

LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES A FIRME EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

THE EXECUTION OF FIRM DECISION IN THE CONTEXT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

*Cristian Román Cordero**

Resumen

Esta investigación indaga acerca de la naturaleza jurídica del contenido de los artículos 45 y 46 de la Ley de Transparencia, con el objetivo de iluminar la errada aplicación de la segunda de estas normas como si se tratara de una sanción administrativa. En efecto, se sostiene que en el marco de la ejecución de resoluciones a firme que ordenen la entrega de información pública, ante la persistencia del órgano o autoridad incumplidora, lo que realmente corresponde es aplicar un apremio, quedando descartada la utilización de los principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Palabras clave: información pública, Derecho Administrativo Sancionador, infracción, sanción, apremio.

Abstract

This research inquired into the legal nature of the rules contained in articles 45 and 46 of the Transparency Act to illuminate the wrong application of the second as if it were an administrative penalty. Thus, it is held that, in the context of the execution of a firm decision that mandates the surrender of public information and in the presence of persistence by the non-compliant organism or authority, it should be understood that a compulsion must be applied and that it's not possible to the principles of Administrative Law Penalties in doing so.

Key words: public information, Administrative Law Penalties, infringement, penalty, compulsion.

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile. Artículo recibido el 24 de agosto de 2017 y aceptado a publicación el 13 de marzo de 2018. Correo electrónico: croman@derecho.uchile.cl

I. El problema¹

Las resoluciones a firme en materia de acceso a la información pública, que declaran como tal cierta información e imponen al respectivo órgano de la Administración su entrega al requirente, pueden ser una decisión del CpT (amparo)² o, bien, una sentencia de CA (reclamo de ilegalidad)³.

La ejecución de tales resoluciones, *a prima facie*, está subordinada al Derecho Administrativo Sancionador, pues la no entrega de información dispuesta por tales resoluciones está “tipificada” en el artículo 46 de la LT, en tanto dispone:

“La no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente. (/) Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días”.

Por otro lado, este precepto se contiene en el título VI de la LT, sobre “infracciones y sanciones”. Además, su imposición se sujeta a la tramitación previa de una investigación sumaria o sumario administrativo (conforme a las normas de la ley N° 18.834, sobre EA, o de la ley N° 10.336, LOCCGR, según el instructor sea el CpT o la CGR)⁴ y, finalmente, corresponde al CpT aplicar esta “sanción”⁵.

Estando la ejecución de dichas resoluciones, subordinada al Derecho Administrativo Sancionador, se suscitan los siguientes problemas: primero, el obligado a entregar información conforme a tales resoluciones, a quien se denominó deudor de información pública, cuando incumple, se constituye en “infractor” y, en consecuencia, dispone para sí de todos los principios que inspiran el orden penal, esencialmente garantistas, aun cuando se apliquen con matices⁶. Segundo y en consecuencia, la subordinación a tales principios, en especial, los de culpabilidad y *non bis in idem*, permitiría de manera eventual al CpT, titular único y exclusivo de la potestad sancionadora por

¹ ABREVIATURAS: CGR: Contraloría General de la República; CpT: Consejo para la Transparencia; CPR: Constitución Política de la República; CA: Corte de Apelaciones; CS: Corte Suprema; LT: Ley de Transparencia; EA: Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo; LOCCGR: Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República; TC: Tribunal Constitucional.

² Artículo 27 de la LT.

³ Artículo 30, incisos 4°, 5° y 6°, de la LT.

⁴ Artículo 49 de la LT

⁵ Artículo 33, letra a), de la LT.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias del, roles N° 244, 479, 480, 1518 y 2264.

infracciones a la LT, absolverlo (y a la CGR, cuando instruye a requerimiento de este⁷, proponer su absolución), por ejemplo, sosteniendo que en el incumplimiento de la resolución a firme no se verifica culpa o, bien, que tal *infracción*, cuando ya ha sido *sancionada*, no podría serlo en una nueva oportunidad (por ejemplo, en el caso de “persistencia” en el incumplimiento).

De esta forma, la ejecución de tales resoluciones, subordinadas al Derecho Administrativo Sancionador, corren el riesgo de constituirse en una instancia de revisión de aquellas no reconocida expresamente por la ley (que, incluso, cabe recordar, puede ser una sentencia de la CA). Además, restaría eficacia a las resoluciones a firme que han ordenado la entrega de la información pública, muy en especial si se absuelve al incumplidor. En efecto, en tal caso dicha resolución, en los hechos dejaría de ser tal, razón por la cual el requirente quedaría burlado en su derecho de acceso a la información pública que le fuera reconocido por aquella.

De ahí que sea necesario determinar si es o no correcta la subordinación del apremio, a fin de forzar el cumplimiento de estas resoluciones a firme, al Derecho Administrativo Sancionador, y si no lo es –posición a la que este artículo adhiere–, determinar cuál es la interpretación que de mejor modo armoniza el señalado artículo 46 de la LT con el derecho de acceso a la información pública, en los términos establecidos en dicha ley⁸, y a la Base de la Institucionalidad conforme a la cual “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”⁹; todo lo cual constituye la esencia de esta investigación.

