	Sobre Estatuto Administrativo
Ley N° 19.300	Sobre Bases Generales del Medio Ambiente
Ley N° 19.519	Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público
Ley N° 19.653	Sobre Probidad Administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado
Ley N° 10.336	Orgánica Constitucional de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República
Ley N° 19.880	Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado
Ley N° 20.050	Reforma Constitucional que establece diversas modificaciones a la Constitución Política de la República
Ley N° 20.285	Sobre Acceso a la Información Pública
Ley N° 20.500	Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública

INTRODUCCIÓN

El acceso a la información pública constituye uno de los más importantes hitos de los últimos años para los Estados a nivel mundial. El conocimiento por parte de la ciudadanía de los actos y decisiones que ejecutan las autoridades se ha transformado en una exigencia a nivel internacional, lo cual según algunos, es básico para consolidar los regímenes democráticos por la fiscalización que pueden hacer los gobernados a sus gobernantes. Lo anterior se ha dicho, es consecuencia del empoderamiento social.

Chile no se ha quedado atrás en estas iniciativas, por lo que paulatinamente nuestra legislación se ha ido adaptando a las nuevas perspectivas, en parte a raíz de diversos casos de corrupción política que han acontecido y de la incorporación de nuestro país a la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) que exige la adecuación de nuestra normativa a ciertos estándares de Derecho Internacional.

Una de las iniciativas más relevantes fue la dictación de la Ley N° 20.285 el año 2009, consecuencia de la entrada en vigencia del nuevo artículo 8° de la Constitución Política, donde se elevan a rango constitucional los principios de publicidad y transparencia que antes si bien es cierto, habían sido objeto de debate e incluso de dictación de importantes leyes como la Ley N° 19.653¹ y la Ley N° 19.880, no satisfacían en forma suficiente la necesidad de establecer un sistema sólido de bases democráticas. En consecuencia se llegó a la conclusión de que la idea de legislar sobre el acceso a la información pública, la transparencia, la publicidad y la probidad no debía quedar solamente en el plano de una ley común, y por lo tanto, se planteó la necesidad de estar regulados por la Carta Fundamental.

La base de esta investigación parte de la premisa que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen y que sólo por una ley de quórum calificado se podrá afectar la publicidad de la información cuando su difusión afecte el debido

¹ La ley 19.653 modificó la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado como luego se verá con más detalle.

cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Como corolario, se tratará de la compatibilización de esta nueva normativa con la que establece el secreto o reserva de los mismos actos, la cual aún está vigente. Se pretende analizar los procedimientos disciplinarios administrativos, específicamente el sumario, que como tal cabe dentro de aquellos actos y resoluciones de la Administración del Estado amparados por el principio de la Publicidad y Transparencia, pero que, sin embargo, se encuentra regulado por el artículo 137, inciso segundo, del Estatuto Administrativo, que junto con otras normas estatutarias, le da el carácter de secreto para el imputado y para el abogado que asumiere su defensa, no pudiendo acceder a los antecedentes que lo constituyen hasta que se formulen los cargos por el fiscal. La cuestión a investigar es si efectivamente constituyen normas válidas y aplicables, aquéllas que establecen el secreto o reserva en el sumario administrativo, a la luz de los principios de Publicidad y Transparencia, del Debido Proceso y de la Fuerza Normativa de la Constitución.

Para hacer el referido análisis, se partirá por definir y relacionar los conceptos de probidad, transparencia y publicidad, para luego hacer una aproximación a la evolución de la regulación de estos principios en nuestra legislación, haciendo hincapié en las principales y más recientes leyes dictadas en relación a ellos, como son la Ley N° 20.050 que establece el nuevo artículo 8° en nuestra Constitución Política y la Ley N° 20.285, la cual posee un doble articulado, conteniendo la Ley de Transparencia de la Función Pública en su artículo primero. En este sentido se analizarán las causales de reserva para denegar el acceso a la información, la transparencia activa y pasiva, y el procedimiento de amparo establecido por el Consejo para la Transparencia. Además se hará una referencia a la Ley N° 20.500 sobre Participación Ciudadana en relación a cómo la sociedad civil está adquiriendo poder en la toma de decisiones. Más adelante, se analizará la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos y el derecho administrativo sancionador, específicamente en su vertiente disciplinaria y su relación con los principios consagrados en el Derecho Penal y Procesal Penal. Luego de ello, se profundizará sobre los procedimientos administrativos disciplinarios, especialmente la investigación sumaria y el sumario administrativo, analizando las normas que establecen el secreto de éste último. Finalizando, se tratarán las distintas

argumentaciones que se han dado tanto para establecer el secreto o reserva como para criticarlo y por último se expondrá alguna jurisprudencia que ejemplifica la posición que se ha tenido acerca de este tema por la Contraloría General de la República y por el Consejo para la Transparencia.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Visión general de los Principios de Probidad, Transparencia y Publicidad.

El artículo 3º de la Ley N° 18.575 establece una serie de principios que rigen la Administración en cuanto a su actuación y en el cumplimiento de sus funciones. Estos principios son los siguientes: Responsabilidad de la Administración del Estado y de los funcionarios públicos, Eficiencia, Eficacia, Coordinación, Impulso de oficio del procedimiento, Impugnabilidad de los actos administrativos, Control, Probidad, Transparencia-Publicidad, Publicidad Administrativa, Garantía de la debida autonomía de los grupos intermedios y Participación Ciudadana en la gestión pública. De éstos, los que interesa ahondar en este trabajo, son desde luego, los principios de Probidad, Transparencia y Publicidad.

1.1. Principio de Probidad.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua identifica el término “probidad” con “honradez” y define ésta, a su vez, como “rectitud de ánimo, integridad en el obrar”. Según la Ley N° 18.575, la probidad es “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”. El principio de probidad rige respecto de toda la Administración Pública y respecto de todo aquel que ejerza una función pública.

Según Enrique Rajevic² la probidad administrativa surge en nuestro ordenamiento jurídico a raíz del concepto de función pública en equivalencia a lo que existe en el derecho laboral, que como causal de extinción del contrato de trabajo contempla la falta de probidad. En el año 1939 el Presidente Pedro Aguirre Cerda envió al Congreso un proyecto de ley sobre probidad administrativa, el cual apuntaba a que todas las personas que fuesen a asumir “funciones fiscales o cargos fiscales o semifiscales” debían presentar una declaración jurada que detallara todos los bienes que constituían su patrimonio ante la Oficina de Impuestos Internos. Esta oficina establecería dos registros, uno para archivar y otro abierto para atender las consultas del público, donde toda persona tendría derecho a acceder, quedando en un reglamento los requisitos para la fijación de la seriedad de la consulta. Este proyecto no logró ser aprobado, pero sí sirvió para que la doctrina comenzara a asentarlo en el Derecho y la discusión legislativa.

De acuerdo al Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, esta definición puede desglosarse en tres partes:

1. Observar una conducta funcionaria intachable: las actuaciones de los funcionarios públicos deben apearse estrictamente a la ley. Ello, como puede precisarse, no es más que el sometimiento al principio de legalidad llamado la regla de oro de Derecho Público.
2. Desempeñar honesta y lealmente la función o cargo: La Administración del Estado está destinada a lograr el bien común y para ello, quienes trabajan en ella, deben estar comprometidos con aquellos valores que implican el beneficio de toda la ciudadanía. Además deben desempeñar el cargo en forma eficiente y eficaz.

² RAJEVIC, Mosler E. La inclusión del Principio de Probidad en la Constitución y la Función de Control: una necesaria revisión. Trabajo presentado en las XXXVI Jornadas de Derecho Público “Reformas Constitucionales 2005. Un año después. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 30 de noviembre y 1 de Diciembre de 2006. Pág. 1.

3. Darle preeminencia al interés general sobre el particular: Partiendo de la afirmación de que el Estado está al servicio de la persona humana³, los funcionarios públicos deben desempeñar la función encomendada ponderando los intereses de todos y adoptando aquellas decisiones que permitan que los integrantes de la comunidad en su conjunto puedan lograr su máxima realización material y espiritual posible. Lo anterior basado en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República donde se describe lo que significa el bien común, diciendo que consiste en “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías”. Lo contrario a este principio es lo que se denomina como corrupción, concepto que se ha desarrollado con mayor amplitud en lo que atañe al ámbito público que en el privado. Ha sido un concepto de escasa definición tanto en la legislación nacional como internacional, sin embargo, en Chile la Comisión Nacional de Ética Pública de 1994 la definió como “el ejercicio de funciones públicas por un agente público para satisfacer un interés privado”.

La noción que existe del principio de probidad se ha visto ampliada de manera considerable al incorporar dentro de sus aspectos los conceptos de profesionalidad, la eficiencia y la eficacia en la gestión, ya que antes de la Ley N° 19.963, los funcionarios podían ser probos, pero ineficientes. Es decir, hoy está directamente relacionado la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines del servicio, con la probidad como honestidad en la función encomendada.⁴

³ Artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

⁴ No hay que olvidar, además, que la eficiencia es una exigencia jurídica, que integra los deberes de los funcionarios públicos (artículo 61, letra c) del Estatuto Administrativo) y cuyo control es una obligación especial de las autoridades y jefaturas (artículo 64, letra a) del mismo Estatuto).

Hoy el inciso primero, del artículo 8º, de la Constitución Política de la República establece que: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

1.2. Principio de Transparencia.

El Diccionario de la RAE señala que transparente es aquello que “se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse”, “lo claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”.

Los principios de transparencia y probidad se hallan sumamente vinculados, siendo la transparencia la antesala de la probidad, ya que la primera permite comprobar si existe o no probidad, denunciarla, castigarla y rectificar los errores cometidos. La transparencia es lógica y cronológicamente prioritaria con respecto a la probidad.⁵

La transparencia como se mencionaba en un punto anterior de este trabajo, también se sustenta en el derecho de libre expresión e información, y por consiguiente en la democracia. Se fundamenta en una práctica democrática de colocar la información gubernamental en la vitrina pública, para que la gente y los órganos de fiscalización puedan revisarla, analizarla y en su caso, usarla como mecanismo de control.

La gestión administrativa, como actividad dirigida al servicio de la comunidad, la promoción del bien común y la satisfacción de las necesidades públicas, debe caracterizarse por su apertura ante la misma colectividad a la que se brinda. Esto entraña reconocer la necesidad de un control constante sobre su actuar, radicando allí la importancia de la transparencia, la cual en suma, supone una garantía de control para todos los individuos. La transparencia es uno de los factores que hace la diferencia entre un Estado Absolutista y un Estado de Derecho, ya que el hecho de que

⁵ CEA Egaña J. Estado Social y Justicia Constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional. Nº 41-2009. Pág 48.

las decisiones y los actos de los gobernantes sean conocidos por el pueblo soberano, ha sido considerado siempre como uno de los fundamentos del régimen democrático. Así lo ha entendido el profesor Alejandro Vergara Blanco, al referirse a la naturaleza jurídica de la transparencia, en que señala que “hemos preferido de calificarlo (la transparencia) como *estándar*, acogiéndonos a una terminología que identifica a los objetivos o directrices apreciados por la sociedad, que eleva su calidad de vida, su participación democrática y que, a la vez, son antesala de relevantes derechos públicos subjetivos”.⁶

Sobre la transparencia trata la Ley N° 18.575, cuando señala que “La función pública se ejercerá con transparencia de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.

En el año 1999 la Ley N° 19.653, modificó la Ley N° 18.575 y dispuso que la transparencia era uno de los principios que debía observar la Administración del Estado, añadiéndose que las funciones públicas debían ejercerse de una manera “que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”⁷. Posteriormente, por la Reforma Constitucional del año 2005, se agregó el actual artículo 8° de la Constitución Política de la República en donde se establece que: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Luego señala la forma y las condiciones en que se puede establecer la reserva o secreto. El requisito formal consiste en que el secreto o reserva debe establecerse mediante una ley de quórum calificado, en tanto que el requisito sustantivo que la Carta Fundamental impone al legislador es que la reserva o secreto pueden disponerse cuando la publicidad afectare: 1. el debido cumplimiento de las funciones de dichos

⁶ VERGARA, Blanco A. Transparencia, Secreto, Acceso a la Información y Datos Personales: Doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión “Principios” por el legislador. En: Transparencia en la Administración Pública. LETELIER, Wartenberg R. y Rajevic, Mosler E. Legal Publishing, 1° edición, Santiago, Chile. Año 2010. Pág. 196.

⁷ Artículos 3 y 13 de la Ley N° 18.575.

órganos, 2. los derechos de las personas, 3. la seguridad de la Nación y 4. el interés nacional.

Actualmente la transparencia está tratada en forma específica en el artículo 3º, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, al establecer que “El principio de transparencia de la función pública 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”.

1.3. Principio de Publicidad.

Este principio no se encuentra definido en nuestra legislación, ni a nivel constitucional ni legal, y para poder darle un concepto podemos acudir al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en que publicidad quiere decir “calidad o estado de público” y público significa “notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos”.

La publicidad, como concepto opuesto a la opacidad, se traduce en la visibilidad, accesibilidad y, por lo tanto, controlabilidad de los actos de la Administración, para así reforzar su legitimidad democrática. La publicidad, al igual que la transparencia y la probidad, contribuye a mejorar la eficacia, es garantía de la rectitud y objetividad de la acción administrativa.

Según la Historia de la Ley N° 20.050 y en opinión del profesor Rolando Pantoja, la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que se le dio en la mencionada Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y de tener siempre a disposición de la ciudadanía los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos,

contenidos y fundamentos de esos actos. Esos serían los distintos niveles en esta materia.⁸

Tal como lo hace la transparencia y a su vez la probidad, la publicidad sirve para afianzar el sistema democrático, para permitir que la ciudadanía tenga conocimiento de los actos que realizan sus gobernantes. Para Norberto Bobbio “la publicidad es la regla, el secreto es la excepción, y en todo caso es una excepción que no debe aminorar la regla, ya que el secreto está justificado, al igual que todas las medidas excepcionales (para entendernos, aquella que podía tomar el dictador romano), solamente si está limitado en el tiempo”⁹.

El inciso tercero, del artículo 13, de la Ley N° 18.575, también consagra el principio de publicidad de los actos de la Administración, al decir que “son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”.

Finalmente el artículo 5º, inciso segundo, de la Ley N° 20.285 considera pública “la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas en la Constitución.”

2. El empoderamiento de la sociedad civil y la Ley sobre Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

Tanto la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, como la Ley N° 20.500 sobre Participación Ciudadana en la Gestión Pública son representaciones de

⁸ Historia de la Ley 20.050. Reforma constitucional que introduce diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República. Artículo 1º número 3. Principios de Probidad y Publicidad. Agosto 2005. Pág. 15. [en línea] http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2008-03-18.6305273234/documentos-de-acceso-a-la-informacion-publica/HL20050_art1_N3.pdf [consulta 4 de febrero de 2012]

⁹ BOBBIO, N. El Futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica. México. Año 1996. Pág. 97.

lo que se conoce como empoderamiento social, el cual se encuentra definido por el Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo como el “proceso por el cual las personas fortalecen sus capacidades, confianza, visión y protagonismo como grupo social para impulsar cambios positivos de las situaciones que viven [...] El empoderamiento sería una estrategia que propicia que las mujeres, y otros grupos marginados, incrementen su poder, esto es, que accedan al uso y control de los recursos materiales y simbólicos, ganen influencia y participen en el cambio social.”¹⁰

“Esto incluye también un proceso por el que las personas tomen conciencia de sus propios derechos, capacidades e intereses, y de cómo éstos se relacionan con los intereses de otras personas, con el fin de participar desde una posición más sólida en la toma de decisiones y estar en condiciones de influir en ellas”¹¹

Todo el proceso que se gestó desde la dictación de la Ley de Probidad Administrativa que modificó la Ley N° 18.575, hasta la dictación de la Ley de Transparencia y la Ley de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, son muestras del empoderamiento paulatino de la sociedad civil, basado en principios democráticos de ejercicio del poder, en la cooperación entre gobernantes y gobernados mediante políticas públicas y cambios en la legislación que promuevan dichas prácticas.

La participación ciudadana está estrechamente unida a los principios de probidad, transparencia y acceso a la información pública, constituye la base de una democracia. Conlleva varios aspectos, uno de ellos es lo que se denomina el “control ciudadano”, que se puede definir como la forma en que las personas toman parte en forma activa en las decisiones que atañen a una sociedad, ejerciendo una fiscalización, observación o monitoreo sobre la ejecución de determinadas políticas de interés público. Este ejercicio se entiende dentro de la práctica del *accountability* del sistema político de gobierno y de parte de las autoridades públicas.

¹⁰ Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. [en línea] <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/86>. [Consulta 24 de febrero de 2012].

¹¹ *Ibid.*

Consecuencia del empoderamiento de la sociedad civil, ya desarrollado anteriormente, surgió la necesidad de consolidar un estatuto de participación ciudadana que estableciera los canales de comunicación entre gobernantes y gobernados. Según el Instructivo Presidencial sobre Participación Ciudadana de junio del año 2004, "la participación requiere, por una parte, que el sector público tenga la apertura, genere la información y establezca espacios y mecanismos que acojan las preocupaciones, necesidades y propuestas provenientes de la ciudadanía. Por otra parte, la participación necesita de una ciudadanía que se involucre en las cuestiones públicas, con organizaciones fuertes que representen toda su diversidad".¹²

Para lograr este cometido, la participación debe llevarse a cabo mediante mecanismos fundados en la transparencia de la gestión y el acceso a la información pública, dejando de lado el esquema paternalista entre ciudadano y Estado, para dar paso a la cooperación entre ambos. Además, la ciudadanía al tener conocimiento de las decisiones que se toman y de sus fundamentos, puede a la vez ejercer un control y fiscalizar en forma organizada y coordinada.

Según la Historia de la Ley N° 20.500, aprobada en el mes de febrero del año 2011, el Proyecto se fundó en la libertad de asociación y en el principio participativo. La libertad de asociación está establecida en el artículo 19, N° 15, de la Constitución Política. Ésta implica, la posibilidad de crear agrupaciones de todo tipo, con o sin personalidad jurídica, además, el que nadie pueda ser obligado a pertenecer a una asociación determinada como condición para ejercer derechos, y por último, el que los miembros de una asociación se puedan desafiliar y darle la organización y finalidad que estimen pertinente. Por otra parte, el principio participativo se sustenta sobre la base del derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional, encontrándose consagrado en el inciso final, del artículo 1º, de la Constitución Política de la República.

¹² Instructivo presidencial sobre Participación Ciudadana. Junio de 2004. [en línea] <http://www.guiaweb.gob.cl/recursos/documentos/InstructivoPresidencialParticipacion.pdf> [consulta 15 de febrero de 2012].

La Ley N° 20.500 establece los siguientes aspectos:

1. Reconoce que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines de lícitos.
 2. Señala que es deber del Estado promover y apoyar las iniciativas asociativas de la sociedad civil.
 3. Crea un Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro.
 4. Define que se entiende por organizaciones de interés público, establece un Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público y un Consejo Nacional del Fondo.
 5. Permite la participación ciudadana en la gestión pública no solamente a nivel local sino también ante otros órganos de la Administración del Estado.
 6. Reemplaza el CESCO (Consejo Económico y Social) por un Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil.
 7. Modifica las normas sobre plebiscitos comunales y de las instancias de la participación de la comunidad a nivel local.
 8. Fija un nuevo procedimiento para otorgar personalidad jurídica a las asociaciones sin fines de lucro, entre otras materias.
-
3. **El Acceso a la Información Pública como forma de fiscalización de la autoridad.**

Un régimen democrático y republicano de gobierno debe gozar de mecanismos expeditos que permitan que la ciudadanía pueda acceder a los actos y resoluciones y demás manifestaciones de la gestión pública, así como de sus documentos y antecedentes fundantes, para así promover lo que se conoce como rendición de cuentas o *accountability* de los servidores públicos, definido como “la transparencia tanto pasiva como activa, responsabilidad especial del agente público ante sus mandantes, transparencia y fiscalización ciudadana”¹³.

Teniendo acceso a la información en manos del Estado, la ciudadanía tiene por consiguiente la capacidad de ejercer control social sobre las acciones de la Administración y sus autoridades. El control social surge como una forma de participación ciudadana fundamental para fortalecer los sistemas democráticos y promover una ciudadanía más informada y vigilante de la autoridad.

Si en un principio de nuestra legislación sobre publicidad de los actos de la Administración se apuntaba hacia el conocimiento de éstos actos por parte de los ciudadanos comunes para asegurar su cumplimiento obligatorio, ahora podemos decir, sin embargo, que la publicidad se exige para asentar el derecho de todo administrado, de conocer en forma expedita y precisa, los documentos que impliquen la manera cómo la autoridad utiliza los recursos públicos, resuelve en cuanto a ciertas materias sometidas a su conocimiento, lleva a cabo diversas políticas públicas y conoce las declaraciones patrimoniales de los funcionarios públicos al momento de acceder y dejar su cargo. También se puede nombrar la información presupuestaria para conocer el ingreso, el destino de los fondos públicos, la asignación real del gasto y la rentabilidad social del mismo.

4. El Acceso a la Información Pública como Derecho Fundamental.

¹³ Transparencia, Rendición de Cuentas y Lucha contra la Corrupción en América. Informe de la reunión regional que tuvo lugar en Santiago de Chile, entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004. 1ª edición, LOM Ediciones. Octubre de 2005. Santiago de Chile. Pág. 21.

Algunos autores plantean que el derecho de acceso a la información pública “tiende a relevar el empleo instrumental de la información no como –o no sólo como– factor de autorrealización personal, sino como mecanismo o andamiaje de control institucional tanto frente a autoridades públicas como frente a particulares cuya situación de poder de injerencia o inducción permite la determinación de conductas de otros particulares o su misma subordinación”¹⁴

Señalan también que el derecho fundamental a la libertad de expresión se ve vinculado de manera tal al derecho de acceso a la información pública, que cuando un Estado que se jacte de otorgar a sus ciudadanos instancias de participación, de colaborar con los principios democráticos y republicanos con amplia representatividad de la ciudadanía debe, en consecuencia, garantizar, reconocer y promover este derecho, como la posibilidad de dar a conocer libremente las ideas y opiniones, sin autorización ni censura previa.

Ahora bien, pensando que en todo proceso comunicativo, existe un emisor y un receptor, no se puede dejar fuera el derecho que tiene quien recibe la información a que ésta sea entregada. Según palabras de Jorge Contesse Singh, “Así, entonces, podemos ver que el acceso a la información, como derecho, queda configurado como una *dimensión* del derecho a la libertad de expresión. No habría, conforme lo venimos explicando, un derecho autónomo de acceso a la información; se trataría nada más, de una suerte (necesaria) prolongación de la libertad de expresión”.¹⁵

En este mismo sentido, se puede señalar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también “Pacto de San José de Costa Rica” que en su artículo 13.1 señala que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, *recibir* y difundir

¹⁴ ABRAMOVICH V. y Courtis C. El Acceso a la Información como Derecho. Argentina. Págs. 3 y 4. [en línea]
http://www.transparenciacdh.uchile.cl/media/publicaciones/syllabus/33AbramovichCourtis_Accesoinformacion.pdf [consulta 10 de enero de 2011]

¹⁵ CONTESSE, Singh, J. El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno. Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 14, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, Pág. 204.

informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Algunos autores vinculan este derecho a la libertad de expresión referido al ámbito de la recepción de la información por el órgano público, también con la fiscalización a la autoridad que se expuso en la primera parte de este capítulo, diciendo que el fundamento de este derecho se encuentra en la idea de democracia, por lo tanto, estamos frente a un derecho subjetivo público o derecho constitucional. Por esta razón, se ha querido elevar el derecho de acceso a la información pública a la categoría de derecho humano o derecho fundamental.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha erigido el acceso a la información, en cuanto derecho humano, como la fase colectiva del derecho a la libertad de expresión, esto es, como “el derecho de todos a recibir informaciones e ideas”.¹⁶

Según los autores Davor Harasic, Marcelo Cerna y Andrés Pavón, existen tres importantes argumentos para sostener que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental¹⁷:

- A) Es parte integrante de la libertad de expresión: como se ha venido diciendo, amparando el derecho de las personas a emitir y recibir información pública, para así conocerla y valorarla.

- B) Es un presupuesto básico del sistema democrático: se representa como una función fiscalizadora y de dar cuenta de los actos y resoluciones por parte de las autoridades a los ciudadanos (*accountability*).

¹⁶ Énfasis añadido.

¹⁷ HARASIC, Y. D., Cerna G. M. y Pavón M. A. El derecho fundamental de acceso a la información pública: Herramientas interpretativas. Capítulo chileno de Transparencia Internacional. Documento de Trabajo Nº 7. Chile Transparente. Julio, 2009 [en línea] http://www.chiletransparente.cl/home/doc/DT7_%20Derecho_fundamental_acceso_informacion_publica.pdf [consulta 10 de enero de 2011].

C) Es un instrumento de protección de otros derechos fundamentales: como el derecho a la vida o vivir en un medio ambiente libre de contaminación. El bloque constitucional de derechos fundamentales es *el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos [...] y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5º inciso segundo de la Constitución Chilena vigente*¹⁸

¹⁸ NOGUEIRA, Alcalá H. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo I. Librotecnia, Santiago, Chile. Año 2007. Pág. 39. Énfasis añadido.

CAPITULO II
EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
PÚBLICA EN CHILE

1. Situación anterior a la Ley Nº 19.653.

Antes que se dictara la Ley Nº 19.653, nuestra legislación carecía de una normativa clara y sistemática acerca de la publicidad de los actos de la Administración. En el año 1830, siendo Ministro Diego Portales se observa el primer atisbo de regulación del principio de publicidad, en cuanto al efecto de obligatoriedad para la ciudadanía que debían tener las resoluciones del gobierno una vez publicadas en el Diario El Araucano.

Posteriormente en el año 1817 durante el Gobierno de Aníbal Pinto, es donde se utiliza ya con propiedad el término “Diario Oficial” para referirse al periódico donde serían publicados los decretos supremos que contuvieran disposiciones que afectaren a los particulares.

Ya en el año 1961, habiendo escasa evolución de la publicidad administrativa, la Contraloría General de la República resumió jurisprudencialmente la anterior normativa en una Instrucción General acerca de la publicación de los actos administrativos, lo cual se plasmó en el Oficio 61.403 de año 1961 que se resume a continuación:

1. Deberán ser publicados en el Diario Oficial aquéllos respecto de los cuales la ley expresamente ordena su publicación.

2. También deberán ser publicados aquellos decretos y resoluciones que afectan indeterminadamente a los particulares, de acuerdo a lo ordenado por el D.S. 2710 de 15 de mayo de 1942, del Ministerio del Interior.
3. Asimismo, la publicación es trámite obligatorio para los decretos reglamentarios o reglamentos, en atención a que constituyen normas de general aplicación, cuyo conocimiento es imprescindible por quienes deben obedecerlas.
4. Fuera de los casos anteriores, la publicación es también trámite del decreto cuando el Presidente de la República en uso de su potestad ejecutiva, así lo ordene expresamente en el decreto respectivo, atendida la trascendencia que él asigne al acto de que se trate.

