

Informe en derecho:

Igualdad y acceso a la información de Televisión Nacional.

Jorge Correa Sutil

Diciembre de 2010.

Introducción

A. Objetivo

El Consejo para la Transparencia me ha pedido informar si las normas contenidas en los artículos décimo, letra h) y 33, letra b) del artículo primero, ambos de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, pueden producir efectos contrarios a la Constitución en caso de aplicarse al reclamo de ilegalidad que se tramita ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de ingreso N° 945-2010.

B. Antecedentes tenidos a la vista.

Televisión Nacional de Chile (en adelante TVN) ha solicitado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los dos preceptos legales referidos en el párrafo anterior, mediante requerimiento de 15 de agosto de 2010 (en adelante, el requerimiento), el que ha sido declarado admisible por el Excmo. Tribunal Constitucional (en adelante, también TC), el 22 de septiembre del mismo año.¹ Para emitir este informe, he tenido a la vista el requerimiento de inaplicabilidad recién mencionado; las decisiones de los reclamos R-12 y R-15 del Consejo para la Transparencia, de fechas 14 de agosto y 17 de septiembre de 2009; la decisión de las reposiciones presentadas en los reclamos R 12-09 y R-15-09, adoptado por el Consejo para la Transparencia en sesión de 23 de diciembre de 2009; el reclamo de ilegalidad interpuesto por TVN en contra de ellas, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 26 de febrero de 2010, así como copia simple del expediente Rol 945-2010 originado por esa acción, desde la foja 1 a la 265, que consiste –esta última- en una resolución de esa Corte de Apelaciones 26 de octubre de 2010.² Este reclamo de ilegalidad será denominado, en lo que sigue, como la gestión pendiente.

¹ Rol 1800 en el Tribunal Constitucional. Con fecha 29 de octubre de 2010, se decretaron los autos en relación y se ordenó acumular a la causa Rol 1732.

² No he tenido a la vista los informes en derecho de los profesores Enrique Silva Cimma y Mario Verdugo, que se acompañan en los numerales 3 y 4 de del reclamo de TVN, que se guardaron en custodia, según se consigna a fs. 66 de esos autos.

El artículo 33, letra b), contenido en el artículo primero de la Ley N° 20.285, precepto que establece la Ley de Transparencia, dispone:

“Artículo 33.- El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

...

b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.”.

Por su parte, el artículo décimo, letra h) de la Ley 20.285 prescribe:

Artículo décimo.- El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.

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 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.

Sostiene, en esencia, el requerimiento, que la infracción constitucional se produce al aplicarse el precepto recién transcrito a TVN, obligándola específicamente a publicitar la remuneración de sus

gerentes responsables de la dirección y administración de la Empresa.

C. Estructura del Informe.

Los apartados III y IV que siguen analizan si puede resultar contraria a la Carta Fundamental la aplicación de lo dispuesto en el artículo décimo, letra h) de la Ley N° 20.285, haciéndose cargo de las dos causales invocadas por TVN. Fundamentalmente lo que este requirente sostiene es que el aludido precepto legal produciría, en caso de aplicarse en la gestión pendiente, un efecto contrario a la igualdad de trato entre el Estado empresario y los particulares, consagrado en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental y a la igualdad ante la ley, asegurado en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Partiré, en el apartado III, por analizar y emitir opinión respecto de la segunda infracción que se alega, por tratarse de la más general y por estimar que buena parte de lo que se concluya respecto de esta igualdad, de carácter general, servirá de base para concluir también respecto de la primera alegación. En consecuencia, en el capítulo IV que le sigue, habrá de estudiarse la eventual infracción de lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

El Capítulo V siguiente se detiene en los posibles efectos contrarios a la Carta Fundamental que podrían producirse en caso de aplicarse en la gestión pendiente, lo dispuesto en el artículo 33, letra b) del artículo primero de la Ley N° 20.285.

El Capítulo VI contiene las conclusiones generales que se desprenden del informe.

Antes de iniciar el informe descrito, destinaré solo algunas líneas a resaltar una cuestión de la que este informe no se hará cargo; cual es la de los efectos de la declaración de constitucionalidad de los artículos 33, letra b) del artículo primero y décimo de la Ley N° 20.285 por parte del Tribunal Constitucional en control preventivo y abstracto.

