

LOS FALLOS DE 2011 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE APLICACIÓN DE LA LEY DE TRANSPARENCIA A TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE Y A LA UNIVERSIDAD DE CHILE

Tomás Vial Solar¹

Resumen

El artículo presenta una síntesis de los dos casos fallados por el Tribunal Constitucional en 2011 respecto a la Ley de Transparencia, los roles 1732 y 1800 (acumulados) relativos a Televisión Nacional de Chile y el Rol 1892, sobre la Universidad de Chile, y comenta algunos de los aspectos constitucionalmente más interesantes de aquellos: cómo se entiende el derecho a la vida privada, los fundamentos del derecho de acceso a la información, la autonomía de los órganos estatales y la titularidad de derechos constitucionales por aquellos.

1. Introducción

Durante 2011 el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) falló dos recursos de inaplicabilidad en los que se cuestionó constitucionalmente la aplicación de la Ley 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información (en adelante, Ley de Transparencia). Ambas acciones constitucionales se originaron en recursos de ilegalidad presentados en contra de decisiones del Consejo para la Transparencia (en adelante, el Consejo) que fallaron recursos de amparo de acceso a la información en contra de la Universidad de Chile y Televisión Nacional de Chile. El Tribunal Constitucional rechazó en ambos casos los recursos interpuestos, favoreciendo con ello a los peticionarios de la información y respaldando la interpretación de la Ley de Transparencia dada por el Consejo y la Corte de Apelaciones de Santiago al fallar el recurso relativo a la Universidad de Chile.

¹ Profesor de Derecho Constitucional de las universidades Andrés Bello y Diego Portales.

El estudio de estos fallos abordará primero una síntesis de los considerandos donde se presentan los argumentos de los requirentes, las respuestas del Consejo y los peticionarios de información, para pasar luego al razonamiento del Tribunal. A continuación se ofrece un comentario de los aspectos que parecen más relevantes constitucionalmente.

2. El fallo sobre Televisión Nacional de Chile, Roles 1732 y 1800 (acumulados) del 21 de junio de 2011

2.1 Argumentos de los requirentes y respuesta del Consejo para la Transparencia

En el caso en cuestión intervinieron simultáneamente ejecutivos de Televisión Nacional de Chile² (en adelante, TVN), por cuenta propia, y la Corporación, interponiendo en distintas fechas recursos de inaplicabilidad con ocasión del recurso de ilegalidad presentado por TVN ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de las decisiones del Consejo para la Transparencia.³ Estas decisiones, iniciadas por un recurso de amparo de acceso a información de los sindicatos de TVN en contra de la negativa de la empresa de entregar información sobre las remuneraciones de sus ejecutivos, resolvieron que la empresa estatal había infringido las normas de transparencia activa que imponía la Ley de Transparencia, específicamente, el artículo décimo, letra h), el que por ser la norma central en disputa se transcribe a continuación:

En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:

[...]

h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo

2 En concreto, Jorge Cabezas Villalobos, María Elena Wood Montt y Enzo Yacometti Manosalva, Director de Prensa, Directora de Programación y Director de Estrategia y Nuevos Negocios, respectivamente.

3 Consejo para la Transparencia, decisiones R12-2009 y R15-2009, del 14 de agosto y 17 de septiembre de 2009, respectivamente.

que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa [...]

En el recurso de inaplicabilidad bajo estudio, los ejecutivos, en lo medular, alegaron que la norma antes transcrita transgredía su derecho a la privacidad contemplado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución. Agregaron que la revelación de sus remuneraciones constituía una infracción de la regla de la confidencialidad incorporada en sus contratos con TVN, los que se rigen enteramente por el derecho laboral privado, y que la aplicación del artículo 10 letra h) de la Ley de Transparencia violaba el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo –que dispone que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración–, pues esos contratos son anteriores a la dictación de la Ley de Transparencia.

Por su parte, TVN, junto con pedir la inaplicabilidad del artículo 10 letra b), solicitó también la declaración de inaplicabilidad del artículo 33, letra b) de la Ley de Transparencia, que dispone que al Consejo le corresponderá resolver los reclamos por denegación de acceso. TVN alegó que ambos preceptos constituyen una infracción del artículo 19 N° 21 de la Constitución, que faculta al Estado a desarrollar actividades empresariales siempre que una ley de quórum calificado lo autorice, sometiéndose esas empresas a la legislación común, salvo que la misma ley de quórum calificado establezca excepciones fundadas. La empresa estatal argumentó que las disposiciones impugnadas la someten a controles que son ajenos al derecho privado sin que haya “una justificación razonable para ello”. Adicionalmente, afirmó que ambos preceptos infringen la igualdad ante la ley, contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, al someterla al Consejo, cosa a la que no están obligadas las demás concesionarias de televisión.

Tanto los ejecutivos requirentes como la empresa argumentaron que las normas impugnadas poseen el carácter de decisivas en la resolución de la gestión pendiente, el recurso de ilegalidad presentado, pues en base a ellas el Consejo fundó sus decisiones.

El Consejo, ante estos argumentos, informó lo siguiente. Primero, que las normas de la Ley de Transparencia que exigen la publicidad de las remuneraciones lo hacen sin distinguir la calidad contractual o régimen laboral de los sujetos a los cuales se aplica. Segundo, que la afectación del derecho a la

vida privada provocado por la norma legal no supone su inconstitucionalidad pues la disposición está al servicio de otro derecho constitucional, como es el derecho a la información pública, no restringiéndose solo a las personas de elección pública, como el directorio de TVN, sino que a los gerentes en plural, a fin de materializar los principios de probidad y transparencia. En cuanto a que las normas objetadas establecen un régimen distinto al privado, el Consejo alegó que el artículo 19 N° 21 establece derechos a favor de los particulares y no de las empresas del Estado, y que si se pretendiera que la norma constitucional garantizara un régimen de igualdad con los entes privados se llegaría al absurdo de considerar inconstitucionales todas las normas de derecho público relativas a las empresas estatales.

2.2 Argumentación del Tribunal Constitucional

El Tribunal observó que no le corresponde emitir pronunciamiento sobre cuestiones de mérito propias del legislador, citando para tal efecto la sentencia Rol 1295 (considerando 1°), ni calificar la bondad de las normas emitidas por este (considerando 2°). Señaló que tampoco le corresponde resolver asuntos de mera legalidad (considerando 3°).

En este caso, no resulta claro a qué se aplica este razonamiento del Tribunal. Si bien es evidente que entre los argumentos presentados por los requirentes habían asuntos de interpretación legal, el Tribunal en esta parte no señala a cuáles se refiere, por lo que la declaración aparece en este punto como innecesaria.

A fin de resolver las cuestiones que se le presentaron, el Tribunal ordenó su análisis en varios acápite, que seguiremos.

2.2.1 Principio de publicidad y Consejo para la Transparencia

El Tribunal comenzó distinguiendo entre publicidad y transparencia, señalando que no son idénticos, afirmando que la primera consiste en dar a conocer los actos del Estado y la segunda implica el conocimiento de cómo estos se produjeron, es decir, los procedimientos (considerandos 7° y 8°). Agregó que la Constitución reconoce un derecho implícito a la información pública (considerandos 11° y 12°), adicionando que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes está íntimamente vinculada al régimen republicano y democrático que establece el artículo 4 de la Constitución. Señaló que esta publicidad posee excepciones, contempladas en el artículo 8, pero que la interpretación de ellas debe efectuarse restrictivamente (considerando 15°).

