

EL SISTEMA ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, VISIONES SOBRE SU LEGALIDAD Y PERTINENCIA

THE ALTERNATIVE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM IN THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION, VISIONS ON ITS LEGALITY AND RELEVANCE

Pamela Bijit Alfaro¹

Resumen

A comienzos de 2010 y habiendo transcurrido un breve período de tiempo desde la puesta en marcha de la ley N° 20.285, el Consejo para la Transparencia resuelve agregar un nuevo trámite a los requerimientos de amparo ingresados por los solicitantes de información ante dicho organismo. El trámite se denominó «sistema anticipado de resolución de controversias (SARC)» y se caracterizaba por la incorporación de un papel más activo por parte del Consejo, el que asumiría un rol de mediador en la búsqueda de acuerdos entre el reclamante y el órgano reclamado y, con ello, eventualmente una resolución temprana de los requerimientos formulados y un mayor ahorro de recursos.

Ahora bien, dicho trámite no solo implicaba un nuevo rol para el mencionado órgano, sino que también daba lugar a una actividad, al parecer no regulada expresamente, instándonos a analizar temas como la competencia de los órganos de la Administración del Estado, la iniciativa que debe regir en sus funciones, y cómo convive con el principio de juridicidad de los actos de la Administración del Estado; y en particular, hasta qué punto llegan, pueden llegar, y deben llegar las atribuciones de los órganos públicos, así como cuál ha sido la contribución de este procedimiento, tanto para los solicitantes de información pública como para los órganos requeridos que intervienen en la entrega de esa información.

Palabras clave: transparencia – legalidad – Administración del Estado

¹ Abogada de la Universidad de Valparaíso, magíster en Derecho, mención Derecho Público de la Universidad de Chile.

Abstract

At the beginning of 2010 and after a short period of time since the implementation of Law No. 20,285, on Access to Public Information, Chilean Transparency Council resolved to add a new procedure to the requests for protection entered by the information requestors before that organism. This procedure was called «anticipated system for dispute resolution» and was characterized by the incorporation of a more active role by the Chilean Transparency Council, which would assume a mediating or conciliatory role in the search for agreements between the claimant and the organ claimed, and with it, eventually an early resolution of the formulated requirements and a greater saving of resources.

Now, this procedure, not only implied a new role for the aforementioned body, specifically charged with safeguarding the right of access to public information, but it was also giving rise to an activity, apparently not expressly regulated in our national public law related to the matter, urging us to analyze, in this case, issues such as the competence of the state administration bodies, the initiative that should govern their functions, and how it coexists with the principle of legality of the acts of the state administration; and in particular, to what extent do the powers of the public bodies go, can go, and should go, as well as what contribution this procedure may have, both for those requesting public information and for the required bodies involved in the delivery of such information.

Keywords: transparency – legality – state administration

Introducción

El acceso a la información pública surge como un derecho que comienza a ser adoptado por la mayoría de los países de la región, con la esperanza de que constituyera una medida efectiva para combatir la corrupción, reducir la asimetría en la información que circula entre el Estado y los ciudadanos, proteger y garantizar otros derechos humanos y fortalecer los procesos de rendición de cuentas (CAInfo, 2015).

Si bien es efectivo que el reconocimiento que efectúa nuestro país al principio de transparencia —a raíz de la reforma constitucional de 2005, que establece en el artículo 8º de la Constitución Política de la República: «...Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen»— viene a ser a nivel de derecho interno, la consagración efectiva del derecho constitucional de acceso a la información pública, por el que se da el puntapié inicial en la agenda de transparencia en Chile. Es fundamental hacer presente, que dicho proceso comenzó previamente,

constituyendo antecedentes relevantes, el decreto supremo N° 291, de 1974, del Ministerio del Interior, la ley N° 19.653, de 1999, el decreto supremo N° 26, de 2001, de la Secretaría General de la Presidencia y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2006, en la que se condena a nuestro país, en el caso «Claude Reyes y otros vs. Chile» a «adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (párrafo 7 de su parte resolutive).

No obstante, lo cual e independiente de dichos antecedentes, la mayor expresión de este derecho, tuvo lugar en 2008, cuando fue aprobada la Ley de Acceso a la Información Pública, N° 20.285, la que constituye a la fecha, el hecho más relevante en el proceso de avance hacia una mayor transparencia en la gestión de la Administración del Estado y de rendición de cuentas de la función pública.

La ley N° 20.285 cuenta con importantes instituciones, tales como: cuál es la información que debe ser pública, las excepciones que justifican la reserva de información, los procedimientos de acceso a la información, así como las sanciones aplicables en el caso de su denegación injustificada, además de crear el Consejo para la Transparencia como el gran defensor de la transparencia pública, con un carácter de autónomo y especializado y confiriéndole patrimonio propio y personalidad jurídica, con el objeto de que pueda actuar dotado de mayor independencia en sus funciones.

Producto de este rol, el Consejo tiene una posición clave en la aplicación efectiva de las garantías de los solicitantes de información pública. No obstante, deberá enfrentar tanto los desafíos de una cultura basada en el secretismo como las complejidades que se han ido generando en el transcurso de la aplicación de la ley y en el incremento de requerimientos de los particulares demandando su intervención, incidiendo con ello, no solo en el funcionamiento de dicho órgano, sino que también en sus políticas, planes y programas que adopta, como se podrá apreciar en las siguientes líneas, con el objeto de hacer frente a las vicisitudes del ejercicio de este derecho.

Es así que, en virtud de sus facultades, ese organismo deberá fiscalizar el cumplimiento de las normas de transparencia y la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información, concurriendo en aquellos casos en que la autoridad pública, no proporcione o deniegue total o parcialmente la información requerida, o no de cumplimiento a los deberes de transparencia activa, contando para el efecto los solicitantes de información, de amparo al derecho de acceso a la información pública y reclamo por infracción a las obligaciones de transparencia activa, ante esa entidad.

Será frente a estos reclamos y amparos que el Consejo, en su rol de garante, tendrá que enfrentar considerables retos, entre ellos, el de responder oportunamente

a las peticiones de los solicitantes, las que se han visto incrementadas en el transcurso de la aplicación de la ley, provocando dificultades de cumplimiento en el corto y mediano plazo.

En este escenario, se hace imprescindible un trabajo eficiente, en el que los tiempos de resolución de los amparos y reclamos, sean breves, o a lo menos se condigan con los plazos fijados por el legislador. La realidad ha revelado tardanzas de meses en la resolución de los casos, considerando las etapas y análisis que debe efectuar en cada caso el Consejo para emitir un pronunciamiento de fondo.

A raíz de estas circunstancias, el Consejo implementó procesos tendientes a resolver de manera expedita las controversias entre los solicitantes y los órganos regulados por la ley N° 20.285, con el objeto de desarrollar su trabajo de manera eficiente y célere, implementando en su gestión el sistema anticipado de resolución de controversias del derecho de acceso a información pública, como una medida para alcanzar estos objetivos.

En esta investigación se buscará analizar la instauración por parte del Consejo de ese sistema, el que fue implementado durante 2010, con el objeto de resolver y agilizar las respuestas a los requerimientos de los solicitantes de información, el que, desde su puesta en marcha, ha experimentado una importante evolución e incremento en su aplicación.

No obstante, será necesario también abordar dicho mecanismo desde la perspectiva de la regulación, en atención a su falta de reconocimiento expreso en las normas sobre transparencia, instándonos así a analizar su sustento jurídico y, por tanto, a determinar en qué ámbito de la actividad de la Administración es susceptible de ser incluido.

1. Sistema anticipado de resolución de controversias «SARC» en el derecho de acceso a la información pública en Chile

1.1. Antecedentes sobre el sistema anticipado de resolución de controversias y su instauración en el derecho de acceso a la información pública en Chile

Los mecanismos alternativos de resolución de controversias —negociación, arbitraje, mediación, conciliación— tienen su origen en el propósito de evitar los juicios. Dentro de ellos, podemos distinguir entre los autocompositivos y los heterocompositivos, según la resolución del conflicto se origine por las mismas partes o por un tercero. Asimismo existen métodos cuya resultado es vinculante y otros que no, aunque todos comparten su carácter voluntario (Rodríguez Márquez, 2015).

A comienzos de 2010, producto de una investigación realizada al interior del Consejo, a partir de la experiencia comparada, surge un plan piloto destinado

a incorporar un sistema alternativo de solución de controversias en el procedimiento de amparos de la ley N° 20.285, el que se denominó sistema anticipado de resolución de controversias (SARC) como una opción para reducir la carga de trabajo del Consejo, los plazos de tramitación de los amparos y reclamos, junto con aumentar la participación de las partes interesadas y, por otra parte, hacer un uso eficiente de los recursos públicos (acta N° 137, 2010).

Por estas consideraciones, el 16 de marzo de 2010, el Consejo decide, de manera experimental, someter al mencionado sistema el amparo rol C145-10 «Ricardo Moya Montesinos contra Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica» —calificado como de baja complejidad—, relativo a la no entrega de los puntajes obtenidos por el señor Moya en un concurso de becas para funcionarios públicos interesados en cursar estudios en Chile. Para ello, Unidad de Admisibilidad del Consejo realizó gestiones informales para contactarse con el órgano reclamado sugiriendo la entrega de información, considerando los términos en que este último había fallado en casos similares. El 29 de marzo esa institución remitió los puntajes, los que fueron enviados al reclamante, quien manifestó su conformidad, siendo aprobada la operación por el Consejo con fecha 30 de marzo. Con este procedimiento se evidenció la posibilidad cierta de acortar la tramitación de la ley N° 20.285, considerando que solo el plazo para formular descargos del organismo reclamado excede con creces el período que, en el caso en cuestión, tardó en resolverse este reclamo.

Así las cosas, en sesión ordinaria N° 137, de 30 de marzo de 2010, se propuso este sistema de solución de conflictos ante el Consejo Directivo, justificado en la necesidad de disminuir los tiempos entre casos ingresados y decisiones despachadas. Para aquello, se resolvió que se llevaría a cabo un plan piloto, que duraría hasta junio de ese año y que sería evaluado tras un mes de funcionamiento.

En sesión ordinaria N° 148, de 14 de mayo del 2010, el Consejo Directivo conoció los primeros resultados del SARC. Las unidades de Admisibilidad y de Promoción y Clientes informaron que, tras la destinación de un caso al sistema por el Consejo Directivo, este se asignaba a un analista de la Unidad de Promoción y Clientes, quien se comunica con el órgano reclamado para solicitar la información; si este accede, se entrega al reclamante para que manifieste su conformidad.