Otra normativa importante que es necesario traer a colación es el Decreto N° 291 de 1974, del Ministerio del Interior, que fija normas para la elaboración de documentos. Este decreto hace la siguiente clasificación entre documentos secretos, reservados u ordinarios:

- Secretos: serán conocidos sólo por las autoridades o personas a las cuales vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución.
- Reservados: serán los que traten de materias que, atendida su naturaleza, deban ser conocidas únicamente en el ámbito del departamento, sección u oficina a que sean remitidos.
- Ordinarios: aquéllos que pueden ser de dominio público y abarcarán la correspondencia no comprendida en los dos primeros números.

Esta distinción ha servido de base para la dictación de posteriores resoluciones que han establecido el secreto o reserva de ciertos actos de la Administración.

Es necesario destacar que la normativa mencionada, escasa y básicamente reglamentaria, apunta hacia un sentido de publicidad de los actos de la administración para que éstos obliguen a quienes afectan, es decir, a la ciudadanía, una vez publicados en el Diario Oficial. Algo parecido es lo que señala el artículo 7º del Código Civil al consagrar la obligatoriedad de la ley desde su publicación. Hablamos entonces de publicidad para conocer a qué estamos obligados y por ende, sólo concierne a actos administrativos de general aplicación. Por consiguiente, ninguna de las normas antes mencionadas apunta hacia un principio de publicidad de rendición de cuentas, que permita a los administrados exigir a la autoridad el acceso a los actos administrativos basándose en un Derecho Fundamental de tener acceso a las distintas resoluciones y decisiones que adopta la autoridad, ya sea por actos que afecten directamente al individuo o a la colectividad.

Con la Ley Nº 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, dictada el año 1994, el panorama tuvo un cambio significativo debido a que en su artículo 28 se establecían normas sobre acceso a la información ambiental y causales de reserva de la misma, encomendando a la Comisión Nacional del Medio Ambiente mantener un sistema de transparencia activa sobre una parte de la información ambiental.¹⁹ No obstante, se trataba de una regulación destinada sólo al sector ambiental, que por ende no era aplicable al funcionamiento de la Administración del Estado.

2. Dictación de la Ley Nº 19.653.

La dictación de la Ley de Probidad se enmarca dentro de un proceso de elaboración de propuestas políticas y cambios legislativos, que comenzó a gestarse a principios de los años 90. El Gobierno y la oposición de la época, acordaron una serie de iniciativas tendientes a transparentar el funcionamiento de la Administración, debido a las constantes denuncias de corrupción y falta a la probidad de que eran acusadas

¹⁹ TELLO, E. Cristóbal, CERNA G. Marcelo y PAVÓN M. Andrés. Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia. Anuario de Derechos Humanos 2009. [en línea] http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario05/7_Seccion_Nacional/5_TelloCerna_Pavon/CristobalTello_MarceloCerna_AndresPavon.pdf [consulta 20 de enero de 2011].

las autoridades. Ya no se trataba del conocimiento de los actos de la Administración Pública para así lograr su cumplimiento por parte de los administrados, sino que se constituía una visión de fiscalización ciudadana en relación a la burocracia chilena.

El primer hito ocurrió en el año 1994. “En dicho año el entonces Presidente de la República, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, creó la Comisión Nacional de Ética Pública, como una instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, reforzaran los procedimientos e instituciones que cautelán el cumplimiento de deberes legales y éticos en la actividad pública. La Comisión, dentro del plazo de cien días que se le dio para cumplir con su cometido, elaboró un Informe Sobre la Probidad de la República y, por su intermedio, a todos los órganos del Estado y a la sociedad civil en general”²⁰.

Según la Historia de la Ley Nº 19.653, se propuso como objetivo el incorporar a la Ley Nº 18.575 el principio de la probidad como eje central de actuación administrativa, especificándose cuáles serían las conductas atentatorias a éste. Según el artículo 4º del proyecto de ley en cuestión, se señala que “[...] la presente ley rige las conductas exigibles de los funcionarios de la Administración del Estado”. “Entre las normas generales, esta LOC consagra un conjunto de reglas bases que contienen mandatos de conductas deseables, disposiciones conformadoras de determinadas maneras de actuar que se consideran valiosas y dignas de mantenerse y estimularse, ideas guías de acción futura o principios, que si bien son, en general, de carácter jurídico, por el contenido prevalente que ponen de relieve, admiten ser clasificados en principios político administrativos, jurídicos, estatutarios y administrativos en stricto sensu”²¹. El artículo 21 del mismo proyecto en su número 1 señala entre las conductas atentatorias a la probidad administrativa “el negar información o documentación que haya sido solicitada en conformidad a la ley.”

²⁰ Acceso a la Información Pública: Evolución y Desarrollo Internacional. Documento de trabajo Nº 1. Capítulo Chileno de Transparencia Internacional. Santiago, Chile, Enero 2008. [en línea] http://www.chiletransparente.cl/home/doc/DT1_Acceso_a%20la_informacion_publica.pdf [consulta el 25 de enero de 2011].

²¹ PANTOJA, Bauzá R.. Bases Generales de la Administración del Estado. Editorial Jurídica Ediar-Conosur. Santiago, 1987. Pág.61.

2.1. La Ley N° 18.575 luego de la dictación de la Ley de Probidad Administrativa.

La Ley N° 19.653 modificó la Ley N° 18.575 en tres aspectos. En primer lugar, introduce un nuevo artículo 8° bis (actual 9), en segundo término agrega los artículos 11 bis y 11 ter (que posteriormente fueron los artículos 13 y 14 respectivamente) donde se consagra por primera vez el derecho de cualquier interesado de acceder a la información de la Administración Pública, y, por último, incorpora un Título III sobre Probidad Administrativa. En cuanto al artículo 8° bis, se quiso otorgar transparencia en la celebración de los contratos administrativos, señalando que “los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública en conformidad a la ley”. Con esto se obliga a la Administración a fundar la licitación o decreto que llame a licitación privada y faculta para acudir al trato directo sólo cuando proceda por la naturaleza de la negociación.²² Es importante destacar que los artículos 8°, 11 bis y 11 ter fueron introducidos al Título I de la Ley N° 18.575, el cual es aplicable a todos los órganos de la Administración del Estado. Además, el nuevo Título III tiene el mismo ámbito de aplicación subjetivo: la totalidad de la Administración Pública. Ello confirma que el legislador quiso dar una importancia capital a este principio de probidad administrativa.

Como sabemos, las disposiciones de la Ley N° 18.575, según su propio artículo 1°, sólo son aplicables a los órganos que componen la Administración del Estado, los cuales son: El Presidente de la República, los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley. Por consiguiente, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los órganos dependientes del Poder Legislativo y Judicial. El inciso final del artículo 3° añade que “La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión

²² Historia de la ley 19.653 sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Diciembre de 1999. Pág. 378. [en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19653/HL19653.pdf> [consulta el 25 de enero de 2011]

de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas [...]” Por lo tanto se hace mención expresa a los principios en estudio.

2.1.1. Inclusión de los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley Nº 18.575 (actuales 13 y 14 respectivamente).²³

a) Artículo 11 bis, actual 13 de la Ley Nº 18.575, y la consagración de los Principios de Probidad y Transparencia: En lo que refiere a la inclusión del artículo 11 bis, la historia de la Ley Nº 19.653 señala que “el nuevo precepto especifica que la transparencia en el ejercicio de la función pública consiste en permitir y promover la publicidad de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten, sin perjuicio de mantener en reserva o secreto las materias que señale la ley”²⁴

Este artículo, en su inciso primero planteaba que “los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan”. De esto se puede extraer como se explicaba anteriormente, que se supedita a los funcionarios de la Administración Pública a la obligación de actuar con probidad en el desempeño de sus funciones, dejando fuera a los demás funcionarios públicos, como aquéllos que forman parte del Poder Legislativo o Judicial.

En el segundo inciso señalaba que “la función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”. En este párrafo destaca la mención a la transparencia como principio básico de la Administración del Estado, para luego en los incisos siguientes señalar cuáles serán aquellos documentos y actos considerados públicos (los actos

²³ Los artículos 13 y 14 de la Ley Nº 18.575 fueron modificados por la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública, lo cual se abordará posteriormente.

²⁴ Historia de la Ley 19.653. Op. Cit pág. 250.

administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial).²⁵

Posteriormente, este precepto establecía el procedimiento que debía seguir quien requiriese del órgano público el acceso a los actos y documentos considerados públicos, del cual pueden extraerse los siguientes puntos:

1. En el caso que la información requerida no se encuentre a disposición del público en forma permanente, el interesado podría requerirla por escrito al Jefe del Superior del servicio (artículo 11 bis inciso quinto).
2. En el caso que la entrega de los documentos pueda afectar los derechos o intereses de terceros, el Jefe Superior del servicio debía dentro del plazo de 48 horas, notificar por carta certificado a éstos terceros involucrados la facultad que tienen para oponerse a la publicidad de éstos documentos (artículo 11 bis inciso sexto).
3. Los terceros podían oponerse dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación, teniéndose por practicada al tercer día de despachada la carta certificada (artículo 11 bis inciso séptimo).
4. Una vez deducida la oposición, el órgano requerido estaba impedido de proporcionar la información que afecte a terceros. Si no se deducía oposición, se entendía que el tercero no se oponía, y el requirente podía acceder a la información, a menos que el Jefe Superior del servicio estimase fundadamente que esta divulgación afecta sensiblemente los derechos o intereses de los terceros titulares de la misma (artículo 11 bis inciso octavo).
5. El mismo artículo en su undécimo inciso señalaba que las únicas causales por las cuales se podrá negar la entrega de documentos eran: a) la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; b) el que la

²⁵ El inciso tercero y siguientes de la Ley N° 18.575 fueron derogados por la Ley N° 20.285.

publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; c) la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; d) el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, e) y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.²⁶

6. Y finalmente el último inciso de este artículo entrega a un reglamento el establecimiento de los casos de secreto o reserva de los antecedentes y documentos que obren en poder del Estado.

b) Artículo 11 ter, actual 14 de la Ley N° 18.575, y el Procedimiento especial de reclamo:²⁷ El artículo 11 ter fijaba un procedimiento especial de reclamo ante los tribunales de justicia en caso de negativa de la autoridad a proporcionar la información requerida.²⁸

Se puede decir entonces que se instauró el principio de la transparencia en los actos de la Administración, y se tradujo en que los ciudadanos podrán exigir la entrega de información de parte de la autoridad, siempre y cuando conste en los documentos

²⁶ Según el Dictámen N° 17.466/2001 de la Contraloría General de la República sobre Protección de los Derechos de Terceros, el organismo contralor señaló que existían dos formas de proteger los derechos de los terceros, la primera era una forma simple, que se estimaba cuando los documentos o antecedentes contenían información que pudiera afectar los derechos o intereses de los terceros, y por otro lado, una forma calificada, cuando se determinaba de manera fundada que la divulgación o entrega de la información involucrada afectara sensiblemente los derechos o intereses de dichos terceros. En el primer caso, se debía comunicar a los terceros el requerimiento de la información y éstos decidirían si se oponen o no, en cambio en la segunda situación, el Jefe Superior del Servicio debía fundadamente abstenerse de acceder al requerimiento, sin consultar a los terceros. Ante la negativa, en ambos casos, el peticionario podía iniciar el procedimiento contemplado en el artículo 11 ter.

²⁷ El artículo 14 de la Ley N° 18.575 fue derogado por la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública.

²⁸ Artículo 11 ter inciso primero ley 19.953 de Probidad Administrativa: "Vencido el plazo previsto en el artículo anterior para la entrega de la documentación requerida, o denegada la petición por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, el requirente tendrá derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del órgano de la Administración requerido, que se encuentre de turno según las reglas correspondientes, solicitando amparo al derecho consagrado en el artículo precedente".

constitutivos de dichos actos administrativos, así como respecto de los documentos que les sirvan de sustento o de complemento directo y esencial a los anteriores. Este derecho se hizo efectivo mediante:

1. El establecimiento de un nuevo principio básico en el funcionamiento del Estado, el cual se traduce en que más allá de permitir el acceso de las personas a la información, debe promoverlo. Se imparten instrucciones para que los Jefes de Servicio determinen qué tipo de documentos son de acceso público y cuáles debieran tener restricciones.
2. La información debía recaer sobre actos administrativos y documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Un acto administrativo en sí es por ejemplo, un decreto o una resolución dictada por la autoridad. Más dificultad tiene definir aquéllos que sirven de sustento o complemento directo y esencial, pero puede ejemplificarse con un informe jurídico que verifique la legalidad de un acto administrativo.
3. Cualquier persona interesada, cuando no encuentre a su disposición la documentación que necesite, podría requerirla por escrito al Jefe de Servicio, éste deberá pronunciarse formalmente entregando dicha información o negándose a ello, y señalando en este caso las razones.
4. El Jefe de Servicio podía negarse a proporcionar la información cuando:
 - a) La reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias. En este caso un reglamento determinaría las materias de carácter reservado o secreto que habilitan al Jefe de servicio para denegar la entrega de información, sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias que se encontraren vigentes.
 - b) El que la publicidad impidiese o entorpeciera el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido;

- c) La oposición, debía ser deducida en tiempo y forma, por los terceros a quienes se refiere o afecte la información contenida en los documentos requeridos;
- d) El que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afectare sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido;
- e) El que la publicidad afectare la seguridad de la nación o el interés nacional.
- f) Ante la negativa, el interesado podía recurrir ante el Juez de Letras en lo civil del domicilio del órgano de la administración requerido, para que ésta resolviese el conflicto.²⁹
- g) Dictámen N° 43.688/2001 de la Contraloría General de la República: Se pronunció el organismo contralor en cuanto al alcance del concepto de “interesado” que señalaba el artículo 11 bis de la Ley N° 18.575. “[...] es posible observar que el inciso quinto del artículo 11 bis de Ley N° 18.575 -artículo 13 del DFL. N° 1-19.653- no ha limitado el alcance que debe darse a la expresión interesado, por lo que no corresponde restringir su sentido y ámbito de aplicación solamente a quienes tienen un interés actual y económico en los documentos que solicitan a la Administración./ Por lo demás, sostener que sólo se encuentran autorizados a requerir información de la Administración quienes tengan un interés actual y económico es contrario a la

²⁹ Manual básico sobre aplicación práctica de la ley de Probidad y otras materias de especial relevancia para el control. Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Noviembre 2000. [en línea] http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-14.2855687211/documentos_pdf.2005-10-17.2030652406/archivos_pdf.2005-10-17.1345759939/archivo1 [consulta 30 de marzo de 2011]

publicidad, que significa “Calidad o estado de público”, así como al contexto y finalidad que se tuvo en vista al aprobar Ley N° 19.653, que modificó la ya individualizada Ley N° 18.575, consistente en proteger de manera más estricta el principio de probidad administrativa en los órganos de la Administración de Estado.” Si bien la Contraloría General no restringe el concepto a un interés actual y económico, hay que precisar que las solicitudes a los servicios no pueden distraer irracionalmente a los funcionarios del cumplimiento de sus funciones habituales. En atención a lo anterior, el organismo contralor finalmente concluye que “[...] si del examen de la petición, que se efectúe por el jefe del servicio, aparece fundadamente que la misma adolece de falta de precisión o dice relación con un número de actos administrativos, o sus antecedentes, de tal entidad que determine que darle curso afectará seriamente el desempeño de las funciones propias del órgano, éste no se encuentra obligado a proporcionarla.”

2.1.2. Título III de la Probidad Administrativa.

Por último, en el Título III, en los artículos 52 a 68, “De la Probidad Administrativa”, de la Ley N° 18.575, se tratan las siguientes materias:

a) La obligación de las autoridades de la Administración del Estado de dar cumplimiento al principio de probidad administrativa; al señalar cuál es su contenido; establecer ciertas inhabilidades e incompatibilidades administrativas; establecer disposiciones relativas a la declaración de intereses y de patrimonio, y finalmente el régimen de responsabilidad administrativa y sus sanciones.

El antiguo artículo 7° de la Ley N° 18.575 establecía que los funcionarios debían “[...] observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”. Más

tarde la Ley de Probidad N° 19.653 cambió la ubicación de la definición de este principio desde el artículo 7° al artículo 52 inciso segundo, que pasó a encabezar este nuevo Título III de la Ley, denominado “De la probidad administrativa”. Finalmente quedó establecido de la siguiente forma: “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”. En armonía con esto, también se incorporó en la Ley N° 18.834, en el artículo 61, letra g), la obligación de los funcionarios públicos de observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado. También se estableció en el artículo 125 del mismo cuerpo legal, que la destitución de un funcionario público procede, entre otros casos, expresamente señalados en ese precepto, cuando los hechos constitutivos de una infracción “vulneran gravemente el principio de probidad administrativa”. Lo propio ocurrió con el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, cuyos artículos 58, letra g) y 123, contienen reglas idénticas a las recién reseñadas.

En definitiva la Ley N° 19.653 al incluir un título especialmente sobre Probidad Administrativa en la Ley N° 18.575, le da un tratamiento orgánico y sistemático al principio en cuestión, regulando ciertas inhabilidades, estableciendo incompatibilidades para el desempeño de la función pública y especificando algunas conductas contrarias al principio de probidad.

3. Decreto Supremo N° 26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

La LOCGBAE en su actual artículo 13, que antes como ya se hizo referencia, constituía el 11 bis de la misma ley, consagra como causales de denegación de documentos o antecedentes, entre otras, “la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias” y “el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”. Es decir, se entrega a un

reglamento la regulación de los casos de secreto o reserva aplicables a los actos administrativos, a los documentos y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración.

De esto habla el Capítulo Chileno de Transparencia Internacional sobre Acceso a la Información Pública al decir que el Decreto Supremo de 28 de enero de 2001, que estableció el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, dispuso nuevas causales de reserva respecto de los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados, y permitió a los servicios públicos dictar resoluciones de clasificación de secreto o reserva conforme a criterios contenidos en el propio Reglamento.

En otras palabras, y a modo de crítica, Contesse Singh señala que “desde la consagración normativa que la ley hace, se encarga al Administrador la posibilidad de cercenar un derecho fundamental clave para el funcionamiento del sistema democrático, quien, a su turno, ha otorgado carta blanca para que los jefes de los servicios públicos sean los que, en definitiva, determinen el alcance de este derecho”.³⁰ Si bien la ley estableció que un reglamento determinaría los actos secretos o reservados, el mencionado decreto permitió a los órganos del Estado disponer qué actos tendrían este carácter, es decir, el reglamento autorizó que normas administrativas de inferior jerarquía establecieran excepciones al principio de publicidad y transparencia.

Tras la publicación de este reglamento, los órganos públicos dictaron una gran suma de resoluciones administrativas de secreto o reserva, revirtiendo la regla general de publicidad.

Frente a lo anterior y por impugnación de la legalidad de un cúmulo de resoluciones con carácter de secretas o reservadas, la Contraloría General de la

³⁰ CONTESSE, Singh. J. La Opacidad del Administrador y la indulgencia judicial: Jurisprudencia y práctica sobre acceso a la Información Pública en Chile. Pág. 115. [en línea] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/la-opacidad.pdf> [consulta 10 de marzo de 2011].

República en su Dictámen N° 49.883/2004 aclaró y limitó los alcances de la normativa de secreto y reserva, ordenando a las distintas reparticiones que reexaminaran dichas resoluciones, y las modificaran de acuerdo a los principios señalados en el cuerpo de dicho pronunciamiento.³¹

De esta manera, dicho dictámen aclaró los alcances de la normativa de secreto, señalando que "los artículos 13 de Ley N° 18.575 y 16 de Ley N° 19.880 regulan especialmente la transparencia y publicidad de los actos administrativos -esto es, al tenor del artículo 3° de la última ley citada, de las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en ejercicio de una potestad pública-, y la de los documentos que le sirvan de fundamento. /Por consiguiente, las resoluciones que dicten los jefes de servicio destinadas a declarar secretos o reservados determinados instrumentos, emitidas al amparo del artículo 9° del Decreto N° 26 de 2001, deben decir relación exclusivamente con actos administrativos y documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, siendo improcedente que se refieran a antecedentes que no revistan ese carácter".³²

Posteriormente en el Dictámen N° 29.239/2005 de la Contraloría General de la República, emitido a consecuencia de un requerimiento de la Cámara de Diputados en relación a las resoluciones dictadas en virtud del artículo 13 de la Ley N° 18.575, el organismo contralor determinó que fueron dictadas más de 90 resoluciones exentas del trámite de toma de razón, que declararon como secretos y/o reservados actos administrativos y/o documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Dado que estos actos no eran suscritos por el Presidente de la República y tampoco se encontraban dentro de las materias afectas al control preventivo de legalidad, se encontraban exentos de este trámite. Para contribuir a la vigencia del principio de la transparencia, a través de la Resolución 621 de 2004 la Contraloría

³¹ BERMÚDEZ, Soto J. y Mirosevic, Verdugo C. El Acceso a la Información Pública como base para el control social y la protección del patrimonio público. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXXI. Valparaíso, Chile, 2° Semestre de 2008. Pág 461. [en línea] [http://www.proacceso.cl/columna/el_acceso_la_informacion_publica_como_base_para_el_control_social_y_la_proteccion_del_patrim](http://www.proacceso.cl/columna/el_acceso_la_informacion_publica_como_base_para_el_control_social_y_la_proteccion_del_patrimonio) [consulta 4 de marzo de 2011]

³² Dictámen N° 43.883/2004 de la Contraloría General de la República.

General de la República modificó la Resolución 520 de 1996 que establece normas sobre exención del trámite de toma de razón, dejando sometido a un relativo control preventivo de legalidad los decretos y resoluciones que se dictasen sobre "declaración de secreto o reserva de actos administrativos y de documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial".

Anterior a la dictación de estas resoluciones y complementaria con ella, en el año 2003 se promulgó la Ley N° 19.880, la cual complementó la Ley N° 19.653, estableciendo y regulando las bases del procedimiento administrativo de los actos de la administración, consagrando a la vez los principios de Transparencia y Publicidad, señalando que el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él, otorgando garantías y recursos específicos. Su artículo 4° fija los principios del procedimiento administrativo, dentro de los cuales se encuentran los principios de transparencia y publicidad, estableciéndose como sigue: "El procedimiento administrativo se realizará con transparencia de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. Los actos administrativos y documentos emanados son públicos, salvo las excepciones que se establezcan."

4. Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos.

En la Ley N° 19.880, no está consagrado en forma directa el principio de probidad, pero sí se puede decir que se encuentra establecido dentro de lo que prescribe el artículo 11 de ésta ley, a propósito del principio de imparcialidad al decir que "La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte".

Más adelante, y como resguardo del principio de probidad, el artículo 16 consagra el principio de transparencia y publicidad en los términos que siguen: ““el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas por la ley o el Reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.”

5. Ley Nº 20.050, de Reforma Constitucional.

Mediante dos mociones presentadas en el año 2001 al Congreso, una de parte del oficialismo y la otra de oposición, se quiso incluir dentro del Capítulo I, Bases de la Institucionalidad de la Constitución Política de la República los principios de publicidad y transparencia de las funciones públicas. Esto a raíz de la paulatina instauración en el debate público, de la necesidad de avanzar en la transparencia de los actos de la Administración y por consiguiente la dictación de normativa tendiente a asegurar el derecho de las personas a tener conocimiento de los actos y resoluciones administrativas.

La Reforma Constitucional de 2005 elevó a rango constitucional ciertos principios que ya tenían consagración legal, pero los amplió. Lo anterior refuerza la importancia de éstas materias y se demuestra cómo los principios de probidad, publicidad y transparencia resultarán aplicables, al momento de interpretar el resto de las normas constitucionales. Resulta reveladora su importancia, ya que la inclusión en el primer capítulo da cuenta del interés supraindividual que subyace tras estos principios y su aplicación general.

La consagración del principio de probidad y la garantía de transparencia, ahora de rango constitucional expreso, se instaura en el artículo 8º de la Carta Fundamental, el cual reemplaza a otro precepto que, hasta su derogación en 1989, paradójicamente era el que comprendía la democracia protegida o que restringía la expresión de ideas y grupos catalogados contrarios a la seguridad nacional.

Estos principios encuentran su fuente en el orden público, en los derechos constitucionales a la libertad de opinión y el derecho a la información (artículo 19, Nº 12, de la Constitución), el derecho de petición constitucional (artículo 19, Nº 14, de la Constitución) y el principio de la legalidad, en concordancia con el cumplimiento de las solemnidades que establece el legislador para los actos de los órganos (artículos 6º y 7º de la Constitución Política). Según lo señalado por sentencia del Tribunal Constitucional en autos sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Nº 18.575 se reconoce el derecho de acceso a la información al señalar que “el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto de 2005, en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental” y que de “esta manera es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”.³³

El nuevo artículo 8º de la Constitución quedó establecido de la siguiente forma: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas actuaciones. /Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento

³³ STC Rol Nº 634-2006 de 9 de agosto de 2007.

de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Del análisis que se puede extraer de este artículo es que se intenta hacer una máxima limitación para los actos reservados, dejando que la publicidad sea la regla general para todos los órganos del Estado. La reserva puede estar contenida en la propia Constitución o en una ley de quórum calificado, por las causales que la Carta Fundamental señala taxativamente. Es decir, la Constitución establece restricciones de forma y de fondo al legislador para declarar el secreto o reserva de los actos y resoluciones de los órganos del Estado. En la forma por cuanto indica que ello es materia de ley de quórum calificado, y de fondo, en tanto precisa las únicas causales que le habilitan para hacer excepciones al principio de publicidad y transparencia. En este sentido al ser excepcionales las reservas, su aplicación es restrictiva, esto quiere decir que su aplicación debe reducirse al genuino sentido y alcance de la norma respectiva, sin poder aplicarse a situaciones no previstas expresamente por la misma. En consecuencia, se proscribire a este respecto la analogía. Por lo tanto, al existir estas excepciones, se puede concluir que el principio de publicidad no es tan absoluto y esto encuentra explicación en lo que señala el profesor Cea al decir que “una democracia constitucional genuina, desde el doble ángulo de lo público y lo privado, se tipifica por la información amplia pero no ilimitada, el pluralismo de las fuentes noticiosas, el libre debate y crítica, la transparencia en las decisiones, la buena fe y confianza en las actuaciones, así como otras cualidades que, incluyendo casos instrumentales de secreto o reserva, la convierten en gobierno visible, controlable y responsable por antonomasia”.³⁴

5.1. Causales de reserva.

³⁴ Cea Egaña, J. “Vida Pública, Vida Privada y Derecho a la Información: Acerca del Secreto y su Reverso”, publicado en III Revista de Derecho, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992. [en línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501992000100002&script=sci_arttext [consulta el 2 de junio de 2011].