En cuanto al Consejo para la Transparencia, el Tribunal señala que el legislador es libre de crear los órganos que estime necesarios para el cumplimiento de la Constitución, mientras estos no modifiquen el diseño que ella contiene. Observa que el legislador, al diseñar el Consejo, órgano administrativo, como lo dijo el mismo Tribunal al momento de efectuar el control preventivo del proyecto de ley de transparencia, no afectó las atribuciones de los otros poderes y órganos constitucionales como la Contraloría General de la República o el Banco Central (considerando 19°).

Luego, al abordar la alegación de los requirentes de que el artículo 33 letra b) de la Ley de Transparencia no era aplicable a las empresas públicas, el Tribunal señaló que este es un tema de mera legalidad que debía ser resuelto por los jueces de fondo y que, además, los requirentes, al afirmar la infracción de los artículos 19 N° 2 y 21 de la Constitución, no fundamentaron cómo se produciría esa contravención constitucional, lo que lleva a desechar la impugnación en esta materia (considerando 20°).

2.2.2 Protección de la vida privada y derecho la información pública

En su análisis en esta materia, el Tribunal destacó la relevancia de la privacidad en su relación con el pleno y libre desarrollo de la persona humana (considerandos 22° y 23°) y agregó, valiéndose de la sentencia Rol 1683, que esta no posee un carácter absoluto y que se permiten limitaciones en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior y que, en razón de una finalidad fundada y razonable, nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de limitaciones (considerando 24°).

Luego agregó que se encuentran fuera del ámbito de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarreen repercusiones para la ordenación de la vida social y que puedan afectar los derechos de terceros o intereses legítimos de la comunidad y que es por esta razón que la Ley de Protección de Datos Personales, Ley 19.628, permite su recolección y almacenamiento (considerando 28°). En cambio, el legislador ha definido ciertos ámbitos informativos como esenciales a la vida privada, calificándolos como datos sensibles, los que forman el núcleo esencial de la intimidad y cuyo resguardo ha de ser mayor; pero incluso en ese ámbito la ley puede autorizar un conocimiento parcial o completo, como ocurre cuando está en juego la salud pública o procesos de investigación (considerando 28°).

Señaló también que la Constitución asegura el derecho de acceso a la información, en base a los artículos 19 N° 12 y 8°.

Luego, al revisar la Ley de Transparencia, observó que ella considera como causales de reserva los derechos personales, distinguiendo entre datos que son propios de la intimidad (salud y seguridad personal), los que son propios de la vida privada propiamente tal y, en forma separada, los de carácter económico y comercial. Y agrega (algo elípticamente) que, “consecuente con la anterior”, la ley prescribió la publicidad de las remuneraciones de los funcionarios públicos, afirmando que “las remuneraciones, sin bien constituyen en principio un dato personal, no caben dentro de la categoría de información especialmente protegida, aun cuando forman parte de la vida privada protegida por el artículo 19, N° 4” (considerando 31°).

El Tribunal agregó que la publicidad de las remuneraciones de las autoridades superiores de la empresa responde al principio de transparencia de la función pública y está establecido por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social establecida por ley (considerando 33°) y que, en el caso de autos, la aplicación del artículo décimo de la Ley N° 20.285 permite dar publicidad al destino de los recursos que las empresas públicas dedican para remunerar a su plana directiva. El Tribunal señaló que el conocimiento de tales remuneraciones y el de las que corresponden a los funcionarios del Estado presenta un innegable interés público y que en el caso *sub lite* la publicidad de las remuneraciones de los requirentes se exige en razón del alto cargo que desempeñan en TVN y de la naturaleza de la empresa que dirigen, no en tanto sujetos particulares corrientes (considerado 34°).

Para el Tribunal, esta exigencia es independiente de la naturaleza de la relación contractual entre la empresa y sus autoridades, observando que la publicidad también se exige a los funcionarios de la Administración Pública en forma independiente de la relación contractual que tengan con el Estado.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional consideró que la aplicación del artículo 10 letra b) de la Ley de Transparencia no contravenía el artículo 19 N° 4 de la Constitución.

2.2.4 Naturaleza jurídica de TVN como empresa pública, la igualdad ante la ley y las diferencias razonables

Luego de señalar el estatuto de TVN como una persona jurídica de derecho público y de recordar las normas que rigen la actividad empresarial del Es-

tado, el Tribunal pasó a analizar la objeción interpuesta por TVN de que la aplicación de las normas impugnadas constituiría una discriminación, por cuanto ellas no se aplican a las demás empresas con las cuales compite.

Para responder a esta objeción, el Tribunal señaló que el artículo 19 N° 2 de la Constitución, junto con consagrar un derecho fundamental, establece un principio de interdicción de la arbitrariedad al cual deben ajustarse todas las autoridades, incluido el legislador, y que este principio ampara por igual a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas (considerando 45°).

Recordando que el respeto a los derechos fundamentales es una condición de legitimidad del poder estatal, agregó que por lo mismo el Estado no puede imponer discriminaciones arbitrarias a los órganos públicos que actúan con personalidad jurídica propia y en especial a las empresas públicas, como ocurre con TVN (considerando 46°).

Luego afirmó que la Ley 19.132, Ley Orgánica de TVN, le asigna al canal una función pública y que, por lo tanto, existe una diferencia objetiva y clara entre TVN y el resto de las empresas del rubro (considerando 49°). A continuación, aseveró que la publicidad de las remuneraciones de los ejecutivos constituye un objetivo lícito y amparado por el principio de publicidad consagrado en el artículo 8° de la Constitución. Recordando la historia de la elaboración de la ley, señaló que en ella consta la voluntad de someter a las empresas públicas a algunos de los deberes de transparencia activa, entre los que se incluyeron las remuneraciones de sus plantas directivas.

De lo anterior, el Tribunal dedujo que la aplicación de los preceptos cuestionados era adecuada y necesaria para el logro de la finalidad de acceso a la información pública y que, en consecuencia, la aplicación de los preceptos en cuestión no afectaba la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la Constitución, y establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores (considerandos 53° y 54°).

En cuanto a la vulneración de los requisitos del inciso segundo del artículo 19 N° 21, que autoriza a la ley a establecer diferencias para las empresas públicas respecto al régimen común por motivos calificados, el Tribunal fundó su rechazo afirmando que ellas fueron contempladas por el legislador, cumpliendo con el quórum calificado, siendo el motivo calificado aducido la naturaleza jurídica de TVN: el ser una empresa que cumple una importante función social.

2.3 Voto de minoría del Ministro Carmona

El Ministro Carlos Carmona emitió en este caso una larga y fundada disidencia, estando por acoger el recurso interpuesto en todas sus partes. Por razones de espacio, se hará mención a los puntos argumentados por el disidente al comentar la sentencia.

3. Comentarios a la sentencia

3.1 Publicidad, transparencia y sus límites

En esta materia el Tribunal efectuó varias declaraciones que parece interesante destacar.