II. La práctica

La práctica de los órganos concernidos sobre el particular puede observarse, a modo ejemplar, en los oficios a través de los cuales el CpT ha solicitado a la CGR instruir sumario administrativo¹⁰, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 49 de la LT. En ellos, es posible advertir que dicho Consejo, cuando ha solicitado a la CGR instruir sumario administrativo, a fin de forzar el cumplimiento de una resolución definitiva (que declaran pública cierta información y, por tanto, ordenan su entrega al requirente), lo ha destacado haciendo referencia a que la conducta por la cual lo solicita se ha verificado “en la etapa de cumplimiento de la decisión”. Y,

⁷ Artículo 49 de la LT.

⁸ Título IV de la LT.

⁹ Artículo 8°, inciso 2°, de la CPR.

¹⁰ A estos oficios se ha podido acceder a través del portal de transparencia del CpT.

también, que los señalados oficios invocan los siguientes artículos (y así cabe concluir que estos son los que el CpT entiende atingentes a fin de forzar la ejecución de la resolución a firme):

- i) los artículos 45 y 46¹¹ (año 2012),
- ii) el artículo 46¹² (año 2013) y
- iii) los artículos 45, 46 o ambos (años 2014-2016)^{13, 14}.

¹¹ Así, por ejemplo, en el oficio N° 3741, de 10 octubre de 2012, se indicó: “el Consejo Directivo de esta Corporación (...) ha acordado disponer se incoe un sumario administrativo en contra del señor Alcalde de la I. Municipalidad de Mostazal, para establecer si su conducta en la etapa de cumplimiento de la decisión recaída en el proceso de Reclamo C611-11, presentado por don Ricardo Rincón González, constituye una denegación del Derecho acceso a la información pública, sancionable de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 de la Ley de Transparencia”. Asimismo, en el oficio N° 2962, de 20 de agosto de 2012: “el Consejo Directivo de esta Corporación (...) ha acordado disponer se incoe un sumario administrativo en contra del señor Alcalde de la I. Municipalidad de Pichilemu, para establecer si su conducta en la etapa de cumplimiento de la decisión recaída en el proceso de Amparo C1111-11, presentado por don Guillermo Hernández Espinoza, constituye una denegación del Derecho acceso a la información pública, sancionable de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 de la Ley de Transparencia”

¹² Así, por ejemplo, en el oficio N° 2392, de 17 de junio de 2013, se indicó: “el Consejo Directivo de esta Corporación (...) ha acordado disponer se incoe un sumario administrativo en contra de la Sra. Directora Nacional del Servicio Electoral para establecer si su conducta en la etapa de cumplimiento de la decisión recaída en el Amparo Rol C1419-12, presentado por don Leonardo Osorio Briceño, da lugar a la infracción consagrada en el artículo 46 de la Ley de Transparencia (...) esto es, la no entrega oportuna de la información en la forma decretada por este Consejo, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme”.

¹³ Así, por ejemplo, en el oficio N° 6527, de 1 de julio de 2016, se indicó: “Los hechos someramente expuestos podrían configurar, a juicio del Consejo Directivo de esta Corporación, las conductas tipificadas y sancionadas en los artículos 45 y/o 46 de la Ley de Transparencia...”. Y en los oficios N° 6787, de 24 de noviembre de 2014: “Por lo tanto, en sesión ordinaria ya señalada el Consejo Directivo de esta Corporación determinó solicitar a Ud., en virtud del artículo 49 de la Ley de Transparencia, la instrucción de un sumario administrativo por parte de la Contraloría General de la República en contra del Jefe Superior del SERNAGEOMIN para establecer si su conducta constituyó una denegación infundada al acceso a la información, sancionable de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Transparencia, y/o la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, sancionable de conformidad al artículo 46 de la misma norma” y N° 4775, de 25 agosto de 2014: “Por tanto, en sesión ordinaria N° 547, de 20 de agosto de 2014, el Consejo Directivo de esta Corporación determinó solicitar a Ud., en virtud del artículo 49 de la Ley de Transparencia, la instrucción de un sumario administrativo por parte de la Contraloría General de la República en contra del Jefe Superior de la USACH para establecer si su conducta en la etapa de cumplimiento de las citadas decisiones constituye una denegación infundada al acceso a la información, sancionable de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Transparencia, y/o la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, sancionable de conformidad al artículo 46 de la misma norma, y proponga a este Consejo, en definitiva, lo que en derecho corresponda”.

¹⁴ La poca claridad que ha tenido sobre este punto el CpT queda en evidencia en la resolución N° 542, de 2 de septiembre de 2016, en tanto indicó: “Que, con fecha 29 de

De lo anterior se coligen dos cosas: primero, que el CpT siempre ha entendido que el artículo 46 de la LT tiene un papel de primer orden al efecto, ya que en todos esos periodos dichos oficios lo han referido (incluso, en el año 2013, en forma exclusiva). Y, en segundo lugar, que en correspondencia con lo anterior, el artículo 45 de la LT tiene un papel secundario –subsidiario o complementario– (en efecto, en el año 2012, era referido en los mismos términos que el artículo 46 de la LT; en el año 2013 se excluyó de plano; y en el periodo 2014-2016, ha sido referido con la expresión “y/o” respecto del artículo 46 de la LT).