Como ya se mencionaba anteriormente, los principios de transparencia y publicidad no son absolutos, debido a que como el mismo artículo 8º indica, a través de una ley de quórum calificado se puede establecer la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, como asimismo de sus fundamentos y procedimientos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

De este modo para que opere excepcionalmente la reserva o secreto en las decisiones públicas, la Constitución Política exige el cumplimiento de requisitos de forma y de fondo.

Requisito de forma:

- a) La reserva o secreto sea declarado por una ley de quórum calificado: La finalidad de este requisito es restringir la facultad del legislador de fijar la reserva o secreto de los actos y resoluciones a través de una ley simple. Por otra parte se evita que el Presidente de la República a través de la potestad reglamentaria vulnere los principios de transparencia y publicidad. Por ello quedaron derogadas tácitamente todas las disposiciones de rango inferior y de los preceptos reglamentarios que establecen el secreto o reserva.

Requisitos de fondo:

- b) Cuando la publicidad afecte el “debido cumplimiento de las funciones” del respectivo órgano: Una autoridad siempre podrá negarse a difundir una decisión invocando esta causal, pero para ello deberá fundar el acto o resolución de que se trate señalando, expresamente, la función que se vería embarazada con su publicidad. En palabras del profesor Miguel Ángel Fernández “de no indicarse, con precisión, en qué consiste o cómo se produce

la afectación del desempeño de las funciones por el órgano requerido, se vuelve impenetrable para los ciudadanos atacar judicialmente esa decisión”.³⁵

- c) Cuando la publicidad afecte los derechos de las personas. Se trata de una mención amplia que se refiere tanto a los derechos del artículo 19 de la Constitución como a los establecidos en los tratados internacionales vigentes, atendido lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución Política de la República.
- d) Cuando la publicidad afectare la seguridad de la Nación y el interés nacional. Debido a que “seguridad de la Nación” e “interés nacional” son conceptos muy amplios, serán los Tribunales de Justicia los encargados de definirlos.

5.2. Función pública en el nuevo artículo 8º de la Constitución.

El artículo 8º de la Constitución, en su inciso primero, se refiere al ejercicio de la función pública, la que se puede definir con un criterio amplio, como la actividad que se propone alcanzar el interés público, mediante instrumentos que otorga el ordenamiento jurídico. Al hablar del “ejercicio de las funciones públicas” existió discrepancia en cuanto a su alcance y es importante definir de forma categórica ya que así se puede determinar si dentro de la expresión se encuentra solamente la función desarrollada por la Administración del Estado o también se incluye la función que realiza el Poder Judicial, el Poder Legislativo y los demás órganos del Estado como el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público. Según el profesor Rolando Pantoja, en términos generales la expresión tiene un alcance determinado en la Constitución Política y otro desarrollado por la jurisprudencia administrativa. El funcionario público para la Constitución, sería quien ejerce una función pública, es decir, se aplica un concepto amplio como el expuesto anteriormente. Para la Contraloría General de la República, se ha entendido en términos mucho más extensos que ejerce función pública “toda

³⁵ FERNÁNDEZ González M. Causales de secreto o reserva en el ordenamiento jurídico chileno. Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública de Chile. Fundación Pro Acceso, Santiago. 2008. Pág 42.

persona que está investida por decreto supremo o por resolución de un jefe competente, de una determinada calidad representativa del Estado”.³⁶ El profesor Rolando Pantoja continúa reafirmando más adelante que la función pública es la que se desarrolla en y para el Estado. La calidad de funcionario público cubre todas las gamas o capacidades para hacer algo que puede conferirse a una persona, siempre que vayan más allá de las que un particular puede otorgar a otro particular. La nueva norma, en definitiva al elevar a rango constitucional el principio de publicidad ya contemplado en el Ley N° 18.575, lo extiende a todos los órganos estatales ya sea Congreso Nacional, Poder Judicial y Tribunal Constitucional, Tribunales de Justicia Electoral junto a otros órganos autónomos y no sólo, como en esa ley, respecto de los integrantes de la Administración del Estado. Además cabe señalar que se aplica también 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, pero únicamente cuando la ley expresamente así lo señale.

Por otra parte al hablar de “actos y resoluciones” y “fundamentos y procedimientos” se entiende no sólo las demostraciones escritas llamadas resoluciones, sino que se amplían las definiciones, incluyendo así a aquellas demostraciones materiales o fácticas. Esto a diferencia de lo que ocurre en el artículo 3° de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos, al hablar de “resoluciones” sólo como una especie de acto administrativo.

5.3. Derogación del Reglamento de Secreto y Reserva de los Actos y Documentos Públicos.

Posteriormente, con fecha 12 de diciembre de 2005 se dicta el Decreto N° 134 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que declara derogado el Decreto N° 26 de 2001, reglamento sobre el secreto o reserva de los actos de la Administración del Estado. En el numeral 4° de este decreto se establece que el contenido del

³⁶ Historia de la Ley N° 20.050. Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. Op. Cit. Pág. 13 y 14.

Reglamento sobre secreto y reserva de los actos de la Administración del Estado se ha transformado en contrario a la norma constitucional, no pudiendo, por tanto subsistir en el ordenamiento jurídico, declarándose por consiguiente en el número 5, su derogación.

Para complementar aún más y tener la certeza jurídica para la aplicación de este nuevo marco constitucional de Probidad y Transparencia, es que por Oficio N° 72 del 24 de enero de 2006, el Presidente de la República envía a los señores Ministros, Secretarios e Intendentes la “Guía de reglas y criterios actualmente aplicables en materia de publicidad y acceso a la información administrativa”. El N° 5 de este Oficio indica que a consecuencia de la derogación del Reglamento sobre secreto o reserva de los actos de la Administración, han quedado tácitamente derogadas todas las resoluciones dictadas al amparo de dicho Reglamento. Lo anterior ha sido expresamente declarado por Dictámen N° 59.154/2005 de la Contraloría General de la República.³⁷

El citado Oficio, expone en términos generales lo siguiente:

1. Que el artículo 8° de la Constitución es aplicable directamente a todos los órganos del Estado.
2. Que queda reservado exclusivamente a una ley de quórum calificado establecer el secreto o reserva de los actos y procedimientos de los órganos del Estado y sólo por las causales que la misma norma especifica.
3. Existe una prohibición constitucional para establecer secreto o reserva en forma reglamentaria o administrativa.

³⁷ El Dictámen N° 59.154/2005 de la Contraloría General de la República señala que: “[...]a partir de la fecha de vigencia de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050, el Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado ha quedado derogado, al igual que las resoluciones dictadas a su amparo.[...] Esto en relación al decreto 54 de la Secretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nacional dictado al amparo del decreto 26 del 2001.

4. Derogación tácita del Reglamento de Secreto y Reserva de los Actos y Documentos Públicos de la Administración del Estado.
5. De la misma forma quedaron derogadas tácitamente cualquiera otras normas de rango reglamentario o administrativo que hayan establecido casos de secreto o reserva, incluidas todas las resoluciones dictadas al amparo de dicho reglamento.
6. Deben entenderse derogadas además todas las demás disposiciones reglamentarias que establezcan el secreto o reserva.
7. En cuanto a la aplicación de la Ley N° 18.575, se entiende que rige en todo lo que no sea contrario al nuevo artículo 8° de la Constitución. Esto significa que solamente el inciso final del artículo 13 de la mencionada ley no es aplicable, por señalar que un reglamento estableciera causales de secreto o reserva.
8. Las causales del artículo 13 de la LOCGBGAE siguen aplicándose, toda vez que no existe contradicción entre éstas y las que contempla el artículo 8° de la Constitución.
9. En cuanto a las demás leyes dictadas con anterioridad a la vigencia del artículo 8° de la Constitución, esto es las cuales establecen casos de secreto o reserva, deben entenderse aún vigentes, a pesar de no haber sido aprobadas a través de una ley de quórum calificado, y esto al amparo de la Disposición Cuarta Transitoria de la Constitución. Esta norma establece que “Se entenderá que las leyes vigentes sobre materias que en virtud de los nuevos preceptos constitucionales deban ser aprobadas con quórum calificado, cumplen con este requisito y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución,

mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales que las sustituyan o deroguen”.

10. También se entiende derogado el Decreto N° 291 de 1974, del Ministerio del Interior, que establecía una clasificación de los documentos u oficios emitidos por las reparticiones públicas en Secretos, Reservados y ordinarios”, debido a que el artículo 8° de la Constitución Política impide que una norma de rango reglamentario defina o establezca casos de secreto o reserva.
11. La Constitución Política hace una ampliación de concepto de la palabra “actos” contenida en la Ley N° 19.880, ya que con ella se abarca todo tipo de actuaciones, sean o no de aquéllas que ponen fin a un procedimiento o contengan una decisión final. Ya no se puede denegar el acceso porque la información que se solicita corresponde a un acto administrativo terminal, ni a documentos que le sirvan de complemento o sustento directo o esencial.
12. La denegación de información sólo procederá en virtud de un análisis acucioso de la concurrencia de las causales que autoriza la Constitución y la ley. La calificación de concurrencia de alguna de las causales se hará caso a caso y se justificará por resolución fundada.

5.4. Dictámen N° 48.302/2007 de la Contraloría General de la República en relación al alcance del artículo 8° de la Constitución Política.

Para poder entender de mejor manera la aplicación del nuevo artículo 8° de la Constitución Política, es necesario traer a colación el Dictámen N° 48302/2007 de la

Contraloría General de la República, referente a la incidencia del artículo 8º en la aplicación del artículo 436³⁸ del Código de Justicia Militar.

Esto se inició en virtud de la solicitud de reconsideración hecha por el Ministerio de Defensa Nacional a la Contraloría General de la República, del Oficio N° 49.022, de 2005 que devolvió sin tramitar los decretos N° 93, 94 y 96, del mismo año dictados con carácter de secretos, como era la costumbre histórica de esa Secretaría de Estado, argumentando el organismo contralor, que el artículo 8º de la Constitución debía aplicarse íntegramente por todos los órganos del Estado y que mientras no se dicte la ley de quórum calificado estableciendo la reserva o secreto del acto administrativo, los decretos y resoluciones de ese Ministerio deben regirse por la regla general de publicidad que atañe a todos éstos. Por su parte, el Ministerio planteó que los decretos devueltos sin tramitar se ajustaban a derecho puesto que el carácter con que fueron dictados, se fundamenta en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, al cual le es aplicable la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República.

El organismo contralor señaló que efectivamente, el artículo 436 del Código de Justicia Militar “no delega a ningún reglamento la determinación del secreto o reserva, sino que ella misma establece algunos documentos que tienen ese carácter, por lo cual la derogación que aquí se viene explicando, sea la de la ley que delega en un reglamento, sea la de este mismo reglamento en ejecución de la ley, no resulta aplicable al artículo 436 indicado”. Por lo tanto, el artículo 436 antes aludido queda bajo la aplicación de la disposición cuarta transitoria, por lo que las autoridades institucionales pueden dictar, con el carácter de secretos, los actos en que inciden los documentos que menciona dicho precepto.

³⁸ Se entiende por documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas y entre otros:

- 1.- Los relativos a las Plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile y de su personal;
- 2.- Los atinentes a planos o instalaciones de recintos militares o policiales y los planes de operación o de servicio de dichas instituciones con sus respectivos antecedentes de cualquier naturaleza, relativos a esta materia;
- 3.- Los concernientes a armas de fuego, partes y piezas de las mismas, municiones, explosivos, sustancias químicas y demás efectos a que se refiere la ley N° 17.798 usados por las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile, y
- 4.- Los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales.

6. Ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

A comienzos del año 2005, ingresó a tramitación al Congreso el Proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública (boletín 3773-06). Este proyecto proponía modificar la Ley Nº 18.575, la Ley Orgánica del Congreso Nacional, el Código Orgánico de Tribunales y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, para así hacer públicos los actos y resoluciones de competencia de las distintas autoridades.

Lo anterior nace también debido a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2006 en el Caso Claude vs. Chile³⁹, en la cual se condenó al Estado de Chile a:

1. Entregar la información originalmente solicitada por los denunciantes o adoptar una decisión fundamentada al respecto.
2. Adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado.
3. Realizar la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a la información, que incorpore los parámetros convencionales que deban respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información.

El párrafo 165 de la sentencia de la Corte, establece que “[...] Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la

³⁹ El Sr. Marcel Claude Reyes era Director Ejecutivo de la Fundación Terram en esa calidad solicitó al Comité de Inversiones Extranjeras, dependiente del Ministerio de Economía, información de la empresa Trillium. La información no fue entregada y el Sr. Claude decidió recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que dirimiera el conflicto.

información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”.

Consecuencia de lo anterior, y bajo el amparo de la Agenda de Transparencia y Probidad anunciada por el gobierno, se propuso sustituir completamente el texto del proyecto original (indicación sustitutiva 523-354 de 6 de diciembre del año 2006) por un proyecto nuevo que apuntaba a crear un cuerpo normativo especial para la materia. La mencionada indicación constituyó la primera manifestación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que fue aprobada por ambas cámaras con pequeñas modificaciones en el mes de enero de 2008. Finalmente la Ley N° 20.285 comenzó a regir en el mes de abril de 2009.

En cuanto a la vigencia de antiguas leyes sobre materias secretas y reservadas, recordemos que el artículo 8° de la Constitución Política de la República dispone que sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado. Pero el artículo 1° transitorio de la nueva Ley N° 20.285 expresa que “se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado los preceptos actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por la causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política”. En definitiva, todas las leyes dictadas antes del 18 de agosto de 2005, fecha de promulgación de la indicada Ley de Reforma Constitucional, que establecían secreto o reserva, se entenderá que siguen vigentes si la publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Ésta es una interpretación hecha por la ley al artículo 8° de la Constitución.

La Carta Fundamental expresa que es atribución del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución. Pero dicho Tribunal no se pronunció sobre el artículo 1° transitorio por estimar que no se refería a materias propias de una Ley Orgánica Constitucional.

La Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública comienza su vigencia en definitiva, otorgándole plena validez a un conjunto de disposiciones no especificadas que disponen el secreto o la reserva de ciertas materias.

6.1. Ámbito de acción.

El artículo 1º de la Ley N° 20.285 señala en una forma esquematizada que:

1. Regula el principio de transparencia de la función pública.
2. El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado: El artículo 10 de la Ley N° 20.285 define lo que es el Derecho de Acceso a la Información Pública en cuanto señala que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.
3. Los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y
4. Las excepciones a la publicidad de la información: Causales de reserva.

6.2. Órganos a los cuales se aplica.

Esta ley rige para todos los órganos de la Administración del Estado y para las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública. Por su parte, el artículo 2º de la misma ley establece que se aplica a los organismos autónomos como la Contraloría

General de la República, el Banco Central, Congreso Nacional y Ministerio Público. En el inciso tercero de este artículo se agrega que la ley rige también en las empresas públicas creadas por ley, como asimismo, en las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, pero sólo las disposiciones que esta ley expresamente señale.

Con respecto al Congreso Nacional y al Poder Judicial y a los demás órganos autónomos constitucionales, se establecen normas aplicables especialmente en materia de transparencia activa, pero sin que se les aplique en forma íntegra el régimen para la Administración del Estado, quedando en lo demás, sujetos a los preceptos de sus leyes orgánicas.⁴⁰

Los órganos autónomos constitucionales como la Contraloría General de la República, el Banco Central y el Ministerio Público, además tienen la particularidad de que todo reclamo por denegación de acceso a la información se debe someter a un procedimiento especial distinto al establecido por la ley para los demás órganos del Estado. Esto quiere decir que se les excluye de la competencia del Consejo para la Transparencia, haciendo que los reclamos sean directamente resueltos por las Cortes de Apelaciones como se verá más adelante.

6.3. Finalidades y aspectos principales.

Entre las finalidades de esta nueva ley se encuentra mejorar el principio de transparencia y motivar los desempeños probos inhibiendo y disuadiendo malas prácticas; mejorar la eficiencia y la modernización de la gestión pública al simplificar procedimientos administrativos en la entrega de información pública en poder del

⁴⁰ El Reglamento de la Ley N° 20.285 señala en su artículo 2° inciso segundo que: “No se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, 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, a los tribunales que forman parte del Poder Judicial, a los tribunales especiales ni a los órganos que ejercen jurisdicción, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, a la Justicia Electoral, ni al Congreso Nacional.

Dichos organismos se regirán por las disposiciones de la ley N° 20.285 que ésta expresamente señale y por las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente”.

Estado y por último potencia la participación ciudadana en el ejercicio de sus derechos favoreciendo el control social respecto de los actos de la administración. Finalmente y cómo objetivo base, es el fortalecimiento de la democracia.

Entre los aspectos principales de la nueva ley se pueden mencionar los siguientes:

- 1) Consagra los principios de máxima divulgación, de no discriminación, de facilitación, de libertad de información y de apertura.
- 2) La ley impone la obligación de publicar y mantener a disposición del público la estructura orgánica de las instituciones, las facultades y atribuciones, el marco normativo, la planta de personal a contrata y a honorarios con sus respectivas remuneraciones, los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros, etc. Lo anterior en ejecución del principio de transparencia activa que consagra la ley.
- 3) Tal como lo regula el artículo 8º de la Constitución Política, esta ley consagra las causales de denegación de acceso a la información y los plazos máximos para que una información que ha sido declarada secreta o reservada, mantenga este carácter.
- 4) También se consagra un procedimiento especial de reclamo por las denegaciones de acceso a la información pública y sanciones para su infracción.
- 5) Se crea un órgano especial y autónomo, aunque no a nivel constitucional, llamado “Consejo para la Transparencia”, el cual está destinado a promover la transparencia de la función pública, mientras garantiza el derecho de acceso a la información y conoce de los reclamos surgidos por la denegación de ésta.

6.4. Principios formativos.

En cuanto a los principios que consagra la nueva ley se pueden citar los siguientes:

- a) Principio de facilitación: apunta a hacer más expedito el procedimiento de acceso a la información, cuando ésta sea requerida. Esto se manifiesta por ejemplo, en el caso de incompetencia de un órgano para ocuparse de una solicitud de información, será éste mismo quien remita la solicitud a la autoridad que corresponda.
- b) Principio de apertura y principio de máxima divulgación: Toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a ciertas excepciones señaladas en la misma ley. Por otro lado, también es información pública toda aquella que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, no obstante no haya sido emitida por el propio organismo.
- c) Principio de relevancia: Presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento. No es lo mismo información no oficial con información secreta, la información no oficial también puede ser pública.
- d) Principio de la oportunidad: Los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar respuesta a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios.
- e) Principio de gratuidad: El acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en esta ley.

- f) Principio de transparencia de la función pública: Según el artículo 4º inciso segundo de la Ley N° 20.285, “el principio de transparencia de la función pública 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”.
- g) Principio de responsabilidad: Conforme al cual el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone a los órganos de la Administración del Estado, origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece este cuerpo normativo.
- h) Principio de control: 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.
- i) Principio de la libertad de información: Toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.

6.5. Información considerada pública por la nueva Ley.

El artículo 5º de la Ley N° 20.285 señala que son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, salvo las excepciones que establece la misma ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Además también es

pública toda información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

El Reglamento de la Ley N° 20.285, contenido en el Decreto N° 13 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 13 de abril del año 2009, establece una serie de definiciones importantes para entender la complejidad de la nueva Ley de Acceso a la Información, y por ello es preciso traer a colación las siguientes:

1. Documentos: Todo escrito, correspondencia, memorándum, plano, mapa, dibujo, diagrama, documento gráfico, fotografía, microforma, grabación sonora, video, dispositivo susceptible de ser leído mediante la utilización de sistemas mecánicos, electrónicos o computacionales y, en general, todo soporte material que contenga información, cualquiera sea su forma física o características, así como las copias de aquéllos.
2. Sustento o complemento directo: Los documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo en que concurren y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre las bases de esos documentos.
3. Sustento o complemento esencial: Los documentos indispensables para la elaboración y dictación del acto administrativo en que concurren, de modo que sean inseparables del mismo.

6.6. Causales de reserva.

En el sentido contrario a lo anteriormente descrito, se encuentran las causales de reserva o excepciones al derecho de acceso a la información pública, enumeradas en el artículo 21 de la Ley y que encuentran su base en el artículo 8° de la

Constitución. Según los autores españoles Eduardo Gamero y Severiano Fernández, a las causales de secreto o reserva la llaman *límites del derecho de acceso*, clasificándolos entre razones de interés público y razones de interés privado. En cuanto a las primeras se encuentran los documentos cuya divulgación puedan comprometer a la Defensa Nacional o a la Seguridad del Estado. En las segundas se encuentran los límites que tienen su fundamento en la protección de determinados derechos constitucionales, como son el derecho a la intimidad y el secreto empresarial.⁴¹

La causales de reserva establecidas en la Ley N° 20.285 son:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.⁴²

⁴¹ GAMERO, C. Eduardo y FERNÁNDEZ, R. Severino. Manual Básico de Derecho Administrativo. Sexta Edición, año 2009, Editorial Tecnos, Madrid, España. Pág. 291.

⁴² Es de suma importancia tener presente el Principio de Continuidad, establecido en el artículo 1º, inciso cuarto de la Carta Fundamental, al señalar que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. De aquí se desprende que el Estado debe atender las necesidades públicas en forma continua y permanente. Así lo ha establecido el artículo 3º de la Ley N° 18.575 cuando señala que se deberá atender a las necesidades públicas en forma continua y permanente, y por su parte el artículo 28 de esta misma ley habla de satisfacer necesidades de manera regular y continua.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.

Las leyes dictadas con anterioridad a la vigencia del mencionado artículo 8º, que establecen casos específicos de secreto o reserva de actos y documentos de la Administración, deben entenderse vigentes aún cuando no hubieren sido aprobadas con quórum calificado, al amparo de la disposición transitoria de la Constitución Política.

6.6.1. Interpretación de las causales de secreto o reserva. Test de daño.

La Ley de Transparencia entrega una serie de herramientas interpretativas que sirven como protección de las garantías de acceso a la información.

Como ya se había señalado anteriormente, el artículo 8º de la Constitución Política establece dos requisitos copulativos para que la declaración de secreto o reserva sea considerada constitucional.

1. Se exige que la declaración sea hecha a través de una ley de quórum calificado. Según el profesor Miguel Ángel Fernández, en el artículo 8º de la Constitución se establecen las únicas causales de secreto o reserva, sin perjuicio que por medio de una ley de quórum calificado se pueda consagrar otros casos de reserva. Así lo ha hecho la Ley de Transparencia, pero siempre fundándose en las causales constitucionales. Se hace la diferencia entre “causales” y “casos” de secreto o reserva, ya que el profesor Fernández los distingue explicando que las causales consisten “en el fundamento en virtud del cual el legislador de quórum calificado –u orgánico constitucional, según corresponda- declara que ciertos o determinados actos, sus fundamentos o su procedimiento son secretos”. Ellas son justamente las cuatro que se establecen en el artículo 8º de la Constitución en forma taxativa. Por otro lado los casos “son las declaraciones precisas formuladas por el legislador, fundado en una o varias causales constitucionales, relativos a los actos, fundamentos o procedimientos precisos que determinará como secretos”. Esto quiere decir que la Constitución ha dejado al legislador la determinación de los casos concretos en que se establecerá el secreto o la reserva, siempre que esté fundado en la Carta Fundamental⁴³.

2. Que la publicidad de la información afecte algunos de los cuatro bienes jurídicamente protegidos por el artículo 8º de la Constitución, los cuales son: el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. La misión de quien interpreta es determinar si la publicidad de la información afecta o no a alguno de los bienes jurídicos protegidos por la causal que se invoca. Este proceso de determinación de la aplicabilidad de las causales de reserva se ha denominado en la doctrina comparada como “test de daño” o “prueba de daño”.

Para poder restringir el derecho de acceso a la información, la argumentación deberá en primer lugar, especificar la causal invocada, para luego fundamentar las circunstancias de por qué la difusión de la información afectaría alguno de los bienes protegidos por las distintas causales.

⁴³ FERNÁNDEZ, González M. Op. Cit. Pág. 42.

Se pueden agrupar las causales de secreto o reserva en dos tipos:

1. En primer lugar aquéllas que cautelan intereses públicos en sentido amplio: el debido cumplimiento de las funciones del órgano, la seguridad de la Nación, y el interés nacional.
2. En segundo lugar aquéllas que cautelan intereses privados: los derechos de las personas.

En cada grupo se emplean valoraciones distintas respecto de su aplicación al caso concreto. Por ejemplo, en el caso de que se solicite la entrega de un documento relativo a la seguridad nacional, éste no pasa automáticamente a ser un documento reservado por encontrarse dentro de las causales, sino que la autoridad encargada de entregar la información deberá ponderar los valores en conflicto (derecho de acceso a la información frente a la seguridad nacional). Para cumplir esta tarea, el derecho comparado ha establecido ciertos parámetros para que la autoridad interprete los hechos y los subsuma o no en las distintas causales. En primer lugar, deberá determinar puntualmente el daño potencial, estableciendo la incidencia en el bien protegido; en segundo lugar, se debe determinar si el daño es o no presente y por último, la probabilidad o razonable expectativa de que se produzca. Sin embargo, cabe señalar que en países como México, ha tenido especial dificultad aplicar estos elementos de daño “presente”, “probable” y “específico”, en razón de que no se ha podido establecer con precisión el contenido preciso de cada uno de estos elementos.⁴⁴

7. Transparencia activa.

⁴⁴ LÓPEZ-AYLLON, Sergio, y Posadas, A. Las Pruebas de Daño en Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una Perspectiva Comparada. Derecho Comparado de la Información, N° 9. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoin/cont/9/art/art2.pdf> [consulta 19 de junio de 2011].

Como se hizo alusión anteriormente, la transparencia activa supone poner información que no es secreta o reservada a disposición de las personas de manera permanente, sea en medios electrónicos, en oficinas públicas o en medios escritos en papel, como diarios o periódicos.

Los actos y documentos que han sido objeto de publicación en el Diario Oficial y aquellos que digan relación con las funciones, competencias y responsabilidades de los órganos de la Administración del Estado, deben estar a disposición permanente del público y en los portales web de cada organismo.

Según el artículo 7º de la Ley N° 20.285, los órganos del Estado deben mantener en forma pública: su organización y recursos humanos; su normativa; los servicios a los ciudadanos, y los recursos financieros y su utilización.

8. Consejo para la Transparencia

8.1. Concepto.

Según lo que establece el artículo 31 de la Ley N° 20.285, “el Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”. Este organismo es el encargado de fiscalizar que se cumpla la Ley de Transparencia, resolver los reclamos de la ciudadanía, dirimir si un organismo puede o no negarse a entregar datos y aplicar sanciones. Según el artículo 32 de la misma ley, “El Consejo 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”.