El Tribunal realizó una distinción entre publicidad y transparencia, fundada en la historia de la reforma constitucional de 2005 y en las opiniones de variada doctrina. Así, para el Tribunal, la publicidad implicaría dar a conocer los actos del Estado y la transparencia, los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos.

La norma constitucional, el artículo 8° de la Constitución, no parece ofrecer base para esta distinción, pues habla de publicidad aplicada a tanto los actos como a sus fundamentos y procedimientos. La referencia a la historia fidedigna de la reforma demuestra lo débil y a veces selectivo que puede ser este argumento de interpretación constitucional, pues la fuente de la historia de la norma que se emplea es la síntesis que hace el profesor Emilio Pfeffer⁴ de esa discusión, en la cual se muestra que los profesores Pantoja y Nogueira, al exponer ante la Comisión de Constitución, legislación y justicia del Senado, realizaron esa distinción. Pero no parece correcto confundir las opiniones expresadas en una comisión parlamentaria, sobre todo de personas que no son miembros de ese cuerpo, por muy ilustradas que sean, con la voluntad del constituyente. Como hemos discutido en otra ocasión,⁵ para poder emplear el argumento de la historia fidedigna –que no es otra cosa que discernir la voluntad del autor de la norma–, se requiere una indagación más exigente, que demuestre al menos un grado sustantivo de acuerdo entre los órganos que intervienen en la elaboración de ella; en este caso: ambas cámaras y el Ejecutivo. Mientras no se haga ese trabajo, por cierto más arduo, la cita a una

4 Pfeffer, Emilio, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes, debates, informes*, (Editorial Jurídica de Chile) 2005, pp. 28-29.

5 Vial, Tomás, “La ilegitimidad de la historia fidedigna de la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho*, 212, vol. I, año LXX, (Universidad de Concepción) 2002, p. 317.

determinada opinión externa al mismo constituyente o a la de uno de sus miembros aislados, expresada en el debate parlamentario, solo configura, en el mejor de los casos, una ficción de lo que sería la voluntad de este.

En su considerando 14°, el Tribunal reafirmó la conexión, hecha ya en la sentencia Rol 634, entre publicidad y régimen republicano y democrático establecido en el artículo 4° de la Constitución, citando para ello la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v. Chile*, que reconoció a nivel internacional el derecho de acceso a la información como un derecho humano. Esta cita no deja de ser algo sorprendente pues, cuando el Tribunal Constitucional falló en 2007, en su sentencia Rol 634, que la Constitución reconocía un derecho de acceso a la información implícito, no citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre los fundamentos para reconocerlo, siendo que el fallo de esta había sido dictado en 2006 y estaba en conocimiento del Tribunal. Es también interesante destacar que, en el mismo considerando, el Tribunal mencionó dos fundamentos adicionales del derecho de acceso a la información al relacionar democracia con la obligación al Estado de asegurar la participación en forma igualitaria, contenida en el artículo 1° inciso final de la Constitución, y con el derecho de petición, reconocido en el artículo 19 N° 14 de la misma Carta Fundamental.

La publicidad no se entiende como absoluta. El Tribunal, en su considerando 15°, menciona los límites dispuestos en el artículo 8°, señalando que esas disposiciones deben ser interpretadas restrictivamente, citando para ello la historia de la reforma. Sin embargo, nuevamente, el texto constitucional no parece dar pie para esta interpretación ni para la dada por el Ministro Carmona en su voto disidente, que sostiene que la publicidad estaría subordinada a los derechos de las personas (punto 13 del voto disidente), con lo cual estos pasarían a ser límites absolutos de aquella.

Consideramos que ni una ni otra alternativa son correctas constitucionalmente. Respecto a la interpretación restrictiva de los límites constitucionales contenida en el artículo 8°, tanto la publicidad como los derechos de las personas, la seguridad nacional y el interés nacional son bienes y principios constitucionales de los que no se puede predicar en abstracto una jerarquía o superioridad de unos sobre otros, siendo necesario dar una interpretación armónica y coherente de ellos, lo que, por cierto, implica que no poseen una ordenación. Adicionalmente, la única referencia que el Tribunal da para fundar su aserto es una cita a lo que el Senador Hernán Larraín expresara en la discusión de la reforma constitucional. Como indicábamos antes, no se puede

confundir la voluntad del constituyente con expresiones aisladas de uno u otro parlamentario.

En el fallo en comento (considerando 26°), y haciendo referencia al fallo rol 1365,⁶ el Tribunal afirma que la vida privada no puede pensarse en forma absoluta, pues los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos o extrínsecos. Si esto es así, no se puede hablar de límites de naturaleza constitucional a un derecho o principio constitucional que deban ser interpretados restrictivamente, pues esto supone que se le está dando primacía al derecho o principio restringido. Ante estas situaciones lo que corresponde, como en todos los casos de conflicto de normas constitucionales, es la ponderación.

Lo anterior no significa que la ley no pueda, en una situación o ámbito particular, darle preferencia a un principio o valor constitucional respecto a otros; para hacerlo se deben haber tomado en cuenta consideraciones fácticas, como la necesidad de proteger especialmente un valor en un contexto determinado. Ese es justamente el rol de la ley, aquello que la hace diferente de la Constitución y no una mera repetición de sus disposiciones. Por lo tanto, si a nivel constitucional todos los valores o derechos poseen *prima facie* una igualdad valórica, salvo que el constituyente expresamente haya preferido uno sobre otro, a nivel legal es perfectamente posible que la ley construya un sistema normativo donde exista una preferencia por un determinado derecho o valor, y que los límites al mismo, por consiguiente, puedan o deban ser interpretados restrictivamente. Este es, claramente, el caso de la Ley de Transparencia, pues resulta evidente que su propósito es establecer un régimen general de transparencia para el Estado, rompiendo la cultura histórica del secreto presente en aquel; para ello tuvo que darle una relevancia o peso especial.

La equivalencia de los valores constitucionales descarta también la postura del Ministro Carmona: pensar que la referencia del artículo 8° a los casos en que se puede establecer el secreto y reserva significa que ellos deban operar como límites absolutos a los cuales se subordinaría la publicidad.

3.2 Remuneraciones, vida privada y transparencia

El Tribunal, en este fallo, avanzó en ir perfilando el contenido del derecho a la

6 Fallo en el cual el Tribunal Constitucional resolvió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, 6°, 16, 17, 18 y 1° transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 19.970 que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

vida privada, cosa que continuará luego con el caso coetáneo sobre el registro de cibercafés (Rol 1894, del 12 de julio de 2011).

Al respecto, reiteró lo determinado en fallos anteriores: la privacidad está conectada con la dignidad de la persona y es base esencial para el libre desarrollo de la personalidad (citando sentencia Rol 389), definición que sin duda es tributaria de la jurisprudencia alemana.⁷ Precisa su contenido al indicar que se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrearán repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad (considerando 27°).