Recientemente, se ha verificado un caso singular que pone de manifiesto la confusión que existe en los órganos concernidos al respecto y, asimismo, la relevancia del problema que abordo. En efecto, la CGR, habiéndosele solicitado por el CpT instruir sumario administrativo, respecto de conductas verificadas “en la etapa de cumplimiento de la decisión”, esto es, incumplimiento de la resolución a firme, evacuó la propuesta en lo medular, propuso la absolución del incumplidor, pues, sostuvo el ente de control, el incumplimiento había sido de buena fe (o sea, porque no se había verificado culpa)¹⁵. Luego, el CpT desestimó la propuesta y, finalmente, “sancionó” al incumplidor (el rector de una universidad estatal), conforme al artículo 46 de la LT (a fin de forzar la entrega de la informa-

agosto de 2016, se ingresó a la Corte de Apelaciones de Santiago un Recurso de Protección deducido por el funcionario sancionado, en contra del acuerdo del Consejo Directivo adoptado en la sesión ordinaria N° 726, de fecha 29 de julio de 2016, y la Resolución N° 481 de 2016, que ejecuta dicho acuerdo consistente en la aplicación de una multa, en calidad de sanción por infracción a lo dispuesto en el Art. 46 la Ley N° 20.285. (/) Que, analizada la Resolución N° 481 de 2016, se advierte un error de transcripción en cuanto al numeral II) del número 7°, específicamente al exponerse que ‘(...) con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia’. En circunstancias que la conducta reprochada y acreditada en el sumario administrativo, consiste en aquella descrita en el artículo 45 del precepto legal, o sea, el hecho de haberse denegado infundadamente por la autoridad o jefe superior del servicio el acceso a la información pública, contraviniendo en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Transparencia”.

¹⁵ En lo medular, sostuvo la CGR: “corresponde señalar que analizados los argumentos planteados por el inculpado, y los antecedentes acompañados al proceso sumarial, puede apreciarse que la conducta reprochada al señor Zolezzi Cid, habría estado revestida de buena fe, teniendo su justificación en la imposibilidad de haber obrado en su oportunidad de la forma requerida por el Consejo para la Transparencia, toda vez que la información requerida por los interesados, a esa data, no se encontraban materialmente disponible. (/) En este sentido, cabe indicar que, si bien se advierte que hubo incumplimiento por parte de dicha autoridad al no entregar los antecedentes requeridos, dicha conducta no habría sido injustificada, a la luz de lo indicado anteriormente, razón por la cual debe reevaluarse la medida disciplinaria propuesta, ya que ha desaparecido el supuesto que la hace procedente”. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, resolución exenta N° 1576-2016, de 6 de abril de 2016.

ción en los términos establecidos por este dictamen)¹⁶. Como consecuencia de lo anterior, este último dedujo recurso de protección en contra de la resolución del CpT a través de la cual le impuso dicha *sanción*. La CGR, al emitir informe en ese recurso de protección, reafirmando su propuesta, agregó que esta tenía carácter vinculante para el CpT (lo que equivalía a sostener que, cuando este le solicitaba instruir el sumario administrativo, el titular de la potestad sancionadora por infracciones de la LT era la CGR, y no el CpT. O bien, que de esta forma este último le delegó a la primera su potestad sancionadora). Por último, la CS¹⁷ resolvió que el titular exclusivo y excluyente de la potestad sancionadora en materia de LT era el CpT, de suerte tal que esta no pudo haber delegado dicha potestad (por cuanto es indelegable), razón por la que no era ilegal que el CpT desatendiera la propuesta de absolución que en la especie le efectuara la CGR, como se afirmaba en el recurso de protección deducido¹⁸.

Este caso de estas características, releva los problemas que se derivan de subordinar la ejecución de una resolución (decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva, que establecen el carácter público de la información y ordenan su entrega al requirente) al Derecho Administrativo Sancionador. A saber:

- Primero: que el incumplidor tiene derecho a un procedimiento administrativo de carácter garantista –sancionador– (que, respecto de la resolución a firme, importa dilatar –sin razón– su ejecución, y para el requirente, al menos, dilatar –de igual modo, sin razón– la concreción de su derecho de acceso a la información pública que le ha sido reconocido en forma indubitada, a través de este tipo de resoluciones, por los órganos competentes).
- Segundo: que el incumplidor detenta a su favor los principios sustantivos del Derecho Penal, aplicados al Derecho Administrativo Sancionador con matices, tal como aconteció en la especie al entender la CGR que el incumplimiento era de buena fe, vale decir, sin culpa, razón por la que propuso la absolución.

¹⁶ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, resolución N° 443-2016 de 19 de julio de 2016.

¹⁷ En lo medular, sostuvo la CGR: “la procedencia o improcedencia de la sanción quedará establecida por la Contraloría General de manera definitiva, sin que el Consejo para la Transparencia u otro órgano de la Administración del Estado pueda dejar sin efecto dicha resolución. (/) Lo anterior, por mandato de lo dispuesto en el artículo 8° inciso primero de la ley N° 10.336, el cual señala que las resoluciones definitivas que dentro de su competencia dicte el Contralor no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad”. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Informe N° 77.101-2016, de 20 de octubre de 2016, p. 4.

¹⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol N° 105.398-2016 (confirmada por la sentencia de la CS, rol N° 99.873-2016).