8.2. Funciones y atribuciones.

El artículo 33 de la Ley N° 20.285 señala que las funciones y atribuciones del Consejo serán las que siguen:

- a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.
- b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.
- c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.
- 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.
- g) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información.

- h) Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia.
- 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.
- k) Colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia.
- l) Celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

8.3. Procedimiento para el ejercicio del derecho de Acceso a la Información. Transparencia Pasiva.

En términos generales, cualquier persona que desee obtener información de un organismo público, puede solicitarla en la forma que prescribe la ley, y ésta solicitud o requerimiento deberá ser contestado por la autoridad que corresponda. El artículo 1º de la ley señala que por “autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado” se entiende a “la autoridad con competencia comunal, provincial, regional o, en su caso, el jefe superior del servicio a nivel nacional”.

El plazo para contestar que tiene la autoridad correspondiente es de 20 días hábiles, prorrogables por 10 días más cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada.

Una vez presentada la solicitud, el organismo puede adoptar una de las siguientes actitudes:

1. Entregar la información solicitada: Siendo ésta la regla general.
2. Comunicar al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información: Esto cabe cuando se trata de información que se encuentra permanentemente a disposición del público o en medios impresos tales como libros, compendios, folletos, archivos públicos o formatos electrónicos.
3. Negarse a entregar la información: En este caso, como ya sabemos, la negativa deberá ser fundada y además deberá especificarse la causal invocada y los motivos que impiden entregar la información.
4. Consultar a los terceros involucrados: Esta actitud se desprende de la causal de reserva que establece la negativa a otorgar información cuando ésta afecte intereses de terceros. En este caso la autoridad tiene 2 días hábiles para comunicar a estos terceros por carta certificada del requerimiento que se ha interpuesto. Los terceros por su parte tienen el derecho a oponerse dentro de los 3 días siguientes a la notificación. En el caso que los terceros hagan valer su derecho de oposición, el organismo no podrá entregar la información solicitada, a menos que el reclamante recurra al Consejo para la Transparencia y éste obligue a la autoridad a entregarla. En el caso contrario, si los terceros no deducen oposición, se entiende que autorizan que la información que les atañe sea entregada al requirente.

8.4. El amparo del derecho de acceso a la información pública ante el Consejo para la Transparencia.

Luego de presentado el requerimiento ante el órgano correspondiente y éste se hubiese negado a proporcionar la información o el plazo para entregarla hubiese vencido, el solicitante podrá dentro de 15 días hábiles luego de la negativa o del

vencimiento del plazo según corresponda, para recurrir ante el Consejo para la Transparencia. Deberá señalar la infracción cometida y los hechos que la configuran, además de acompañar los medios de prueba que acrediten su pretensión (artículo 24 de la Ley N° 20.285).

El Consejo al resolver podrá:

1. Otorgar el acceso a la información, donde le fija un plazo prudencial al órgano requerido para que entregue a información solicitada.
2. Señalar el inicio de un procedimiento disciplinario que establezca si algún funcionario ha incurrido en alguna infracción a la ley.
3. Denegar el acceso a la información, esto es, confirmar la decisión de la autoridad del órgano requerido.

8.5. Reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones

El reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones constituye un proceso contencioso administrativo⁴⁵, que procede en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia al resolver sobre la solicitud de acceso a la información.

Debe ser presentada dentro de 15 días hábiles y debe contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

⁴⁵ El proceso contencioso administrativo tiene lugar cuando se producen conflictos jurídicos entre la Administración y los particulares, por actos de las autoridades público administrativas que aquéllos consideran arbitrarios o ilegales y que pueden lesionar sus derechos o intereses. En estos casos, a partir del conflicto suscitado, se da origen a una contienda en que figuran como partes la Administración y la persona afectada; el que alega por regla general, la presunta ilegalidad o arbitrariedad del acto administrativo que ha infringido la juridicidad o lesionado un derecho subjetivo de esa persona, y como autoridad encargada de conocer de la contienda, un órgano dotado de facultades para resolver el reclamo promovido por el administrado. En este caso, se trata de un proceso contencioso administrativo llamado Reclamo de Ilegalidad, seguido en contra del Consejo para la Transparencia, ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Pueden hacer uso de este reclamo en primer lugar el requirente de la información cuando su solicitud de acceso a la información sea rechazada. En segundo lugar, el órgano requerido cuando el Consejo le ordene hacer entrega de la información, a menos que se trate de la causal de afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano, porque en este caso el Consejo se transforma en la única instancia de reclamo. De esto se podría inferir que por la amplitud de dicha causal, podría ser vulnerado el principio de la transparencia. Y por último, en tercer lugar, puede hacer uso de este reclamo, el tercero que se hubiere opuesto oportunamente a la entrega de la información y el Consejo hubiere rechazado tal oposición, ordenando la entrega de los antecedentes.

8.6. Casos especiales de transparencia pasiva.

Como se mencionó en la primera parte de este capítulo, existen organismos a los cuales la Ley de Transparencia se aplica en forma especial o restringida. Son las llamadas autonomías constitucionales. Si se trata de la Contraloría General de la República, El Banco Central y el Ministerio Público, las personas que no reciban la información solicitada o no la reciban dentro del plazo estipulado, deben reclamar directamente ante la Corte de Apelaciones del domicilio del solicitante.

Respecto de la situación que merece el Congreso Nacional, las empresas ligadas al Estado, el Poder Judicial, los Tribunales que conforman la Justicia Electoral y el Tribunal Constitucional, hoy no existe un procedimiento legal para por la denegación de información y esto a raíz de un debate acerca de la constitucionalidad de esta medida. El propio Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 1051-2008, determinó que debía ser excluido de la revisión que hiciese la Corte de Apelaciones de las resoluciones sobre acceso a la información, argumentando que iba en contra de su autonomía constitucional que un ente de rango inferior a la Corte Suprema resolviese sobre dichas cuestiones.

En contra de esta argumentación y en apoyo de los votos disidentes de los Ministros Vodanovic y Correa, se puede decir que “esta sujeción al control de las Cortes de Apelaciones en materias de acceso a la información no supone una vulneración de su autonomía constitucional pues si bien sujetarlos al control heterónimo de otro órgano del Estado “irá en desmedro de su autonomía, no les afecta en el cumplimiento de aquellas funciones que les son propias y que la Carta Fundamental les encarga”, pues “tal autonomía no equivale a una autarquía absoluta en todas sus decisiones y ciertamente no se contrapone a que la Constitución y la ley puedan establecer, dentro de límites, un control interórganos, en materias que no sean las propias de su competencia constitucional o esencial”. A lo que debe agregarse que esta “limitación a la autonomía persigue, a su vez, una finalidad que (al igual que la autonomía) también tiene jerarquía constitucional, como es la transparencia, bien que aparece instituido entre las bases esenciales del ordenamiento jurídico chileno. Los poderes colegisladores han decidido que el valor de la transparencia debe alcanzarse aun a costa de que órganos constitucionalmente autónomos se sometan a un control externo, en esta sola materia y con los alcances ya referidos”. Por lo demás, resulta cuestionable considerar que la revisión por parte de las Cortes de Apelaciones de las decisiones adoptadas por estos órganos supongan una sujeción a la superintendencia de la Corte Suprema cuando la competencia de estas Cortes en materia de acceso a la información parece adecuarse más a la resolución de una materia jurisdiccional, amparo de derechos fundamentales, que a una de tipo administrativa o directiva, en la que sí estaría presente la superintendencia de la Corte Suprema.⁴⁶

⁴⁶ TELLO, E. Cristóbal, CERNA G. Marcelo y PAVÓN M. Andrés. Op. Cit. Pág. 201.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Concepto de Responsabilidad Administrativa.

Para el profesor Hugo Caldera Delgado, la responsabilidad administrativa del Título V del Estatuto Administrativo, debió haberse denominado como “Responsabilidad Funcionaria” ya que es “la responsabilidad personal en que incurren los funcionarios de la Administración del Estado cuando con sus actuaciones u omisiones infringen los deberes o incurren en conductas prohibidas en razón de los cargos que desempeñan. Por el contrario, la Responsabilidad Administrativa es una relación jurídica directa que se produce entre el Estado-Fisco o alguno de sus órganos públicos personificados, con la víctima de un perjuicio a consecuencia de actuaciones u omisiones irregulares imputables a los órganos administrativos.”⁴⁷ También puede definirse como “aquella que se desarrolla en el interior de la relación de servicio, en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, con sanciones que inciden en sus derechos”⁴⁸.

Este tipo de responsabilidad está mencionada en distintos artículos de nuestra legislación administrativa, entre los cuales destaca el artículo 18 de la Ley N° 18.575, al disponer que “El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle. Por su parte el artículo 119, inciso primero, del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto

⁴⁷ CALDERA, Delgado H. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Ediciones Parlamento Ltda. Año 2001. Chile. Pág. 428.

⁴⁸CELIS, Danzinger. G. y BARRA, Gallardo N. Manual de Responsabilidad Administrativa. Thompson Reuters Puntotex. Santiago, Chile. Año 2009. Pág. 6.

con Fuerza de Ley N° 29, de 16 de junio de 2004)⁴⁹ señala que “El empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias”. Agrega el inciso segundo que “los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria”.

De lo anterior se desprende que la responsabilidad administrativa surge de la infracción que un funcionario público comete durante su desempeño a sus deberes y obligaciones como tal, y cuyas sanciones se determinarán una vez finalizado el proceso disciplinario.

La responsabilidad administrativa “tiene por objeto sancionar conductas que lesionan el buen funcionamiento de la Administración Pública: se origina por una inobservancia de los deberes inherentes a la calidad de agente público. Dicha responsabilidad se hace efectiva a través de la “*potestad disciplinaria*” de la Administración [...] En este orden de ideas, “*responsabilidad administrativa*” y “*responsabilidad disciplinaria*” son conceptos sinónimos”⁵⁰.

2. Medidas disciplinarias.

La ley considera dos tipos de sanciones para el caso de infracción a los deberes y obligaciones funcionarias: las anotaciones de demérito en el proceso de calificación⁵¹ y las medidas disciplinarias. Según el artículo 43, inciso primero, del Estatuto Administrativo, las anotaciones de demérito son “aquéllas destinadas a dejar

⁴⁹ALDUNATE, Ramos F. Manual Práctico de Derecho Administrativo. Thomson Reuters Puntotex. Santiago, Chile, Año 2009. Pág. 13. “El Estatuto Administrativo puede definirse como el régimen integral al cual están sometidos quienes desempeñan funciones para los órganos de la Administración Pública.”

⁵⁰ MARIENHOFF, M. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-B. Cuarta edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Año 1993. Pág. 375.

⁵¹ Según el Dictámen N° 26.002/2006, la calificación es “el acto por medio del cual un superior directo expresa su opinión o juicio en forma escrita, sobre la calidad de las condiciones personales y profesionales de un subalterno, atendidas las exigencias y características del cargo y servirá de base para el ascenso, desarrollo profesional y permanencia en la institución.”

constancia de cualquier acción u omisión del empleado que implique una conducta o desempeño funcionario reprochable”. La práctica de anotaciones de demérito compete exclusivamente al Jefe Directo del funcionario infractor y no implica responsabilidad administrativa, por lo cual no serán tratadas en este trabajo. Las medidas disciplinarias, en cambio, son las sanciones que se aplican a un funcionario que ha incurrido en responsabilidad administrativa al infringir gravemente, a juicio de la autoridad competente, sus obligaciones y deberes funcionarios, no pudiendo ser aplicadas sino como conclusión de un proceso disciplinario. Éstas han sido definidas también como “los medios que la ley contempla para sancionar al funcionario que infringe su régimen de obligaciones, entre las cuales la autoridad con potestad sancionadora puede optar al término de un proceso formal destinado a establecer su responsabilidad administrativa”⁵².

El Estatuto Administrativo en su artículo 121 establece que las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes. A su vez los artículos 122 a 125 de este mismo cuerpo legal establecen cuales serán dichas medidas. Éstas son: la censura, la multa, la suspensión y la destitución.⁵³

1. Censura: El artículo 122 del Estatuto Administrativo señala que esta medida “consiste en la reprensión por escrito que se hace al funcionario, de la cual se dejará constancia en su hoja de vida, mediante una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente”.
2. Multa: Según el artículo 123 del Estatuto Administrativo, la multa “consiste en la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un cinco por ciento ni superior a un veinte por ciento de ésta”. En todo caso el funcionario mantiene la obligación de servir su cargo. Se deja

⁵² CELIS, Danzinger. G. y BARRA, Gallardo N. Manual de Responsabilidad Administrativa. Op. Cit. Pág. 22.

⁵³ Tanto el artículo 19 N° 3, inciso quinto de la Carta Fundamental como el artículo 18, inciso segundo de la Ley N° 18.575 consagran el derecho a un racional y justo procedimiento.

constancia en la hoja de vida del funcionario de la multa impuesta, a través de una anotación de demérito en el factor de calificación que le corresponda.

3. Suspensión: El artículo 124 del Estatuto Administrativo señala que la suspensión “consiste en la privación temporal del empleo con goce de un cincuenta por ciento a un setenta por ciento de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo”. Se interrumpe por el lapso que indica los efectos del vínculo existente entre el funcionario sancionado y la Administración. Por lo tanto, también queda suspendido el ejercicio de los derechos que emanan del desempeño de su empleo, siempre que no se trate de privación de derechos previsionales, como lo establece nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 18.

4. Destitución: Según el artículo 125 del Estatuto Administrativo, la destitución es “la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario”. En atención a la modificación que introdujo la Ley N° 19.653, en el inciso segundo de este artículo señala que “La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa”. Las actuaciones que vulneran el principio de probidad administrativa están consagradas en el artículo 64 de la Ley N° 18.575⁵⁴.

⁵⁴ 1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña;
2. Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero;
3. Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros;
4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales;
5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.
Exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.
El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares;
6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.
Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

Además agrega el artículo 125 que la destitución también procede en los siguientes casos:

- a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;
- b) Infringir las disposiciones de las letras i), j) y k) del artículo 84 de este Estatuto (se refiere a la participación que hiciera el funcionario en actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado);
- c) Condena por crimen o simple delito,
- d) Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado, y
- e) En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales.

La Contraloría estimaba que la enumeración del artículo 125 del Estatuto Administrativo no era taxativa y por lo tanto la destitución podía aplicarse a cualquier falta grave. Por otro lado, la Corte Suprema planteaba lo contrario, que la enumeración era taxativa, por lo tanto la destitución sólo procedía en los cuatro casos que contemplaba la norma. Hoy en día esta discusión ha perdido importancia porque se agregó la causal de “infracción grave al principio de probidad administrativa” por la Ley N° 19.653.

Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta;

7. Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, y

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.

3. Causales de extinción de la responsabilidad administrativa.

La responsabilidad administrativa que afecta a un funcionario puede extinguirse por causa sobreviniente, por concurrencia de alguna causal eximente o modificarse por circunstancias que la atenúen o que la agraven.⁵⁵ El artículo 157 del Estatuto Administrativo establece que la responsabilidad administrativa se extingue de cuatro formas: Por muerte, por haber el funcionario cesado en sus funciones, por el cumplimiento de la sanción y finalmente por la prescripción de la acción disciplinaria. A continuación se tratarán en detalle estas cuatro causales.

1. Por muerte: Según el Dictámen N° 27.789/1992 de la Contraloría General de la República, la responsabilidad administrativa es eminentemente personal y por lo tanto se extingue con la muerte del funcionario.

2. Por haber cesado en sus funciones: Las sanciones administrativas, por su misma naturaleza, sólo pueden imponerse al responsable mientras él mantenga su calidad de empleado público. Los procedimientos sancionatorios que se hubieren iniciado con antelación a la cesación de funciones, continuarán normalmente hasta su término.

La causal “cesación de funciones” comprende cualquier causal de expiración de funciones que se produzca encontrándose pendiente la tramitación de un proceso disciplinario, como se indicara mediante Dictámen N° 13.640/1992 de la Contraloría General de la República.⁵⁶

Para impedir que un funcionario burle la aplicación de una medida disciplinaria, el Estatuto Administrativo en su artículo 147, inciso tercero, señala que: “La renuncia sólo podrá ser retenida por la autoridad cuando el funcionario se encontrare sometido a sumario administrativo del cual emanen antecedentes serios de que pueda ser alejado de la institución por aplicación de la medida disciplinaria de destitución.” Por lo tanto

⁵⁵ OJEDA, B. Manual práctico de sumarios administrativos. Op. Cit. Pág. 85.

⁵⁶ CELIS, Danzinger G. y BARRA, Gallardo N. Manual de Responsabilidad Administrativa. Op. Cit. Pág. 67.

nada impide que el inculpado de una falta grave renuncie voluntariamente y que sea aceptada su renuncia, siempre que lo haga antes de haberse iniciado el sumario administrativo.

3. Por el cumplimiento de la sanción: es la situación normal.

4. Por la prescripción de la acción disciplinaria: El artículo 158 del Estatuto Administrativo prescribe que: “La acción disciplinaria de la Administración contra el funcionario, prescribirá en cuatro años contados desde el día en que éste hubiere incurrido en la acción u omisión que le da origen”.

La jurisprudencia más reciente de la Contraloría General de la República ha concluido que los organismos de la Administración no sólo pueden, sino que deben declarar de oficio la prescripción de la acción disciplinaria, dictando al efecto el acto administrativo que corresponda, en todos aquellos casos en que de los antecedentes del procedimiento sumarial aparezca que ha transcurrido el plazo señalado por la ley para hacer efectiva la responsabilidad administrativa sin que el funcionario haya sido sancionado.⁵⁷

4. Derecho Administrativo Sancionador.

4.1. Derecho Administrativo Disciplinario.

El Derecho Administrativo Disciplinario se puede erigir como una rama del Derecho Administrativo Sancionador, en cuanto a que este último constituye una representación de la potestad punitiva del Estado, que faculta a la Administración para regular y sancionar tanto a particulares como a funcionarios públicos, por infracciones administrativas. La Corte Constitucional de Colombia ha definido al Derecho

⁵⁷ Dictámen N° 34.407/2008 de la Contraloría General de la República.

Administrativo Disciplinario como “un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos, cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurren en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley”⁵⁸. En esta sección, me abocaré principalmente al estudio de los procedimientos administrativos disciplinarios, dentro del Derecho Administrativo Sancionador, en cuanto a que éstos permiten determinar si cierto servidor público incurrió o no en responsabilidad administrativa, aplicándose la sanción respectiva en su caso. Sin embargo, atendido que el Derecho Administrativo Disciplinario se sirve de los principios y directrices que le otorga el derecho administrativo sancionador, analizaré los puntos más importantes de éste último, siempre teniendo en cuenta que en ellos se incluye el ámbito disciplinario.

4.2. Aplicación de los principios de Derecho Penal al Procedimiento Administrativo Sancionador y a su vez a los Procedimientos Disciplinarios Sancionatorios.

La mayor parte de la doctrina, tanto nacional como española, afirma que el poder punitivo del Estado (*ius puniendi estatal*) es único y que por lo tanto a pesar de haber matices entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionatorio, hay principios que son aplicables a ambas ramas del Derecho.

Para el autor español Alejandro Nieto, “la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste.”⁵⁹

Por su parte, el Tribunal Constitucional chileno en su Sentencia Rol N° 244 de 1996, considerando 9º señaló lo siguiente: “Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por

⁵⁸ VILLALOBOS, Chavarro M. Corte Constitucional, Colombia, 18 de marzo de 1998. Acción Pública de Inconstitucionalidad. Sentencia C/095/98 [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-095-98.htm> [consulta 2 de febrero de 2012].

⁵⁹ NIETO, García A. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, S.A. Segunda Edición ampliada. Madrid, España. Año 1996. Pág. 22.

regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”.⁶⁰ Pese a lo anterior, el Tribunal Constitucional no siempre ha tenido la misma postura con respecto a este tema. En la Sentencia Rol N° 46 de 1987, considerando número 18, se establece que el artículo 19, N° 3, inciso séptimo, de la Carta Fundamental “sólo se refiere a los delitos penales.”⁶¹

La Contraloría General de la República ha adoptado esta misma posición de acuerdo a los Dictámenes 14.571/2005, 28.226/2007 y recientemente en el Dictamen N° 34.407/2008, en que estableció que “Tanto la potestad sancionatoria penal como la administrativa, constituyen una manifestación del "ius puniendi" del Estado, razón por la cual se ha entendido que es posible aplicar los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador [...] la jurisprudencia administrativa vigente ha aceptado, en el ámbito administrativo disciplinario y para los efectos de resolver situaciones no regladas expresamente por una norma legal, que se pueda recurrir a los principios o instituciones del derecho penal, como se ha aceptado, por ejemplo, respecto del principio que obliga a aplicar la legislación que contemple la sanción más benigna y el que impide castigar dos veces por el mismo hecho, entre otras materias”.

Así las cosas, se ha establecido además que el ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración no importa jurisdicción, sino que solamente se trata de una actuación de orden administrativo. Lo anterior se explica por razones de conveniencia y de política legislativa.

Pero hay que señalar que Derecho Administrativo y Derecho Penal no son lo mismo. Para el profesor Cristián Román, “el Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del Derecho, que tiene su “anclaje” en el Derecho Público, en específico en el Derecho Administrativo”⁶². Por lo tanto, la tesis de Román, a la cual

⁶⁰ Así, v.gr., en las sentencias dictadas en los roles 370/2003, 437/2005, 479/2006 y 480/2006 del mismo Tribunal.

⁶¹ Para mayor detalle, véase: VAN WEEZEL, A. La Garantía de Tipicidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Colección de Ensayos Jurídicos. Editorial Legal Publishing. 1º edición. Santiago, Chile. Año 2011.

⁶² ROMÁN, Cordero C. El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (71), 183 y ss. 2009.

adscribo, plantea que el Derecho Administrativo Sancionador no es Derecho Penal ni es una rama de éste, sino más bien se trata de una rama autónoma del Derecho Público, específicamente del Derecho Administrativo, la cual tiene una doble misión, que es dotar de garantías al perseguido (influencia del Derecho Penal) y proteger el interés general y colectivo (influencia del Derecho Administrativo).⁶³

El profesor Cristián Román ha criticado la importación completa de principios penales al ordenamiento administrativo sancionador, argumentando que si bien la doctrina es conteste en señalar que Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal son cosas distintas, igualmente ha instado a que la aplicación de los principios penales sea a la manera penal, es decir, sin los llamados “matices”. Esta importación completa de los principios también se ha reflejado en alguna jurisprudencia administrativa de la Contraloría General, en que por Dictámen N° 14.571/2005 se aplicó la prescripción penal al Derecho Administrativo Sancionador, siendo ésta más bien una regla precisa y no un principio de Derecho Penal.⁶⁴

La realidad es que el Derecho Administrativo Sancionador no cuenta con un régimen especial donde extraer principios para su aplicación, situación que con otras, por ejemplo la creación de los Tribunales Contencioso Administrativos, constituye una de las carencias que aquejan a nuestro Derecho Administrativo⁶⁵. Hubo un intento de regular el procedimiento administrativo sancionador a través de un Mensaje del Presidente Ricardo Lagos en el año 2004, donde se proponía al Congreso, la aprobación de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios. Dicho proyecto lamentablemente fue retirado de tramitación, pero es importante destacar que en el mismo Mensaje se establecían de forma categórica cuáles iba a ser los principios que regirían en el procedimiento administrativo sancionador: “Con las adecuaciones de rigor, el proyecto establece como principios sustantivos del derecho

⁶³ ROMÁN, Cordero C. Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema. En: Pantoja Bauzá Rolando (coord.). Derecho Administrativo: 120 años de cátedra. 1era edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Año 2008. Pág. 191.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ SALINAS, Bruzzone. C. Derecho Administrativo Sancionador. El régimen sancionador eléctrico en Chile. Thomson Reuters Punto Lex. Santiago, Chile. Año 2010. Pág. 53 y ss.

administrativo sancionador los de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad personal, prohibición de la privación de libertad, proporcionalidad y prescriptibilidad.”

Finalmente y para aclarar aún más el asunto, cuando se habla de principios de la responsabilidad administrativa en nuestros libros de Derecho Administrativo, se está haciendo alusión propiamente a los principios del Derecho Administrativo Sancionador, que se aplican desde el Derecho Penal de la forma que ya se ha explicado.

4.3. Principios sustantivos del Procedimiento Administrativo Sancionador.

A continuación se enumeran los principios sustantivos del Procedimiento Administrativo Sancionador teniendo presente que han sido importados del Derecho Penal, pero que por esa razón no se aplican de forma igualitaria, sino que con ciertos matices, y de una forma menos estricta, teniendo en consideración que el Derecho Administrativo Sancionador en caso alguno podría afectar la libertad personal del inculpado, con mayor razón el Derecho Administrativo Disciplinario.

1. Legalidad: El Tribunal Constitucional en su Sentencia Rol N° 244 señaló que los principios del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República, han de aplicarse por regla general al derecho administrativo sancionador. El principio de legalidad en la Constitución está establecido en el artículo 19, N° 3, incisos séptimo y octavo, en cuanto se señala que: “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.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”

Lo anterior, aplicado al Derecho Administrativo, se traduce en que “no pueden aplicarse otras sanciones administrativas que las contempladas expresamente

por el Estatuto Administrativo⁶⁶, de conformidad con los preceptos que las establecen y por las causales que en ellos se señalan”⁶⁷

2. Tipicidad: Se ha dicho que la tipicidad viene a realizar el principio de legalidad. Es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta. No se exige el extremo de llegar a tipificar y describir todas las conductas posibles de infracción, porque eso sería claramente un imposible. Lo que ha de exigirse de las normas sancionadoras no es la certeza absoluta, sino que como plantea el autor Alejandro Nieto, una “predicción razonable” de las consecuencias jurídicas de la conducta.

3. Principio Pro Reo: También llamado de Irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y retroactividad de las favorables⁶⁸. El artículo 19 N° 3, inciso séptimo, de la Carta Fundamental señala que: “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”. Este principio consiste en que sólo pueden aplicarse aquellas sanciones que estaba vigentes al momento de cometerse la falta investigada, a menos que ésta tenga asignada una sanción menor de acuerdo con la nueva legislación, en cuyo caso corresponderá aplicar precisamente la sanción más benigna o favorable al funcionario, aun cuando haya sido establecida con posterioridad, aplicándose por excepción en forma retroactiva.

4. Principio non bis in ídem: Según el Dictámen N° 21.815/1983 de la Contraloría General de la República, es improcedente aplicar dos sanciones administrativas a los inculcados, ya que a cada afectado sólo puede aplicársele una medida disciplinaria por la totalidad de las imputaciones. Lo anterior no impide que una

⁶⁷ CELIS, Danzinger G. y BARRA, Gallardo N. Op. Cit. Pág. 9.