Luego, al señalar que la ley ha determinado que ciertos datos poseen una protección especial, afirmó que los datos sensibles que determina la Ley de Protección de Datos constituyen una intromisión en ese ámbito que, si no está bien regulada por la ley, puede lesionar la libertad del individuo en cualquiera de sus dimensiones: libertad de pensamiento, de expresión, ambulatoria, de asociación, etc. Esto es novedoso: el Tribunal no había sido con anterioridad tan claro en relacionar las clásicas libertades individuales con la privacidad (línea que continuaría luego en el fallo de cibercafés, antes mencionado).

El Tribunal, a continuación, afirmó que, incluso en esa esfera particularmente delicada, la ley puede autorizar un conocimiento parcial o completo de ciertos datos, como ocurre por ejemplo cuando está en juego la salud pública o en procesos de investigación o juzgamiento de delitos, en el marco de un justo y racional procedimiento. Con ello reiteró la idea que este derecho no puede ser entendido como absoluto (considerando 28°).

Luego señaló que las remuneraciones, si bien constituyen en principio un dato personal, no caben dentro de la categoría de información sensible especialmente protegida, aun cuando forman parte de la vida privada amparada por el artículo 19 N° 4° de la Constitución. De esta forma, el Tribunal incorporó expresamente las remuneraciones a ese ámbito, lo que es también novedoso.

Hecho lo anterior, entregó las justificaciones de porqué sería lícito revelar la información sobre las remuneraciones de los funcionarios de TVN, señalando que responde al principio de transparencia de la función pública, establecida por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto

7 Fallos de Microsensus, I BvL19/63 y Ley de Censo, I BvR 209, 269, 362, 440, 484/83 en Schwabe, Jürgen (compilador), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (Konrad Adenauer Stiftung) 2003, pp. 35-44.

funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social sancionada por ley (considerando 33°).

La exigencia de publicar sus remuneraciones implica la aplicación a estos funcionarios de un régimen no común a los demás empleados de TVN ni, por cierto, a los de otras empresas de televisión. Cabe preguntarse si acaso esta diferencia es constitucional. El Tribunal, como hemos visto, consideró que sí, pero no realizó un análisis ajustado a sus propios parámetros de cuándo corresponde decidir si acaso se da o no una diferencia arbitraria.

Al respecto, el profesor Jorge Correa ha sintetizado la más reciente jurisprudencia del Tribunal en esta materia⁸ señalando que, para el Tribunal, una diferencia no será arbitraria cuando cumpla con los siguientes cinco requisitos: a) que el trato diverso se justifique en la medida que las situaciones fácticas se diferencian por situaciones objetivas y relevantes; b) que la diferencia no se funde en un motivo de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importe un privilegio personal indebido; c) la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe corresponder a un motivo lícito; d) la distinción y el trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción; y e) la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en un sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe un trato diverso, los que deben ser tolerables a la luz de tal examen.

Apliquemos estos parámetros al caso en cuestión. Respecto a los requisitos contenidos en las letras a) y b), creemos que estos se cumplen cabalmente. La diferencia fáctica, el hecho de ser los funcionarios afectados empleados con cargos directivos de una empresa pública, es ciertamente un dato objetivo y relevante, y la norma no está contemplada, suponemos, con un ánimo de hostilidad hacia los empleados de las empresas públicas. Es también claro que los objetivos de transparencia y probidad son motivos constitucionalmente válidos, por lo que se cumple a cabalidad el requisito de la letra c).

El requisito de la letra d) parece algo más discutible pues, sin bien la publicidad de las remuneraciones de estos funcionarios es adecuada, es decir, sirve al propósito de la norma, el control de la probidad y del correcto funcionamiento de la empresa no parece que sea tan necesario, ya que esos objetivos son también obtenibles por otros medios menos gravosos a los funcionarios afectados, muchos de los cuales ya están presentes en la Ley de TVN, como el

⁸ Correa, Jorge, "Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?", en *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2011, p. 106.

control de la Contraloría General de la República y de la Superintendencia de Valores y Seguros.

El análisis final considera los costos y beneficios en este caso, en relación a los afectados por la diferencia y a los fines a los que sirve la norma. Por un lado, tenemos la afectación de la privacidad de empleados. Esta afectación es relevante pues las remuneraciones son sin duda un aspecto de la vida privada, aunque tampoco es de aquellos cuya revelación afecte gravemente la dignidad de la persona, su integridad o su libertad, que son los fines a los que sirve el derecho a la vida privada. De hecho, parece razonable presumir que la aplicación de la Ley de Transparencia y, antes, de las normas sobre declaración de intereses y patrimonio, que obligan a publicar las remuneraciones de cientos de miles de empleados públicos, no ha provocado los trastornos que se auguraban.

Por otro lado, tenemos los beneficios de la publicidad aplicada a estos empleados. Esta utilidad no parece ser muy sustantiva desde la perspectiva de los fines que sirve la ley, pues se puede estimar que el efectivo control social de la empresa y de la probidad son solo marginalmente favorecidos con la publicidad de las remuneraciones de estos ejecutivos: si bien desempeñaban importantes cargos, no se trataba de integrantes de su plana directiva, ni de su Director general, ni de miembros del Directorio. Si esto es así, y por cierto una más precisa consideración de los aspectos fácticos del caso puede llevar a otra conclusión, no parece proporcional la exigencia impuesta a estos funcionarios, por lo que se puede concluir que la aplicación de la Ley de Transparencia a ellos constituiría una discriminación arbitraria.

3.3 Infracción de la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución

Como hemos señalado, TVN alegó que la aplicación de la Ley de Transparencia constituía una infracción del artículo 19 N° 21 de la Constitución. Por su parte, el Consejo arguyó que el artículo 19 N° 21 establece derechos a favor de los particulares y no de las empresas del Estado, y que, si se pretendiera que la norma constitucional garantizara un régimen de igualdad con los entes privados, ello llevaría al absurdo de considerar inconstitucionales todas las normas de derecho público relativas a las empresas estatales.

El Tribunal afirmó que el Estado no puede imponer discriminaciones arbitrarias a los órganos públicos que actúan con personalidad jurídica propia y, en especial, a las empresas públicas, como ocurre con TVN (considerando 46°), pero consideró que se habían cumplido los requisitos establecidos en el mismo numeral en cuanto a quórum y la existencia de motivos justificados.

Como se aprecia, en esta materia existe entre los diversos actores una disputa sobre el correcto sentido de la garantía del artículo 19 N° 21 respecto a para quien se aplica y, luego, si en el caso en cuestión se han cumplido las exigencias constitucionales para un régimen diferenciado del común a los particulares.

Como argumentaremos más adelante, al comentar el fallo sobre la Universidad de Chile, estimamos que la garantía solo puede entenderse como reconociendo derechos y garantizándolos a las personas naturales y jurídicas privadas, y nunca a un ente estatal, aunque tenga personalidad jurídica propia, como las empresas del Estado.

Sin embargo, eso no es óbice para que se pueda revisar la constitucionalidad de las normas de la Ley de Transparencia aplicadas a TVN, no porque esta tenga un derecho constitucional a no ser tratada discriminatoriamente, sino porque ellas son exigencias de carácter objetivo respecto a la actividad económica del Estado y constituyen, como señala Eduardo Aldunate,⁹ normas que determinan materialmente la competencia del Estado. Es decir, con independencia del sujeto afectado o titular, ellas son exigencias que la Constitución hace a la labor del legislador, por lo que el análisis constitucional debe estar orientado a determinar si la ley, en este caso la Ley de Transparencia, cumple con ellas.