- Tercero: que, en los hechos, dicho procedimiento administrativo sancionador se constituyó, contra ley, en una vía de revisión de una resolución a firme. En efecto, en la especie, la alegación de que el órgano de la Administración no contaba con la información requerida, misma que este hizo presente en las instancias anteriores (amparo y reclamo de ilegalidad), y que en ellas no fue atendida, ahora en sede de mera o simple ejecución, instancia meramente instrumental, sí fue acogida por el instructor (CGR), el cual, entendiendo que el incumplimiento era de buena fe, propuso la absolución (la que, en rigor, importaba dejar sin efecto la resolución a firme que declaraba el carácter público de la información y ordenaba su entrega al requirente).

En este sentido, la CS (confirmando la sentencia de la CA de Santiago) planteó con acierto, que es:

“improcedente referirse a la hipotética buena fe con la que habría actuado el infractor y a la justificación de su conducta, cuestiones que el recurrente hizo valer en los amparos de acceso a la información pública deducidos en su contra, los que fueron rechazados por esta Corte”¹⁹.

III. Análisis teórico

Sobre el particular, se argumentó sobre la base de tres tópicos:

- a) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la figura que contiene el artículo 46 de la LT?
- b) ¿Cómo interactúan los artículos 45 y 46 de la LT? y
- c) ¿Cómo debiera operar el premio que contiene el artículo 46 de la LT?

A). ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA QUE CONTIENE EL ARTÍCULO 46 DE LA LT?

El artículo 46 de la LT dispone:

Artículo 46.- La no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente.

¹⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia, rol N° 105.398-2016 (confirmada por la CORTE SUPREMA, sentencia, rol N° 99.873-2016), considerando N° 10.

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

Es factible pensar que por más que el artículo 46 de la LT se sitúe en su título VI, referido a las infracciones y sanciones, y emplee la expresión “será sancionada”, en rigor, y aplicando la “teoría de la realidad”, conforme a la cual las cosas son lo que son y no como se les denomina; la figura que contempla no es una *sanción administrativa*, sino un *apremio* (inicialmente, una multa coercitiva). De ello se sigue que su imposición, si bien está inserta dentro del Derecho Administrativo (ya que corresponde disponerlo al CpT), no lo está en el Derecho Administrativo Sancionador, por lo que a quien se le imponga dicho apremio, en caso alguno puede requerir para sí los derechos y garantías que esta última disciplina reconoce al perseguido en esa sede, ya que no es *sancionado*, sino solo un apremiado.

La sanción administrativa, en términos generales, es un acto administrativo de contenido desfavorable, en tanto establece una carga o restringe la esfera de derechos que impone la Administración, previa tramitación del procedimiento administrativo –sancionador–, como reacción frente a una infracción anterior de deberes administrativos, y con una clara finalidad represiva (y, a su vez, preventiva: prevención general)²⁰.

Por su parte, el apremio se inserta dentro de la ejecución de las sentencias judiciales y de los actos administrativos (en específico, en la denominada autotutela administrativa ejecutiva), y tiene por finalidad forzar su cumplimiento, quebrantando la resistencia de quien las incumple (desacato), y no sancionar infracciones. Así, el apremio que establece el artículo 46 de la LT (multa coercitiva y, en caso de persistencia, la multa coercitiva agravada y la suspensión en el cargo por cinco días) opera frente al incumplimiento de las resoluciones a firme que ordenan la entrega de información pública (o sea, la decisión del CpT o la sentencia de la CA respectiva, según el caso). Por tanto, la multa coercitiva y la suspensión que dicho precepto legal establece, no son en caso alguno una sanción administrativa²¹.

²⁰ Véase, entre otros: Jorge BERMÚDEZ SOTO, “Elementos para definir las sanciones administrativas”, p. 323 y ss. Véase, también, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia N° 2.264.

²¹ Asimismo, Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach sostienen que la multa coercitiva “se configura como un medio de ejecución forzosa admisible con carácter general, pues puede ser utilizado respecto de cualquier tipo de obligación, personalísima o no, e incluso respecto de las de carácter pecuniario (...) no es una sanción, sino un medio de ejecución forzosa de obligaciones, por lo que no presenta un carácter represivo”. Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, p. 264. Por su parte, Miguel Sánchez Morón observa que la multa coercitiva “consiste en la

En este sentido, Alejandro Huergo Lora ha planteado:

“La multa coercitiva que constituye, por cierto, una técnica habitual para la ejecución forzosa de ciertas resoluciones judiciales (...) y que como tal ha sido incorporada a la LEC de 2000 y también, incluso contra la Administración, en las últimas reformas del contencioso-francés, no constituyen, en efecto, sanciones administrativas”²².

Asimismo, Ignacio Pemán Gavín señala:

“la multa coercitiva es una modalidad de ejecución forzosa de los actos declarativos dirigida a quebrantar la resistencia del particular opuesta al cumplimiento de una orden o un requerimiento de la Administración y es independientemente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas.”²³.

Y Luciano Parejo Alfonso, para quien:

“este medio de ejecución reposa sobre la no renuncia a que el particular cumpla por sí mismo la obligación que le incumbe consistiendo en la imposición al mismo de multas con la finalidad exclusiva de doblar su resistencia al cumplimiento voluntario y personal (...) no tiene por finalidad retributiva social, por lo que pueden confundirse con las multas de carácter sancionador imponibles como sanciones por la comisión de una infracción administrativa”²⁴.