⁶⁸ Llamado así este principio en la Constitución Española, artículo 9.3.

acción u omisión constitutiva de una infracción administrativa de lugar a responsabilidad civil o penal, ya que la naturaleza de las sanciones es distinta. Por otro lado, no necesariamente una sanción administrativa acarreará otras responsabilidades tanto civiles o penales, porque la forma de establecerse estas responsabilidades, debe ser hecha por procedimientos distintos e independientes.⁶⁹

5. Principio de proporcionalidad de las sanciones: Apunta hacia el equilibrio existente entre la gravedad de la infracción y la medida disciplinaria a aplicar, basado en el mérito del proceso. El Estatuto Administrativo establece este principio en su artículo 121, inciso final, al decir que: “La medida disciplinaria se aplicará tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias agravantes o atenuantes que arroje el mérito de los antecedentes”. Lo anterior se vincula con lo que se denomina “racional y justo procedimiento” establecido en el artículo 19, N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política, esta racionalidad se entiende como la proporcionalidad entre los hechos sancionados y la sanción impuesta.⁷⁰

El órgano encargado de objetar la decisión del Servicio si del examen de los antecedentes sumariales se aprecia alguna infracción al debido proceso, a la normativa legal o reglamentaria que regula la materia, o bien, si se observa alguna decisión de carácter arbitrario, es la Contraloría General de la República, según Dictámen N° 63.941/2009.

6. Principio de independencia de las responsabilidades: Se reconoce la independencia de la infracción penal, de la civil o de la disciplinaria. Esto lo consagra el artículo 15, inciso 1°, de la Ley N° 18.575 al establecer que “el personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad

⁶⁹ CELIS. Danzinger G. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Thomson Reuters Puntotex. Año 2010. Santiago, Chile. Pág. 902.

⁷⁰ La Ley N° 19640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público establece en su artículo 3° que los fiscales del Ministerio Público deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen, esto en atención al Principio de Objetividad que rige sus actuaciones.

administrativa sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pueda afectarles”. Además el artículo 120 del Estatuto Administrativo consagra este principio, señalando que “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos”.

7. Principio de contradictoriedad: El artículo 10 de la Ley N° 19.880, señala que éste consiste en que los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. El Dictámen N° 65.120/2010 señala que una de las formas de materialización del derecho a la defensa es la existencia del principio de contradictoriedad en el marco del procedimiento administrativo, sustentado por el artículo N° 10 antes mencionado y además por el artículo 36 de la Ley N° 19.880, estableciendo que la administración comunicará a los interesados con la suficiente antelación el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas, consignando en la notificación el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba.

4.4. Principios adjetivos del Procedimiento Administrativo Sancionador (debido procedimiento administrativo sancionador).

El debido proceso administrativo está compuesto por las condiciones que aseguran una adecuada defensa de los intereses del funcionario público a quien afecta un procedimiento disciplinario, y cuya resolución o acto administrativo terminal establece eventualmente sanciones como consecuencia del ejercicio de la potestad disciplinaria. De esta manera, las normas del debido proceso están destinadas a asegurar un proceso racional y justo. El artículo 19, N° 3, inciso 5º, de la Constitución

Política de la República señala que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Cabe hacer presente que la Ley N° 19.519 de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público modificó la Constitución Política en orden a reemplazar en el inciso quinto, N° 3, del artículo 19 la frase “un racional y justo procedimiento” por “un procedimiento y una investigación racionales y justas”. Ampliando así la cobertura de la garantía constitucional del debido proceso, a la fase de investigación del procedimiento penal.

El artículo 5° de la Ley N° 18.575 materializa este principio en el orden administrativo indicando que “en el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”.

Todo proceso administrativo debe respetar ciertas reglas básicas en su desarrollo como son: ser oído por un investigador imparcial⁷¹; la presunción de inocencia; el conocimiento del inculpado de los cargos que se le formulen, el derecho a contestar dichas acusaciones; el otorgamiento de un plazo y medios adecuados para la preparación de su defensa en donde el inculpado pueda tener conocimiento de todas las resoluciones que se dicten y de las demás piezas del expediente; la posibilidad de solicitar diligencias probatorias para refutar los hechos que se le imputan, el derecho a presenciar las declaraciones de los testigos, verificadas en el término probatorio⁷², y por último el derecho a impugnar las resoluciones que le sean desfavorables, ante el superior jerárquico que dictó la resolución.

Como mencioné anteriormente, para el profesor Cristián Román “en el plano sustantivo, se ha señalado que al Derecho Administrativo Sancionador se le aplican los principios del Derecho Penal, por regla general, esto es, con excepciones y

⁷¹ Llámese “investigador” en el proceso de Investigación Sumaria y “Fiscal”, en el Sumario Administrativo.

⁷² Dictámen N° 65120/2010 de la Contraloría General de la República.

atenuaciones. Ahora bien, en el plano adjetivo o procedimental puede sostenerse, de forma análoga, que se aplican al Derecho Administrativo Sancionador, los principios propios del Derecho Procesal Penal, claro está que con el mismo alcance”.⁷³

Por otra parte, cabe destacar que el debido proceso es un concepto esencial en el Derecho Internacional que legitima también la justicia administrativa, según dispone el artículo 8º de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y cuyos preceptos son obligatorios para el Estado de Chile de conformidad con el artículo quinto inciso segundo de la Constitución Política de la República⁷⁴.

El artículo 8º de la Convención de Derechos Humanos reconoce la existencia de estas garantías judiciales, entendidas como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, garantías que no sólo se deben aplicar en el ámbito de la justicia civil o penal, sino que también a todo ámbito jurisdiccional, sea éste laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las cuales deben ser ejercidas por

⁷³ ROMÁN, Cordero C. El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. Op. Cit. Pág. 200.

⁷⁴ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación⁷⁵. De todas formas, es necesario hacer ciertas precisiones al respecto, ya que los supuestos fácticos que se plantean difieren sustancialmente cuando se aplican a los órganos jurisdiccionales de cuando se aplican a la actuación de los órganos administrativos.

El debido procedimiento administrativo sancionador se compone de los siguientes principios:

1. Derecho al procedimiento administrativo sancionador: Nuestra normativa prohíbe en este aspecto que se establezcan sanciones de plano, y por lo tanto es necesario que para determinar una sanción determinada, se efectúe un procedimiento que permita establecer cuál fue el grado de responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario público. El artículo 19, N° 3, inciso quinto, de nuestra Carta Fundamental, establece que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. Por su parte, el artículo 1º del Código Procesal Penal se titula “Juicio previo y única persecución”, entendiéndose que la imposición de una pena o aplicación de una medida de seguridad sólo puede ser la consecuencia de la dictación de una sentencia fundada.

2. El procedimiento sancionador administrativo debe satisfacer las exigencias de un justo y racional procedimiento:

a) Derecho a la defensa jurídica: “El derecho de defensa debe ser concebido en forma amplia, y como tal consiste en la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la Constitución y las leyes”⁷⁶ el Tribunal Constitucional ha aseverado en su Sentencia Rol N° 437, considerando 17, del año 2005 “Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19, N° 3, de la Constitución, en la

⁷⁵ NOGUEIRA, Alcalá. H. El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano. Librotecnia. Santiago, Chile. Año 2007. Pág. 45.

⁷⁶ MATURANA, Míquel. C. y Montero, López. R. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. Año 2010. Pág. 129.

amplitud y generalidad ya realizada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19, N° 3, de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido”.

Según la opinión del autor español Juan Alfonso Santamaría Pastor, la prohibición de la indefensión en el ámbito administrativo se traduce en la exigencia de que la regulación del procedimiento sancionador ofrezca a los inculpados las vías suficientes para exponer su versión de los hechos y de su fundamento jurídico y de aportar o pedir la realización de las pruebas necesarias para su esclarecimiento.⁷⁷

b) Derecho de presunción de inocencia: El Tribunal Constitucional ha señalado que “la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal constituye un principio que es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1º de la Constitución Política, y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental”⁷⁸.

⁷⁷SANTAMARÍA, Pastor. J. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. 3º Edición. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, España. Año 2002. Pág. 401 y ss.

⁷⁸ STC Rol N° 519-06.

Para el profesor Alejandro Vergara Blanco, “esta presunción de inocencia, que tiene rango constitucional no solo para la responsabilidad penal, sino para todo tipo de responsabilidad, y en especial para la responsabilidad sancionatoria administrativa, supone que sólo sobre la base de pruebas efectivas, y cuyo aporte es carga de quien acusa, podrá alguien ser acusado y sancionado”.⁷⁹

En el ámbito estrictamente administrativo, se afirma que el inculpado es inocente mientras no esté ejecutoriada la resolución de término del sumario.⁸⁰

c) El inculpado debe ser oído: Este derecho aparece contemplado en el artículo 132 del Estatuto Administrativo, cuando habla de que “Los funcionarios citados a declarar por primera vez ante el fiscal, en calidad de inculpados, serán apercibidos para que dentro del segundo día formulen las causales de implicancia o recusación en contra del fiscal o del actuario”.

En el Código Procesal Penal se establece como derecho del imputado, el ser oído “durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere”⁸¹.

d) El inculpado tiene derecho a conocer los antecedentes para contestar los cargos: El artículo 137 inciso segundo del Estatuto Administrativo, señala que a partir de la formulación de cargos el sumario se hará público para el inculpado y el abogado que asumiere su defensa. En otras palabras, el inculpado, a partir de la formulación de cargos puede solicitar las copias del expediente que necesite para preparar su defensa.

⁷⁹ VERGARA, Blanco A. Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Secc. Estudios, (11) 137-147, 2004.

⁸⁰ El Dictámen N° 47.666/1968 de la Contraloría General señala que sólo procede considerar en el proceso calificadorio de los empleados las medidas disciplinarias que se registren en su hoja de servicios, siempre que las sanciones impuestas estén ejecutoriadas, es decir, que se hayan materializado en un decreto o resolución cursado por el organismo contralor y notificado al afectado.

⁸¹ Artículo 98 del CPP.

En el Código Procesal Penal, hay una marcada diferencia con el procedimiento administrativo, ya que el artículo 182 de este cuerpo legal en términos generales señala que las actuaciones que realice tanto el Ministerio Público o la policía, serán secretas, pero sólo para los terceros ajenos al proceso. En cuanto a las partes, el secreto de las actuaciones es la excepción, incluso en la etapa de investigación, debido a que el fiscal puede disponer que determinadas actuaciones o documentos sean considerados como secretos, pero para ello debe identificar exactamente las piezas que tendrán ese carácter y además sólo pueden establecerse por un plazo breve y determinado en la ley. Pero en todo caso, el fiscal en un proceso penal nunca puede disponer el secreto respecto de la declaración del imputado; cualquiera otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir el imputado; actuaciones en que participe el tribunal y por último, informes evacuados por peritos respecto del propio imputado o de su defensor.⁸²

Lo anterior se basa en el principio de Publicidad que rige el proceso penal, el cual se ampara en el artículo 8º de la Constitución Política de la República.

3. La separación entre órganos de instrucción y de decisión: Esta regla también es una garantía del debido proceso, y está consagrada en el artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Carta Fundamental. Esta norma apunta hacia la imparcialidad del órgano que impartirá el procedimiento sancionatorio. La imparcialidad, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa “falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud.” En el procedimiento administrativo sancionatorio, para que se cumpla con este mandato, debe haber una clara diferenciación entre el órgano que instruirá el procedimiento y el que finalmente decidirá. En nuestro ordenamiento jurídico administrativo, especialmente en los sumarios administrativos, tenemos al fiscal que es aquel funcionario designado por la autoridad para llevar a cabo las diligencias de investigación y por otra parte tenemos la autoridad competente quien decidirá la sanción aplicable, previa propuesta del fiscal. Con respecto a esto, es preciso señalar la opinión del autor español Santamaría Pastor, quien señala que: “la realidad de esta

⁸² Artículo 182 inciso quinto CPP.

separación deja bastante que desear desde el punto de vista de la garantía de la imparcialidad. Es evidente que la instrucción de los procedimientos sancionadores se lleva a cabo, normalmente, por funcionarios profesionales encuadrados en unidades administrativas, en tanto que la emisión del acto sancionador corresponde, también normalmente, a titulares de órganos de confianza política. Pero no son menos ciertas dos cosas: primera, que los funcionarios encargados de la instrucción de los expedientes se hallan, invariablemente, en una relación de dependencia jerárquica de las autoridades decisoras, lo que propicia la intervención de éstas en las labores de instrucción, así como los funcionarios encargados de éstas se sientan humanamente inclinados a proponer la resolución que le guste al jefe”⁸³

En el artículo 1º del Código Procesal Penal se establece que “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial [...]” En materia procesal penal esta garantía se cumple cabalmente, al ser el Ministerio Público, órgano autónomo, quien investiga y el Tribunal Oral en lo Penal, por regla general, el órgano que juzga.

⁸³ SANTAMARÍA, Pastor. J. Principios de Derecho Administrativo. Op Cit. Pág. 401 y ss.

CAPITULO IV

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS DISCIPLINARIOS Y EL SECRETO DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO

1. Procedimiento administrativo en general.

Para entender a cabalidad los procedimientos administrativos disciplinarios, es necesario previamente hacer referencia a lo que significa un procedimiento administrativo como tal. En esta parte de la investigación se tratarán los principios básicos de los procedimientos administrativos en general y su tramitación, para así luego ahondar en forma más específica en los procedimientos disciplinarios propiamente tales y el Derecho Administrativo Sancionador.

1.1. Concepto.

Se define en el artículo 18 de la Ley N° 19.880 en los siguientes términos: “El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”.

1.2. Principios del procedimiento administrativo.

Según el profesor Luis Cordero Vega⁸⁴, estos principios cumplen una función de interpretación y se aplican supletoriamente a los procedimientos administrativos especiales. Son reglas o criterios interpretativos uniformes aplicables a todos los procedimientos administrativos. Existiendo una ley especial para un procedimiento, que

⁸⁴ CORDERO, Vega L. El Procedimiento Administrativo. Editorial LexisNexis. Santiago, Chile. Año 2003. Pág. 63.

respete los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo, su aplicación debe ser preferente, sin darle el carácter de excluyente a la aplicación entre ambas normas. Por ello, los principios operarán en estos casos como criterios de interpretación.⁸⁵ Todo lo dicho, sin perjuicio de lo explicado en el capítulo anterior sobre los principios del procedimiento administrativo sancionador, recordando lo que señala el profesor Cristián Román en atención a que los principios establecidos en la Ley N° 19.880 se aplican supletoriamente a todos los procedimientos administrativos, incluso los sancionadores, pero esto no da plena satisfacción a la garantía del racional y justo procedimiento y por lo tanto, no se satisface el mandato constitucional del debido proceso, pues para ello se requiere de las garantías que otorgan los principios de orden penal transplantadas siempre de forma matizada al procedimiento administrativo sancionador.⁸⁶

La Ley N° 19.880 señala en su artículo 4° cuales son los principios de todo procedimiento administrativo, sea o no que esté regulado por este cuerpo legal. Cabe señalar que muchos de estos principios están en la Ley de Bases como principios de la Administración del Estado.

1.2.1. Principio de escrituración.

El artículo 5° de la Ley N° 19.880 establece que “El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia”. Analizando este artículo se puede extraer que los actos administrativos y el procedimiento deben expresarse:

1. Por escrito: esto significa que por razones de certeza jurídica y buena técnica administrativa, debe estar plasmado en un papel.⁸⁷

⁸⁵ CORDERO, Vega L. El Procedimiento Administrativo. Op. Cit. Pág. 63

⁸⁶ ROMÁN, Cordero C. El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. Op. Cit. Pág. 199.

⁸⁷ Véase Dictámen N° 26074/1984 y 29.953/2001 de la Contraloría General de la República.

2. Por medios electrónicos: no obstante lo anterior, el artículo 19, de la Ley N° 19.880 establece que: “El procedimiento administrativo podrá realizarse a través de técnicas y medios electrónicos.

Los órganos de la Administración procurarán proveerse de los medios compatibles para ello, ajustándose al procedimiento regulado por las leyes.”

1.2.2. Principio de Gratuidad.

El artículo 6° de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que “En el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario”. Esto quiere decir que sólo la ley puede determinar alguna tasa por la tramitación de un procedimiento administrativo.

1.2.3. Principio de Celeridad.

Conforme al artículo 7° de la Ley N° 19.880, “El procedimiento sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión”. Esto significa que el procedimiento debe desarrollarse en forma ágil, para así evitar actuaciones dilatorias.

1.2.4. Principio Conclusivo.

Este principio consagra el deber legal que tiene la autoridad administrativa de resolver la cuestión que ha sido sometida a su conocimiento. El artículo 8º de la Ley Nº 19.880 señala lo que sigue: “Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”.

La jurisprudencia administrativa ha señalado que “[...] la correspondiente obligación del funcionario requerido de contestar, por vía administrativa, lo que en derecho proceda, debiendo adoptarse, en un plazo prudencial, una determinación frente a lo pedido [...]”.⁸⁸ Este principio se funda en el Derecho de Petición consagrado en el artículo 19, Nº 14, de la Constitución Política, el cual establece que “El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

1.2.5. Principio de Economía Procedimental.

Este principio está íntimamente vinculado con el Principio de Celeridad, se traduce en que:

1. Se deben decidir en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.
2. En todos los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.
3. Los incidentes que se susciten en el procedimiento, incluso los que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.⁸⁹

⁸⁸ Dictámen Nº 26.074/1984 de la Contraloría General de la República.

⁸⁹ CORDERO, Vega L. El Procedimiento Administrativo. Op. Cit. Pp. 70-71.

1.2.6. Principio de Contradictoriedad.

Este principio consiste según el artículo 10 de la Ley N° 19.880 en que “Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”.

Este principio permite hacer posible el Derecho de Defensa en todo procedimiento, ya que los interesados podrán hacer las alegaciones que estimen convenientes, sobre todo aquellas que se refieran a infracción de plazos u omisión de trámites. El órgano instructor debe adoptar las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.⁹⁰

1.2.7. Principio de Imparcialidad.

Quiere decir que la Administración debe actuar con objetividad tanto en la sustanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. El artículo 11 de la Ley N° 19.880 señala que “La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la sustanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”

Este principio apunta a que las autoridades deben actuar teniendo en consideración siempre el aseguramiento y garantía de los derechos de todas las personas, sin diferenciación o discriminación entre ellas.

⁹⁰ CORDERO, Vega L. El Procedimiento Administrativo. Op. Cit. Pág. 72.

1.2.8. Principio de Abstención.

Este principio hace efectivo a la vez el principio de imparcialidad, ya que establece el deber de los funcionarios y autoridades de la Administración de abstenerse de intervenir en el procedimiento en la medida que se dé en ellos alguna de las circunstancias que señala el artículo 12 de la Ley N° 19.880.⁹¹

1.2.9. Principio de No Formalización.

El artículo 13 señala que “El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares”. La Administración puede subsanar de oficio los vicios de que adolezca el procedimiento, siempre que se trate de vicios que no tengan relación con algún requisito esencial del acto y siempre que no se afecten los intereses de terceros.

1.2.10. Principio de Inexcusabilidad.

El artículo 14 de la Ley N° 19.880 señala que “La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación”.

⁹¹ Son motivos de abstención los siguientes:

1. Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
2. Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
3. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas anteriormente.
4. Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
5. Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Este principio se manifiesta en dos sentidos: En el caso que un organismo sea requerido para conocer de un determinado asunto y éste no es de su competencia, deberá remitir a la brevedad los antecedentes del caso al organismo competente. El segundo sentido apunta hacia la aplicación del artículo 41 de la Ley N° 19.880, en cuanto este artículo señala que “En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento”.

1.2.11. Principio de Impugnabilidad.

El artículo 15 de la Ley N° 19.880 regula el principio de impugnabilidad o doble instancia en los siguientes términos: “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”.

Además cabe citar el artículo 10 de la Ley N° 18.575 el cual establece que “los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley”.

1.2.12. Principio de Transparencia y de Publicidad.

Este principio es el más relevante para el objeto de esta investigación y está consagrado en el artículo 16 de la Ley N° 19.880 como sigue: “El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración

del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación”.

La Ley N° 20.285 marcó el desarrollo de estos principios, iniciado por la Reforma Constitucional del año 2005 que estableció el nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República.

1.3. Etapas del procedimiento administrativo.

1.3.1. Iniciación.

El procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a petición de parte.

1. De oficio: De acuerdo a lo establecido en el artículo 29 de la Ley N° 19.880, se considera que el procedimiento si inicia de oficio: (a) si lo comienza la propia Administración que dictará el acto, (b) si la ordena un superior jerárquico, (c) si un órgano administrativo solicita a otro la dictación de algún acto, y (d) por la denuncia de un particular.⁹²
2. De parte: El artículo 30 de la Ley N° 19.880 establece que en este caso la solicitud debe contener ciertas menciones, las cuales son a saber:
 - a) Nombre y apellidos del interesado.
 - b) Hechos, razones y peticiones en que consiste la solicitud.
 - c) Lugar y fecha.

⁹² BERMÚDEZ, Soto J. Derecho Administrativo General. Abeledo Perrot Legal Publishing. Primera Edición. Santiago, Chile. Año 2010. Pág. 115.

- d) Firma del solicitante.
- e) Órgano administrativo ante el cual se dirige.

1.3.2. Instrucción.

Los actos de instrucción son aquéllos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto. Esta etapa está destinada a la reunión de todos los antecedentes y pruebas que sean necesarios para la emisión del acto administrativo que se requiera. En esta etapa prima la oficialidad, puesto que todo el peso de la progresión y término de esta fase queda radicado en el órgano administrativo que sustancia el procedimiento⁹³.

a) Medios de prueba y valoración: El artículo 35 inciso primero de la Ley N° 19.880 señala que “Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia”. Esto quiere decir que la prueba se apreciará libremente y por lo tanto se busca la verdad material.

b) Término probatorio: Cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes (Artículo 35 inciso segundo de la Ley N° 19.880).

c) Período de información pública: El artículo 39 de la Ley N° 19.880 señala que puede decretarse durante la etapa de instrucción del procedimiento un período de información pública, para que cualquier persona pueda examinar todo el procedimiento o la parte del mismo que se indique. Este período debe anunciarse en el Diario Oficial o en un periódico de circulación nacional.

⁹³ MORAGA, Klenner C. La actividad formal de la Administración del Estado. En: Pantoja Bauzá Rolando (coord.). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VII. Legal Publishing. Santiago, Chile. Año 2010. Pág. 214.

La actuación en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado a las personas que desean conocer el expediente o que formulen observaciones durante el período que haya definido la autoridad.

1.3.3. Finalización.

Por aplicación del principio conclusivo del artículo 9º de la Ley Nº 19.880, todo procedimiento debe tener una etapa de término destinada a obtener un acto administrativo terminal.

En esta “etapa se manifiesta legítima y válidamente la voluntad orgánica administrativa constitutiva de un acto administrativo terminal, cualquiera sea el nombre o denominación que tome”.⁹⁴

Lo normal es que el procedimiento termine con la dictación de una resolución administrativa final, no obstante, también existen otras maneras de terminar un procedimiento administrativo, tales como: 1.) el desistimiento; 2.) la renuncia al derecho en que se funda la solicitud; 3.) el abandono, y 4) la imposibilidad sobreviniente.

1. La resolución final: el artículo 41 inciso primero de la Ley Nº 19.880 señala que “La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados”. La decisión debe ser fundada y debe contener los recursos que procedan en contra de ella, el órgano competente para interponerlos y el plazo.
2. Desistimiento: Es una forma anormal de concluir el procedimiento administrativo mediante el cual el interesado manifiesta su voluntad de no continuar el

⁹⁴ MORAGA, Klenner C. Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado. Op. Cit. Pág. 218.

procedimiento, antes de habersele reconocido un derecho.⁹⁵ Esta forma de término sólo opera cuando el procedimiento se hubiere iniciado a solicitud de parte interesada.

3. Renuncia: siempre podrá renunciarse, mientras no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. Podrá hacerse por cualquier medio que permita su constancia. (En aplicación del artículo 12 del Código Civil).
4. Abandono: es una sanción para aquel interesado que inició el procedimiento, a consecuencia de su inactividad en la prosecución del mismo. Por lo anterior, sólo cabe en los procedimientos iniciados a solicitud de parte.
5. Imposibilidad sobreviniente: Se produce cuando por un hecho o causa que no depende de la voluntad directa de las partes, hace imposible la continuación del procedimiento.

En cuanto a la notificación del acto administrativo, el artículo 45, inciso primero, de la Ley N° 19.880, señala que “Los actos administrativos de efectos individuales, deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro”. Esta notificación deberá practicarse “a más tardar, en los cinco días siguientes a aquél en que ha quedado totalmente tramitado el acto administrativo”.

La notificación podrá ser por 1) carta certificada; 2) personal; 3) personal en el despacho u oficio del órgano y por último 4) también existe un tipo de notificación tácita.

Por su parte, la publicación del acto administrativo está consagrada en el artículo 48 de esta misma ley en análisis, la cual establece un listado de casos en que el acto administrativo debe ser publicado en el Diario Oficial, para darle eficacia:

⁹⁵ CELIS. Danzinger G. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Thomson Reuters Puntotex. Año 2010. Santiago, Chile. Pág. 403.

- a) Los que contengan normas de general aplicación o que miren al interés general;
- b) Los que interesen a un número indeterminado de personas;
- c) Los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, de conformidad a lo establecido en el artículo 45;
- d) Los que ordenare publicar el Presidente de la República; y
- e) Los actos respecto de los cuales la ley ordenare especialmente este trámite.

2. Los procedimientos sancionatorios en particular.

Como ya mencioné en un acápite anterior, los procedimientos sancionatorios o disciplinarios están establecidos para “determinar hechos o situaciones de un funcionario que ha incurrido en la transgresión de normas de carácter administrativo y aplicar sanciones respectivas en virtud de la potestad sancionadora o disciplinaria que compete a la administración activa.”⁹⁶

En el Estatuto Administrativo se encuentran dos procedimientos destinados a establecer la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos. En primer lugar encontramos la Investigación Sumaria y luego el Sumario Administrativo. El artículo 119 del Estatuto Administrativo señala que “Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo”.

A pesar de que el Estatuto Administrativo menciona solamente dos tipos de procedimientos, existen otros procedimientos sancionatorios previstos en cuerpos normativos distintos, como los sumarios instruidos por la Contraloría General de la

⁹⁶ CELIS, D. Gabriel y BARRA, Nancy G. Manual de Responsabilidad Administrativa. Op. Cit. Pág. 31.

República y la investigación sumaria por infracción a normas de uso de vehículos fiscales. Para esta investigación, sólo se tratará la investigación sumaria y el sumario administrativo, por ser ellas las más relevantes formas de imponer una sanción administrativa y por ser el sumario administrativo en definitiva, el objeto de este análisis.