En cuanto a los resultados hasta esa fecha, de los 12 casos sometidos a mediación, 4 casos alcanzaron desistimiento formal y otros 6 desistimientos verbales, mientras que solo 2 casos no lograron el objetivo. Asimismo, se observó que el plazo original de 5 días hábiles resultó insuficiente, por lo que se amplió en 3 días; se resolvió capacitar a los analistas intervinientes; y se ordenó difundir el proyecto mediante enlaces en los sitios web de los órganos de la Administración del Estado y en el del propio Consejo (acta N° 148, 2010).

Producto de tan fructíferos resultados, dicha entidad acordó institucionalizar el sistema, proponiéndose para el efecto, la adopción de una serie de medidas, con el objeto de validarlo, las cuales consistieron en:

1. Consolidar un modelo permanente de SARC al interior del Consejo, para lo cual sería conveniente conocer de primera fuente experiencias extranjeras innovadoras en la materia.
2. Proponer que la ley N° 20.285 contemple expresamente las soluciones informales como un mecanismo para poner término a los amparos.
3. Asegurar al reclamante y al enlace la confidencialidad de las comunicaciones llevadas a cabo a propósito de la búsqueda del sistema.
4. Revisar los criterios de selección de los casos derivables al mecanismo, para aumentar su cantidad.
5. Ampliar los escenarios del instrumento a aquellos casos en que es posible anticipar un buen resultado, en consideración a los descargos formulados por el órgano reclamado.
6. Destinar una mayor cantidad de analistas a la búsqueda del sistema.
7. Capacitar a los analistas en técnicas de negociación y comunicación.
8. Informar a los reclamantes y a los organismos públicos en general de la existencia de SARC como sistema para poner término a los amparos.
9. Medir los niveles de satisfacción de reclamantes y enlaces que participan en procesos del mecanismo.
10. Certificar el proceso del sistema (Rojas Corral, 2016).

1.2. Procedimiento de implementación del sistema anticipado de resolución de controversias en el Consejo para la Transparencia y en los órganos sometidos a la ley N° 20.285

Como hemos visto en el apartado anterior, el Consejo se fijó una serie de metas entorno a la aplicación del sistema, estableciendo para el efecto una lista de estándares de aplicación o simplemente medidas inmediatas, con el objeto de entregarle un marco jurídico y herramientas para una aplicación exitosa.

Una de las gestiones fue remitir oficio N° 0886, de fecha 19 de mayo de 2010, a la presidenta de la república, proponiendo el perfeccionamiento de la ley N° 20.285, en el marco de las facultades que le otorga el artículo 33, letra f), de la misma ley. En lo relativo al SARC, el Consejo propuso incorporar un artículo 24 bis con la siguiente redacción: «Desde la presentación de reclamo o el amparo, según corresponda, el Consejo estará facultado para promover instancias alternativas de solución de conflictos entre el solicitante, el órgano y el tercero involucrado. De no llegarse a una solución que satisfaga a las partes, la información recabada en dichos procedimientos y las opiniones emitidas por estas no podrán ser consideradas como prueba en la resolución definitiva del caso. Asimismo, los pronunciamientos formulados por el Consejo durante esta instancia no lo inhabilitan para resolver en definitiva». Señala como fundamento la

necesidad de facultar al Consejo para implementar alternativas de solución de conflictos, agregando que tales casos se deberán disponer que la información recabada no podrá ser utilizada para la futura resolución del asunto y que los pronunciamientos u opiniones no inhabilitarán al Consejo para la adopción de la decisión definitiva, de no ser exitosa la instancia de resolución alternativa. Finalmente sugiere entregar al Consejo la definición de cuándo será procedente.

Con fecha 17 de marzo de 2015 y mediante oficio N° 001883, del Consejo a la presidenta de la república, se vuelve a requerir la modificación de la ley y, posteriormente mediante oficio N° 003375, de fecha 18 de mayo del mismo año, dirigido al ministro secretario general de la Presidencia, se expresa que el Consejo Directivo acordó remitir propuestas para contribuir a la tramitación legislativa del proyecto de ley que modifica la ley N° 20.285. En dicho documento vuelve a hacer referencia la necesidad de incorporar un artículo 24 bis (oficio N° 006905, 2017).

Independiente de esas gestiones, se resuelve formalizar el sistema al interior del Consejo, disponiéndose que se continuará con la tramitación de los SARC a través de la Unidad de Admisibilidad, pero manteniéndose las gestiones en la Unidad de Promoción y Clientes.

En 2012, el Consejo resolvió que el trámite fuera asumido exclusivamente por la Unidad de Admisibilidad, que pasó a denominarse «Unidad de Admisibilidad y SARC (UASARC)», quedando como la encargada de analizar los amparos, reclamos y recursos administrativos que ingresan al Consejo, determinando en dichas funciones, si estos cumplen los requisitos establecidos en la ley N° 20.285 y en la ley N° 19.880 para iniciar su tramitación o declarar su inadmisibilidad, pudiendo someterlos al sistema anticipado de resolución de controversias y posteriormente emitir una decisión de fondo en los casos en que se configure una hipótesis de respuesta extemporánea —el órgano finalmente entrega la información solicitada— unida a una conformidad objetiva —el solicitante acepta la información entregada—.

A su vez, en aquellos casos de menor complejidad, cuando se invoquen argumentos que no innoven respecto de la jurisprudencia del Consejo Directivo o cuando el fundamento del amparo, sea que el órgano no respondió a la solicitud de información; el jefe de la Unidad de Admisibilidad y SARC podrá encargar a sus analistas la aplicación del sistema (acta N° 441, 2013).

En estos casos, el analista Consejo se comunicará por correo electrónico con el órgano reclamado, dándole cuenta de esta alternativa y confiriéndole un plazo de 2 días para aceptar o rechazar este procedimiento, señalándole que, de aceptarlo, el Consejo suspenderá las demás gestiones del caso por 10 días hábiles. Si dentro de este período el organismo no proporciona la información, se proseguirá con el procedimiento normal de un caso admisible, confiriendo traslado,

pero si el órgano reclamado se acoge al SARC y entrega la información solicitada, el encargado explorará el contenido de la misma y la entregará al solicitante.

Producto de las gestiones derivadas de este procedimiento, podría verificarse:

1. Desistimiento: en el evento de que el solicitante, conforme con los antecedentes entregados por el órgano reclamado, se desiste, ya sea expresa o tácitamente, caso en el cual, la decisión del Consejo será de desistimiento.
2. Conformidad objetiva: en este caso el requirente recibe los antecedentes solicitados, pero no se desiste expresa o tácitamente de su amparo. En este escenario, el analista analizará comparativamente la información entregada por el órgano reclamado y la solicitada por el reclamante, si concuerdan, se declara la conformidad objetiva en la decisión del Consejo.
3. Decisión de inadmisibilidad: cuando el órgano reclamado acredita que respondió la solicitud dentro del plazo legal y el requirente no se pronuncia dentro de 5 días hábiles de notificado si los antecedentes proporcionados le satisfacen o no; se entenderá que se encuentra conforme con la respuesta y que no tiene intención de perseverar en el amparo deducido, emitiéndose por el Consejo decisión de inadmisibilidad por ausencia de infracción.
4. Fracaso del sistema: si fracasa, porque la información no es proporcionada por el órgano reclamado, no satisface al requirente o el analista del Consejo estima que no se configura una conformidad objetiva; se confiere traslado al órgano reclamado. Una vez evacuado o vencido el plazo, el caso se dirige internamente a la Unidad de Fondo (oficio N° 008678, 2015).

Con el objeto de socializarlo, se dicta el oficio N° 009402, de fecha 30 de noviembre de 2015, el cual informa la implementación de un sistema anticipado de resolución de controversias y es distribuido en todas las instituciones que pudieran ser objeto de amparos ante el Consejo. Expone que, a seis años de la entrada en vigencia de la ley N° 20.285 y con ocasión de ampliar jurisprudencia generada en el ejercicio de sus facultades resolutivas, se encuentra frente a una oportunidad propicia para profundizar soluciones colaborativas en las que se integren de manera más proactiva los órganos públicos y las personas que ejercen el derecho de acceso a la información, mediante la implementación de este sistema.

El referido oficio explica que este procedimiento ha sido implementado paulatinamente en la tramitación de los amparos desde 2010 y ofrece a las partes formas de solución, proyectando los distintos escenarios resolutivos. Principalmente busca reducir los tiempos de tramitación de los amparos debido a la falta de respuesta o la denegación por parte del órgano de la Administración del Estado, mejorando con ello la satisfacción de los titulares del derecho de acceso a la información.

Indica también dicho órgano que, desde el punto de vista procedimental, el mecanismo se podrá activar en cualquier momento entre la presentación del amparo y la decisión de fondo que cierra el proceso, no obstante, lo cual, conforme a la naturaleza de la controversia planteada, los fundamentos del amparo y los descargos, de oficio podrá proponer a los órganos someterse a este sistema en dos oportunidades:

1. SARC predescargos: antes del traslado para los descargos, la unidad gestora propondrá al servicio someterse a este procedimiento simplificado, dentro de 2 días hábiles desde la comunicación. Si acepta, dispondrá de 8 días hábiles para entregar la información pedida. Luego el Consejo contactará al solicitante para que, dentro de 3 días hábiles, se pronuncie sobre ella, con la finalidad de que se desista expresamente. De no hacerlo, la Corporación verificará si objetivamente la información remitida se ajusta a lo requerido, caso en el cual, se dará por entregada la información en el marco del procedimiento, sin acoger el amparo respectivo.
2. SARC posdescargos: una vez evacuados los descargos, la unidad gestora revisará su contenido y, de estimarlo plausible, someterá el amparo a referido sistema. Entonces el Consejo contactará al solicitante para que se pronuncie sobre lo recibido en un plazo de 3 días hábiles, con la finalidad de que se desista expresamente. De no hacerlo, la Corporación verificará si objetivamente la información remitida se ajusta a lo requerido, caso en el cual, se dará por entregada la información en el marco del procedimiento, sin acoger el amparo respectivo.