Precisado lo anterior, la figura consultada en el artículo 46 de la LT no es una sanción administrativa, sino un apremio (multa coercitiva y, en caso de persistencia, multa coercitiva agravada y suspensión en el cargo por cinco días), por cuanto no busca sancionar infracciones, sino forzar el cumplimiento de la decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva que establecen el deber de entrega de información pública, esto es, quebrantar la resistencia del incumplidor, con el fin de que haga entrega de ella.

imposición de multas, en sus casos reiteradas y periódicas, al interesado para que cumpla las obligaciones que le correspondan en virtud de un acto administrativo. (...) Pero no se trata de sanciones administrativas en sentido estricto (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias roles 144/1987 y 239/188, entre otras), por lo que no precisan sujetarse al procedimiento sancionador. Se trata de un medio de ejecución forzosa, compatible, además, con las sanciones que pudieran imponerse en relación al mismo asunto”. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo, parte general*, p. 561.

²² Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, pp. 271-273.

²³ Ignacio PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, pp. 88-89.

²⁴ Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, pp. 491-492.

En este sentido, y en correspondencia con lo señalado precedentemente, la doctrina ha afirmado que el artículo 46 de la LT contiene un *apremio* o un *cumplimiento forzado*. En efecto, la profesora Gladys Camacho Cepeda ha observado que dicho precepto legal tiene por objetivo:

“evitar el desacato de sus decisiones (del Consejo para la Transparencia) y asegurar que éstas sean observadas con mayor eficacia (...) pareciera que la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 46 LT más bien está redactada con una finalidad de apremio a la autoridad que se resiste a cumplir la decisión a firme (decisión pronunciada por el Consejo o sentencia judicial según sea el caso). Si fuera este el caso, el objetivo de la disposición sería forzar el cumplimiento de lo ordenado mas no castigar al incumplidor”²⁵.

Y, asimismo, el profesor Andrés Bordalí Salamanca ha afirmado:

“Si la decisión del Consejo adquiere la calidad de irrevocable, ejecutoriada o firme, él mismo podría ordenar su cumplimiento forzoso. Creemos que para hacer ejecutar la decisión del Consejo no es necesario aplicar supletoriamente el artículo 238 CPC que dispone que cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa [Consejo] dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento (...) pues la Ley de Transparencia ya establece sanciones para el incumplimiento de lo ordenado por el Consejo por resolución firme, que puede consistir en multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente de la autoridad o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido, que podrá duplicarse en el monto y agregarse una suspensión en el cargo por un lapso de cinco días, si persistiere en su actitud rebelde (art. 46 LT)”²⁶.

Dado que el artículo 46 de la LT contempla un apremio, es posible colegir que:

- a) En relación con el principio de culpabilidad, no aplica a su respecto este principio. Por tanto, basta el mero incumplimiento del deudor de información pública, esto es, la no entrega oportuna de la información en la forma decretada por resolución a firme, para que el CpT pueda disponer el apremio en su contra (lo mismo aplica en relación con el caso de persistencia en esa conducta).

²⁵ Gladys CAMACHO CEPEDA, “La Contraloría General y el control a las infracciones a la transparencia”, p. 260.

²⁶ Andrés BORDALÍ SALAMANCA, “Aspectos procesales de la Ley N° 20.285, Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, Informe en Derecho”, p. 24.

Por tanto, no se requiere de culpabilidad para disponerlo, así como tampoco la no verificación de esta, es causal de justificación a fin de no hacerlo.

- b) En relación con el principio *non bis in idem*, dado que el apremio que contiene el artículo 46 de la LT solo pretende forzar el cumplimiento de la resolución, y no sancionar infracciones, en caso de que el deudor de información pública persista en el incumplimiento (*persiste*, no *reincide* –lo que acontece respecto de infracciones administrativas–), conforme precisa su inciso 2º, cabe disponer una multa coercitiva agravada y suspensión en el cargo por cinco días, sin que esto importe infracción del principio del *non bis in idem*.

A mayor abundamiento, nada obsta para que el CpT pueda, frente a la persistencia, aplicar este apremio, no solo una vez sino tantas veces sea necesario a fin de lograr el cumplimiento por el deudor de información pública de dicha sentencia. No en vano, dicho artículo 46 inciso 2º de la LT no emplea la voz ‘reincidencia’ (propia de las infracciones) sino que ‘persistencia’, la que, a diferencia de la primera, no alude a un acto específico de infracción, sino, más bien, a un estado antijurídico que, precisamente, se busca que concluya.

En este sentido, se ha afirmado:

“La Administración podrá, para conseguir la ejecución de determinados actos a cargo de los particulares obligados, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado”²⁷

y, asimismo:

“lo característico de la multa coercitiva es la posibilidad de su repetición periódica, de forma en principio indefinida, mientras no se produzca el cumplimiento”²⁸.

Sostener lo contrario importaría limitar el apremio, a fin de forzar el cumplimiento de resoluciones a firme de acceso a la información pública, a solo una multa coercitiva y, ante la persistencia, a una multa coercitiva agravada y suspensión en el cargo de cinco días. Luego de esto, y en caso de continuar esa persistencia, el CpT carecería de mecanismos al efecto, lo que lejos de desalentar el incumplimiento, parecería validarlo.

²⁷ Fernando GARRIDO FALLA, Alberto PALOMAR OLMEDA y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 728.

²⁸ PAREJO, *op. cit.*, p. 492.