2.1. La Investigación Sumaria.

La investigación sumaria es un procedimiento administrativo breve, destinado a dar por establecidas faltas de poca gravedad, identificar a los culpables y determinar su grado de responsabilidad⁹⁷. Tiene por objeto verificar la existencia de los hechos y la individualización de los responsables y su participación, designando para tal efecto a un funcionario que debe actuar como investigador.

El artículo 126 del Estatuto Administrativo señala que “Si el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, estimare que los hechos son susceptibles de ser sancionados con una medida disciplinaria o en el caso de disponerlo expresamente la ley, ordenará mediante resolución la instrucción de una investigación sumaria, la cual tendrá por objeto verificar la existencia de los hechos, y la individualización de los responsables y su participación, si los hubiere, designando para tal efecto a un funcionario que actuará como investigador”. En las municipalidades, las investigaciones sumarias son ordenadas por los alcaldes mediante decretos.

2.1.1. Características.

1. Procedimiento esencialmente breve (la etapa indagatoria tiene una duración de 5 días hábiles).

⁹⁷ OJEDA, B. Manual práctico de sumarios administrativos. Op. Cit. Pág. 105.

2. Plazos de días hábiles.
3. Se investigan hechos constitutivos de infracciones de menor importancia o también cuando la ley ordena que se efectúe este procedimiento.
4. Proceso verbal y de lo obrado se levanta acta.
5. Actúa un investigador, sin ministro de fe o actuario.
6. Es secreto hasta la etapa indagatoria y reservado a partir de la formulación de cargos.
7. Se puede sobreseer al acusado en cualquier estado del proceso.⁹⁸

2.1.2. El procedimiento en la investigación sumaria.

1. Etapa indagatoria: Esta etapa se inicia mediante una resolución exenta⁹⁹ que ordena la instrucción de una investigación sumaria. Puede originarse a raíz del conocimiento de algún hecho que amerite investigación o como consecuencia de una denuncia que se formula.

En la misma resolución o decreto se designa al funcionario que realizará la investigación, el cual recibe el nombre de “investigador”.

Las notificaciones que se realicen a los inculpados durante el procedimiento deben hacerse personalmente. En cuanto a la notificación al investigador, ésta debe hacerse una vez dictada la resolución o el decreto que ordena la investigación y desde

⁹⁸ CELIS, D. Gabriel y BARRA, Nancy G. Manual de Responsabilidad Administrativa. Óp. Cit. Pág. 32-33.

⁹⁹ Exenta del trámite de toma de razón que hace la Contraloría General de la República.

la fecha de esta notificación comienza a correr el plazo de 5 días hábiles que tiene el investigador para realizar su cometido.

En cuanto a la prueba, si el inculpado la solicitare, el fiscal le señalará un plazo no superior a 3 días para rendirla.

2. Etapa acusatoria: Vencido el plazo de 5 días que tiene el investigador para investigar, comienza a correr el plazo de 2 días para emitir su vista o informe, en el cual se contendrá la relación de los hechos, los fundamentos y conclusiones a que se hubiere llegado y se propondrá la resolución que estimare pertinente.

En su informe el investigador puede proponer el sobreseimiento del inculpado, la absolución, que se establezca una sanción o la elevación de la investigación a sumario administrativo si resulta que las faltas cometidas revisten mayor gravedad de lo que se pensó en un principio.

3. Etapa de resolución: Luego de emitido el informe por parte del investigador, éste hará llegar el expediente al jefe o autoridad que ordenó la investigación. La autoridad deberá resolver en el plazo de 2 días si sobresee, absuelve o sanciona¹⁰⁰.

El artículo 126 inciso sexto del Estatuto Administrativo señala que “Como resultado de una investigación sumaria no podrá aplicarse la sanción de destitución, sin perjuicio de los casos contemplados en el presente Estatuto”.

2.2. El Sumario Administrativo.

Según el Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, el sumario administrativo es un “procedimiento administrativo disciplinario de lato conocimiento que busca establecer la existencia de los hechos, la individualización de

¹⁰⁰ Sobre los recursos que proceden en contra de la resolución que pone fin a la investigación sumaria véase el artículo 126, inciso, del Estatuto Administrativo.

los responsables y su participación, y la aplicación de la medida disciplinaria que corresponda en el caso de que el funcionario haya infringido sus deberes y obligaciones”¹⁰¹. Además, el profesor Hugo Caldera Delgado lo ha definido como “un procedimiento de índole cuasi jurisdiccional establecido para el esclarecimiento de hechos que revistan una gravedad que haga necesario una investigación más intensa acuciosa y prolongada que la que pueda obtenerse con una investigación sumaria”.¹⁰² Dicho procedimiento se inicia mediante una resolución dictada por el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, en la que se designará al fiscal a cargo de su instrucción, quien cuenta con amplias facultades para realizar la investigación¹⁰³ (artículos 129 y 135 del Estatuto Administrativo). Su objetivo principal es establecer la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos mediante un procedimiento destinado a acreditar la existencia de un hecho punible disciplinario, con el fin de sancionar al o los culpables.¹⁰⁴

2.2.1. Características.

1. Es un procedimiento escrito: Lo anterior se desprende del artículo 130, inciso tercero, del Estatuto Administrativo al señalar que “El sumario se llevará foliado en letras y números y se formará con todas las declaraciones, actuaciones y diligencias, a medida que se vayan sucediendo y con todos los documentos que se acompañen. Toda actuación debe llevar la firma del fiscal y del actuario”.
2. Es un procedimiento secreto: El artículo 137 del Estatuto dispone que “El sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual dejará de

¹⁰¹ Manual de Transparencia y Probidad en la Administración del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Dirección Nacional del Servicio Civil. Segunda Edición actualizada a enero de 2009. Pág. 154. [en línea] http://www.empleospublicos.cl/documentos/manual_transparencia.pdf [consulta 21 de marzo de 2012].

¹⁰² CALDERA, Delgado H. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Op. Cit. Pág. 439.

¹⁰³ Artículos 129 y 135 del Estatuto Administrativo.

¹⁰⁴ OJEDA, B. Manual práctico de sumarios administrativos. Op. Cit. Pág. 33.

serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa” Es secreto durante la investigación y reservado a partir de la formulación de cargos¹⁰⁵.

3. Está sometido a un plazo: La investigación de los hechos deberá hacerse en un plazo de 20 días al término de los cuales se declarará cerrada la investigación y en el caso de haber diligencias pendientes, este plazo podrá prorrogarse hasta completar 60 días. Los plazos son de días hábiles.

4. Se utiliza para investigar hechos que tipifican infracciones graves.

5. Está a cargo de un fiscal instructor, quien designa a un actuario.

6. Los vicios del procedimiento que inciden en trámites no esenciales no afectan la legalidad de la resolución que aplica la medida disciplinaria.¹⁰⁶

2.2.2. Etapas del sumario administrativo.

2.2.2.1. Etapa de instalación o constitución de la fiscalía.

Existen dos tipos de entidades competentes para conocer de un sumario administrativo, por una parte pueden ser instruidos por el Jefe Superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados y por otra, la Contraloría General de la República¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Más adelante se volverá sobre este punto tratándose con mayor profundidad.

¹⁰⁶ Las notificaciones en el proceso deberán hacerse personalmente con la excepción de la notificación tácita, por tal razón, este trámite constituye una diligencia esencial que se no se efectúa, configura un vicio de legalidad del sumario.

¹⁰⁷ El artículo 133 de la Ley Orgánica Constitucional de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República señala que “El Contralor o cualquier otro funcionario de la Contraloría, especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de Oficina o de Servicios y a los demás funcionarios, y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria.”

Cuando se trata del primero tipo de entidades, se entiende que su competencia surge de la potestad disciplinaria que ostentan estos servicios.

El servicio puede tomar conocimiento de los hechos que son susceptibles de sumario administrativo en forma directa¹⁰⁸ como consecuencia de una denuncia que se formula o a requerimiento de la Contraloría General.

Esta primera fase investigativa, es escrita y no es contradictoria, siendo discrecional para el fiscal realizar diligencias y el orden en que se harán.

Las notificaciones que se realicen deberán hacerse en forma personal según lo prescribe el artículo 131 inciso primero del Estatuto Administrativo. Ocurre lo mismo que en la investigación sumaria en cuanto a que la notificación es un trámite esencial que en el caso que no se realice, invalida el procedimiento.

El fiscal es el funcionario que está a cargo de la investigación y es designado por alguna de las autoridades que ordena la sustanciación del procedimiento sumarial, en la misma resolución que ordenó instruir el sumario, según el artículo 129 inciso primero del Estatuto. El fiscal debe tener igual grado o superior que el funcionario objeto del sumario¹⁰⁹. Por su parte, el actuario es el ministro de fe que certifica las actuaciones del fiscal, las cuales deben ser firmadas por ambos.

2.2.2.2. Etapa Indagatoria.

En esta etapa el fiscal dirige la investigación y ésta está destinada a determinar si los hechos existen o no, si ellos son o no constitutivos de falta, quiénes son los

¹⁰⁸ El Dictámen N° 59.631/2009 plantea que la orden de iniciar un sumario administrativo constituye una manifestación de la potestad disciplinaria de que están investidas las jefaturas competentes de los organismos públicos.

¹⁰⁹ Según el Dictámen N° 9.499/2009 el nombramiento de un funcionario público como fiscal o investigador de un proceso sumarial por parte de la autoridad, es un cometido cuya observancia es obligatoria y su incumplimiento puede comprometer la responsabilidad administrativa del funcionario designado.

funcionarios públicos involucrados y las circunstancias que agravarían, eximirían o aminorarían la sanción.

El fiscal, según lo prescribe el artículo 135 del Estatuto Administrativo, tiene amplias facultades para realizar la investigación y los funcionarios están obligados a prestar la colaboración que se les solicite. En el caso de que el fiscal determine que los hechos a investigar son constitutivos de delito, debe hacer la respectiva denuncia ante los Tribunales Ordinarios de Justicia.

El plazo de la investigación será de 20 días hábiles, que comienzan desde la instalación de la fiscalía, al término de los cuales debe declararse cerrada la investigación. Excepcionalmente puede ampliarse este plazo hasta por 60 días más cuando existan diligencias pendientes decretadas oportunamente y que esas diligencias no hayan podido ser cumplidas por motivo de fuerza mayor.¹¹⁰

La declaración del imputado constituye un trámite esencial, por consiguiente si no se realiza infringe la legalidad del procedimiento además de afectar el derecho de defensa.

Al final de esta etapa se declarará cerrada la investigación y se formularán los cargos al o los afectados o se podrá solicitar el sobreseimiento. El sobreseimiento es “aquella decisión adoptada por la autoridad administrativa en un procedimiento disciplinario determinado, en caso de que los antecedentes reunidos en el proceso sumarial no se acredite fundadamente la responsabilidad administrativa del inculpado, o bien, porque aunque exista mérito para perseguir responsabilidades administrativas las personas presuntamente involucradas se encontraban desvinculadas del servicio al momento de la instrucción de la investigación”¹¹¹. El plazo para ello será de 3 días.

¹¹⁰ Situación distinta ocurre en la investigación sumaria, en que no existe la prórroga del plazo, pues cuando no es posible realizar todas las diligencias necesarias para aclarar los hechos, corresponde se eleve el procedimiento a sumario administrativo. (Dictámen N° 32.582/1994 de la Contraloría General de la República).

¹¹¹ CELIS. Danzinger G. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Op. Cit. Pág. 941.

El fiscal no puede formular los cargos y a la vez proponer una sanción para el o los afectados, ya que eso significaría un prejuzgamiento y una transgresión a los principios de objetividad e imparcialidad que debe seguir el fiscal, los que en definitiva forman parte del Debido Proceso.¹¹²

2.2.2.3. Etapa acusatoria o de formulación de cargos.

Si el fiscal no sobresee y decide formular cargos, deberá notificar al inculcado y a partir de esa fecha, el funcionario afectado tendrá 5 días para exponer sus descargos, defensas o presentar pruebas. La notificación de la formulación de cargos es un trámite esencial en el procedimiento, ya que si no se realiza, vulnera el derecho a defensa del inculcado.

La formulación de cargos es “aquella decisión adoptada por la autoridad administrativa en un procedimiento disciplinario determinado, en caso que de los antecedentes reunidos en el proceso sumarial se acredite fundadamente, la existencia de los hechos irregulares así como la participación del o los inculcados.”¹¹³

Para que proceda la formulación de cargos debe en primer lugar estar acreditada la existencia de los hechos que se imputan y en segundo lugar, debe estar acreditada la participación del o los inculcados. Por su parte, los cargos deben estar referidos a hechos concretos, precisos y verificados, lo cual tiene apoyo en el derecho de defensa material preceptuado por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, al tener conocimiento concreto por parte del inculcado, de los hechos que se le acusan.

A partir de la formulación de cargos el sumario deja de ser secreto para el inculcado y para el abogado que asumiere su defensa, según lo prescribe el artículo 137, inciso segundo, del Estatuto Administrativo.

¹¹² Dictámen N° 7.708/2007 de la Contraloría General de la República.

¹¹³ CELIS. Danzinger G. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Op. Cit. Pág. 943.

Una vez notificado el inculpado de la formulación de cargos, éste tiene un plazo de 5 días como se mencionaba anteriormente, para hacer sus descargos. Además en este mismo acto puede solicitar rendición de prueba y la realización de diligencias probatorias.

El artículo 138 del Estatuto Administrativo señala que si el inculpado solicita rendir prueba, el fiscal le señalará un término probatorio que no puede exceder de 20 días. En el Estatuto Administrativo no hay una norma expresa que señale cuales serán los medios probatorios permitidos en el procedimiento sumarial, por lo tanto, está permitido cualquier medio probatorio admisible en derecho y esto es por aplicación del artículo 35 de la Ley N° 19.880, ya que ésta es una norma supletoria para todos los procedimientos administrativos especiales. Además, cabe señalar que la valoración de la prueba se apreciará en conciencia.¹¹⁴

2.2.2.4. Etapa informativa al Jefe Superior.

Luego de contestados los cargos o vencido el plazo de 20 días para efectuar la prueba, el fiscal deberá dentro de 5 días emitir una resolución donde propondrá la absolución del inculpado o en caso contrario, la sanción que a su juicio corresponda aplicar.¹¹⁵ Lo anterior en atención a lo establecido en el artículo 139, inciso primero, del Estatuto en comento.

Esta resolución del fiscal deberá contener los siguientes puntos:

1. La individualización del o los inculpados.
2. La relación de los hechos investigados y la forma como se ha llegado a comprobarlos.

¹¹⁴ Dictámen N° 69.157/2009 de la Contraloría General de la República.

¹¹⁵ Según el Dictámen N° 13.338/2000 de la Contraloría General de la República, el fiscal en su informe o vista sólo efectúa una proposición a la autoridad que debe resolver, la cual de ninguna forma es vinculante para ella, por lo tanto la autoridad puede modificarla, siempre que sea bajo un criterio de racionalidad.

3. La participación y grado de culpabilidad que les hubiere correspondido a los sumariados.

4. La anotación de las circunstancias atenuantes o agravantes.

5. La proposición a la autoridad correspondiente de las sanciones que estimare procedente aplicar o de la absolución de uno o más de los inculpados.

6. Resolución y notificación.¹¹⁶

Luego de emitida esta resolución, el fiscal deberá elevar los antecedentes al Jefe Superior de la institución, al secretario regional ministerial o el director regional de servicios nacionales desconcentrados, según quien corresponda resolver, el cual deberá dentro del plazo de 5 días dictar una resolución.

2.2.2.5. Etapa resolutive.

Luego de elevados los autos a la autoridad competente para resolver, ésta puede asumir alguna de las siguientes actitudes:

1. Ordenar la reapertura del sumario por encontrarse incompleta la etapa indagatoria: La reapertura del sumario es “aquella decisión adoptada por la autoridad administrativa en un procedimiento disciplinario, ordenando nuevas diligencias, si así lo estimare necesario de acuerdo a los antecedentes del proceso.”¹¹⁷

2. Absolver al inculpado: La absolución es “aquella decisión adoptada por la autoridad administrativa en un procedimiento disciplinario, determinando que, no

¹¹⁶ ALDUNATE, Ramos F. Manual Práctico de Derecho Administrativo. Op. Cit. Pág. 125.

¹¹⁷ CELIS. Danzinger G. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Op. Cit. Pág. 950.

obstante haberse formulado cargos, no se reúnen antecedentes que acrediten la responsabilidad disciplinaria del inculpado.”¹¹⁸

3. Aplicar una medida disciplinaria¹¹⁹: en este caso se dicta un acto administrativo sancionatorio que debe ser notificado al inculpado en forma personal y si no fuese posible hacerlo de ese modo, deberá hacerse mediante carta certificada. Si no se notifica constituye una omisión que afecta la validez del procedimiento, pues vulnera el derecho de defensa del inculpado.

2.2.2.6. Etapa de impugnación.

Fundado en el artículo 10 de la Ley N° 18.575 que establece el principio de la doble instancia, el artículo 141, inciso segundo, del Estatuto Administrativo señala que en contra de la resolución que ordene la aplicación de una medida disciplinaria, proceden los siguientes recursos:

1. Reposición: ante la misma autoridad que dictó la medida disciplinaria.

2. Apelación: ante el superior jerárquico de quien impuso la medida. El recurso de apelación sólo procede si la resolución impugnada la dictó un servicio centralizado, ya que por el contrario, si se trata de un servicio descentralizado, la jefatura carece de superior jerárquico¹²⁰. Este recurso debe interponerse con el carácter de subsidiario a la reposición y para el caso de que ésta no sea acogida. El plazo para interponer ambos recursos es de 5 días desde la notificación y deberán ser fallados dentro de los 5 días siguientes.

¹¹⁸ CELIS. Danzinger G. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Op. Cit. Pág. 950.

¹¹⁹ Las medidas disciplinarias fueron anteriormente tratadas en el Capítulo IV de este trabajo.

¹²⁰ Dictámen N° 801/1994 de la Contraloría General de la República.

2.3. Sumarios administrativos instruidos por la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, está facultada para instruir directamente con sus funcionarios, sumarios administrativos en los servicios o instituciones integrantes de la Administración del Estado, cuya regulación se encuentra contenida en la Resolución N° 236, de 15 de junio de 1998, procedimiento que si bien en lo sustancial, es similar al establecido en el Estatuto Administrativo, presenta algunas características particulares, entre las cuales se pueden señalar:

- 1) Su sustanciación sólo compete a la Contraloría General de la República, en uso de sus facultades de fiscalización.
- 2) Se aplica concretamente en las entidades sujetas a su control.
- 3) Se debe tener presente que los sumarios que instruya la Contraloría General a sus propios funcionarios, se deben ajustar a las normas del Estatuto Administrativo, puesto que ejerce una potestad disciplinaria, al igual que cualquier otra entidad pública sujeta al citado cuerpo legal.
- 4) El instructor, llamado Fiscal, debe ser necesariamente funcionario de la Contraloría General y no requiere cumplir con las exigencias de igual o superior grado que el o los inculpados.
- 5) El procedimiento no contempla en términos obligatorios la existencia de un actuario que cumpla las funciones de ministro de fe para su tramitación, pero el Fiscal puede, en uso de sus atribuciones, designar uno si lo considera pertinente.
- 6) Como consecuencia de estos sumarios, la Contraloría General, en general, sólo propone la aplicación de medidas disciplinarias o el sobreseimiento,

cuando proceda, por cuanto es la Administración, en uso de la potestad disciplinaria, la que debe decidir sobre dicha materia¹²¹.

7) La Contraloría General puede ordenar a un órgano de la Administración del Estado, que él lleve a cabo un sumario administrativo, cuyos resultados deben informarse a ese organismo fiscalizador.

8) Por último, como regla general, la Contraloría General sólo propone a la autoridad respectiva la aplicación de una medida disciplinaria. Sólo excepcionalmente, puede imponer la sanción. Así ocurre, por ejemplo, con el Decreto Ley N° 799 de 1974, relativo al uso y circulación de vehículos estatales, y además, en la Ley N° 19.882 de Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral.¹²²

2.4. El secreto en el sumario administrativo y planteamientos acerca de su vigencia.

2.4.1. Antecedentes generales.

El artículo 137, inciso segundo, del Estatuto Administrativo señala que: “El sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual dejará de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa”. A su vez, el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales repite la misma disposición en su artículo 135, inciso segundo. Por su parte, el artículo 135, de la Ley

¹²¹ SAN MARTÍN, Cerruti M. Sumario Administrativo regulado por el Estatuto Administrativo contemplado en la Ley 18.834. III Versión Seminarios Probidad y Transparencia para la Administración. Año 2010. [en línea] www.contraloria.cl [consulta 8 de marzo de 2011].

¹²² El Decreto Ley N° 799 de 1974, artículo 11, inciso cuarto, señala que “El parte respectivo deberá enviarse por Carabineros al Departamento de Inspección de la Contraloría General de la República, para que ésta haga efectiva la responsabilidad funcionaria de él o de los infractores, y aplique las sanciones que correspondan, estatuidas en este decreto ley, previa investigación sumaria”. Por otra parte, la Ley N° 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, establece en su artículo 28, inciso cuarto, que “Las investigaciones y sumarios administrativos que al efecto instruya la Contraloría General de la República se registrarán por la ley N° 10.336 y sus normas complementarias.”

Nº 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, indica que los sumarios instruidos por la Contraloría “serán secretos y el funcionario que dé informaciones sobre ellos será sancionado hasta con la destitución”. También reproduce en términos generales el mismo sentido de las normas anteriores, al señalar en el artículo 4º del Reglamento de Sumarios Instruidos por la Contraloría¹²³ que “Los sumarios instruidos por la Contraloría General serán secretos, sin perjuicio del derecho de los inculpados que contemplan los artículos 19º y 26º¹²⁴ de este reglamento. Sin embargo, perderán tal calidad, una vez que se comuniquen a la autoridad respectiva la resolución de este Organismo Contralor, que aprueba sus conclusiones y formula las proposiciones pertinentes”.

Planteada la cuestión, podemos decir que una vez agotada la etapa indagatoria, se declarará cerrada la investigación y se formularán los cargos al o los funcionarios públicos pertinentes. Desde ese momento el sumario deja de ser secreto, pero continúa con carácter de reservado, debido a que sólo tiene posibilidad de acceder a él el inculpado y su abogado defensor, siendo completamente secreto para los terceros extraños al proceso. Luego de afinado completamente, es decir, luego de notificado el procedimiento a los intervinientes, pasa a tener el carácter de información pública.

2.4.2. Fundamento del secreto.

¹²³ Resolución Nº 236 del 2008.

¹²⁴ Artículo 19º.- Si el fiscal encontrare mérito suficiente, procederá a formular cargos a los inculpados, quienes podrán tomar conocimiento del proceso, personalmente o a través de mandatarios, y solicitar copias de los documentos o fojas del mismo que sean pertinentes para su defensa, a su costa.

La solicitud de copia de los antecedentes deberá formularse por escrito ante el fiscal del sumario, por el interesado o su apoderado, petición que deberá ser agregada al proceso, dejándose constancia en el expediente de los antecedentes o fojas del mismo de los que se entregó copia.

Artículo 26º.- La parte expositiva de la vista fiscal aprobada, conjuntamente con el análisis de los cargos y descargos correspondientes a cada inculpado, así como las conclusiones relativas a cada uno de ellos, les será puesta en su conocimiento para que, si lo estiman conveniente, formulen sus observaciones por escrito ante el Contralor General o el Contralor Regional, según corresponda, dentro del plazo de cinco días hábiles, prorrogables por igual período. Para tal efecto el inculpado tendrá el mismo derecho contemplado en el artículo 19º del presente reglamento, debiendo seguirse el mismo procedimiento allí señalado.

El oficio de traslado de la parte pertinente de la vista fiscal tendrá carácter reservado y en su texto se hará referencia a la naturaleza secreta del sumario y a la responsabilidad que afecta a la persona que recibe los antecedentes, los cuales deberán ser entregados en sobre cerrado a nombre del interesado.

La Contraloría General de la República ha sostenido como fundamento a esta situación que el secreto del proceso sumarial tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, el resguardo del debido proceso, la honra y respeto a la vida pública de los funcionarios que, eventualmente, podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos investigados, la cual solo quedará a firme en el momento que aquel quede totalmente afinado. Lo contrario, significaría aceptar la pertinencia de un prejuzgamiento, cuando aun penden instancias procesales y resoluciones por parte de la autoridad administrativa. Además podría hacerse pública una sanción diferente de la que, en definitiva, se aplique o informar sobre una que no llega a imponerse al sobreseerse o absolverse al afectado, lo que constituye una ilegalidad y una arbitrariedad acorde al artículo 19 N°s 2º, 3º y 4º de la Constitución¹²⁵

Además el organismo contralor ha resuelto que la publicidad relativa del sumario administrativo después de la formulación de cargos tiene por objeto permitir a los afectados una plena defensa, incluso estando obligada la Administración a proporcionarle copias de los documentos o piezas del proceso. El Dictámen N° 55.799/2006 señala que “En los procesos disciplinarios, las personas afectadas por ellos, tienen derecho a que se les proporcionen, a sus expensas, copias de los documentos o fojas del sumario que sean pertinentes, una vez que en tales procedimientos haya terminado la etapa indagatoria secreta, lo que ocurre en la data en que se formulan cargos al inculpado”.¹²⁶

2.4.3. Principios de publicidad y transparencia en el sumario administrativo.

Sabemos que el artículo 137, inciso segundo, del Estatuto Administrativo señala que “el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual dejará de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa”, y

¹²⁵ Véase los Dictámenes de la Contraloría 14.807/2004 y 59.798/2008.

¹²⁶ En el mismo sentido los Dictámenes 15.643/2007 y 17866/2008 de la Contraloría General.

que se ha establecido por la jurisprudencia administrativa¹²⁷ que “si bien de acuerdo al artículo 13, inciso segundo de la Ley N°18.575, la función pública debe ser ejercida con transparencia, permitiendo y promoviendo el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas en su ejercicio, tal norma debe interpretarse armónicamente con los artículos 131 de la Ley N°18.834 y 135 de la Ley N°18.883, conforme a los cuales el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en que dejará de serlo para el inculpado y el abogado que asuma su defensa, por lo que los sumarios son secretos en la etapa indagatoria y en el lapso que media entre la formulación de cargos y la fecha en que el proceso queda concluido, sólo pueden ser conocidos por las personas indicadas, en tanto que, afinados, están sometidos al principio de publicidad. Por lo tanto, no hay publicidad previa a la formulación de cargos, pero luego de ella sólo existe una publicidad relativa, ya que los terceros ajenos no tienen acceso al expediente sumarial. La Contraloría General de la República ha dictaminado que tampoco se puede recurrir al artículo 8º de la Constitución, dado que desde el año 2005 una materia sólo puede ser considerada reservada o secreta cuando así lo establezca una ley de quórum calificado (una ley aprobada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio), dejando fuera a todas las leyes simples y reglamentos que establecían secreto o reserva de las actuaciones. En tanto que las hipótesis de secreto o reserva establecidas en leyes simples aprobadas antes de la reforma constitucional de 2005 son válidas aplicando la disposición cuarta transitoria de la Constitución, siempre y cuando la causa que las justifique sea una de las contempladas en el artículo 8º de la Carta Fundamental. Así lo ha reconocido la Contraloría General de la República en el Dictámen N° 48.302/2007 y lo establece expresamente el artículo 1º transitorio de la Ley de Transparencia¹²⁸

Para esquematizar tal situación y entenderla con más claridad:

"2) Que el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia preceptúa que “[1] las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 5) Cuando se trate de documentos, datos o

¹²⁷ Dictámen N° 14.807/2004 de la Contraloría General de la República.