Por último, con la finalidad de favorecer la implementación de estos sistemas y de ampliar su universo de materias, el mencionado oficio propone: 1) la suscripción de un convenio de colaboración que consigne la voluntad de someterse a este procedimiento y 2) simplificar la tramitación de los amparos, mediante la notificación electrónica de las actuaciones, con la finalidad de reducir los tiempos y hacer más eficiente la comunicación entre las partes.

Debemos referir que, del universo de 755 instituciones consultadas al 30 de noviembre de 2015 (oficio N° 009402) sobre su adscripción al procedimiento, solo 75 suscribieron el mencionado convenio (oficio N° 008588, 2016).

El requerimiento de suscripción del mencionado acuerdo, da cuenta de la intención del Consejo de validar activamente el sistema e incorporarlo en el procedimiento de reclamos como susceptibles de someterse al mismo. Aquello tomando en consideración que dicho documento no contempla derechos y obligaciones para las partes, sino que más bien consagra cuestiones procedimentales.

Es probable que la baja adscripción y su interés de masificarlo, lleven al Consejo a insistir en su aplicación, dado que, con fecha 23 de septiembre de 2016,

mediante (oficio N° 009394), se reitera oficio N° 009402, de fecha 30 de noviembre de 2015, y se invita nuevamente a suscribir el convenio SARC y notificación electrónica.

Agrega esta comunicación que, a la fecha del referido oficio, el procedimiento se encontraba en pleno desarrollo, con excelentes resultados, tanto para los órganos públicos, como para los solicitantes, y se había suscrito un total de 75 convenios, permitiendo hacer más eficiente el procedimiento y rebajar los costos administrativos asociados a la tramitación de los amparos.

Ahora bien, considerando la baja adscripción inicial, el 10 de agosto de 2017 se requirió informe acerca de cuántos organismos más habían adherido al sistema. Mediante oficio N° 006905, de 31 de agosto de ese mismo año, se reveló que el convenio había sido suscrito por 192 organismos públicos, lo que deja de manifiesto que las gestiones de esa entidad no obtuvieron los frutos esperados, pues el aumento a esa fecha no alcanza a más de un 25,4 % de las instituciones sujetas a la ley N° 20.285. En consecuencia, aún persiste una importante falta de interés en el instrumento, situación que podría deberse a factores tales como: falta de socialización suficiente, ausencia de mesas de trabajo con los involucrados —destinadas a poner en conocimiento a cabalidad, en qué consiste el sistema— u otros medios de publicidad exitosos en el pasado, que sean susceptibles de ser aplicados y permitan extender el convenio a la totalidad de las entidades requeridas.

2. Juridicidad del sistema anticipado de resolución de controversias en el derecho de acceso a la información pública

2.1. El principio de juridicidad como presupuesto de la actuación administrativa

Entre los principios generales del derecho, el de legalidad es uno de los más relevantes para el derecho administrativo, toda vez que supone la sujeción a la ley de todos aquellos llamados a darle cumplimiento y, en caso de nuestro trabajo, de la Administración del Estado. No supone un cumplimiento al azar, sino que es el resultado de un proceso evolutivo del sistema jurídico que se alza en el Estado moderno constitucional, instancia en la cual, las normas han sido adoptadas a nombre de toda la nación, lo que legitima su objetividad y racionalidad y, por lo tanto, su cumplimiento y observancia, respecto de aquellos llamados a aplicarla y aquellos obligados a cumplirla.

Tal principio no se limita al solo cumplimiento de la ley, sino que abarca otras normas más allá de aquella, razón por la cual se prefiere hablar del supraprinci-

pio de juridicidad, denominación que casi no reviste conflictos doctrinales, dado que sobrepasa a la conformidad de las actuaciones con la ley, puesto que los actos deben encontrar aquiescencia, no solo con dicho tipo de normas, sino que con otras de superior e inferior jerarquía, como la Constitución o los reglamentos y decretos y, en general, con todo el ordenamiento jurídico vigente.

Lo indicado, para la Administración del Estado significa un mandato de sumisión al ordenamiento jurídico en el sentido más estricto de la palabra, y aquello encuentra sustento en Chile, a lo largo de nuestras cartas constitucionales. Así en la de 1833, se señala en su artículo 160: «Ninguna majistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo» (Constitución de 1833). La Constitución de 1925 en su artículo 4º lo reitera en idénticos términos.

Por su parte, la carta actual desglosa el mencionado principio en los artículos 6º, 7º y 99, en los que encontramos la modelación del mismo.

En su artículo 6º, contempla un mandato de acatamiento a las normas del ordenamiento jurídico,

En el artículo 7º, fija la obligación de respeto a las atribuciones y derechos determinados por el derecho. Es decir, todos los órganos del Estado, sin excepción alguna, están obligados a dar cumplimiento a las normas del ordenamiento jurídico, las que disponen fundamentalmente que la validez de la actuación administrativa se ve condicionada a la concurrencia de tres requisitos:

- a) La existencia de una previa investidura regular de sus integrantes, es decir, que accedan a sus cargos a través de elección o nombramiento;
- b) La competencia, esto es, que la actuación de que se trate se encuadre dentro de las actuaciones asignadas por ley;
- c) Que se ejerza en la forma prescrita por la ley, es decir, debe ajustarse, tanto a exigencias de forma del acto, como las de carácter externo o solemnidades (Vergara Blanco, 2013).

Y, en el artículo 99, le confiere el control de legalidad a la Contraloría General de la República, a través del trámite de toma de razón.

Dichas normas legales, que abordan de una manera cada vez más completa la actuación de la Administración, nos dan cuenta del rol preponderante que cumple al interior de nuestra institucionalidad el principio de juridicidad administrativa. Al respecto, el profesor Hugo Caldera Delgado (2016) bien refiere que «su acatamiento hace posible la vigencia de los derechos individuales... El principio

de juridicidad asume su verdadera dimensión en el control jurídico de la Administración, sea este interno, jerárquico, de tutela o supervigilancia, antelado o coetáneo, *a posteriori*, parlamentario o jurisdiccional, siempre el ejercicio del control como marco de referencia al principio de juridicidad»; es decir, la Administración en su organización, funcionamiento, relaciones con la comunidad y su personal, está sujeta al ordenamiento jurídico, en otras palabras, está sometida en su ser y actuar a esa institucionalidad, pues ella determina la creación de organismos y cargos públicos, la fijación de funciones o atribuciones, su modificación e incluso su eliminación.

Aquello tiene bastante sentido en un escenario en el que la Administración ejerce una evidente superioridad frente al administrado, el que ante el poder y atribuciones de la misma, requiere una válvula de control, que le imponga a la Administración el actuar sujeto a reglas y deberes, y de manera planificada en el marco de la ley y el derecho (Moraga Klenner, 2010, pág. 3).

Lo indicado, si bien deja en claro, la imperante presencia de este principio fundamental precisa de un análisis sobre su aplicabilidad y, en particular, si toda actuación de la Administración requiere el respaldo de un texto expreso en las normas constitucionales, legales y reglamentarias, que en cada caso la haga procedente, o si la autoridad puede actuar en cumplimiento de sus funciones sin necesidad de exigir previamente una norma específica que se lo permita, fundada en estar haciéndolo al interior del ordenamiento jurídico (Pantoja Bauzá, 2008), cuestión que veremos en el apartado siguiente de este trabajo.

2.2. Discrecionalidad, actuación *intra ius* e informalidad como modalidades de actuación de la Administración

Como hemos dicho previamente, la Administración del Estado debe desarrollar la función administrativa condicionada por el ordenamiento jurídico, es decir, informada por el principio de juridicidad, lo que ha supuesto tradicionalmente que las actuaciones administrativas solo pueden llevarse a cabo, en caso de que exista una habilitación normativa previa.

Considerando lo indicado, para verificar el apego al mencionado principio, se tendrá que determinar si la Administración dispone de la habilitación conferida por una norma, para realizar lícitamente la acción administrativa. En dicho sentido, como señala el profesor Vergara Blanco (2013): «Se trata de descubrir si existe una potestad administrativa, un poder jurídico conferido por el ordenamiento, potestad que siempre —de acuerdo al haz de juridicidad— es conferida en consideración a un fin, a una función».

Por consiguiente, para que un acto de la Administración sea lícito, requiere de habilitación normativa previa, puesto que, si no existe un motivo relacionado con la función de interés público, el acto debe considerarse ilegal o arbitrario. Entonces, si desborda el marco tipificado por el legislador como potestad legítima

ma, incurre en abuso de poder, mientras que, si procede de manera antojadiza, su actuación es arbitraria.

Y esto, porque históricamente se ha concebido la actividad administrativa sujeta a una norma específica, es decir, una norma debía ser el fundamento previo y necesario de una determinada acción, la cual solo podía realizarse válida o lícitamente, en la medida en que tal norma habilite para eso y, en ausencia de ella, la acción debe considerarse prohibida.

En virtud de este principio, la Administración debe someterse plenamente y en todas sus acciones al sistema normativo y eso incluye a los principios generales consagrados en las mismas leyes —como los de la ley N° 18.575—, a la jurisprudencia de la Contraloría y, en general, a todo el ordenamiento jurídico que la regula, como los reglamentos, circulares, decretos e instrucciones.

Sin perjuicio de la doctrina de la vinculación positiva a la legalidad vigente en nuestro país (Veladiez Rojo, 2000), que considera a la Administración como una actividad de mera ejecución de ley, será necesario matizar dicha lectura, frente a la realidad administrativa. Esta nos comprueba que la sujeción estricta al texto explícito de la ley es, al día de hoy, más una especulación que una posibilidad real, tomando así un lugar en nuestra institucionalidad otro tipo de actuaciones de la Administración, diferentes a aquellas que se realizan en virtud de norma expresa.

La figura de las potestades discrecionales constituye una clara manifestación de lo indicado en el párrafo precedente y que ha sido acogida por nuestra doctrina constitucional, la que la ha aceptado sustentada en que existe una suerte de compatibilidad entre la discrecionalidad y la legalidad, dado que las facultades discrecionales nacen de la ley, admitiendo con ello, que la Administración del Estado no estaría imperativamente obligada a actuar previa norma expresa, ya que existirían mandatos legales que le reconocerían cierta libertad de actuación, como el artículo 32, N° 8, de nuestra Carta Fundamental, en el que consagra una potestad reglamentaria autónoma que habilita al presidente de la república para dictar reglamentos, decretos e instrucciones en las materias que no sean propias del dominio legal, es decir le confiere al titular de la función administrativa, facultades reglamentarias originarias (Pantoja Bauzá, 2000, págs. 17 y sigs.).