Al respecto, nuestra opinión es que sí. Claramente, la Ley de Transparencia fue votada con un quórum superior al exigido y estuvo claro (esta vez sí) en la historia y en el texto de la ley que se quería someter a las empresas públicas a un régimen de transparencia excepcional respecto al de las empresas privadas en razón de los motivos de probidad y transparencia, por lo que se dan los motivos calificados que exige la Constitución para hacer las diferencias con el régimen común a los particulares.

4. Fallo sobre la Universidad de Chile, Rol 1892, de 17 de noviembre de 2011

4.1 Argumento de los requirentes y requeridos

Esta causa se inició por la interposición de un recurso de inaplicabilidad presentado por el Rector de la Universidad de Chile (en adelante la Universidad) en contra de la aplicación de la Ley de Transparencia a esa institución. Las cir-

9 Aldunate, Eduardo, *Derechos fundamentales*, (Legal Publishing) 2008, p. 115.

cunstances que llevaron a la Universidad a llegar al Tribunal Constitucional se ocasionaron en la petición que formulara, en noviembre de 2009, Francisco Zambrano, un alumno de la Facultad de Derecho de esa casa de estudios, quien solicitó copia íntegra de las Actas de la Comisión Ad-Hoc del Claustro de esa Facultad y la nómina del personal que se desempeñaba en ella, con sus respectivas remuneraciones, beneficios, funciones, cargos, grados y fecha inicio de ella. La Facultad negó la información, por lo que el peticionario interpuso un amparo de acceso a la información ante el Consejo, organismo que, en abril del 2010, acogió el reclamo y requirió al Rector la entrega de la información solicitada. Ante esto, la Universidad interpuso reclamo de ilegalidad en la Corte de Apelaciones de Santiago, la que falló el 14 de diciembre de 2010 confirmando la resolución del Consejo para la Transparencia. Consecuentemente, la Universidad interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema. Fue esa gestión pendiente la que dio la oportunidad procesal para el recurso de inaplicabilidad en comento.

La Universidad objetó que se le aplicara la Ley de Transparencia por considerar que no es un órgano o servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa y, por tanto, no le es aplicable el inciso primero del artículo 2° de la Ley 20.285, que dispone que:

Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa,

La institución argumentó que ella es un órgano del Estado, pero no para el servicio público. Para ello alegó que posee su origen jurídico en varias disposiciones constitucionales que la diferenciarían de los servicios públicos, que poseen su base en el artículo 38 de la Constitución. Señaló además que ella es un tipo de grupo intermedio y autónomo, basándose para ello en la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 523, que declaró que las universidades, sean públicas o privadas, eran cuerpos intermedios contemplados dentro del inciso tercero del artículo 1° de la Constitución.

Alegó que la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, Ley 18.693, en su artículo 88, reconoce a las universidades estatales existentes al 31 de diciembre de 1981, las que conservarán su naturaleza de entidades autónomas. Para

la Universidad, esta autonomía implica que la Ley de Transparencia, una ley general que no se refiere expresamente a la Universidad de Chile, no le sería aplicable.

Agregó que la aplicación de la Ley de Transparencia vulnera la autonomía de la Universidad, pues infringiría su derecho a la autodeterminación informativa, en el marco del autogobierno.

También alegó que se ha afectado el principio de jurisdicción y competencia contenido en el artículo 76 de la Constitución, pues, al ser el Consejo un órgano que pretende ejercer jurisdicción respecto a la Universidad de Chile, se ha excedido en su competencia.

En la misma línea, argumentó que se ha violado el principio de legalidad y juridicidad contenidos en los artículos 6° y 7° de la Constitución, pues el Consejo no estaría facultado para conocer de los procedimientos de acceso a la información de una entidad como la Universidad de Chile, cuya información está amparada por su naturaleza de cuerpo intermedio.

Se afectaría también el derecho a no ser discriminado contenido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, pues se le ha aplicado la Ley de Transparencia por parte de la Corte de Apelaciones a entidades que son tratadas legalmente de forma diferenciada, tratándose como servicio público en virtud del inciso primero del artículo 2° de la Ley de Transparencia y no en razón de las normas propias que señala el inciso cuarto del mismo artículo 2°.

La parte demandante de la información, el señor Zambrano, hizo ver que la propia Universidad se hizo aplicable la Ley de Transparencia al negar la información en virtud de la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 1 letra b), es decir, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptadas, y que luego la misma entidad interpuso el recurso de ilegalidad antes la Corte de Apelaciones respectiva, contemplado en la normativa antes citada. Agregó que la Ley de Transparencia es plenamente aplicable a la Universidad de Chile, pues ella es parte de la Administración del Estado, tal como se aprecia de la expresa mención a las universidades estatales en los artículos 32 y 40 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, Ley 18.575. Argumentó también que la Universidad no se puede amparar en el estar contemplada en la norma del artículo 2°, inciso segundo, de la Ley de

Transparencia, que señala que los otros organismos del Estado se regirán por sus propias leyes orgánicas, pues la ley orgánica de la Universidad de Chile no contempla normas sobre el principio de publicidad, haciendo ver que, en materia de publicidad, en los casos en que los organismos del Estado se rigen únicamente por sus leyes orgánicas, la Ley de Transparencia expresamente las reformó. Agregó, finalmente, que tanto el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol 352, como la Contraloría General de la República, en numerosos dictámenes, han manifestado de modo invariable la calidad de servicio público de la Universidad.

El Consejo, en su respuesta, realizó las siguientes observaciones al requerimiento. Primero, señaló que, al realizar el Tribunal Constitucional su control preventivo y abstracto de las normas del artículo 2°, inciso primero, de la Ley de Transparencia, lo consideró constitucional, por lo que, de acuerdo a los artículos 51 y 84 de su Ley Orgánica Constitucional, no podría el Tribunal inaplicarlo en la gestión *sub lite*.

Segundo, argumentó que las universidades estatales tienen la naturaleza jurídica de un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, conforme se desprende con nitidez de los artículos 1°, número 5 y 2°, de la Ley de Transparencia, y de los artículos 1°, inciso segundo; 32 y 40, inciso tercero, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, a la que alude expresamente la Ley de Transparencia. Asimismo, el artículo 88 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza establece que las universidades estatales se regirán por las leyes que hagan referencia a ellas, entre las cuales se encuentra la Ley de Bases, que considera a las instituciones de educación superior de carácter estatal como integrantes de la Administración del Estado. Así, de acuerdo al Consejo, carece de fundamento lo dicho por el requirente en orden a que a las universidades estatales no les sería aplicable la Ley de Transparencia.