¹²⁸ Manual de Transparencia y Probidad en la Administración del Estado. Op. Cit. Pág. 76.

informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.

3) Que pese a que la reforma constitucional que fijó el nuevo texto del artículo 8º de la Constitución y la Ley de Transparencia fueron promulgadas con posterioridad a la Ley N° 18.834, su artículo 137 resulta aplicable toda vez que el artículo 1º transitorio de la Ley de Transparencia dispone que “de conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política”.¹²⁹

Caso contrario ha ocurrido con el Reglamento de Sumarios Administrativos de Carabineros de Chile, en el que se establece también en su artículo 27, que “las actuaciones del sumario son reservadas y sólo tendrá derecho a informarse de ellas, el Jefe que ordenó su instrucción y los superiores directos del Fiscal”. En este caso el organismo contralor en Dictámen N° 23.142/2007 resolvió que “[...] no se advierte en la normativa orgánica o estatutaria de Carabineros de Chile una disposición que establezca la reserva de las actuaciones del sumario en concordancia con la preceptiva de la Carta Fundamental. /En estas condiciones [...] no existiendo una ley de quórum calificado que haya declarado la reserva de las actuaciones de los sumarios instruidos por Carabineros de Chile, cabe entender que éstas, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.050, son públicas. /Por lo tanto, cumple manifestar que la reserva establecida en el artículo 27 del Reglamento de Sumarios Administrativos de Carabineros de Chile, N° 15, ha sido derogada por el artículo 8º de la Constitución Política, desde el 26 de agosto de 2005.”

¹²⁹ Decisión Amparo C7-10 del Consejo para la Transparencia. Considerandos 2 y 3.

2.4.4. Derecho de Acceso a la Información, Derecho a la Honra y Protección a la Vida Privada.

El derecho a la honra y a la protección de la vida privada se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental de la forma que sigue: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas [...] 4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Se complementa esta disposición con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Más atrás, en el artículo 14, párrafo primero del mismo cuerpo legal, se establece que “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública [...]”. En opinión del profesor Humberto Nogueira Alcalá, la dignidad humana es el fundamento de todos los derechos esenciales o derechos humanos, los cuales a la vez constituyen límites a la soberanía.

Se puede definir el derecho a la protección de la vida privada como “la facultad del individuo para mantener un ámbito de su vida fuera del conocimiento público, integrado por las acciones que se inician y concluyen en el sujeto que las realiza, [...] siempre y cuando tales actuaciones, relaciones e informaciones no dañen a terceros, *ellas no sean de relevancia pública*¹³⁰ ni contravengan el ordenamiento jurídico o constituyan delitos”¹³¹

¹³⁰ Énfasis añadido.

¹³¹ NOGUEIRA, Alcalá H. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Op. Cit. Pág. 458.

Según la opinión del profesor Nogueira, el derecho a develar información de relevancia pública constituye un límite a la protección de la vida privada, esto en virtud del principio de libertad de información. Es así como se refiere a las autoridades que constituyen personas, figuras o personajes públicos, sobre los cuales estima que tienen un ámbito de vida privada más reducida que las personas que no tienen exposición pública. A este respecto cabe preguntarse si también se ve restringida la vida privada y la honra del funcionario público común, que es desconocido por la ciudadanía, pero que igualmente cumple una función pública. Esto es de gran relevancia debido a que para el profesor Nogueira, quienes desarrollan funciones públicas, el ámbito de la vida privada es más restringido, ya que la comunidad tiene el derecho de conocer los hechos relacionados con la responsabilidad y competencia en el desarrollo de la función pública y los hechos relacionados con el desempeño de la función pública.

En cuanto al derecho a la honra, se ha señalado por la jurisprudencia, que está íntimamente ligado al concepto de verdad, y no se ve afectado cuando se dan a conocer hechos verídicos respecto de las actuaciones de un individuo cuando implican una vulneración al orden jurídico o a sus obligaciones éticas. Es por ello, que según la opinión del profesor Nogueira, nunca podría colisionar este derecho a la honra con la libertad de información, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la protección de la vida privada. Asimismo, no podría constituir una afectación arbitraria o antijurídica del honor u honra de la persona el hecho de informar datos o comportamientos de una persona, que sean en primer lugar verdaderos y de relevancia pública.¹³² Esta misma opinión ha seguido la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones.¹³³

En relación al tema de esta investigación, en diversos dictámenes, la Contraloría General de la República, ha establecido que el secreto o reserva de los procedimientos disciplinarios, en especial, del sumario administrativo, tiene por objeto asegurar el éxito de las diligencias, el resguardo del debido proceso y *la honra y*

¹³² NOGUEIRA, Alcalá H. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Op. Cit. Pág. 492.

¹³³ Ver sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, caso Cuevas Arriagada, Alejandro y otros con TVN y otros (considerandos 4,5 y 8º), la cual fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia el 27 de octubre de 2003.

respeto a la vida pública de los servidores que, eventualmente, podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos indagados, dado que las conclusiones a que se llegue en dichos procedimiento sólo quedan a firme una vez totalmente tramitados.

En apoyo a la argumentación del organismo contralor, se puede citar la Sentencia Rol N° 783-07 del Tribunal Constitucional, en que el Ministro don Enrique Navarro Beltrán con voto disidente, argumentó que “en el caso de autos lo que se estima inconstitucional es la circunstancia de que el sumario administrativo que se instruyere al efecto sea reservado hasta la formulación de cargos, lo que, sin embargo, este disidente no estima en modo alguno contrario per se al debido proceso y al principio de publicidad [...]”. El Ministro Navarro, funda su argumentación en la protección de los derechos de la persona afectada y su dignidad, señalando que “como puede apreciarse, en este caso concreto, la reserva de las diligencias preliminares encuentra su fundamento en la protección de los derechos de la persona afectada y en su dignidad, puesto que es perfectamente posible que los procesos que se inicien carezcan de toda base o fundamento”.¹³⁴

Como se puede apreciar, tenemos dos estándares enfrentados, por un lado el derecho de acceso a la información y por otro lado, el derecho a la honra y a la privacidad de las personas. El derecho de acceso a la información como ya sabemos, está regulado en la Ley N° 20.285 y la transparencia además regulada en el artículo 8° de la Constitución, finalmente en el otro frente se encuentra el derecho a la honra y a la privacidad, regulado en el artículo 19, N° 4 ,de la Carta Fundamental. Para el profesor Alejandro Vergara Blanco puede quedar de manifiesto una posible colisión de derechos, en el sentido de que “*a priori*, podría intentar plantearse que es la transparencia la regla valórica mayor (art. 8° CP), por ser la última consagrada, o por cualquier otro argumento o uso de técnicas normativas de integración, derivándose así entonces la privacidad o intimidad como la excepción. Pero, podría intentar plantearse

¹³⁴ Sentencia Rol N° 783-07 del Tribunal Constitucional, considerando número 12.

lo contrario, dado que esta última (al menos formalmente) es una garantía constitucional, y el derecho al acceso está consagrado en la ley”.¹³⁵

A mi parecer, más que entrar en el análisis de qué norma prima, hay que precisar si un funcionario público por el hecho de ser tal, abandona toda clase de derecho a su privacidad y honra o queda cierto margen de su vida privada fuera del escrutinio público. El primer alcance que debe hacerse es que en un sumario administrativo lo que se investiga es la responsabilidad del funcionario público en el ejercicio de su función. Vale decir, que no le atañe al fiscal investigar sobre hechos que ocurren en la vida privada del funcionario, ya sea familiar, académica o de otra índole similar, ya que lo que determina el objeto de la investigación es el interés público. Por lo tanto, no habría inconveniente en tener acceso al expediente sumarial por parte de los ciudadanos incluso antes de ser afinado y con mayor razón por el propio imputado y el abogado que asumiere su defensa, antes de la formulación de cargos. Perseverando asimismo, en la idea de que un procedimiento disciplinario sumarial no tiene la gravedad que importa un proceso penal, en donde el principio de publicidad surge como fundamental para las partes.

2.4.5. La Fuerza Normativa de la Constitución

Según el profesor Hugo Caldera Delgado, existió una doctrina errada que atribuía a la Constitución sólo un sentido político más que jurídico, dándole solamente la fuerza normativa a la ley y no a la Carta Fundamental. Se consideraba a las disposiciones constitucionales como meramente programáticas, en tanto no se dictara la ley complementaria y por otro lado, se consideraba válida la aplicación de la ley, aún cuando estuviese en contradicción con un principio general consagrado en la Constitución¹³⁶. Para reafirmar la preeminencia de la Carta Fundamental sobre las

¹³⁵ VERGARA, Blanco A. Transparencia, Secreto, Acceso a la Información y Datos Personales: Doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión “Principios” por el legislador. Op. Cit. Pág. 192.

¹³⁶ CALDERA, Delgado H. Tratado de Derecho Administrativo. Op. Cit. Pág. 61.

leyes comunes, se dictó el artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución, el cual dispone que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Esta norma es una consecuencia del Principio de Supremacía Constitucional, el cual significa que “la Constitución es la ley fundamental porque es la base sobre la que descansa todo el ordenamiento jurídico: la constitución es la premisa mayor de la que derivan las conclusiones legales [...] Dentro de esta concepción unitaria y piramidal del ordenamiento jurídico, como estructura jerárquica de normas, la cúspide de la misma está ocupada por la Constitución, como norma fundamental, que regula todo ordenamiento jurídico. La Constitución es “*norma normarum*” norma reguladora de la producción de las restantes normas”¹³⁷

Conforme el artículo 6º, inciso segundo de la Carta Fundamental, que establece el principio de bilateralidad normativa de la Constitución, sus preceptos obligan a los titulares o integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo, de lo que se sigue que ella establece normas jurídicas completamente vinculantes y no constituye meros principios inspiradores. El Tribunal Constitucional ha señalado que tanto el inciso primero como el segundo de la Constitución establecen el principio de supremacía constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento jurídico y el de vinculación directa de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo por ende, tales preceptos, obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados.

“A partir del Principio de Fuerza Normativa o de Vinculación Directa o Inmediata de la Constitución y atendido que no hay duda que dicho precepto se aplica también a los Tribunales, es obligación de estos preterir las normas legales o sublegales contrarias a la Constitución”¹³⁸

¹³⁷ VERDUGO, Marincovik M. Notas sobre el Principio de la Supremacía Constitucional y los Decretos Supremos de Ejecución. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca, (1): 388, 2003. [en línea] http://www.cecocch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_17.pdf [consulta 20 de junio de 2011].

¹³⁸ FERNÁNDEZ, González M. La Fuerza Normativa de la Constitución. *Revista de Derecho Público*. (63) 77-102, 2001.

A raíz de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que el artículo 8º de la Constitución, que establece la publicidad de los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos de los órganos de la Administración del Estado, es una norma vinculante y no un mero principio que inspire otros preceptos. Lo anterior, sumado a la fuerza normativa de la Constitución y al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 6º de la Constitución, trae como consecuencia que el artículo 8º debería aplicarse directamente, sin mediar otras normas. En definitiva, al ser éste de mayor jerarquía, podría ser un argumento para defender la derogación tácita del artículo 137, inciso segundo y normas de similar contenido que establecen secreto en el procedimiento sumarial. En relación a esto, hay un sector minoritario de la doctrina que plantea que a partir de la entrada en vigencia del artículo 8º de la Constitución, el artículo 137 inciso segundo del Estatuto Administrativo y las normas similares que también establecen el secreto o reserva del sumario, carecen de validez, no obstante a ello la existencia de la disposición cuarta transitoria de la Carta Fundamental. El autor Jorge Barrientos a propósito, ha señalado que “no obsta a la conclusión recién planteada la disposición constitucional cuarta transitoria, pues aunque el Estatuto Administrativo estaba vigente a la dictación de la Ley N° 20.050 [...] y pueda dársele ficticiamente el carácter de ley de quórum calificado, no cumple el requisito de no ser contrario a la Constitución. No bastaría que se trate de “leyes actualmente en vigor”, pues debe analizarse si el contenido de la ley es o no contrario al texto constitucional.”¹³⁹ El profesor Luis Cordero Vega ha señalado que una de las características que tienen las leyes preconstitucionales y previas a una reforma constitucional que regulan materias de ley orgánica constitucional sólo son válidas si no son contrarias a la Constitución. “Es decir, que si las normas preconstitucionales no se ajustan a los contenidos materiales de la Carta Fundamental en la nueva regulación no se puede aplicar la regla de la disposición transitoria en comento” [...] “En el caso que nos ocupa las normas preconstitucionales que regulan el secreto o la reserva de los “actos” estatales y sus fundamentos sólo son legítimas y beneficiadas con la norma transitoria si son compatibles con el contenido material de la nueva norma

¹³⁹ BARRIENTOS, Pardo I. La Publicidad Relativa del Sumario Administrativo y el Derecho de Defensa. Gaceta Jurídica, (349): 7-29, 2009.

constitucional”¹⁴⁰ Esta tesis, a la cual adscribo, plantea una solución completamente acorde a los principios generales del Derecho, en que se eleva a la Constitución como la norma fundamental, capaz de derogar normas inferiores por ser contrarias a ella.

2.4.6. Comparación entre el secreto del Proceso Penal y el secreto en el Procedimiento Sumarial.

Antes de entrar a analizar este punto, hay que hacer una previa distinción básica entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionatorio disciplinario. En el primero tenemos una fase inicial de “investigación preliminar”, en la cual el fiscal reúne los antecedentes necesarios para decidir si lleva adelante la persecución penal, si formaliza la investigación o si pide medidas precautorias. Esta etapa no tiene plazo. En segundo lugar, encontramos la fase de investigación formalizada, que desde luego es producto de la llamada formalización de la investigación¹⁴¹, y al contrario de la anterior, tiene un plazo de determinado para llevarse a cabo. Esta etapa en el proceso penal es pública para los intervinientes (partes del proceso) y sólo en determinados casos se establece la reserva. Por último, y luego de cerrada la investigación, el fiscal tiene tres opciones, sobreseer el proceso, no perseverar y la más importante, acusar. Esta última opción se origina cuando el fiscal estima que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado. En la acusación, el fiscal requiere la apertura del juicio, precisa su objeto, lo califica jurídicamente y señala los medios de prueba pertinentes. Haciendo un paralelo con el procedimiento administrativo sancionador, la fase de instrucción o indagatoria podría asimilarse a la fase de investigación preliminar del proceso penal, donde el fiscal, llamado así en ambos procedimientos, recopila los antecedentes para determinar si existe el delito o la infracción en su caso, y la participación del inculpado

¹⁴⁰ CORDERO, Vega L. Efectos de la Reforma Constitucional en Materia de Acceso a la Información Pública”. Trabajo presentado en las XXXVI Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 30 de Noviembre y 01 de Diciembre de 2006. Pág. 14 y ss. [en línea] <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Luis%20Cordero%20V.pdf> [consulta 20 de junio de 2011].

¹⁴¹ El artículo 229 del Código Procesal Penal señala que “La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.”

o imputado, según corresponda. En el procedimiento sumarial específicamente, el fiscal luego de agotada la etapa indagatoria debe formalizar los cargos al inculpado y recién desde ese momento, el proceso adquiere el carácter de público, pero sólo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa. Entonces, en el proceso penal tenemos lo que se denomina etapa de investigación preliminar, asimilable a la fase indagatoria del proceso sumarial, y por otro lado, tenemos la formalización de la investigación, comparable con la etapa acusatoria o de formalización de cargos del procedimiento administrativo disciplinario. En el proceso penal, la formalización de la investigación recién da paso a la investigación propiamente tal, donde se determina sobre qué hechos concretos recaerán las imputaciones y sobre quienes, la que finalizada, y si corresponde, derivará en una acusación formal al imputado, que a su vez iniciará el juicio oral. Distinto es el caso del procedimiento sumarial, en que la formalización de cargos al inculpado no da paso a la investigación en sí de los hechos, ya que éstos han sido investigados previamente en una etapa secreta, sino que constituiría una verdadera acusación penal, ya que recién luego de realizada, comienza a llevarse a efecto el juicio en que el inculpado podrá presentar sus pruebas y descargos.

En el artículo 182 del Código Procesal Penal se establece el secreto de las actuaciones de investigación “Las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento./ El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial”. De lo anterior se puede colegir que en el proceso penal rige el principio de publicidad como regla general para los intervinientes, es decir, la publicidad es relativa, ya que las partes en el proceso pueden solicitar copias del expediente, para así preparar su defensa y ejercer su derecho constitucional al debido proceso. Sólo se puede establecer el secreto de las actuaciones, respecto a los terceros ajenos al procedimiento. En el procedimiento sumarial, ni el abogado ni el imputado pueden tener acceso al expediente antes de la formulación de cargos.

Excepcionalmente, el fiscal puede determinar que ciertas actuaciones del proceso sean secretas, cuando las estime necesarias para el éxito de la investigación, siempre que no exceda de un plazo de 40 días. El imputado a su vez, puede solicitar del juez de control de la instrucción que ponga término a dicho secreto, bajo la hipótesis de que se están afectando derechos de los intervinientes. Sin embargo, existe la publicidad absoluta con respecto a la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, sobre las actuaciones en que participare el tribunal o sobre los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o su defensor.

La Historia de la Ley N° 19.696, que establece el Código Procesal Penal, en el Primer Informe de Constitución señala que “Para que el derecho a defensa se ejerza de manera efectiva y se concrete el principio de igualdad de oportunidades dentro del procedimiento, resulta indispensable que el imputado y su defensor tengan acceso a los antecedentes de cargo y tomen conocimiento de la realización de cualquier diligencia que pueda afectar su posición en el juicio”¹⁴²

Este fue el gran avance que estableció la Reforma Procesal Penal, estableciendo la publicidad de las actuaciones, y dejando atrás el secreto que imperaba en el antiguo sistema inquisitivo de justicia penal, en que al inculpado no se le permitía tener acceso a las piezas del sumario, en que el juez tenía todas las facultades de investigación y por lo tanto el derecho de defensa estaba sumamente restringido, ya que el inculpado no podía producir prueba, acceder a ella, controlarla y valorarla.¹⁴³

El procedimiento inquisitivo del antiguo proceso penal se caracteriza y a la vez se asemeja al procedimiento administrativo disciplinario por lo siguiente:

¹⁴² Historia de la Ley N° 19.696 que establece el Código Procesal Penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Octubre del año 2000. Pág. 256. [en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf> [consulta 23 de junio de 2011].

¹⁴³ Justicia Criminal y Derechos Humanos. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Año 2003. Página 14 y ss. [en línea] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/justicia-criminal.pdf> [consulta 30 de junio de 2011].

1. Todos los actos, sean de instrucción como de defensa, son escritos desde el inicio hasta el fin del proceso, manteniéndose éste último inalterable en documentos, cuestión que no ocurre con la oralidad del nuevo proceso penal.

2. La instrucción es secreta, tanto para la ciudadanía como para el inculpado, a quien no se le informa del proceso sino hasta que está terminado y en estado de ejecución.¹⁴⁴ En nuestro procedimiento sumarial, es secreto hasta la formulación de cargos y reservado hasta que se encuentra completamente afinado.

Sin embargo, se puede apreciar como diferencia, que la persona llamada a juzgar, es alguien distinto a quien instruyó la investigación, pero cabe decir que el primero, decide teniendo presente la proposición de sanción que hace el fiscal instructor, y el mérito del expediente administrativo.

Sobre lo anterior se puede decir que resulta curioso que en un procedimiento penal, donde eventualmente puede ser afectada la libertad del individuo y donde se discute la comisión de delitos que afectan gravemente el interés público, el principio de publicidad rija con tanta amplitud. Por el contrario, en un procedimiento sumarial, en que los hechos por regla general no revisten tal gravedad, la publicidad se ve enormemente restringida y por ende, los derechos de los enjuiciados, ampliamente vulnerados, además del derecho de acceso a la información de los terceros ajenos. La propia Contraloría General de la República, en relación a la unidad del poder sancionador del Estado y el sometimiento de las sanciones penales y administrativas a un solo estatuto garantístico ha dicho que “la distinción de estos dos ámbitos sancionatorios obedece exclusivamente a un criterio cuantitativo, puesto que el ilícito administrativo, comparado con el de naturaleza penal, es un injusto de significación ético-social reducida, que por razones de conveniencia y de política legislativa se ha encargado a la Administración”.¹⁴⁵ Pero contrariamente a lo anterior, se justifica tal diferencia, que se ve reflejada en el Dictámen N°14.807/2004 ya citado anteriormente,

¹⁴⁴ CASTRO, Vargas C. Resabios Inquisitivos en el Proceso Penal Chileno. Editorial Metropolitana. Año 2010. Pág. 62 y ss.

¹⁴⁵ Dictámen N° 28.226/2007 de la Contraloría General de la República.

el cual ha señalado que la divulgación de las piezas de un expediente sumarial podría importar un prejuizgamiento de la autoridad, además podría hacerse pública una sanción diferente de la que, en definitiva, se aplique o informar sobre una medida disciplinaria propuesta que no llegue a imponerse, al ser sobreseído o absuelto el funcionario, lo que constituye una ilegalidad y una arbitrariedad acorde al artículo 19°, N°s 2°, 3° y 4° de la Constitución Política de la República. Lo anterior no rige en materia penal, volviendo a la idea de que en sede administrativa, la gravedad de las infracciones son menores que en el ámbito penal.

En el procedimiento sumarial, la regla general es el secreto, ya que ni siquiera para el inculpado las actuaciones son públicas, no pudiendo acceder a las piezas del sumario hasta el momento que se le formulan cargos. En consecuencia, sufre una significativa vulneración de derechos al estar bajo un procedimiento e investigación que no es ni racional, ni justo, no pudiendo en definitiva preparar su defensa en la forma adecuada, sobretodo por la brevedad del plazo con que cuenta para hacerlo. Además, en el procedimiento administrativo disciplinario, el inculpado tiene poco control sobre las actuaciones, a diferencia del imputado penal, en que puede hacer que el juez de garantía levante el secreto, cuando se vean afectados sus intereses.

En apoyo a esta tesis, se puede citar la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Palamara Iribarne v/s Chile, en que se establece que “la regla del secreto de las actuaciones del sumario en la jurisdicción militar chilena, aún cuando tenga algunas excepciones, es contraria a la garantía de publicidad que debe tener el proceso penal de acuerdo con el artículo 8.5 de la Convención, no condice con el carácter restrictivo que tiene la figura del secreto de sumario, se encuentra establecido como impedimento de las partes de conocer todas las actuaciones que integran dicha etapa procesal y no se trata de una estrategia para proteger temporalmente cierta información sensible que podría afectar el cauce de la investigación. Desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho a defenderse durante

todo el proceso que tiene una persona acusada de cometer un delito, de conformidad con el artículo 8.2.d) de la Convención”.¹⁴⁶

El abogado Carlos Castro Vargas va más allá, criticando fuertemente la persistencia del secreto aún en el proceso penal, específicamente en la facultad del fiscal de restringir el acceso a los intervinientes sobre ciertas actuaciones cuya publicidad bajo su criterio, puede ser perjudicial para el éxito de la investigación, fijándose el plazo de 40 días como límite a esta restricción. Plantea casi los mismos argumentos que se han expuesto en esta investigación para demostrar que el secreto del sumario administrativo no se justifica. Plantea que “en Chile, nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 3, señala que la garantía del debido proceso está dada por la investigación “racional y justa”, lo que se vulnera según nuestro concepto, cuando sin importar el lapso de tiempo, se le otorga al ente persecutor penal la facultad de decretar el “secreto investigativo”, pues se pierde la igualdad de armas y el control que puede hacer la defensa de la forma y medios ocupados, para recopilar las evidencias e indicios delictivos”.¹⁴⁷ Con esto se llegaría, sin duda, a la máxima transparencia en los procesos penales.

2.4.7. Derecho a ser informado de la acusación.

En el derecho español se ha establecido que el presunto infractor inculcado en un procedimiento administrativo sancionador tiene derecho a que le sean notificados los términos de la imputación, lo cual comprende la información de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer (artículo 135 de la LRJPAC¹⁴⁸). La doctrina española ha señalado que “[...] el derecho a ser informado de la acusación, aparte de impedir la situación, propia del sistema inquisitivo, del hombre que se sabe sometido a

¹⁴⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne v/s Chile. 22 de noviembre de 2005. Considerando 174. [en línea]

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf [consulta el 19 de marzo de 2012].

¹⁴⁷ CASTRO, Vargas C. Resabios Inquisitivos en el Proceso Penal Chileno. Op. Cit. Pág. 218 y ss.

¹⁴⁸ Ley 30/1992 de España. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

un procedimiento, pero ignora de qué se le acusa, es también un derecho de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa [...] pues el conocimiento de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa.”¹⁴⁹

Cierta doctrina española opina que “la progresiva delimitación del objeto de la información determina que aquélla se realice de una manera constante a lo largo del proceso, a medida que éste avanza y en todas sus instancias. Sin embargo, no se puede negar la importancia que a efectos de su defensa y contradicción tiene la primera información, ya que le va a permitir preparar su estrategia y conocer los derechos que le asisten a partir de ese momento y a lo largo del proceso./ El conocimiento de la imputación desde el inicio del proceso asegura la efectividad de la defensa en el sumario, si bien, no con la extensión que tiene la acusación en el juicio oral. Salvo que se decrete el secreto de sumario para asegurar la efectividad de la investigación, se va a poder tomar conocimiento de las actuaciones, proponer diligencias y pruebas, etc.”¹⁵⁰ (Esto en relación al proceso penal). Lo anterior se ve mermado en nuestro procedimiento administrativo sancionador, debido a que el inculcado no tiene acceso a la etapa indagatoria, por lo tanto, una vez que conoce las acusaciones, pasa directamente a la etapa del juicio donde debe presentar sus descargos y pruebas, en un plazo breve, que no es suficiente para interiorizarse completamente en el proceso.

Sería necesario quizás, agregar una etapa más a nuestro procedimiento disciplinario, en el sentido de dar espacio al inculcado para que participe en el proceso, pudiendo, desde el momento que comienza la investigación, tener acceso al expediente, y no pasar derechamente de la formalización de las imputaciones, al juicio mismo.