En virtud de la discrecionalidad, el administrador evidentemente contará con una mayor flexibilidad de juicio, dado que el legislador le confía el qué y el cuándo de una decisión, entregándole con ello, un espacio más allá del cumplimiento expreso de la norma para su actuar, en otras palabras, un poder de obrar dotado de cierta autonomía, útil para la búsqueda de la eficacia y la agilidad necesarias en la función administrativa, permitiéndole con ello asignar a sus actos el contenido que estime conveniente, y confiando en que la decisión emitida será pertinente, pero sin olvidar que dicha potestad constituye un poder jurídico y, por lo tanto,

no podrá dar lugar jamás a que, bajo su invocación, la autoridad que pretende ejercerla crea que por esa vía puede prescindir de una norma o existencia legal.

Sin perjuicio de que el actuar de la Administración se debe sujetar siempre a la normativa que le es aplicable y que la discrecionalidad constituye un buen y útil mecanismo de habilitación para alcanzar una administración eficiente, así como para dotarla de cierta autonomía de acción; debemos considerar que los autores ya previeron que este espacio de actuación más allá de la norma expresa, no se agota con la mencionada institución de la discrecionalidad, incluso la doctrina nacional ha previsto un obrar para la Administración, en el que solo bastaría un actuar en el marco del ordenamiento jurídico o *intra ius*, es decir, que además de dichos márgenes de actuación ya analizados, existiría una tercera alternativa para la Administración del Estado, la que además de proceder como ejecutora de la ley y con cierta libertad otorgada por mandato legal, también contaría con poderes jurídicos implícitos derivados y habilitadores que justificarían sus actuaciones y que le permitirían disponer sobre situaciones jurídicas no reguladas explícitamente por el legislador, y que no son antecedente o consecuencia del ejercicio de una potestad o atribución expresa, pero que sin perjuicio de aquello, sería posible considerarlas lícitas dentro del contexto de las funciones que ejerce un órgano Administrativo (Pantoja Bauzá, 2000, págs. 17 y sigs.).

Al respecto, el profesor Pantoja (2000) refiere que el derecho administrativo dispone de dos grandes tesis para justificar el sometimiento de la Administración del Estado al ordenamiento jurídico: «una proveniente del Estado liberal constituida por el principio de habilitación legal previa y tiene en vista fundamentalmente una concepción causal o formal de ese ordenamiento; la otra, de fuente social, está constituida por el principio de actuación administrativa dentro del orden jurídico, *intra ius*» (págs. 17 y sigs.). Así, la primera supone una vinculación positiva entre las normas y la actividad de la Administración, la que no es más que una mera ejecución de la ley, mientras que la segunda nos plantea un espectro más amplio del accionar de la Administración, la que actuaría en cumplimiento de sus funciones sin necesidad de norma expresa, pero fundada en que lo está haciendo en el marco del ordenamiento jurídico.

Agrega que no hay discusión alguna respecto a que la Administración en su ser y en su actuar está sometida al ordenamiento jurídico, lo que diferencia al actuar *intra ius* de otras formas de obrar es la posibilidad de una actuación sin necesidad de exhibir una norma específica, considerando que se encuentra obrando dentro del orden jurídico, dinámica en la cual, sus actos serían igualmente válidos, que aquellos en que existe una norma expresa.

Con todo, agrega que: «...sostener la actuación *intra ius* de las autoridades administrativas, no es postular entonces la admisión de zonas excluidas del ámbito del derecho que habiliten a la autoridad administrativa para decidir por sí y ante sí qué ha de hacerse en el mundo administrativo, ni de justificar una razón de

Estado que justifique el arbitrio administrativo, la discusión-precisión del criterio determinador del principio de la juridicidad, en cuanto a si es el de la habilitación legal previa o el de la actuación dentro del orden jurídico, se reduce más bien a establecer el criterio de aceptación de los reales márgenes de actuación que al día de hoy tiene la Administración pública según la Constitución y la ley, en el Estado chileno de derecho, atendidas las características que lo hacen ser lo que es...» (Pantoja Bauzá, 2000, págs. 17 y sigs.). Es decir, a juicio de este autor, no habría conflictos sobre la pertinencia de este tipo de actividad, lo que habría que mirar con más precisión serían los márgenes de la actuación de la Administración, la que siempre debe ser dentro del ordenamiento jurídico finalmente.

Lo indicado guarda una evidente relación con el hecho de que la realidad administrativa cada día es más compleja y se ha visto superada con ocasión del conjunto de tareas que hoy día asume la Administración, producto de las prestaciones que directa o indirectamente debe otorgar para la satisfacción de las necesidades públicas (Bermúdez Soto, 2007), es más, insistir en que las autoridades administrativas, solo pueden actuar teniendo a la vista en cada ocasión un texto expreso y específico de ley que les permita desarrollar cada una de sus actuaciones, hoy día es más bien un sueño que una real posibilidad, dado que el espectro de casos en que debe intervenir ha cambiado exponencialmente, sin posibilidad alguna de negación.

Un ejemplo de la actividad *intra ius* dice relación con el financiamiento de publicidad por parte de los municipios para dar a conocer a los vecinos las actividades que desarrollan. Al respecto, Pantoja señala que dicho tipo de actuación ha sido aceptada por la jurisprudencia administrativa, aun cuando no se encuentra expresamente contenida en las normas que regulan a estos servicios, y así incluso lo ha aceptado la Contraloría en numerosos dictámenes (Pantoja Bauzá, 2000, pág. 22).

Manifestación expresa de lo indicado, lo podemos ver en el dictamen N° 43.286, de 2017: «...de conformidad con la regulación contenida en el decreto ley N° 1.263, de 1975, y en el artículo 3°, inciso primero, de la ley N° 19.896, los recursos financieros con que cuentan los organismos públicos deben destinarse exclusivamente al logro de los fines propios de tales entidades y, en ese contexto, en lo que dice relación con el rubro de publicidad y difusión, no pueden incurrir en otros gastos que los necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y en aquellos que tengan por objeto informar a los usuarios acerca de la forma de acceder a las prestaciones que otorgan (aplica dictámenes N°s. 46.891, de 2016, y 5.540, de 2017). En concordancia con la normativa antes anotada, la jurisprudencia administrativa de este órgano de control contenida en el dictamen N° 82.316, de 2014, entre otros, ha señalado que en materia de difusión y publicidad, el rol de las entidades edilicias está condicionado a que con ello se cumplan tareas propiamente municipales, de manera que pueden utilizar los diversos medios de comunicación solo para dar a conocer a la colectividad los

hechos o acciones directamente relacionados con la consecución de los fines y con su quehacer propio, como la realización de actividades culturales, artísticas, deportivas u otras, que resulte necesario e imprescindible difundir...».

Aquello se ajusta con la doctrina que plantea la necesidad de una reforma del derecho administrativo con una mirada nueva del mismo, pues es un hecho que el derecho no puede constituir únicamente un límite causal y lineal para la Administración, sino que se debe orientar a la eficacia de la actividad administrativa, es decir, la ciencia del derecho administrativo debe caminar hacia la formación de categorías e instituciones que se adapten a las condiciones reales en que se encuentra la Administración y contribuir hacia una finalidad de justicia, esto es, hacia la idea de imponer el respeto de las personas y de las situaciones ciudadanas en que estas se encuentran dentro de la sociedad.

Ahora bien, el obrar de la Administración tampoco se agotaría en este tipo de actividad, creemos que también merecen un reconocimiento otras instituciones quizás menos ortodoxas, pero atingentes al curso de los nuevos tiempos, como es el caso de la llamada «actuación informal de la Administración». Ello en razón de las numerosas actuaciones de carácter material que realiza dicha estructura, y que constituyen la actividad de mayor importancia práctica, fundamentalmente por la repercusión que tienen en los ciudadanos.

En efecto, esta forma de actividad especial —denominada de múltiples maneras: material, técnica, real, simple actuación administrativa, informal; todas nomenclaturas que obedecen a una manifestación común: la actuación fáctica de la Administración—, permitiría el desenvolvimiento de la gestión administrativa diaria o su necesario complemento, para lograr la ejecución de los actos jurídicos o la prestación de servicios.

Además, esta actividad presentaría características que la dotarían de una mayor particularidad frente a otras instituciones, que dicen relación con que los actos que se efectúan en su marco, obedecen a la casuística, ya que en ella se hallarían muchas actuaciones diversas entre sí, en ocasiones sin conexión funcional aparente —actividades de información, concertación, prestación, etcétera—, sin relación con una actuación jurídico-pública o a la prestación de un servicio, e incluso, en situaciones más extremas, que no responderían a las categorías fundamentales del sistema de actos jurídico-públicos, puesto que al no manifestarse en relación con un acto, norma o contrato, serían ajenas a cualquier procedimiento administrativo, aun cuando pudieran tener relación mediata o indirecta con esas actuaciones formalizadas (Agudo González, 2013).

Sobre el particular, el profesor Hartmut Maurer (2012) sostiene que esa actividad informal principalmente se trata de acuerdos y demás contactos entre la Administración y los ciudadanos antes de la adopción de una decisión oficial o en su lugar, y que es informal, en atención a que no se ajusta a ninguna de las

formas jurídicas tradicionales y a su vez busca prepararlas o sustituirlas, en forma de arreglos de hecho (pág. 413).

Para dicho autor, esta actividad dice relación con los acuerdos informales, que son producto de conversaciones efectuadas entre la Administración y particulares, en las que la Administración expresa sus opiniones y reservas, y en que el solicitante se aviene, intenta contrarrestarlas o propone otras alternativas o incluso obtiene concesiones, si la Administración está muy interesada en el proyecto o duda que su posición jurídica vaya a tener respaldo judicial. En tal sentido, estas conversaciones presentan interesantes ventajas, ya que a juicio del autor permiten aclarar los puntos de vista y posibilidades, y en que los acuerdos que se obtengan alivian el procedimiento administrativo propiamente dicho, tiempo y dinero (Maurer, 2012, pág. 415).

A su vez, el doctor Ossenbühl (1987) explica que entra en la categoría de la actividad informal de la Administración toda actividad administrativa que no se pueda incluir en ninguna de las formas de actividad habituales y jurídicamente formalizadas de la Administración, esto es, no solo acuerdos y demás formas de interacción entre el Estado y los ciudadanos sino que también la actividad oficial unilateral, advertencias oficiales, recomendaciones, informaciones, etcétera, además de otras medidas incisivas como la formación de reglas y normas administrativas al margen del procedimiento constitucionalmente establecido para la creación del derecho, pero que en la práctica no quedan por detrás de las clásicas fuentes del derecho: la ley y el reglamento (citado en Maurer, 2012, pág. 414).