Agrega, citando la sentencia Rol N° 352 del Tribunal Constitucional, que declaró que la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación constituye un servicio público funcionalmente descentralizado, integrante de la Administración del Estado, y manifestó que ese razonamiento era plenamente aplicable a la Universidad de Chile. Y que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República también confirma el criterio seguido por el Consejo para la Transparencia y la Corte de Apelaciones de Santiago en cuanto a considerar a las universidades estatales dentro de la definición de órganos y servicios públicos del artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

Tercero, aduce el Consejo que la aplicación de la Ley de Transparencia no afecta la autonomía de la Universidad, ni la garantía constitucional de la libertad de enseñanza. Esto pues la autonomía académica, económica y administrativa de las universidades, consagrada en el artículo 104 de la Ley General de Educación y cuyo fundamento también se encuentra en el artículo 1° de la Constitución, como lo ha consignado el Tribunal en el fallo Rol N° 523, no se ve afectada por la instauración de un control heterónomo de la publicidad de sus actos (siguiendo lo dicho en el voto disidente de los Ministros Vodanovic y Correa en la sentencia Rol N° 1051). El Consejo hace ver que, si se entendiera la autonomía universitaria como pretende el actor, el Consejo para la Transparencia no podría tener competencia sobre ningún órgano autónomo, lo que se ve desvirtuado por el propio artículo 2° de la Ley de Transparencia que señala a las municipalidades como sujetos obligados, siendo órganos autónomos. Además, la autoridad universitaria podrá seguir adoptando libre y soberanamente sus decisiones y autorregularse, sin que el Consejo pueda intervenir en ello en forma previa, sino que en forma ex post y básicamente a petición de los ciudadanos y mediante el juicio de la opinión pública. Pero la autonomía no es absoluta ni puede implicar desvincular a un órgano autónomo del sometimiento a la Constitución y las leyes.

Cuarto, se indica que no existen argumentos jurídicos que permitan sostener que la Universidad de Chile queda excluida de la aplicación de la Ley de Transparencia, máxime cuando ella misma ha invocado las normas de esta ley (artículo 21, N° 1, letra b) para declarar la reserva temporal de la información que se le solicitó, y cuando utilizó los mecanismos de la misma ley (artículo 28) para impugnar ante la Corte de Apelaciones de Santiago la decisión de amparo adoptada por el Consejo para la Transparencia.

Finalmente, el Consejo argumentó que, si ninguna de las disposiciones de la Ley de Transparencia son aplicables a la Universidad de Chile, no se explica entonces por qué su Rector, al mismo tiempo que dicha ley entró en vigencia, dictó un Reglamento para regular la Transparencia de la Gestión y Acceso a la Información Pública de la Universidad. Agregó que, al igual como lo mencionó el señor Zambrano, este reglamento, establecido mediante decreto universitario, sería inconstitucional e ilegal, al establecer el propio Rector la posibilidad de reserva, en circunstancias que el artículo 8° de la Constitución exige que ello se establezca por ley de quórum calificado.

4.2. Análisis del Tribunal Constitucional

El Tribunal comenzó su argumentación observando que no es este el caso para apartarse del criterio sostenido por él mismo (citando Rol 39) respecto a que la Administración del Estado, mencionada tanto en el artículo 38 de la Constitución como en el artículo 1° de la ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, comprende, de manera amplia, a todos los órganos y servicios creados para la función administrativa del Estado, incluidas las universidades estatales (citando Rol 352).

Luego, en su considerando cuarto, el Tribunal afirmó que, asumida esta identidad de la Universidad de Chile como institución estatal con personalidad jurídica propia de derecho público, necesariamente debe subsumirse en algunas de las clases genéricas con que la Constitución concibe al Estado e integrar, por tanto, su Administración, habida cuenta que no cabe enmarcarla en el Poder Judicial ni en el Congreso Nacional, ni ha sido incorporada expresamente en el texto supremo en una categoría diferenciada, al modo del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional. Afirmó, a continuación, que la unanimidad de la jurisprudencia y la doctrina reconocen a la Universidad de Chile como un servicio público descentralizado correspondiente a la Administración del Estado.

Dicho esto, el Tribunal señaló que este está únicamente en condiciones de analizar si el cuerpo legal cuestionado vulnera la autonomía constitucional que la Universidad poseería, al amparo del los artículos 1°, inciso 3° de la Constitución y 19 N° 11 de la misma (considerando 6°).

4.2.1 Universidades estatales y principio de juridicidad

En esta materia, el Tribunal señaló que la autonomía académica, económica y administrativa que el estatuto orgánico de la Universidad establece, contenido en el artículos 1° a 7° del DFLN° 3 del Ministerio de Educación de 2006, aun cuando pudieran entenderse vinculadas de alguna manera a la libertad de enseñanza asegurada en el artículo 19 N° 11 de la Constitución (citando Rol 523), no permiten inferir la existencia de una autonomía constitucional de que serían titulares las universidades estatales ni faculta a suponer que habrían de regirse por un estatuto cerrado que, más allá del campo educativo, tendría que reservarles un régimen legal separado del resto de la Administración del Estado (considerando 8°).

4.2.2 Publicidad y autonomía normativa

El Tribunal analizó la pretensión de la Universidad de que ella tendría autonomía normativa para regular en su interior el principio de probidad, por lo que no le sería aplicable, entre otras razones, la Ley de Transparencia. El Tribunal recuerda que el artículo 8° de la Constitución señala que solo una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto de los actos de la Administración y que, por lo tanto, desde la publicación en el Diario Oficial de la Ley 20.050, ley de reforma constitucional que introdujo el actual texto del artículo 8°, cesó toda posibilidad de establecer o instituir esta materia por medio de decretos reglamentarios u otro tipo de actos administrativo general, lo que haría insostenible lo alegado por la Universidad de que ella podría regular por sí misma esta actividad. De acuerdo al Tribunal, esto equivaldría a postular que, respecto a ella, no operó la reforma constitucional antes vista (considerando 10°).

Agregó el Tribunal que la autonomía asignada a la Universidad para obrar dentro de su respectiva esfera de funciones legales no resulta inconciliable con sus deberes constitucionales de brindar acceso a la información pública que obre en su poder, al tenor exacto de la legislación vigente dictada conforme con la Constitución (considerando 11°).

4.2.3 Autonomía de gestión y Consejo para la Transparencia

El Tribunal afirmó que, en lo tocante a la situación de dependencia en que se encontraría la Universidad de Chile frente al Consejo para la Transparencia, se debe recordar que uno de los asertos más sólidos e indiscutidos que permite el derecho administrativo nacional es que autonomía y control no son términos antagónicos sino complementarios (considerando 12°). Es decir, el hecho de contar la Universidad de Chile con la facultad para ejecutar sus funciones administrativas con independencia y sin sujeción a la jerarquía del Jefe de Estado, excluye el control por parte de este, pero no obsta a otras modalidades determinadas de fiscalización, como la que ejerce el referido Consejo a efectos de velar para que se cumplan cabalmente las obligaciones que impone la Ley de Transparencia, según manifestara anteriormente el mismo Tribunal (citando Roles N°s 1.732 y 1.800, acumulados, considerando 19°).

Agregó el Tribunal que, al ser el Consejo un servicio autónomo afecto a las reglas y principios básicos que orienta a todas las instituciones de la Administración del Estado, este no detenta poderes omnímodos o ilimitados, y tampoco es capaz de autogenerarse atribuciones ni adoptar resoluciones sin control (considerando 14°).