Empero, cabe destacar que si se entendiera, de un modo errado, que la figura contenida en el artículo 46 de la LT es una sanción administrativa, se producirían, entre otros, los siguientes perniciosos efectos:

- La ejecución de las resoluciones a firme, que establecen la obligación indubitada de entrega de información, quedaría subordinada al Derecho Administrativo Sancionador, de suerte tal que todas sus garantías sustantivas y procedimentales erradamente favorecerían al deudor de información pública que la incumple.
- Luego, la fase de ejecución de las resoluciones (decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva, en su caso) se desnaturalizaría, convirtiéndose en una instancia de revisión de tales resoluciones, no reconocida por la LT.
- En tercer lugar, todo lo anterior le daría un carácter relativo al deber indubitado de entregar información pública en los términos dispuestos por este tipo de resoluciones (decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva, según el caso).
- Y, por último, de esta forma podrían introducirse nuevas hipótesis de reserva o secreto de información no reconocidas en la CPR, con grave detrimento del principio constitucional de publicidad y transparencia de la función pública y, en consecuencia, del principio democrático, en tanto aquel es base de este, conforme ha observado en variadas ocasiones el TC²⁹.

B). ¿CÓMO INTERACTÚAN LOS ARTÍCULOS 45 Y 46 DE LA LT?

Conforme se ha señalado, cuando el CpT ha solicitado a la CGR instruir sumario administrativo, a fin de forzar el cumplimiento de una resolución a firme, este ha invocado los artículos (a) “45 o 46”, (b) “46”, y (c) “45 y/o 46”. ¿Qué es lo correcto?

Conforme lo observado con anterioridad, cuando la finalidad es obtener la ejecución de la resolución a firme, el artículo pertinente es solo el 46 de la LT. Ello, en síntesis, por dos razones:

- Por un lado, contiene el *tipo* más pertinente (en efecto, alude con claridad a la “no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme”)
- Y, por otro, no constituye, en rigor, una sanción administrativa, sino un apremio (inicialmente, una multa coercitiva), mecanismo idóneo para ese fin, esto es, quebrantar la resistencia que el

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 634.

deudor de información pública ha opuesto al cumplimiento de la resolución.

Precisado lo anterior, cabe preguntarse si, con la finalidad de ejecución de una resolución a firme, tales oficios (o la resolución terminal del procedimiento sancionador que en razón de ellos se incoe) pueden referirse también, junto con el artículo 46 de la LT, al artículo 45 de la misma ley con la voz 'y' o 'y/o', tal como lo han hecho los oficios señalados previamente en el año 2013 y en el periodo comprendido entre los años 2014 y 2016. Pues bien, la respuesta requiere que antes se precise la naturaleza jurídica de la figura contenida en el artículo 45 de la LT, así como la conducta que sanciona.

El artículo 45 de la LT dispone:

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

En cuanto a su naturaleza jurídica, el artículo 45 de la LT, a diferencia del artículo 46 de la misma ley, sí contiene una sanción administrativa, en los términos señalados en el N° 12. En consecuencia, su interposición se debe regir no solo por lo preceptuado en el título VI de la LT sino, también, por los principios del Derecho Administrativo Sancionador, que, conforme se ha reiterado, se informan por aquellos que inspiran el Derecho Penal, aunque aplicados con matices. En consecuencia, es correcto que, tal como establece el artículo 49 de la LT, su imposición se subordine a un procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto a la conducta que sanciona el artículo 45 de la LT, obsérvese que se verifica con la denegación infundada de una solicitud de acceso a la información pública. Cabe destacar, por tanto, que esa conducta se sitúa, temporalmente, en la fase inicial del *iter* de acceso a la información pública (que principia con la solicitud de acceso a dicha información y que, en la hipótesis de mayor extensión, concluye con una resolución a firme que ordena su entrega –decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva– y su ejecución), y en caso alguno en la “etapa de cumplimiento de la decisión” (posterior a la resolución), tal como acontece con el artículo 46 de la LT.

A mayor abundamiento, a la conducta infraccional consultada en el artículo 45 de la LT, que solo puede tener lugar –como es de toda lógica– antes de la resolución a firme, se refieren, implícitamente, sus artículos 27 y 30, incisos finales, en tanto señalan que en esta resolución (decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva), el Consejo/el Tribunal, según corresponda,

“podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI, el que se instruirá conforme a lo señalado en esta ley”.

A la luz de lo anterior, se coligen dos cuestiones:

- a) En cuanto a la voz ‘o’ (artículos “45 o 46” de la LT), es equívoco su uso, ya que, si se precisa ejecutar una resolución de estas características, el artículo 45 de la LT no sirve al efecto, por cuanto es solo una sanción administrativa y no un apremio. Y, además, la conducta que sanciona solo tiene lugar en la fase inicial del *iter* de acceso la mentada información (la denegación infundada de la solicitud de acceso a la información pública), muy anterior, por cierto, a la resolución a firme y a la “etapa de cumplimiento de la decisión” (lo que es propio del artículo 46 de la LT, conforme ya se ha mencionado).
- b) En cuanto a la voz ‘y’ (artículos “45 y 46” de la LT), es utilizada erradamente si se entiende con ello que una misma conducta, a la vez, puede configurar las hipótesis contenidas en tales preceptos legales. En efecto, conforme ya se ha dicho, estas tienen lugar en etapas diversas del *iter* de acceso a la información pública: una, con anterioridad a la resolución a firme, al denegar en forma infundada la solicitud de acceso a la información pública y, la otra, después de la resolución definitiva, en la “etapa de cumplimiento de la decisión”, cuando esta no ha sido cumplida en forma oportuna.