En nuestra doctrina nacional, el profesor Bermúdez Soto (2007) nos refiere que esta institución consiste en: negociaciones, tomas de contacto, presentaciones y acuerdos que se llevan a cabo fuera de un procedimiento administrativo, y que tienen por objeto no ejercer una potestad o ejercerla en una determinada dirección. En realidad, la actuación informal es la más común forma de actuación de la Administración y supone, cuando menos, retraso o suspensión del ejercicio de potestades, toda vez que se trata que de manera informal la Administración pública tome contacto con los destinatarios o interesados en sus decisiones o regulaciones, con el objeto de acordar, moderar o dirigir las mismas. La actuación informal requiere de un grado de conocimiento y confianza entre las partes y precisamente estos elementos son los que hacen vulnerable a la Administración frente a presiones externas, y agrega también, que la actuación informal de la Administración pública conlleva un alto grado de eficacia final en la actuación, ya que en muchas ocasiones la resolución o el reglamento han sido previamente acordados con sus destinatarios, pero hace muy vulnerable a la Administración frente al lobby, y en ocasiones al tráfico de influencias.

A su turno, el profesor Moraga Klenner (2010) indica que los hechos o actividad material dicen relación con actuaciones que no tienen una base o fundamentación legal, y por tanto no interesan al derecho, puesto que aquellos no tiene por

objeto preciso provocar un efecto jurídico, no obstante, aquello en nada impide considerar, que un hecho realizado, puede provocar un resultado jurídico, razón por la cual, la actividad material será jurídicamente relevante cuando es cumplida, ya que en tal caso sí producirá consecuencias jurídicas. Y agrega que, a pesar de que, dicha actuación no goce de ninguna de las características del acto administrativo, como son la presunción de legalidad, imperio o exigibilidad, se encuentra muy frecuentemente relacionado con la actuación jurídica de la Administración, dado que sirve de apoyo para la generación o cumplimiento de actos o contratos de la Administración, por tanto, aun cuando los actos materiales no tiene por objeto producir efectos jurídicos, no son completamente inocuos, ya que por medio de ellos, la Administración consciente o inconscientemente puede afectar derechos esenciales de las personas.

Agrega al respecto el profesor Moraga Klenner que históricamente el estudio del derecho administrativo se ha fundado en la idea de la posición superior de la Administración, a la que se le impone la obligación de sujetarse a las reglas del derecho, mientras que los particulares actúan sobre la base de su propio interés, de manera libre, salvo los límites generales que le impone la ley. Aquella dualidad, si bien en la teoría es cierta, la realidad practica nos demuestra a diario su complejidad, en atención a que una importante parte de los cometidos de los funcionarios públicos se desarrollan a través de actos espontáneos, los que se transmiten antes que por reglas del derecho e instrucciones de las autoridades superiores hacia sus dependientes, por simple efecto de repetición, lo que puede derivar en dos sentidos: transformando la conducta en una verdadera costumbre, con mayor o menor valor jurídico, o derivar en una actuación informal de la Administración, en razón de que nuestras normas, no han logrado que las formas jurídicas fijen límites o condicionen «todas» las clases de actuación pública-administrativa que se realizan y de seguro tampoco lo lograrán hacer en el futuro. Como dice el profesor Moraga Klenner (2010): «Las actuaciones preliminares, los contactos previos, la preparación material de actuaciones e incluso, los actos materiales propiamente tales, son conocidos desde las ciencias administrativas desde hace largo tiempo sin que hayan sido enjuiciados al efecto, exigiéndoseles una mayor concretización por medio de alguna forma jurídica conocida y sancionada positivamente por el ordenamiento jurídico. De igual modo, la ley no ha podido regular de modo omnicompreensivo todo el despliegue de actividades que pueden o deben llevar adelante los órganos administrativos» (pág. 3).

Con todo, la actividad informal de la Administración no solo sería una institución en teoría, a través de la cual podrían obrar los órganos públicos, sino que también tendría lugar de una manera bastante más frecuente que lo que se reconoce, constituyendo una forma de funcionamiento de la Administración en estos tiempos casi cotidiana, considerando el ya referido aumento de funciones y la necesidad de adaptación que han tenido que experimentar los órganos de la Administración del Estado, para lograr sus fines y ser eficientes y eficaces en sus funciones.

Por lo tanto, considerando lo indicado en los párrafos precedentes, tenemos más de forma de actuación, para abordar la institución del SARC, la que ya goza de aplicación en la actualidad, en atención a que consta: a) la labor efectuada por el Consejo para el desarrollo de este sistema; b) su implementación al interior del Consejo; c) su socialización con los órganos de Estado; d) su aplicación gradual en el tiempo; y e) los criterios para su procedencia. No obstante, a la fecha, aún no cuenta con un reconocimiento expreso en la legislación sobre transparencia, o en un procedimiento general del derecho público chileno, careciendo, por tanto, de una norma que habilite su aplicación.

En este particular contexto, nos interesa dilucidar entre las instituciones de la discrecionalidad, la actividad *intra ius* y la actividad informal, si existe algún sustento o cabida para un sistema como es el SARC, considerando las especiales características de este mecanismo de solución de controversias.

Así las cosas, y a propósito de la discrecionalidad, podemos constatar que el Consejo no contaría con una habilitación legal que le dé cierta libertad de acción y facultades normativas. Es más, los artículos 33 y 34 de la ley N° 20.285, al parecer, no darían espacio para aquello y lo dejan en claro al definir sus funciones, atribuciones y facultades, fijando su campo de actuación en actividades detalladas puntualmente, y entre las cuales no se contemplaría la alternativa de legislar, ni tampoco de contar con potestad reglamentaria.

Por otra parte, respecto de la actuación *intra ius* de la Administración, eventualmente el SARC podría entenderse como una manifestación de esta institución. Es decir, a partir de las funciones y atribuciones conferidas por la ley, el Consejo podría contar con un poder jurídico implícito y habilitador para incluir este trámite en el proceso de acceso a la información pública, dotando de cierta juridicidad, tanto el actuar del Consejo como al procedimiento creado bajo su alero, puesto que lo efectuaría en el marco de las funciones que ejerce y, particularmente, tomando en cuenta que no significa la eliminación de un trámite esencial, o la modificación completa del procedimiento, sino que más bien la incorporación de una etapa o trámite particular que realizaría el Consejo a través de sus analistas, con el objeto de promover la transparencia y garantizar el derecho de acceso a la información de los ciudadanos en un período de tiempo más acotado, promoviendo la eficiencia y eficacia del derecho en comento, como refiere el artículo 32 de la mencionada ley N° 20.285.

Si bien la indicada institución pudiera constituir el fundamento último del SARC, presenta el inconveniente de la particularidad y especialización con que la ley N° 20.285 define las funciones del órgano garante de la transparencia y regula el procedimiento de reclamos, en atención a que es, quizás, uno de los procedimientos más reglados en nuestro derecho administrativo nacional, tomando en cuenta que existen un sinnúmero de casos, de procedimientos más laxos y otros que presentan vacíos, admitiendo eventuales nuevos trámites fundados en que

el órgano se encuentra actuando bajo el imperio del derecho, a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento de reclamos de la ley N° 20.285.

Entender que el Consejo cuenta con «un poder jurídico implícito» para crear e incorporar un trámite como es el SARC en el procedimiento de reclamos, no deja de presentar complicaciones, considerando las discusiones que han surgido en la doctrina y la jurisprudencia en torno a su naturaleza jurídica, sobre su independencia y autonomía legal, como hemos visto en el título 1 de este trabajo, e inevitablemente con las obligaciones que pesan sobre él, como órgano de la Administración del Estado, y hasta qué punto pueden llegar sus facultades. Ello tomando en consideración que, a diferencia de la actuación *intra ius* del municipio en temas de publicidad de sus actos, el sistema no constituye una actividad menor, sino que más bien significa una intervención y alteración de un procedimiento reglado, que incide en un derecho garantizado constitucionalmente.

Otra forma de enfocar esta herramienta, sería considerarla una manifestación de la actividad informal de la Administración, ello en atención a lo sostenido por el profesor Bermúdez Soto, cuando indica que los actos informales son «negociaciones, tomas de contacto, presentaciones y acuerdos que se llevan a cabo fuera de un procedimiento administrativo» y que, en el caso de referencia, sería un trámite que se escaparía del procedimiento de reclamos previsto en los artículos 24 y siguientes de la ley N° 20.285. Ello considerando que en este sistema de selección de casos, la intervención de los analistas del Consejo proponiendo el mecanismo tanto a los reclamantes como a los órganos reclamados, así como los acuerdos que se toman en el marco de los SARC, no serían trámites contemplados en el procedimiento de la indicada ley, sino que tendrían el carácter de acciones particulares y desformalizadas, que se realizarían en las etapas tempranas del procedimiento para alcanzar la eficiencia y eficacia en su gestión.

Con todo, entender al mecanismo como actividad informal involucra un gran desafío para el sistema jurídico chileno, principalmente por la manera en que eventualmente convivirá con la normativa interna, el principio de juridicidad, los derechos de los reclamantes, las potestades de los reclamados, las garantías del debido proceso, y sobre todo las facultades de un órgano Administrativo, si es que llegare a ser considerado como válido o admitido por nuestra institucionalidad. Sin perjuicio de aquello, creemos fundamental perseverar en este criterio y darle dicho enfoque, analizando las eventuales consecuencias, dado que las formas de actuación antes citadas, ya no bastan para abordar instituciones como la que se encuentra en análisis, la que por su particularidad difícilmente encaje en los estándares aceptados para aquellas.

2.3. Informalidad del SARC y la eventual antijuridicidad de la actuación del Consejo efectuada al amparo de este mecanismo

Como se ha indicado en los párrafos precedentes, existen otras formas de actuación de la Administración además de aquellas definidas en la ley de manera

expresa, como es el caso de la institución de la discrecionalidad y del actuar *intra ius*, o bien de la actividad informal como actuación fáctica de la Administración.