Luego señaló, respecto a lo aseverado por la Universidad en cuanto a que el ejercicio de las atribuciones que la ley acuerda al Consejo para la Transparencia podría obstaculizar las funciones y hasta perjudicar la discreción con que deben realizarse sus labores de investigación, que se debe subrayar el criterio que manda conjugar las reglas vigentes de derecho constitucional, de modo que todas ellas sean eficaces y produzcan resultados. Esto significa, para el Tribunal, que el principio de publicidad no puede aplicarse a costa del principio de servicialidad del Estado a que hace mención el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución, y que lógicamente presupone la regularidad en sus operaciones. Para la Administración, ello se traduce en el deber de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente, según la Ley N° 18.575, artículo 3º, inciso primero.

Afirmó, entonces, que si no es posible equilibrar armónicamente ambos objetivos, igualmente deseables, el propio artículo 8º, inciso segundo, prevé que una ley de quórum calificado puede establecer el secreto o reserva respecto de ciertas materias administrativas “cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos” estatales (considerando 15º).

4.2.4 Conclusiones del Tribunal

Las consideraciones anteriores llevaron al Tribunal a concluir que:

1) La Universidad de Chile, sin perjuicio de regirse por las normas específicas que imperan en el campo de su especialidad, reúne para cualquier efecto legal todas las condiciones que permiten reconocerla como un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa estatal, alcanzándole, por ende, todas las normas constitucionales y legales que, al estatuir o desarrollar aquellos principios básicos atinentes al orden institucional de la República, deben acatarse unánimemente dentro de la Administración del Estado, con arreglo al principio de juridicidad recogido en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental.

2) Desde que entró en vigencia la reforma introducida por la Ley N° 20.050 al artículo 8º constitucional, con fuerza obligatoria directamente vinculante, ninguna autoridad administrativa pudo establecer como secretos o reservados los antecedentes a que ella se refiere y que existan en su poder, toda vez que esta determinación se radicó única, exclusiva y excluyentemente en leyes de quórum calificado.

Por consiguiente, fue esta Ley N° 20.050, y no su posterior inclusión en las normas de la Ley N° 20.285, la que privó a dicha casa de estudios superiores de toda opción para regular a través de decretos internos qué materias concernientes a ella se pueden divulgar o retraer del conocimiento público.

3) Contra lo que dice el recurso, no existe inconstitucionalidad de suyo por el hecho de que la Ley de Transparencia, aprobada por la Ley N° 20.285, haya incorporado en sus normas a los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, abarcando, de esta forma, a la Universidad de Chile, comoquiera que ello no significa privarla de alguna autonomía de índole constitucional que, en todo caso, únicamente puede desplegarse en el ámbito estrictamente educacional.

Sostener lo contrario, implicaría otorgar a ese plantel universitario un estatus constitucional propio de un poder separado de la Administración del Estado, del que carece, amén de reconocerle posesión sobre una capacidad reglamentaria absoluta e ilimitada, que tampoco le ha sido otorgada.

4) Tampoco dicho plantel universitario puede estimar lesionada su autonomía de gestión administrativa para adoptar independientemente las decisiones que corresponda dentro de su competencia y especialidad, por la circunstancia de quedar afecto a la fiscalización del Consejo para la Transparencia.

El eventual trastorno o peligro que la aplicación de esta ley pudiere ocasionar a la Universidad de Chile, a falta de mayores antecedentes, no puede ser considerado en esta oportunidad. Sin perjuicio de hacer notar, este Tribunal, los cauces institucionales que el ordenamiento vigente contempla a los efectos de resguardar la marcha normal de los servicios que componen la Administración del Estado.

5. Voto concurrente de los Ministros Marisol Peña, Francisco Fernández y Carlos Carmona

Los Ministros Marisol Peña, Francisco Fernández y Carlos Carmona concurrieron al fallo, estando por rechazar el requerimiento, pero estimando que el mismo debió ser declarado improcedente por las razones que se pasan a sintetizar:

Los Ministros concurrentes señalaron que el razonamiento de Universidad se construye sobre una secuencia argumental. El primer paso del razonamiento es afirmar que ella no se encuentra comprendida en los supuestos del artículo 2° de la Ley de Transparencia. Una vez establecido lo anterior, afirma que su inclusión en dicho marco jurídico viola la autonomía universitaria.

Ante esta argumentación se preguntan los concurrentes si este es un asunto de constitucionalidad. La pregunta es relevante, pues señalan que el Tribunal tiene una doctrina establecida en torno a que su competencia se limita solo a los vicios de constitucionalidad, no extendiéndose a los de legalidad (citando Rol 1295/2009, que a su vez cita otros fallos anteriores).

De los antecedentes aportados tras la admisibilidad inicial del caso, los concurrentes concluyen que la Universidad plantea un problema de legalidad. En primer lugar, porque no niega estar regida por el artículo 8° de la Constitución. Sostiene que las universidades estatales “son órganos que forman parte del Estado, pero no integran la denominada administración del Estado, en los términos establecidos y definidos en el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575” (fojas 12). “Al constituir la Universidad de Chile un órgano del Estado, no hay dudas que el principio de publicidad constitucional se le aplica” (fojas 26). Distinto hubiera sido que negara su aplicación, porque eso hubiere importado un desafío directo a un precepto constitucional.

En segundo lugar, porque lo que se plantea es un asunto de conflicto de leyes. La Universidad sostiene que, conforme a su Estatuto (artículo 10, DFL N° 3, del Ministerio de Educación, publicado en el Diario Oficial de 2 de octubre de 2007) y de acuerdo a lo establecido en el artículo 113 de la Ley General de Educación (DFL N° 2, del Ministerio de Educación, publicado en el Diario Oficial de 2 de julio de 2010), la aplicación a ella de normas como las contenidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado requiere que las mismas se refieran expresamente a la Universidad de Chile. Dicha ley, en su artículo 2°, que es la norma impugnada en estos autos, no la menciona. Solo se refiere a los “*órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*”. No obstante ello, sostiene, tanto el Consejo para la Transparencia como la Corte de Apelaciones, al resolver el reclamo de ilegalidad, consideraron que se le aplicaba dicha ley.

Agregan que dicho planteamiento es un caso típico de conflicto de leyes, pues implica decidir cuál es la norma que debe aplicarse para resolver el asunto controvertido. De hecho, parte central de la sentencia de la Corte de Apelaciones (considerandos 6° a 14°) se destinó a resolver si la Ley de Transparencia era o no aplicable a la Universidad, concluyendo (considerando 14°) que sí se le aplica. Por ende, afirman, no procede referirse a las alegaciones sobre una infracción de las normas constitucionales que la requirente estima colateralmente vulneradas, como son los artículos 6°, 7°, 19, N° 2°, y 76 de la

Constitución Política, toda vez que las infracciones aducidas dependen de la resolución del conflicto de legalidad planteado y no viceversa.

Por último, que si el legislador, en la norma impugnada, dentro de su ámbito de libre configuración, no menciona a la Universidad de Chile, y ello genera un problema de cómo se llena el vacío que se habría supuestamente generado, no es un problema de constitucionalidad, sino de estricta legalidad, que le corresponde resolver a otros órganos y no al Tribunal.