Sin embargo, el uso es correcto, si se entiende con ello que en un mismo *iter* de acceso a la información pública se pueden configurar tales hipótesis (aunque no en un mismo acto). Ello acontece cuando, habiéndose solicitado acceso a la información pública, el órgano de la Administración la denegó sin fundamento (lo que forzó al requirente a instar por la vía contenciosa ante el CpT y, en su caso, ante la CA respectiva); y cuando, concluida dicha fase contenciosa, a través de resolución a firme (sea decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva), se ordenó la entrega de información pública al requirente, y esta ha sido incumplida por el órgano de la Administración o, mejor dicho, este no la ha acatado.

Por tanto, sí podría solicitarse instruir e instruirse investigación sumaria o sumario administrativo sobre la base de los “artículos 45 y 46 de la LT”, aunque solo el segundo de estos preceptos legales tiene por objetivo apremiar al deudor de información pública para forzar el cumplimiento de tal resolución. En tanto, el primero busca sancionar la denegación

infundada, que se ha verificado en la parte inicial del *iter* de acceso a la información pública. Con todo, dada la dispar naturaleza jurídica de las figuras contenidas en uno y otro precepto legal, parece conveniente que los procedimientos administrativos sancionadores que se instruyan en razón de ellos (“sancionador”, entre comillas, respecto del artículo 46 de la LT), se tramiten por separado.

Por último, cabe apuntar que entre ambos preceptos legales (arts. 45 y 46 de la LT) no puede existir infracción al principio *non bis in idem*, por dos razones: la figura contenida en el artículo 46 de la LT no es sanción administrativa, sino un apremio y, segundo, los artículos 45 y 46 de la LT “sancionan” conductas distintas: el primero, la denegación infundada por el órgano de la Administración requerido (que tiene lugar solo en la fase inicial del *iter* de acceso a la información pública), y, el segundo, una vez concluida la fase contenciosa con la resolución definitiva que ordena la entrega de la información (etapa que el CpT denomina “etapa de cumplimiento de la decisión”), su incumplimiento.

C). ¿CÓMO DEBIERA OPERAR EL APREMIO QUE CONTIENE
EL ARTÍCULO 46 DE LA LT?

Precisado lo anterior, ¿cómo deben proceder el órgano instructor (CpT o CGR) y el órgano “sancionador” (CpT) cuando el procedimiento disciplinario tiene relación con el artículo 46 de la LT (que, en rigor, no sería disciplinario, sino de ejecución/apremio)? Es razonable afirmar que deberán proceder teniendo muy presente que, si bien han de emplear el procedimiento administrativo disciplinario (contenido en las leyes N° 18.834, sobre EA o 10.336, LOCCGR, según corresponda), ya que así lo dispone la LT expresamente, lo hacen no para imponer sanciones administrativas (responsabilidad administrativa), sino que para forzar el cumplimiento de la resolución a firme, debiendo, por tanto, introducirle modulaciones.

Entre ellas se destaca, en primer lugar, el hecho de que el CpT o la CGR, al instruir, así como el CpT, al “sancionar”, siempre deberán disponer apremio, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la LT, respecto del deudor de información pública que no ha hecho entrega oportuna de tal información en los términos señalados por la resolución. En otras palabras, no podrán, en caso alguno, disponer absoluciones a favor de este, ya que ello importaría liberarlo del apremio y, en consecuencia, privar a la resolución a firme de ejecución. Con ello, se establece, contra ley, una vía de revisión de esa resolución no admitida por la LT, y se deja burlado al requirente en su derecho de acceso a la información pública, por esta reconocido.

Asimismo, la formulación de cargos deberá entenderse como un requerimiento al deudor de información pública que ha incumplido la resolución a firme para que se conforme a ella y, por tanto, entregue la información adeudada. Luego, la propuesta del instructor, que debe proponer apremio, conforme se ha observado, tratará, en lo medular, sobre la proporcionalidad de este, específicamente en lo concerniente a la multa coercitiva que establece el artículo 46 de la LT, tanto en su inciso 1° como 2°, según corresponda. Y, por último, se deberá poner término a este procedimiento tan pronto dicho deudor de información pública entregue la información en los términos dispuestos por la resolución, ya que este procedimiento no busca sancionar a un infractor sino solo quebrantar la resistencia de un incumplidor.

Finalmente, cabe recordar que nada obsta para que el CpT pueda, frente a la persistencia, aplicar este apremio no solo una vez sino tantas veces sea necesario a fin de lograr el cumplimiento por el deudor de información pública de la resolución a firme. No en vano, dicho artículo 46, inciso 2°, de la LT, no emplea la voz ‘reincidencia’ (propia de las infracciones) sino que ‘persistencia’, la que, a diferencia de la primera, no alude a un acto específico de infracción, sino, más bien, a un estado antijurídico que, precisamente, se busca que concluya.