En nuestra opinión y por lo referido en el apartado anterior, creemos que el SARC pudiera ser una manifestación de la actividad informal de la Administración, dado que es el estadio al que más se asimilaría dicho sistema, además de la ausencia de normas que expresa o tácitamente se hagan cargo del aumento de requerimientos que experimenta el Consejo en su actuar.

Así, el instrumento sería una consecuencia de las transformaciones que ha experimentado la función administrativa, en cuanto a su necesidad de intervención, celeridad, eficiencia, eficacia y, en particular, la búsqueda del Consejo de enfrentar la alta demanda de los ciudadanos en materia de acceso a la información pública, en el ejercicio de sus funciones, tomando en cuenta el derecho comparado en la materia y sus mecanismos para optimizar los procesos.

No obstante, admitir dicha modalidad involucra revisar la juridicidad de la medida, puesto que una cosa son aquellas actuaciones informales intermedias —que son puntuales, acotadas, negociaciones, contactos, que como vemos hoy se realizan en la función pública— y otra muy diferente son las que dan lugar a la instauración de procedimientos o etapas completas dentro de un procedimiento. Estas últimas podrían implicar eventuales conflictos normativos, tomando en cuenta que la misma carta fundamental dispone expresamente en su artículo 63, N° 18, una reserva legal a propósito de los procedimientos administrativos, es decir, exige que esa materia sea debatida y resuelta por el órgano legislativo con la intervención del presidente de la república, lo que fija una primera limitante constitucional para este sistema y su forma de instauración.

El establecimiento y utilización del SARC, como etapa para determinados casos, al interior del procedimiento de acceso a la información pública, también podría afectar directamente el adecuado ejercicio del derecho que se ejerce, el que también se encuentra consagrado en la carta fundamental, en su artículo 8°: «...Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen...», dando cuenta con ello, de otra evidente limitante, para dicho mecanismo y de un eventual nuevo conflicto para con su aplicación.

Es más, el legislador ha conferido al Consejo un procedimiento para dirimir los conflictos derivados de los reclamos de los solicitantes de información pública y no ha contemplado esta herramienta conciliatoria de solución de conflictos, en parte alguna de las etapas del mismo. Por otra parte, tampoco contaría con disposición legal expresa en la ley N° 20.285 o en las normas generales administrativas —que le autorizaren a innovar dentro del procedimiento o que le confirieran facultades normativas para crear procedimientos como el SARC—; de modo

que obra de manera unilateral al fijar a su propio arbitrio los estándares de su procedencia, los casos en los que se aplica y los medios por los que se canaliza a las entidades intervinientes, entre otras cuestiones.

Tomando en cuenta lo indicado, este tipo de actuar ha traído más de un conflicto para otros órganos. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en el marco de un amparo económico causa rol N° 169-2017, se pronunció sobre una situación muy similar, a propósito de la modificación unilateral efectuada por la Contraloría General de la República, en el procedimiento para otorgar patentes comerciales de las máquinas electrónicas de juego, al exigir un informe previo de la Superintendencia de Casinos y Juegos no dispuesto en la normativa. A partir del numeral undécimo en adelante, se releva que entre las facultades de la Contraloría no se encuentra la de crear procedimientos administrativos, ni regular una materia que es de resorte legal —los juegos de azar— y disponer trámites inexistentes en la ley, dado que aquel órgano no es un poder del Estado y no tiene facultades legislativas, ni tampoco potestad para reglamentar, y que aun cuando exista un vacío legal o reglamentario, dicho órgano no es el llamado a salvar una supuesta laguna. Aunque existe confusión acerca del procedimiento a seguir y que los municipios tienen distintas formas de proceder, es el legislador el que debe remediar tal situación, no la Contraloría, que no tiene otras facultades que aquellas que la Constitución Política de la República y la ley N° 10.336 le otorgan.

No obstante, lo indicado precedentemente, debemos tener en cuenta que los SARC se visualizan como una «alternativa» y, por lo tanto, no son obligatorios, a diferencia del caso expuesto en el párrafo anterior en que se exige el informe previo de la Superintendencia de Casinos y Juegos como trámite esencial. De manera que independientemente de que el Consejo decida recurrir al sistema, las partes —reclamante y reclamado— se pueden oponer a su empleo y exigir continuar con la tramitación en el marco del procedimiento regular —como se ha podido colegir del procedimiento de admisibilidad instaurado en 2015—, dando cuenta con ello de que es fundamental para el éxito de este mecanismo, el consentimiento expreso de los interesados, puesto que su ausencia obliga al Consejo a desecharlo dentro del procedimiento de reclamos.

Tomando en cuenta la voluntariedad de la medida, creemos que no tendría completamente cerradas las puertas en nuestra institucionalidad y que eventualmente se podría aprobar en nuestro sistema normativo, considerando el valor que puede aportar al procedimiento de reclamos y especialmente a los ciudadanos, en cuanto al más expedito restablecimiento del derecho de acceso a la información pública vulnerado por los órganos requeridos de información. Aquello, tomando en cuenta que el Consejo contempla al SARC como un mecanismo fundamental para ser aplicado e implementado, en consideración al pequeño tamaño de dicha entidad, sus recursos limitados, sus reales capacidades y los excelentes resultados alcanzados en las legislaciones extranjeras que aplican herramientas de esta índole.

Con todo, su actual falta de instauración expresa en la ley le quita obligatoriedad y validez jurídica; la utilización de mecanismos informales —las comunicaciones telefónicas y correos electrónicos entre los analistas del Consejo y las entidades públicas reclamadas y los requirentes de información—, lo aparta de la formalidad; la falta de publicidad de los acuerdos adoptados en el marco del SARC, le resta publicidad y transparencia. Al incumplir estos principios jurídicos exigidos en el ámbito administrativo y en la ley N° 18.575, el instrumento pierde valor, ya que no se adapta a la posición estricta en la materia, la que aún se muestra reacia a cambios y flexibilizaciones normativas, sin perjuicio de mostrar algunos rasgos de evolución.

Quizás un problema más cuestionable que el sistema en sí mismo, es la autoatribución de funciones efectuada por parte del Consejo, dado que claramente el mecanismo es una creación interna de dicho órgano, el que hasta fecha habría incluido fácticamente esta modalidad en el procedimiento de reclamos de la ley N° 20.285, pero esa entidad ¿cuenta con algún margen dentro de sus facultades para instaurar esta institución? Como vimos previamente, la Contraloría fue cuestionada por un obrar similar e incluso desacreditada por nuestros tribunales de justicia, ¿debiera ocurrir lo mismo respecto de este actuar del Consejo para la transparencia?

Aquel cuestionamiento se incrementa respecto al Consejo, tomando en cuenta que este órgano también ha tomado acuerdos sobre el procedimiento en otras materias y con ellos ha suprimido trámites y en otros casos ha reglado otros. Un ejemplo claro es la decisión tomada en la sesión N° 252, de 3 de junio de 2011, en la que resuelve la improcedencia del recurso de reposición e incluso indica en sus considerandos V y VI, los cambios de criterio experimentados y las razones para tomar tal decisión; lo que pone de manifiesto que dicha entidad ha dispuesto a su propio arbitrio.

El criterio invocado por el Consejo para eliminar el recurso de reposición, claramente se contrapone con toda la instrumentalización que ha hecho para la instauración del SARC, ya que respecto de este último, desconoce el plazo que requiere para su implementación y aplicación —tomando en cuenta el dato estadístico obtenido en este trabajo y los tiempos que demanda su aplicación—, lo que evidentemente afecta los principios de facilitación y oportunidad, así como las etapas del procedimiento de acceso a la información pública, agregándose además que dicho sistema ni siquiera tiene consagración expresa en la normativa general, a diferencia del mencionado recurso de reposición, respecto del cual, hay norma expresa en la ley N° 19.880, que consagra en su artículo 15 este mecanismo de impugnación.

Es más, la discusión sobre las instituciones de la ley N° 19.880, se ha centrado en si sus normas son compatibles con los procedimientos especiales en los que se aplica, haciendo con ello, más cuestionable el accionar del Consejo con la

inclusión del SARC, considerando que el mismo órgano, con el supuesto objeto de no afectar o entorpecer el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, ha dispuesto la no inclusión de trámites contenidos en el procedimiento de la mencionada ley, como es el recurso de reposición.

Lo indicado concuerda con lo manifestado por la Contraloría sobre la supletoriedad de las normas de la ley N° 19.880: «...su uso procede en la medida en que la materia en la cual incide, no haya sido prevista en el respectivo ordenamiento administrativo especial y, en tanto sea conciliable con la naturaleza del respectivo procedimiento específico, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas y mecanismos que dicho procedimiento contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que la ley le asigna» (Contraloría, 2009, dictamen N° 27.163).

Por otra parte, nuestros tribunales también se han pronunciado sobre el carácter especial de la ley N° 19.880, al señalar que establece un régimen básico que se aplica a toda la Administración y que dicho carácter que determina su aplicación supletoria, no significa desconocer la particularidad de los fines perseguidos por los órganos consagrados en las leyes especiales, sino que en muchos casos se debe a la «necesidad de utilizar procedimientos más rápidos», por la especialidad de los fines, pero que aquello de manera alguna puede significar que se soslayan los principios normativos elementales consagrados en esa ley, puesto que constituyen una garantía en favor de los particulares frente a la Administración, así los principios conclusivo, contradictorio, de impugnabilidad, transparencia y publicidad son una expresión del debido proceso administrativo, cuyo respeto es obligatorio para los órganos del Estado, por lo que en ningún caso los procedimientos especiales pueden suponer una disminución o eliminación de las garantías otorgadas a los ciudadanos por la mencionada ley N° 19.880 (Corte Suprema, causa rol N° 62.128-2016, considerandos decimotercero y decimocuarto).

Es decir, tanto nuestros órganos administrativos como judiciales están contestes en la procedencia de las normas de la ley N° 19.880, cuando no entorpezcan procedimientos especiales debidamente regulados, con tal que garanticen el debido proceso y los derechos de los obligados, admitiendo su aplicación frente a vacíos o procedimientos laxos y, por tanto, la procedencia del recurso de reposición, contaría con un mayor fundamento y respaldo que la institución analizada en este trabajo.

En contraposición, el Consejo funda la exclusión del recurso de reposición en sus facultades de dirección y administración, en su atribución de promover la transparencia en la función pública, en sus facultades de fiscalización y sanción, y en la de celebrar los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (Consejo para la Transparencia, 2011, sesión N° 252), es decir, en sus facultades y atribuciones contenidas en el artículo 33 de la ley N° 20.285, pero no en las normas generales, como es la ley N° 19.880 u otras disposiciones que pudieran resultar aplicables a los órganos públicos.