En consecuencia, la estructura e índice del presente informe es el siguiente:

| | | |
|-------------|---|----|
| I. | Introducción | 2 |
| A. | Objetivo | 2 |
| B. | Antecedentes tenidos a la vista | 2 |
| C. | Estructura del Informe | 4 |
| II. | Declaración de Constitucionalidad del precepto legal que ahora se recurre de inaplicabilidad | 8 |
| III. | Los efectos que produciría la aplicación del artículo décimo, letra h), frente a la igualdad ante la Ley. | 10 |
| A. | Introducción y plan de este Capítulo. | 10 |
| B. | El entendimiento que el Tribunal Constitucional ha hecho de la igualdad ante la ley no impide hacer diferencias; sino que las permite y hasta las obliga, para así dar un trato legal diferenciado a situaciones distintas, a condición de que se cumplan algunos requisitos que se engloban en la exigencia de razonabilidad. | 10 |
| | a) Explicación de este criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional | 11 |
| | b) Verificación del criterio en examen en el caso que nos ocupa | 15 |
| C. | ¿Es razonable la diferencia hecha por el legislador? | 16 |
| | 1. Enunciación y examen del primer requisito para que una diferencia pueda juzgarse de razonable: el trato diverso sólo se justifica en la medida que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes | 16 |
| | 2. Enunciación y examen del segundo requisito: Para que la diferencia no sea arbitraria no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido. La diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados. | 31 |
| | 3. Enunciación y examen del tercer requisito: la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser lícita. | 35 |

| | | |
|------------|--|----|
| 4. | Enunciación y examen del cuarto requisito: para no ser considerada arbitraria, la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción. | 56 |
| 5. | Enunciación y examen de un quinto requisito: para ser razonable, la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables. | 66 |
| D. | Conclusiones de este apartado. | 75 |
| IV. | Análisis de la eventual infracción a lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. | 78 |
| A. | Presentación y orden de este capítulo. | 78 |
| B. | No cabe invocar la disposición constitucional del artículo 19 N° 21 en favor del Estado y contra el derecho de las personas. | 79 |
| 1. | El sentido literal y lógico del precepto constitucional es claro: en el no se establece una garantía a las empresas públicas, sino a los privados. La tesis contraria lleva además a resultados manifiestamente absurdos. | 80 |
| 2. | La historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional manifiesta claramente el entendimiento que venimos sosteniendo. | 84 |
| 3. | Lo que resulta decisivo, el Tribunal Constitucional ha entendido reiteradamente que la norma constitucional tiene por objeto proteger a los particulares en contra del Estado, y no viceversa | 85 |
| 4. | Los tribunales superiores de justicia de la judicatura ordinaria también entienden que la norma constitucional protege al particular en contra del Estado y no al revés. | 87 |
| 5. | La doctrina atribuye el mismo sentido a la norma constitucional que venimos analizando. | 88 |
| C. | A todo evento, en caso de estimarse que puede invocarse a favor del Estado la norma constitucional | 92 |

| | |
|--|----|
| en examen, ella no se haya infringida, pues la norma que se dice perjudica a una empresa estatal fue establecida en una ley aprobada con quórum de Ley Orgánica Constitucional y por motivos justificados. | |
| 1. La Ley 20.285 es una de quórum calificado | 92 |
| 2. La obligación especial de las empresas públicas consistente en la publicidad de la remuneración de sus gerentes se adoptó por razones justificadas. | 93 |
| D. Conclusiones de este capítulo. | 93 |
| V. Análisis de la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 33, letra b) del artículo primero de la Ley número 20.285. | 95 |
| VI. Conclusiones finales. | 99 |

I. Declaración de Constitucionalidad del precepto legal que ahora se recurre de inaplicabilidad.

Los preceptos legales impugnados de inaplicabilidad en esta causa, contenidos en los artículos 33, letra b) del artículo primero y en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, este último en cuanto regula las empresas públicas creadas por ley, fueron examinados de constitucionalidad en control preventivo y abstracto. Por sentencia de 10 de julio de 2008, dictada en la causa Rol 1051, el Tribunal Constitucional declaró, entre otros, que:

"2. QUE SON CONSTITUCIONALES LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO: Del ARTÍCULO PRIMERO –que aprueba la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado-, las siguientes normas:

...

- *artículo 33, letras a), b)..."*

Más adelante, en ese mismo numeral se declara también que son constitucionales:

"EI ARTÍCULO DÉCIMO, sólo en cuanto se refiere a las empresas públicas creadas por ley;".

El inciso segundo del artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

"Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva."

Por su parte, el artículo 84 de la misma ley dispone en su numeral 2 que:

Artículo 84. Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

...

2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;".

El presente informe no se hará cargo de estudiar si la declaración de constitucionalidad debiera producir algún efecto en la petición de inaplicabilidad referida y entrará derechamente a analizar si los preceptos legales impugnados pueden, en caso de aplicarse en la gestión pendiente, producir un efecto contrario a la Constitución.