De esta forma concluyen que, por lo anterior, el requerimiento debe ser declarado improcedente por formular un conflicto de legalidad.

6. Comentarios a la Sentencia Rol 1892

En este caso se coincide plenamente con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en cuanto a que las normas de la Ley de Transparencia se aplican a la Universidad de Chile. La pretensión de que esta no sería un órgano parte de la Administración era simplemente insostenible a la luz del derecho público chileno.

Sin embargo, la sentencia y el voto concurrente presentan dos cuestiones interesantes de comentar, aunque en el contexto del presente artículo sin la profundidad que ameritan. Ellas son la idea de autonomía universitaria y la de titularidad de los derechos constitucionales.

6.1 Autonomía universitaria

Uno de los argumentos principales esgrimidos por la Universidad de Chile era que la aplicación de las normas de la Ley de Transparencia atentaban contra la autonomía universitaria asegurada constitucionalmente, afirmando ser un tipo de grupo intermedio y autónomo como los reconocidos en el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución, basándose para ello en la sentencia de Tribunal Constitucional, Rol 523, que declaró que las universidades, públicas o privadas, eran cuerpos intermedios.

Esa sentencia, de fecha 19 de junio del 2007, rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del texto completo del DFL N° 153 de 1981, del Ministerio de Educación, Estatuto de la Universidad de Chile. En esa ocasión el Tribunal se extendió largamente sobre la autonomía universitaria, haciéndola aplicable, sin distinción alguna, a instituciones privadas y públicas (considerando 12º), fundada en su calidad de cuerpos intermedios (considerandos 21º, 24º y 26º).

En la sentencia en comento, en cambio, luego de describir brevemente la naturaleza de órgano administrativo de la Universidad de Chile, el Tribunal señaló que esa calidad no permite inferir la existencia de una autonomía constitucional de la que serían titulares las universidades estatales (considerando 8°). Esta aseveración, realizada sin hacer mención a su anterior doctrina (¡pese a que se cita el fallo 523!), corrige el gravísimo error de atribuir a un órgano estatal la calidad de cuerpo intermedio, y más aun, de ser titular de un derecho constitucional como el de libertad de enseñanza, que había hecho, sin reflexión alguna sobre este punto y sus consecuencias, la sentencia Rol 523.¹⁰

El error era grave conceptualmente y serio en sus consecuencias. El error era grave porque implicaba entender que un órgano público, más aun, uno integrante de la Administración, que es creación de la ley con base en la Constitución, en su artículo 38, fuese producto de la libertad de asociación de los ciudadanos (¿de quienes?, podría uno preguntarse), que es lo que son los cuerpos intermedios, y por lo tanto titular de todas las libertades de aquellos en esta materia. Eso implicaba desconocer radicalmente la naturaleza de esas instituciones. El error era serio porque, de seguirse la lógica del Tribunal, esas instituciones poseían una voluntad propia independiente de la que el ordenamiento jurídico, de base legal, les había reconocido y, por lo tanto, dejaban de corresponder a la voluntad democrática expresada en el parlamento, que puede decidir, si así lo estima, regularlas, modificarlas, combinarlas, dividir las o, lisa y llanamente, eliminarlas.

Cosa distinta es que, desde el punto de vista del interés público, para que logren la finalidad que el legislador les dio, estas instituciones posean, como de hecho ocurre, una autonomía legal. Pero ella es de exclusiva configuración legal y no puede, por lo mismo, oponerse a los cambios que el mismo legislador efectúa.

6.2 Órganos estatales y titularidad de los derechos constitucionales

El posible realizar una reflexión similar respecto de un derecho constitucional como el de la libertad de enseñanza. Esta libertad se predica sin duda de los académicos, que, como personas naturales, son titulares de este derecho, de

¹⁰ Aseveración que también se repite en la sentencia Rol 410, del 14 de junio de 2004, fallando un requerimiento contra el proyecto de ley que modificaba el régimen de jornada escolar completa. Sobre esta materia ver comentario de mi autoría, “El fallo del Tribunal Constitucional sobre proyecto que modifica el régimen de jornada escolar completa y sus repercusiones respecto del derecho a la educación y la libertad de enseñanza”, en *Revista de Derechos del Niño*, 3 y 4, (Universidad Diego Portales) 2006, p. 291.

especial relevancia en el caso de la educación superior, pero no de la institución, porque ella es un órgano del Estado, sujeto estrictamente a las obligaciones y deberes que le confiere el ordenamiento jurídico.

Respecto a la titularidad de derechos constitucionales, hemos escrito en otra ocasión¹¹ que ellos solo pueden predicarse de las personas, en principio solo las naturales, y concordando plenamente con Eduardo Aldunate¹² respecto a que las personas jurídicas son titulares de esos derechos solo si tiene sentido que ellas lo sean de una forma diferenciada de los miembros que la componen.

Es claro que el Estado y sus órganos están al servicio de los derechos y que no puede concebirse a este como titular de aquellos. Pero no es tan clara, y lleva a veces a confusión, la titularidad de las llamadas personas de derecho público, es decir, aquellas que tienen personalidad jurídica por un acto del legislador directamente y no por la voluntad de los individuos. El profesor Aldunate señala que, en la doctrina comparada, se distingue entre personas jurídicas de derecho público que ejercen potestades públicas de las que no. Coincidimos con este autor que, respecto de las segundas, como lo son, por ejemplo, las iglesias, al amparo de la Ley 19.638 sobre Libertad de Cultos, sí podría estimarse que son titulares de aquellos derechos cuya naturaleza permita ser ejercido por una persona jurídica y también en aquellos casos en que la Constitución expresamente lo reconoce, como es el caso del artículo 19 número 6°.

Pero, respecto de las personas jurídicas de derecho público que ejercen potestades públicas, que no son sino emanación del poder estatal, aunque de una forma descentralizada, tales como las empresas públicas o las universidades estatales, no es concebible una titularidad de derechos fundamentales. Como señala Aldunate,¹³ es incompatible con el Estado de Derecho otorgar al Estado la posibilidad de atribuirse, a través de sus mismos órganos, facultades o ámbitos de protección que son innatos o consustanciales a los individuos.

De la misma forma que observábamos respecto a la autonomía, los derechos que poseen estas entidades son de naturaleza legal, no constitucional,¹⁴

11 *Ibíd.*, p. 290 y ss.

12 Aldunate, *op. cit.*, p. 156.

13 Aldunate, *op. cit.*, p. 158.

14 Y no se debe confundir derechos fundamentales con prerrogativas o poderes constitucionales, que los órganos con rango constitucional sí poseen.

y han sido entregados por el legislador para que el órgano pueda cumplir la función o propósito que se espera de él.

Bajo esta perspectiva, son constitucionalmente erróneos tanto los alegatos de Televisión Nacional, respecto a la infracción del artículo 19 N° 21 sobre no discriminación económica; de la Universidad de Chile, de infracción del artículo 19 N° 11 sobre libertad de enseñanza; y del propio Tribunal Constitucional respecto a que el Estado no puede imponer discriminaciones arbitrarias a los órganos públicos que actúan con personalidad jurídica propia y, en especial, a las empresas públicas, como ocurre con TVN (considerando 46° del fallo sobre Televisión Nacional).