Ahora bien, pese a que la instauración del SARC tiene un fundamento fáctico evidente, el jurídico no presenta esa misma cualidad, toda vez que las facultades en las cuales se fundó el Consejo no constan en la sesión de su aprobación. A mayor abundamiento, tratar de hacerlo calzar en alguna de las atribuciones de ese organismo solo es forzarlo, ni siquiera se podría basar en el procedimiento general de la ley N° 19.880, si pensamos en la naturaleza conciliatoria del mismo, que le impide ajustarse a las etapas contempladas allí: iniciación, instrucción y finalización, la primera de las cuales alude a un período de información previa —para conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento—; mientras que este mecanismo supone la participación de múltiples actores y no solo una decisión de la autoridad administrativa.

No obstante que algunos de los acuerdos del Consejo nos puedan parecer antojadizos, al parecer los entes públicos no los han cuestionado mayormente. Los reclamos por este tipo de decisiones son prácticamente inexistentes, se dan más bien a nivel doctrinal y no en procesos litigiosos; incluso se observa que han sido avalados indirectamente al dejar de interponerse el recurso de reposición o al aplicar e incorporar el SARC como si formara parte del procedimiento de acceso a la información pública. De alguna manera existe satisfacción en el desempeño del Consejo en la protección del derecho de acceso a la información pública. Tal vez, el aumento en la demanda de su intervención, así como el constante incremento de sus obligaciones, constituyen fundamentos para su aplicabilidad. De lo indicado, se puede colegir que este tipo de proceder se ajusta bastante bien a la institución de la actividad informal de la Administración.

2.4. Nuevas ideas del principio de juridicidad a propósito de la actividad informal de la administración y especialmente el SARC

El concepto de la Administración como ejecutora del derecho es la expresión tradicional del principio de juridicidad, no obstante, como ya hemos visto a lo largo de estas líneas, dicha institucionalidad ya no es útil para explicar los parámetros de su actuación moderna, sobre todo si de la actuación informal se trata.

Es así que ya no podríamos negar una crisis del derecho como instrumento de regulación, el que frente a los cambios sociales no cuenta con herramientas o instituciones capaces de hacerse cargo con éxito de los requerimientos de la sociedad moderna. Y dicha crisis no es otra cosa que la discusión y el cuestionamiento de la ley como fuente de derecho, en cuanto instrumento de dirección, la que, entre otras razones, se ha producido por la pérdida de virtualidad regulativa de la propia ley, la que no logra asumir de manera completa y suficiente los requerimientos y las vicisitudes que experimenta la Administración de nuestros tiempos.

Las leyes modernas, en muchos casos, solo entregan directivas generales y enunciativas, determinando débilmente el comportamiento de la Administra-

ción encargada de ejecutarla, siendo reglamentos, jurisprudencia e interpretaciones de la doctrina, muchas veces los mandados de llenar esos vacíos y falta de regulación. Esto trae aparejada la falta de certeza e integralidad en las disposiciones normativas y consecuentemente a una falta de seguridad jurídica para los ciudadanos sometidos a su aplicación.

La actuación informal da cuenta de este nuevo escenario: la relación con la ley y las disposiciones legales en general, en este adverso contexto, evidencia una transformación mayor aún, considerando además, que en el ámbito de la informalidad solo nos encontramos con conexiones débiles con las normas y que preponderantemente se limitan a legitimar la actuación administrativa mediante el otorgamiento de competencias específicas, principios rectores y su conexión con los fines de interés general atribuidos a la Administración.

Es por ello, que el principio de juridicidad, por lo menos a propósito de la Administración, ya no es posible de ser entendido como lo fue tradicionalmente: limitante, expreso en cuanto a las actuaciones autorizadas y omnicompreensivo de toda la regulación. Aquello, fundamentalmente por la incapacidad de la normativa de hacerse cargo de todos los requerimientos y, particularmente, por la cada vez más escasa regulación de las materias contenidas en ellas.

En este particular contexto, las leyes consecuentemente no operan como normas que programan la acción de la Administración, como ha ocurrido tradicionalmente, sino más bien como disposiciones que establecen límites negativos a esa actuación y que lo que hacen es definir la competencia administrativa y legitimar su actuación, puesto que, frente a la ausencia expresa de instituciones reguladas con claridad, no queda más que buscar soporte en el espíritu de las normas y en sus pilares fundantes.

Ello no significa que esté prosperando la idea de una «Administración libre de ley», por el contrario, nuestra institucionalidad impone un obrar sometido a la Constitución, a las leyes dictadas conforme a ella y, en general, a todo el ordenamiento jurídico. De modo que no son admisibles los comportamientos arbitrarios o contrarios a la ley y los límites están dados por la imposibilidad de recurrir a vías informales de actuación para fines distintos o para imponer obligaciones no reconocidas por las leyes.

Es decir, la elección entre las acciones que puede efectuar la Administración, no implica de manera alguna que pueda ser arbitraria, por el contrario, aquello no es ni será admisible en nuestro sistema jurídico. En consecuencia, el actuar dependerá: de su adecuación al mandato legal de acción —competencias—, del tipo de actuación administrativa —decisiones formales sobre declaraciones de voluntad— y del respeto de los principios constitucionales que enmarcan la acción de las Administraciones públicas, así como del resto de valores y derechos constitucionales.

En términos simples, los elementos generales de la institucionalidad, en la medida que sean íntegramente respetados y resguardados, pudieran dar espacios para el actuar legítimo de la Administración, más allá de las situaciones expresamente reguladas.

En consideración a este nuevo contexto social, que demanda una visión más activa y moldeable de la actuación administrativa, sería admisible una concepción más flexible de la vinculación de la Administración con las normas. Así las cosas, se abre nueva perspectiva del principio de juridicidad, en el sentido de no solo darle una interpretación literal y estricta, sino que también entender que su alcance va más allá del pronunciamiento expreso de las normas sobre determinados casos e instituciones y que es capaz de alcanzar actuaciones no definidas en nuestro derecho, las que en la medida en que se sujetan a sus estándares, gozarán de la juridicidad requerida para coexistir en nuestra estructura legal.

Dicho de otro modo, toda actuación debe igualmente sujetarse al principio de juridicidad. Dado que el administrado demanda la intervención de la Administración, no sería admisible una inacción de la misma, pese a la ausencia de una previsión legal expresa. En última instancia, en virtud de las atribuciones competenciales y el principio de iniciativa consagrado en el artículo 8º de la ley Nº 18.575, procede la actividad informal de la Administración, pero siempre, resguardando el interés general y las normas que le rigen. En cualquier caso, esa vinculación mínima con la ley no resulta superflua, pues opera necesariamente como forma de legitimación imprescindible de la acción administrativa (Agudo González, 2013).

A pesar de que la actividad informal es materia de un reciente debate en nuestro derecho nacional, con escasa jurisprudencia o desarrollo doctrinal, estimamos que ya no podemos desconocer la existencia de la misma, como institución de nuestro derecho. Ello en consideración al papel cada vez más importante que desempeña, así como al aumento de las cuestiones en las que el Estado interviene y debe intervenir, en un contexto en que las relaciones entre el Estado y los ciudadanos cobran mayor fuerza, producto de la mayor demanda de los particulares, de respeto y resguardo de sus derechos (Agudo González, 2013). Esto no significa que no se deban respetar ciertos límites jurídicos, todo lo contrario, la Administración está vinculada en todas sus manifestaciones, incluso en el ámbito de los hechos, por disposiciones legales y principios jurídicos, es decir, igualmente existirán límites tanto desde el punto de vista material como de procedimiento. Es así que, en lo material, la Administración no puede llegar a acuerdos que no estén contestes con la legislación vigente, ni que, en caso de ser respetados, posteriormente lleven a un consentimiento inválido o a una situación contraria al derecho.

Como hemos observado en este trabajo, el principio de juridicidad ha evolucionado y la actividad informal puede ser una alternativa de actuación para la Ad-

ministración. Desestimar de plano como antijurídico el SARC por su falta de concretización en las normas y su carácter de actividad informal, carece de sentido, pues su carácter facultativo, la manera en que ha sido presentado a los órganos de la Administración del Estado y los particulares, la forma en que ha sido recepcionado por los múltiples actores, también constituyen otros antecedentes que le confieren validez. De todos modos, la nueva juridicidad en la que se mueve —que al parecer va más allá de las mismas normas, dado que finalmente el Estado debe cumplir con su finalidad propia, cual es promover el bien común y, en dicho rol, darle audiencia al ciudadano más que una mera audición—, le daría un mayor espacio a la aplicación a este sistema de solución de controversias, puesto que lo que justamente persigue es el referido bien común y en particular el completo y legítimo ejercicio de un derecho constitucional. Por otra parte, la obligación que pesa sobre la Administración de revisar detenidamente los hechos materia de su conocimiento, que muchas veces requiere de la colaboración del afectado y, por último, el deber de adoptar decisiones óptimas que consideren los intereses generales como particulares, constituyen antecedentes que inciden en su reconocimiento.

Tomando en cuenta lo indicado, el sistema existe en nuestra institucionalidad y más que cuestionarnos sobre su existencia y cómo regularlo —porque ya lo ha hecho el Consejo—, lo que nos debiera interesar es únicamente limitarlo, sobre todo en cuanto a sus efectos jurídicos, para que aquellos no sean contrarios a las normas que regulan el derecho de acceso a la información pública, dado que lo relevante es que todos los actores de la transparencia puedan tener la confianza de que los actos que se desarrollan al alero de este instrumento, no atenten contra las normas y en particular contra los derechos por ella reconocidos.

Creemos que, la actuación informal de la administración, con el paso del tiempo irá cada vez más en aumento y no se restringirá a situaciones concretas como la del SARC. Los hechos nos dan la razón, las normas expresas ya no son suficientes y las modificaciones normativas ya no alcanzarán a los cambios y requerimientos de la institucionalidad pública en sus relaciones con los privados. Dicho escenario obligará al derecho nacional a dotar a instituciones como esta, de un real valor y reconocimiento jurídico, tal como se ha hecho respecto de la discrecionalidad administrativa, de la cual nadie pone duda su valor y juridicidad.