¹⁴⁹ GARBERÍ, Llobregat J. y Buitrón, Ramírez G. El Procedimiento Administrativo Sancionador. Volumen I. 4ª edición ampliada y actualizada. Junio de 2001. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. Pág. 230.

¹⁵⁰ PLANCHADELL, Gargallo A. El Derecho Fundamental a ser informado de la acusación. Editorial Tirant Lo Blanch. Año 1999. Valencia, España. Pág. 129.

CAPÍTULO V

JURISPRUDENCIA SOBRE PUBLICIDAD Y SUMARIO ADMINISTRATIVO

1. Jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República, ha sostenido la posición en torno a no permitir el acceso al contenido del expediente sumarial para ninguno de los intervinientes, hasta el momento en que se encuentren formulados los cargos al inculpado.

1. Dictámen N° 17.866/2008: Sólo procede proporcionar a inculpada en sumarios copias de las piezas o documentos de dichos procesos que, para garantizar un pleno ejercicio de su derecho a defensa jurídica aquélla solicite, siempre que se hayan formulado cargos y, por tanto, se encuentre cerrada la etapa indagatoria, ya que desde ese instante los respectivos procesos han perdido el carácter de secretos que les otorga el artículo 137 de la Ley N° 18.834. Ello, ya que el artículo 8° de la Constitución, sobre publicidad de los actos administrativos, permite la reserva o secreto de ellos cuando así lo disponga una ley de quórum calificado. Por su parte, cuando la disposición cuarta transitoria de dicha Carta Fundamental alude a "las leyes actualmente en vigor", el constituyente incluye en la ficción de entender cumplidos los requisitos de las leyes de quórum calificado, tanto a las leyes simples en vigor con anterioridad al 11 de marzo de 1981, fecha de vigencia de la Ley Suprema, según lo dispuso el artículo final del Decreto 3464 de 1980, como a las que se dictaron posteriormente, como ocurre con el aludido artículo 137, por lo que procede aplicar dicha norma constitucional en la materia examinada. En caso de encontrarse los procesos disciplinarios consultados ya afinados, cabe acceder a la solicitud de la interesada y otorgarle copias de los mismos, pues en tal evento es plenamente aplicable el artículo 8° referido y también el artículo 13 de la LOCBGAE¹⁵¹

¹⁵¹ Ley N° 18.575.

2. Dictámenes N° 14.807/2004: Sólo una vez afinados los sumarios administrativos se encuentran sujetos al principio de publicidad. El secreto del proceso sumarial persigue, entre otros objetos, resguardar a los servidores que eventualmente podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos investigados, la cual solo quedara a firme en el momento que aquel quede totalmente afinado. Lo contrario, significaría aceptar la pertinencia de un prejujuamiento, cuando aun penden instancias procesales y resoluciones por parte de la autoridad administrativa. Además podría hacerse pública una sanción diferente de la que, en definitiva, se aplique o informar sobre una que no llega a imponerse al sobreseerse o absolverse al afectado, lo que constituye una ilegalidad y una arbitrariedad acorde artículo 19 números 2°, 3° y 4° de Constitución.

3. Dictámen N° 10792/2000 y 45.972/2002: Empleados afectados por procesos disciplinarios tienen derecho a que se les proporcione, a sus expensas, las copias de los documentos o fojas del respectivo sumario sean pertinentes, después de finalizada la etapa indagatoria secreta. Ello, porque conforme al artículo 19 N° 3 incisos cuarto y quinto de la Constitución, se consagra el principio de la legalidad del juzgamiento, que garantiza a todas las personas normas justas y racionales en la sustanciación de los juicios y contiendas, de modo que la resolución sancionatoria de la autoridad, sea consecuencia de un proceso ajustado a esa garantía. Con tal objeto, en todos los procesos deben cumplirse exigencias básicas: Notificación, emplazamiento, posibilidad de comparecer, de hacerse oír en el proceso, aportar medios probatorios y de interponer recursos, es decir, asegurar una adecuada defensa de los inculpados, lo que no se logra sólo con el derecho de los inculpados a conocer los antecedentes del sumario, sea personalmente o a través de abogados, sino que deben otorgársele facilidades para obtener un adecuado conocimiento del expediente, proporcionándosele las copias de piezas o documentos que rolan en el sumario.

2. Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia.

El Consejo para la Transparencia, invariablemente ha seguido el criterio de la Contraloría General de la República, al establecer que el sumario administrativo recién

comienza a tener el carácter de público una vez que ya ha finalizado su tramitación y ha sido notificada la decisión adoptada a los intervinientes. También cabe señalar que los reclamos de ilegalidad presentados ante la Corte de Apelaciones, a raíz de las decisiones del Consejo para la Transparencia que han denegado el acceso a la información contenida en sumarios administrativos, siempre han confirmado su decisión.

1. Decisión Amparo C-308-10: Que este Consejo ha establecido en decisiones precedentes que una vez que un sumario administrativo está afinado, esto es, desde que se encuentra totalmente tramitado, el expediente sumarial adquiere el carácter de información pública, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 5º y 10 de la Ley de Transparencia, pudiendo los terceros requerir de la autoridad copias del expediente respectivo.

2. Decisión Amparo C854-10: Es menester señalar que este Consejo (en sus decisiones recaídas en amparos Roles A157-09, A292-09, C347-10 y C348-10, por ejemplo) ha entendido que las solicitudes sobre el estado de un procedimiento administrativo, por tratarse de información pública, de acuerdo a los artículos 5º y 10 de la Ley de Transparencia, pueden realizarse ya sea por la vía establecida en el procedimiento general establecido en la Ley Nº 19.880 o por la vía especialísima de la Ley de Transparencia, a opción del interesado.

3. Decisión Amparo C7-10: Que para denegar el acceso a la información el órgano requerido invocó la causal de secreto consagrada en el inciso segundo del artículo 137 del texto refundido de la Ley Nº 18.834, que aprueba el Estatuto Administrativo, según la cual “El sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual dejará de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa”. Que el artículo 21 número 5 de la Ley de Transparencia preceptúa que “[l]as únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 5) Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la

Constitución Política”. Que pese a que la reforma constitucional que fijó el nuevo texto del artículo 8º de la Constitución y la Ley de Transparencia fueron promulgadas con posterioridad a la Ley N° 18.834, su artículo 137 resulta aplicable toda vez que el artículo 1º transitorio de la Ley de Transparencia dispone que “de conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política”. Que el carácter secreto del sumario consagrado en el artículo 137 del Estatuto Administrativo tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación en curso, cautelando el debido cumplimiento de las funciones del órgano, en los términos del artículo 21 número 1 de la Ley de Transparencia. En efecto, el expediente sumarial, en su etapa indagatoria, contiene los antecedentes de una investigación que son previos a la adopción de una resolución, medida o política respecto de ella, conforme a la letra a) de precitado numeral. Por otro lado, y según las circunstancias del caso concreto, su divulgación puede ir en desmedro de la prevención de un crimen o simple delito, conforme lo establece la letra b), del artículo 21 número 1 de la Ley de Transparencia.

4. Decisión Amparo C-489-09: Que la información anterior es pública salvo el sumario administrativo todavía no afinado, el que pasará a ser público una vez que el Alcalde dicte el acto terminal y ésta sea notificado a quien corresponda.

5. Decisión Amparo C-617-09: Que el inciso segundo del artículo 137 del texto refundido de la 18.834, que aprueba el Estatuto Administrativo, dispone que “el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual dejará de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa”. Respecto de la publicidad de los sumarios administrativos, este Consejo ha establecido que una vez que un sumario administrativo está afinado el expediente sumarial adquiere el carácter de información pública de acuerdo a los artículos 5º y 10 de la Ley de Transparencia (decisiones A47-09, de 15 de julio de 2009; C411-09, de 11 de diciembre de 2009; C7-10, de 6 de abril de 2010; C6-10, de 11 de mayo de 2010;),

pues a la luz de la Constitución y la Ley de Transparencia, dicho artículo 137, al igual que toda norma que establezca un caso de secreto o reserva de información, constituye una regla excepcional, cuya interpretación debe ser restrictiva, y en el caso concreto el supuesto de dicha norma se basa en el secreto durante la investigación, y no una vez que éste se encuentre afinado. Conforme lo ha expresado el órgano reclamado y los terceros involucrados, el sumario administrativo objeto del presente amparo se encuentra afinado, no procediendo respecto de él, consecuentemente, la causal de secreto consagrada en el artículo 137 de la Ley N° 18.834.

CONCLUSIÓN

A nivel internacional, la tendencia va hacia la transparencia y publicidad de la información pública. La democracia como valor fundamental de una sociedad republicana y un Estado de Derecho exige que los actos de los gobernantes puedan ser conocidos por los ciudadanos, para así ejercer un control social permanente por las actuaciones de éstos.

Se ha entendido por el Derecho Internacional, especialmente en el artículo 19 de la Convención Internacional de Derechos Humanos y por las Constituciones de países democráticos (la nuestra lo contempla en su artículo 19 N° 12) que el derecho a la libertad de expresión contempla dos ámbitos, el derecho a expresarse libremente sin otra limitación que lo haga en términos respetuosos y convenientes y por otro lado, el derecho a recabar información, esto quiere decir buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Chile no se ha quedado atrás en esta búsqueda por mejorar los niveles de acceso a la información, se han dictado diversas leyes a través de los últimos años, las que paulatinamente han ido transformando nuestro ordenamiento jurídico históricamente secretista, en uno más abierto y expuesto al escrutinio público.

Sin embargo, lo anterior no ha sido suficiente, ya que aún quedan resabios de un sistema que ampara las decisiones ocultas a la sociedad y entre ellas se encuentran el secreto y la reserva en el sumario administrativo, procedimiento que busca sancionar al funcionario público que haya incurrido en responsabilidad administrativa. A pesar de hoy en día existir una clara motivación por la publicidad de las actuaciones públicas, sobretodo aquéllas que se vinculan a la responsabilidad penal de las personas, esto no se ha traspasado al Derecho Administrativo Sancionador. Resultando paradójico, que a pesar de ello los procedimientos administrativos disciplinarios no ven aplicadas las garantías penales en forma íntegra, teniendo presente que se trata de procedimientos establecidos para sancionar

infracciones menos gravosas que atañen a la sociedad, donde las sanciones no incluyen mayores restricciones a derechos y menos privación de libertad como si lo hace el Derecho Penal.

Se plantea la inconstitucionalidad de un procedimiento administrativo sancionador secreto en su etapa investigativa, al no contemplar la publicidad de aquellas actuaciones del sumario o investigación sumaria que pueden resultar claves para una adecuada defensa del imputado, al contrario de lo que sucede en el Derecho Procesal Penal, que las actuaciones son por regla general de conocimiento de los intervinientes, sobretodo aquéllas que tienen relación con el imputado y excepcionalmente son secretas, siempre por motivos fundados y por un plazo determinado. Se ha planteado que el Debido Proceso, contemplado como “un procedimiento e investigación racionales y justos” en nuestra Constitución, adquiere aplicación general para todo tipo de investigación dentro de un procedimiento disciplinario, incluyendo también a los procedimientos administrativos sancionatorios contemplados en el Estatuto Administrativo. El Derecho Internacional también avala esta posición en el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se produce por lo tanto, un estado de indefensión, ya que la formulación de cargos da paso inmediato a la etapa contradictoria del proceso, en que el inculpado en un corto tiempo debe tomar conocimiento de los antecedentes y formular sus alegaciones. Es de sentido común que una persona tiene el derecho fundamental de conocer con antelación y desde las primeras actuaciones, los hechos que se investigan. Derivado de lo anterior, se esgrime la idea del por qué en un proceso penal, donde los hechos imputables implican penas más gravosas que en el proceso sumarial, en el primero, la investigación es pública para las partes, y en el segundo, la fase indagatoria es secreta. Siendo que tanto el proceso penal como el procedimiento sancionatorio, se aplican los mismos principios (claro que con ciertos matices), dado que ambos representan la potestad punitiva del Estado. Con la Reforma Procesal Penal, que dejó atrás el procedimiento inquisitivo, secreto y poco garantista, se avanzó enormemente en la instauración de un sistema protector de los derechos fundamentales en juicio, situación que no ha ocurrido en materia administrativa, donde

se ha olvidado que también existen procedimientos apremiantes a los funcionarios públicos los cuales no cuentan con las mismas garantías con que contarían en un proceso de índole penal.

La Contraloría ha dictaminado que el sumario administrativo tiene el carácter de secreto porque protege la honra y vida privada del funcionario público, pero se puede rebatir señalando que es una ventaja para éste conocer los antecedentes de la investigación ya que como se mencionaba en el párrafo anterior, le permite una adecuada defensa. Siendo también importante destacar que el funcionario público debe responder a la ciudadanía por lo que ocurra mientras realiza la llamada *función pública*, limitando el campo de su vida privada a lo que entra en el ejercicio de ella.

Como conclusión final se esgrime la derogación tácita del artículo 137, inciso segundo, del Estatuto Administrativo y normas similares, que establecen el secreto o reserva del sumario administrativo por estimarse inconstitucional, en cuanto que el artículo 8º de la Carta Fundamental en primer lugar es aplicable a todos los órganos de la Administración del Estado, teniendo en cuenta también que la disposición cuarta transitoria que se ha utilizado para argumentar la vigencia de ésta disposición, también admite la argumentación contraria, si se dice que las normas vigentes antes de la dictación de la Ley 20.050 sólo son válidas si es que no son contrarias a la Constitución Política, el artículo 137, inciso segundo, no sería válido. Para sostener esta tesis basta citar los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental, que instauran el principio de Supremacía Constitucional. Por lo tanto, se puede decir que claramente, el artículo 137, inciso segundo, del Estatuto Administrativo, norma de rango inferior a la Constitución no contiene un texto acorde a la Carta Fundamental y por ello, no cabe dentro de aquellas normas que contempla la disposición cuarta transitoria de la Constitución.

Por tales razones, se propone la adecuación del Estatuto Administrativo y de otros estatutos especiales que establecen procedimientos disciplinarios para sancionar las conductas que devienen en responsabilidad administrativa, a la normativa restante de nuestro ordenamiento jurídico y del Derecho Internacional, que paso a paso se abre hacia el garantismo para quien es objeto de una investigación, a través de la mayor

amplitud de los principios de publicidad y transparencia. Esto significa que el secreto del sumario administrativo quedaría derogado por ser contrario a la Constitución y el artículo 1º transitorio de la Ley N° 20.285 que ha servido para avalar la pervivencia de éste por la disposición cuarta transitoria de la Constitución, también sirve para argumentar contrariamente, en el sentido de que dicho artículo prescribe que “De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, *por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política*¹⁵²”. Es claro que el artículo 137, inciso segundo, del Estatuto Administrativo establece el secreto sin una justificación, simplemente señala que antes de la formulación de cargos, el sumario es secreto, y no agrega más. No existe fundamentación alguna, menos en las causales de secreto o reserva del artículo 8º de la Constitución para establecer el secreto del procedimiento sumarial, claramente éste se torna inconstitucional y susceptible de ser derogado.

En el caso que si quedare derogado el secreto en estos procedimientos disciplinarios, quienes no quisieren divulgar las piezas del expediente, ya sea el organismo público o algún tercero que se opone a la entrega de la información que corresponda a dichos procesos, podrán, a mi juicio, invocar alguna de las causales de secreto o reserva que establece el artículo 21 de la Ley N° 20.285, siendo la carga de la prueba esencial para justificar la causal que se invoca, ya que no basta con el mero señalamiento de la causal o afirmación del daño, sino que se requiere acreditar fehacientemente que éste existe para que se permita configurar la causal de secreto o reserva que se pretende, acompañando medios de prueba a su respecto. Como consecuencia, el secreto o reserva del sumario, como procedimiento administrativo, quedaría sometido a las reglas generales de los actos, documentos, procedimientos, y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado.

¹⁵² Énfasis agregado por mí.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALDUNATE, Ramos F. Manual Práctico de Derecho Administrativo. Thomson Reuters Puntolex. Santiago, Chile, Año 2009.

BARRA, Gallardo N. y Celis, D. Gabriel. Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo: texto interpretado: jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa. Legal Publishing, Santiago, Chile, Año 2009.

BERMÚDEZ, Soto J. Derecho Administrativo General. Abeledo Perrot Legal Publishing. Primera Edición. Santiago, Chile. Año 2010.

BOBBIO, N. El Futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica. México. Año 1996.

CASTRO, Vargas C. Resabios Inquisitivos en el Proceso Penal Chileno. Editorial Metropolitana. Año 2010.

CEA, Egaña J. Estado Social y Justicia Constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional. N° 41-2009.

CELIS, Danzinger G. y BARRA, Gallardo N. Manual de Responsabilidad Administrativa. Thomson Reuters Puntolex. Santiago, Chile. Año 2009.

CELIS Danzinger G. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Thomson Reuters Puntolex. Santiago, Chile. Año 2010.

CELIS, Danzinger G. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Thomson Reuters Puntolex. Santiago, Chile. Año 2010.

CONTESSE, Singh, J. El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno. Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico, Nº 14, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002.

CORDERO, Vega L. El Procedimiento Administrativo. Editorial LexisNexis. Santiago, Chile. Año 2003.

FERNÁNDEZ González M. Causales de secreto o reserva en el ordenamiento jurídico chileno. Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública de Chile. Fundación Pro Acceso, Santiago. 2008.

GAMERO, C. Eduardo y FERNÁNDEZ, R. Severino. Manual Básico de Derecho Administrativo. Sexta Edición, año 2009, Editorial Tecnos, Madrid, España.

INFORME DE LA REUNIÓN REGIONAL QUE TUVO LUGAR EN SANTIAGO DE CHILE, ENTRE EL 3 Y EL 5 DE DICIEMBRE DE 2004. Transparencia, Rendición de Cuentas y Lucha contra la Corrupción en América. 1ª edición, LOM Ediciones. Octubre de 2005. Santiago de Chile.

MARIENHOFF, M. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-B. Cuarta edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Año 1993.

MATURANA, Míquel. C. y Montero, López. R. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. Año 2010.

MORAGA, Klenner C. La actividad formal de la Administración del Estado. En: Pantoja Bauzá Rolando (coord.). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VII. Legal Publishing. Santiago, Chile. Año 2010.

NIETO, García A. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, S.A. Segunda Edición ampliada. Madrid, España. Año 1996.

NOGUEIRA, Alcalá H. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo I. Librotecnia, Santiago, Chile. Año 2007.

NOGUEIRA, Alcalá H. El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano. Librotecnia. Santiago, Chile. Año 2007.

OJEDA, B. Manual práctico de sumarios administrativos. LOM. Santiago, Chile. Año 2009.

PANTOJA, Bauzá R. Bases Generales de la Administración del Estado. Editorial Jurídica Ediar-Conosur. Santiago, 1987.

PLANCHADELL, Gargallo A. El Derecho Fundamental a ser informado de la acusación. Editorial Tirant Lo Blanch. Año 1999. Valencia, España.

RAJEVIC, Mosler E. La inclusión del Principio de Probidad en la Constitución y la Función de Control: una necesaria revisión. Trabajo presentado en las XXXVI Jornadas de Derecho Público "Reformas Constitucionales 2005. Un año después. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 30 de noviembre y 1 de Diciembre de 2006.

ROMÁN, Cordero C. Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema. En: Pantoja Bauzá Rolando (coord.). Derecho Administrativo: 120 años de cátedra. 1era edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Año 2008.

SALINAS, Bruzzone C. Derecho Administrativo Sancionador. El régimen sancionador eléctrico en Chile. Thomson Reuters Punto Lex. Santiago, Chile. Año 2010.

SANTAMARÍA, Pastor. J. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. 3º Edición. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, España. Año 2002.

VAN WEEZEL, A. La Garantía de Tipicidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Colección de Ensayos Jurídicos. Editorial Legal Publishing. 1º edición. Santiago, Chile. Año 2011.

VERGARA, Blanco A. Transparencia, Secreto, Acceso a la Información y Datos Personales: Doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión “Principios” por el legislador. En: Transparencia en la Administración Pública. LETELIER, Wartenberg R. y Rajevic, Mosler E. Legal Publishing, 1º edición, Santiago, Chile. Año 2010.

ARTÍCULOS DE REVISTA

BARRIENTOS, Pardo I. La Publicidad Relativa del Sumario Administrativo y el Derecho de Defensa. Gaceta Jurídica, (349): 7-29, 2009.

FERNÁNDEZ, González M. La Fuerza Normativa de la Constitución. Revista de Derecho Público. (63) 77-102, 2001.

ROMÁN, Cordero C. El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (71), 183 y ss. 2009.

VERGARA, Blanco A. Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Secc. Estudios, (11) 137-147, 2004.

DOCUMENTOS DE INTERNET

ABRAMOVICH V. y Courtis C. El Acceso a la Información como Derecho. Argentina. Págs. 3 y 4. [en línea]

http://www.transparenciadh.uchile.cl/media/publicaciones/syllabus/33AbramovichCourtis_AccesoInformacion.pdf [consulta 10 de enero de 2011].

ALDUNATE, Lizana E. "Comentario de Jurisprudencia, Sentencia sobre Amparo de Derechos Fundamentales (Tribunal Constitucional), Revista de Derecho (Valdivia), [en línea]

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502007000200010&lng=es&nrm=iso [consulta 20 de junio de 2011].

BERMÚDEZ, Soto J. y Mirosevic, Verdugo C. El Acceso a la Información Pública como base para el control social y la protección del patrimonio público. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXXI. Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008. Pág 461. [en línea]

http://www.proacceso.cl/columna/el_acceso_la_informacion_publica_como_base_para_el_control_social_y_la_proteccion_del_patrim [consulta 4 de marzo de 2011]

CAPÍTULO CHILENO DE TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Acceso a la Información Pública: Evolución y Desarrollo Internacional. Documento de trabajo N° 1. Santiago, Chile, Enero 2008. [en línea]

http://www.chiletransparente.cl/home/doc/DT1_Acceso_a%20la_informacion_publica.pdf [consulta el 25 de enero de 2011].

CEA, Egaña J.: "Vida Pública, Vida Privada y Derecho a la Información: Acerca del Secreto y su Reverso", publicado en III Revista de Derecho, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992. [en línea]

http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501992000100002&script=sci_arttext [consulta el 2 de junio de 2011].

CONTESSÉ, Singh. J. La Opacidad del Administrador y la indulgencia judicial: Jurisprudencia y práctica sobre acceso a la Información Pública en Chile. [en línea]

<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/la-opacidad.pdf> [consulta 10 de marzo de 2011].

CORDERO, Vega L. Efectos de la Reforma Constitucional en Materia de Acceso a la Información Pública. Trabajo presentado en las XXXVI Jornadas de Derecho Público,

Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 30 de Noviembre y 01 de Diciembre de 2006 [en línea]

<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Luis%20Cordero%20V.pdf> [consulta 20 de junio de 2011].

HARASIC, Y. D., Cerna G. M. y Pavón M. A. El derecho fundamental de acceso a la información pública: Herramientas interpretativas. Capítulo chileno de Transparencia Internacional. Documento de Trabajo N° 7. Chile Transparente. Julio, 2009 [en línea]

http://www.chiletransparente.cl/home/doc/DT7_%20Derecho_fundamental_acceso_informacion_publica.pdf [consulta 10 de enero de 2011].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.653 sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado.. Diciembre de 1999. [en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19653/HL19653.pdf> [consulta el 25 de enero de 2011]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.696 que establece el Código Procesal Penal. Octubre del año 2000. [en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf> [consulta 23 de junio de 2011].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.050. Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. Artículo 1° número 3. Principios de Probidad y Publicidad. Agosto 2005. [en línea] http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2008-03_18.6305273234/documentos-de-acceso-a-la-informacion-publica/HL20050_art1_N3.pdf [consulta 4 de febrero de 2011]

Justicia Criminal y Derechos Humanos. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Año 2003. [en línea] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/justicia-criminal.pdf> [consulta 30 de junio de 2011].

LAGOS, Escobar R. Instructivo presidencial sobre Participación Ciudadana. Junio de 2004. [en línea]
<http://www.guiaweb.gob.cl/recursos/documentos/InstructivoPresidencialParticipacion.pdf> [consulta 15 de febrero de 2011].

LÓPEZ-AYLLON, Sergio, y Posadas, A. Las Pruebas de Daño en Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una Perspectiva Comparada. Derecho Comparado de la Información, N° 9. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. [en línea]
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoin/cont/9/art/art2.pdf> [consulta 19 de junio de 2011].

MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Manual básico sobre aplicación práctica de la Ley de Probidad y otras materias de especial relevancia para el control. Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.. Noviembre 2000. [en línea]
http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.20051014.2855687211/documentos_pdf.2005-10-17.2030652406/archivos_pdf.2005-10-17.1345759939/archivo1 [consulta 30 de marzo de 2011]

MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Manual de Transparencia y Probidad en la Administración del Estado.. Dirección Nacional del Servicio Civil. Segunda Edición actualizada a enero de 2009. Pág. 76. [en línea]
http://www.empleospublicos.cl/documentos/manual_transparencia.pdf [consulta 21 de marzo de 2012].

SAN MARTÍN, Cerruti M. Sumario Administrativo regulado por el Estatuto Administrativo contemplado en la Ley 18.834. III Versión Seminarios Probidad y Transparencia para la Administración. Año 2010. [en línea] www.contraloria.cl [consulta 8 de marzo de 2011].

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne v/s Chile. 22 de noviembre de 2005. Considerando 174. [en línea]

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf [consulta el 19 de marzo de 2012].

TELLO, E. Cristóbal, CERNA G. Marcelo y PAVÓN M. Andrés. Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia. Anuario de Derechos Humanos 2009. [en línea]

http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario05/7_Seccion_Nacional/5_TelloCerna_Pavon/CristobalTello_MarceloCerna_AndresPavon.pdf [consulta 20 de enero de 2011].

VERDUGO, Marincovik M. Notas sobre el Principio de la Supremacía Constitucional y los Decretos Supremos de Ejecución. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca, (1): 388, 2003. [en línea]

http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_17.pdf [consulta 20 de junio de 2011].

OTROS DOCUMENTOS

Constitución Política de la República.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Código Procesal Penal.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional De Bases Generales de la Administración Del Estado, febrero de 2011.

Ley N° 18.883, que aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales, Santiago de Chile, julio 2007.

Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, Santiago de Chile, junio 2004.

Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Santiago de Chile, noviembre 2010.

Ley N° 19.519, de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público, Santiago de Chile, septiembre 1997.

Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado, Santiago de Chile, junio del 2000.

Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, Santiago de Chile, agosto de 2008.

Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, Santiago, Chile, agosto de 2008.

Ley N° 20.050, de Reforma Constitucional que establece diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, Santiago, Chile, agosto de 2005.

Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, Santiago, Chile, agosto de 2008.

Reglamento de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, Santiago, Chile, abril de 2009.

Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, Santiago, Chile, febrero de 2011.