IV. Conclusiones

A modo de conclusión, se señala:

- a) El artículo 46 de la LT no contiene una sanción administrativa, sino, más bien, un apremio, por cuanto su finalidad no es sancionar infracciones, sino que forzar el cumplimiento de las resoluciones a firme (ya sea decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva) que han establecido el carácter público de la información en poder de la Administración y, en consecuencia, han ordenado su entrega al requirente. De ello, se sigue que su imposición no se rige por el Derecho Administrativo Sancionador, esto es, no ceden a favor del *apremiado* los derechos y garantías que esta disciplina reconoce al *sancionado*.
- b) El artículo 45 de la LT contiene una sanción administrativa, y no es idóneo al fin de forzar el cumplimiento de una resolución a firme en materia de acceso a la información pública. Ello no solo porque sí lo es el artículo 46 de la LT sino, además, porque sanciona una conducta (la denegación infundada de la solicitud de acceso a la información) que solo puede tener lugar en la

fase inicial del *iter* de acceso a la información pública, y en caso alguno en la etapa de cumplimiento de la decisión.

Sin perjuicio de lo anterior, en el curso de un mismo *iter* de acceso a la información pública, bien podría verificarse, por una parte, la infracción contenida en el artículo 45 de la LT –en su fase inicial– y, por otra, que ante la no entrega de información en los términos dispuestos por resolución a firme, se precise disponer el apremio del artículo 46 de la LT. Con todo, se estima que en este caso, dada la diferente naturaleza jurídica de uno y otro (sanción y apremio, respectivamente), debieran tramitarse en forma separada los procedimientos sancionadores respectivos (aunque “sancionador”, entre comillas, respecto de este último precepto legal).

- c) Nada obsta para que el CpT, frente a la persistencia en el incumplimiento de la resolución, pueda aplicar el apremio consultado en el inciso 2° del artículo 46 de la LT (multa coercitiva agravada y suspensión en el cargo por cinco días) tantas veces sea necesario, a fin de lograr que el deudor de información pública haga entrega de ella en los términos señalados por dicha resolución. No en vano, dicho precepto legal no emplea la voz ‘reincidencia’ (propia de las infracciones) sino que ‘persistencia’, la que, a diferencia de la primera, no alude a un acto específico de infracción, sino, más bien, a un estado antijurídico que, precisamente, se busca que concluya.
- d) A pesar de que el artículo 46 de la LT contiene un apremio y no una sanción administrativa, esta ley, en su artículo 49, ha subordinado su imposición a la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador (ya sea investigación sumaria o sumario administrativo, conforme a lo previsto en el EA o LOCCGR, según quien instruya sea el CpT o la CGR, respectivamente). No obstante, dado que a través de este procedimiento se encauza la imposición de un apremio, y no la imposición de una sanción administrativa, se estima que deben serle introducidas ciertas modulaciones, a saber:
 - i) siempre se deberá disponer apremio, tanto en la propuesta como en la resolución terminal;
 - ii) la formulación de cargos debe ser entendida como un requerimiento al deudor de información pública, a fin de que entregue la información en los términos establecidos en dicha resolución;
 - iii) la propuesta del instructor solo puede tener relación con la proporcionalidad de la medida de apremio (en específico,

- la multa coercitiva consultada en el artículo 46 de la LT, tanto en su inciso 1° como 2°, según corresponda) y
- iv) se deberá poner término a este procedimiento tan pronto dicho deudor entregue la información pública en los términos establecidos en la resolución definitiva.

V. Bibliografía

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Santiago, Editorial Legal Publishing Abeledo Perrot, 2010.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “Elementos para definir las sanciones administrativas”, en *Revista Chilena del Derecho*, N° especial, Santiago, 1998.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Aspectos procesales de la Ley N° 20.285, Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, Informe en Derecho”. Disponible en www.consejotransparencia.cl/transparencia_activa/RESPUESTASAI/S296.pdf [fecha de consulta: 15 de agosto de 2017].
- CAMACHO CÉPEDA, Gladys, “La Contraloría General y el control a las infracciones a la transparencia”, en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, CGR, 2012.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La potestad sancionadora del Consejo para la Transparencia”, en Pablo ALARCÓN JAÑA y Jaime ARANCIBIA MATTAR, *Sanciones administrativas*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2014.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2001.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Alberto PALOMAR OLMEDA y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2013.
- HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2014.
- PEMÁN GAVÍN, Ignacio, *El sistema sancionador Español*, Barcelona, Editorial Cedecs, 2000.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique, “El Consejo para la Transparencia como “Administración Independiente””, en Raúl LETELIER WARTENBERG y Enrique RAJEVIC MOSLER, *Transparencia en la Administración Pública*, Santiago, Abeledo Perrot, 2009.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, 11ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2015.

NORMAS CITADAS

Ley N° 20.285, sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Ley N° 10.336, Orgánico Constitucional de la Contraloría General de la República.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 2962, 20 de agosto de 2012.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 3741, 10 de octubre de 2012.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 2392, 17 de junio de 2013.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 4775, 25 de agosto de 2014.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 6787, 24 de noviembre de 2014.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 6527, 1 de julio de 2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, resolución N° 443, 19 de julio de 2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, resolución N° 542, 2 de septiembre de 2016.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, resolución N° 1576-2016. 6 de abril de 2016.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, resolución N° 77101-2016. 20 de octubre de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol N° 105.398-2016.

CORTE SUPREMA, sentencia rol 99.873-2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 144.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 239.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 244.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 479.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 480.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 639.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 1518

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 2264.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 2364.