Conclusiones y Reflexiones

1. En el presente trabajo, abordamos al SARC como un instrumento destinado a solucionar alternativamente los amparos, en el marco del ejercicio del derecho de acceso a información pública, estructurado como un mecanismo de conciliación o mediación en tal materia. En dicho sentido, viene a ser una

institución bastante novedosa en nuestro país, no por la naturaleza jurídica de la misma, sino que por el ámbito en el que se aplica, cual es el derecho administrativo, el que tradicionalmente ha regido de manera estricta el actuar de la Administración.

2. Como mecanismo de solución de controversias, nos obliga a mirar el sistema jurídico-administrativo vigente en perspectiva, dado que los cambios sociales, la mayor demanda de acceso a la información, el requerimiento de una ciudadanía cada vez más interesada en cómo funcionan las instituciones, constituyen todos antecedentes que reclaman una nueva y diferente atención por los órganos garantes de este derecho y en que las formas tradicionales, no solo no son suficientes para regularlo, sino que tampoco son capaces de abordar las complejidades de nuevas herramientas como esta.
3. Como hemos podido constatar, no se encuentra expresamente regulado en nuestra normativa sobre transparencia, sino que sus características, concepto, estructura y procedimiento han sido exclusivamente definidos por el Consejo, el que, sin perjuicio de haber insistido en las reformas legislativas destinadas a abordar dicho sistema, resolvió iniciar su aplicación independientemente de su falta de reconocimiento legal a la fecha.
4. En ese especial escenario de su aplicación, se estimó necesario el determinar a qué tipo de actividad administrativa pertenecía. Aquello en consideración a la ausencia de regulación expresa de tal mecanismo en nuestro ordenamiento jurídico, instándonos con ello, a indagar en instituciones como la discrecionalidad, la actividad *intra ius* y la actividad informal de la Administración, para tratar entenderlo. A partir de lo estudiado, por sus particulares atributos y características, se asimilaría a la actividad informal de la Administración, tradicionalmente entendida como los acuerdos y demás contactos entre la Administración y los ciudadanos antes de la adopción de una decisión oficial o en su lugar.
5. Esto no significa que tal institución sea ajena a las normas legales que rigen nuestra institucionalidad, puesto que cualquier actuación que se efectuó en el marco de dicho sistema, para gozar de juridicidad requerirá de todas maneras ser efectuada respetando la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella.
6. Independientemente de su falta de regulación o definición en las normas, aquello no significa que no tenga un sustento jurídico —aun cuando solo sea indirecto o consecuencial—, como puede ser la necesidad de actuar en pro del bien común o el hacer efectivo el principio de iniciativa, que rige los actos de la Administración del Estado, en virtud de la ley N° 18.575.
7. Por otra parte, tampoco hemos observado una contradicción u oposición por parte de los reclamantes y reclamados frente a la aplicación del siste-

ma, es más, aun cuando se observa una baja adscripción expresa al mismo, no se cuenta con casos en los cuales las partes involucradas, alegaran su ilegalidad o antijuridicidad, observándose un amplio sometimiento al mecanismo y, en muchos casos, la obtención de resultados favorables con su aplicación, pese a que a la fecha, aún le falte alcanzar la celeridad perseguida con su instauración y consecuentemente ser eficiente.

8. En consideración a que el mecanismo aún constituye una particularidad al interior de nuestro sistema jurídico, todavía requiere observación, seguimiento y al menos una contraparte que ejerza un control frente a cualquier exceso en que se incurriera en su aplicación, ya sea limitando los derechos de los reclamantes, las potestades de los órganos reclamantes o estableciendo procedimientos más complicados que los establecidos en la misma ley.
9. No podemos de dejar de constatar que, a raíz de esta institución, el concepto de Administración como mera ejecutora de las normas legales, ya no es suficiente para hacerse cargo de la realidad administrativa que estamos viviendo. La actividad informal, como el SARC, no es más que el reflejo de la falta de adaptación del ordenamiento jurídico a los cambios y la mayor demanda de intervención de los ciudadanos, en el que las prácticas flexibles buscan alcanzar mayor eficiencia y eficacia, así como un mejor cumplimiento de los intereses generales.
10. Creemos que el mecanismo se encuentra en un proceso de adaptación, pero en un futuro cercano, podría llegar a constituir una alternativa viable y legítima, para alcanzar el derecho de acceso a la información pública en nuestro país y economizar recursos en el ejercicio de las funciones públicas. No obstante, en una institucionalidad como la chilena, aún nos cuesta esperar que con el solo impulso del Consejo, la institución sea valorada y reconocida con la misma fuerza que si estuviera expresamente establecida en las normas. Aquello, en nada obsta a hacernos a lo menos pensar que constituye un primer impulso y un llamado de alerta a las deficiencias del actual sistema jurídico, el que producto de instituciones como el SARC nos impone la necesidad urgente de adaptar nuestra institucionalidad.
11. Tomando en cuenta lo indicado y a pesar de lo incipiente que pudiera ser la actividad informal de la Administración en nuestro país, su escaso reconocimiento y su falta de consagración normativa; se hace necesario relevarla, en atención a la labor cada vez más influyente que se encuentra cumpliendo en el ejercicio de la función pública, razón por la cual, ya no sería susceptible, de ser invisibilizada por más tiempo para los estudiosos del derecho y la legislación nacional.

12. Con todo, el respeto y la adscripción al principio de legalidad no es algo transable en nuestra institucionalidad, puesto que aun cuando aquel se ha debido flexibilizar frente al nuevo contexto social, solo serán aceptables aquellas acciones e instituciones que, sin perjuicio de no estar definidas en el derecho, se sujeten a sus estándares y por tanto la actividad informal y en particular el SARC, requieren someterse a dicho principio, aunque sea a través del espíritu mismo de las normas y sus pilares fundamentales.

Referencias

- **Agudo González, J. (2013).** Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (41-42), 123-172. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4486255>
- **Bermúdez Soto, J. (2007).** La protección del patrimonio público a través de instrumentos administrativos. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 14 (1), 21-41. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041320001.pdf>
- **CAInfo. (14 de 11 de 2015).** *Venciendo la cultura del secreto, obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información en siete países de América Latina*. Obtenido de Centro de Archivo y Acceso a la Información Pública: <http://www.cainfo.org.uy/images/LIBRO%20-%20Venciendo%20la%20Cultura%20del%20Secreto.pdf>
- **Caldera Delgado, H. (2016).** Juridicidad, legitimidad y principios generales del derecho. *Revista de Derecho Público* (51/52), 127-144. Obtenido de <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43466>
- **Consejo para la Transparencia. (2010).** *Acta N° 137*.
- **Consejo para la Transparencia. (2010).** *Acta N° 148*.
- **Consejo para la Transparencia. (2010).** *Oficio N° 0886*.
- **Consejo para la Transparencia. (2013).** *Acta N° 441*.
- **Consejo para la Transparencia. (2015).** *Oficio N° 001883*.
- **Consejo para la Transparencia. (2015).** *Oficio N° 003375*.
- **Consejo para la Transparencia. (2015).** *Oficio N° 008678*.

- Consejo para la Transparencia. (2015). *Oficio N° 009394*.
- Consejo para la Transparencia. (2015). *Oficio N° 009402*.
- Consejo para la Transparencia. (2016). *Oficio N° 008588*.
- Consejo para la Transparencia. (2017). *Oficio N° 006905*.
- Maurer, H. (2012). *Derecho administrativo alemán*. Obtenido de http://www.academia.edu/32401708/Derecho_administrativo_alem%C3%A1n_Completo_.pdf
- Moraga Klenner, C. (2010). La actividad informal de la Administración. En C. Moraga Klenner, *Tratado de derecho administrativo*, tomo VII. Santiago: Legal-Publishing.
- Pantoja Bauzá, R. (2000). *El principio de la legalidad*. En R. Pantoja Bauzá, *Curso de derecho administrativo* (apuntes de clases).
- Pantoja Bauzá, R. (2008). *Derecho administrativo, primera parte, principios: el de legalidad*. Obtenido de https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D123A0525/4/material_docente/bajar%3Fid_material%3D168311+%&c-d=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl
- Rodríguez Márquez, J. A. (1 de diciembre de 2015). *Los métodos alternativos de resolución de controversias*. Obtenido de Instituto de Investigaciones Jurídicas: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anales-jurisprudencia/article/view/1751/1646>
- Rojas Corral, H. (2016). Sistemas alternativos de resolución de amparos al derecho de acceso a información en el Consejo para la Transparencia. *Revista Derecho Público Iberoamericano* (8), 187-230. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5562916>
- Veladiez Rojo, M. (2000). *La vinculación de la Administración al derecho*. *Revista de Administración Pública* (153, septiembre-diciembre). Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17506.pdf>
- Vergara Blanco, A. (2013). *Sistema de derecho administrativo. Apuntes Curso Diplomado en Derecho Administrativo*. Santiago: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

Normativa

- **Constitución Política de la República de Chile (1833).** Versión original. Obtenida de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535&tipoVersion=0>
- **Constitución Política de la República de Chile (1925).** Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 18 de septiembre de 1925. Versión original.
- **Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.** Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de mayo de 2003. Última modificación 23 de febrero de 2017.
- **Ley N° 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.** Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 25 de agosto de 2005
- **Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.** Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 20 de agosto de 2008. Última modificación 24 de febrero de 2020.
- **Ministerio de Hacienda (1964).** Decreto N° 2.421, de 1964, fija el texto coordinado, sistematizado y refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República: ley N° 10.336. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de julio de 1964. Última modificación 21 de diciembre de 2019.
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2001).** Decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de noviembre de 2001. Última modificación 15 de febrero de 2018.
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005).** Decreto N° 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 8 de julio de 2020.
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2009).** Decreto N° 13, de 2009, reglamento de la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de abril de 2009.

Sentencias y dictámenes

- **Tribunal Constitucional. Sentencia**

Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública, 12 de marzo de 2008, rol N° 1.051/2008.

- **Corte Suprema. Sentencia**

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, 9 de mayo de 2017, rol N° 62128-2016, recurso de queja.

- **Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia**

Salazar Bastidas Sebastián y otro contra Contralor General de la Republica, causa rol N° 169-2017, amparo económico.

- **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia**

Claude Reyes y otros Vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, serie C N° 151.

- **Consejo para la Transparencia. Sentencia**

Ricardo Moya Montesinos contra Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, 30 de marzo de 2010, rol C145-10.

- **Contraloría General de la República. Dictámenes**

N° 27.163 (2009).

N° 43.286 (2017).