II. Los efectos que produciría la aplicación del artículo décimo, letra h), frente a la igualdad ante la Ley.

A. Introducción y plan de este Capítulo.

La alegación planteada por la parte de TVN en el requerimiento se funda en la comparación entre Televisión Nacional y el resto de las empresas concesionarias de canales televisivos, para –desde esta perspectiva comparativa- argumentar que la obligación de publicitar los sueldos de sus gerentes, establecida en la norma impugnada, del artículo décimo, letra h), en cuanto resulta aplicable sólo a ese canal público, constituye una diferencia arbitraria, de aquellas prohibidas por la Carta Fundamental, por exigir a su parte revelar información confidencial y sensible de sus trabajadores, obligación que no se extiende a sus competidoras, lo que establece una discriminación que carece de fundamento razonable.

Para concluir si la obligación a la que la referida norma impugnada, en su aplicación en la gestión pendiente, somete a TVN vulnera o no el principio de igualdad ante la ley, o más propiamente de igualdad de la ley o en su contenido, examinaremos el significado que le ha dado a ese precepto constitucional una larga, sostenida y uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional e iremos revisando el modo en que la aplicación de la norma en cuestión respeta o vulnera cada una de las exigencias y componentes del precepto constitucional.

En esencia, esa jurisprudencia se compone de dos afirmaciones básicas: la primera es que al legislador no le queda prohibido hacer diferencias; la segunda es que no cualquier diferencia es constitucionalmente admisible, pues no lo son las que tienen carácter arbitrario. A determinar el alcance que la jurisprudencia del TC ha establecido para cada una de esas afirmaciones y luego a aplicarlas al caso que nos ocupa se destinan los apartados que siguen, agrupados en las letras B y C que siguen.

B. El entendimiento que el Tribunal Constitucional ha hecho de la igualdad ante la ley no impide hacer diferencias; sino que las permite y hasta las obliga, para así dar un trato legal diferenciado a situaciones distintas, a

condición de que se cumplan algunos requisitos que se engloban en la exigencia de razonabilidad.

a) Explicación de este criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

Ha sido larga, sostenida y uniforme la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece no sólo la facultad del legislador de hacer distinciones, si no su deber de hacerlo, desde que, en sentencia de 5 de abril de 1988, examinara y declarara inconstitucional un precepto del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, por establecer una misma e idéntica sanción de apremio para casos en que las personas se negaren a pagar una multa, cualquiera fuera su monto o la infracción que la hubiera originado. Según razonó el Tribunal en ese fallo, la igualdad asegurada en la Carta Fundamental prohibía atribuir la misma consecuencia jurídica a situaciones objetivamente diversas.

Dos son las ideas matrices contenidas en ese fallo primigenio que dio significado al principio de igualdad. La primera es que la Constitución no prohíbe hacer diferencias. El segundo es que la exigencia de la Carta Fundamental de que ellas no sean arbitrarias se satisface si las mismas pueden calificarse de razonables. En ambos casos, el Tribunal se valió de una cita del autor argentino Linares Quintana para explicar su alcance:

Respecto a que la igualdad no es absoluta y no impide hacer diferencia, si no que, por el contrario, exige a la ley que las haga para aquellos que se encuentran en situaciones diferentes, el Tribunal razonó así en el párrafo final del considerando 72° de ese fallo:

"De esta manera la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. "No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a la diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición..." (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia

del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo 4º, pág. 263)." (Énfasis añadido).

Sobre la base de esa cita y razonamiento, como se ha dicho, declaró inconstitucional un precepto que atribuía igual consecuencia a conductas diversas.³

Esta noción de que la Constitución no prohíbe al legislador hacer diferencias y que incluso le obliga a ello, ha sido reiterada con idénticas palabras, que se citan textualmente o con análogas que se parafrasean, en un número considerable de fallos. Así, a vía puramente ejemplar, ha ocurrido con las sentencias de las siguientes fechas y roles, en los considerandos que, en cada caso se indican:

- De 31 de julio de 1992, Rol 219, considerando 17º
- De 25 de octubre de 2007, Rol 707, la idea aparece supuesta en el considerando 11º.
- De 11 de diciembre de 2007, Rol 790, considerando 21º.
- De 20 de diciembre de 2007, Rol 784, considerando 19º.
- De 8 de enero de 2008, Rol 977, considerando 10º, aunque sin la cita de Linares Quintana.
- De 24 de enero de 2008, Rol 797, considerando 19º.
- De 31 de marzo de 2008, en la causa Rol 755, considerando 27º, luego reiterado, en casos análogos, roles 1138 y 1140 y en causa de inconstitucionalidad Rol 1254.
- De 6 de octubre de 2009, Rol 1295, la suponen los considerandos 104º y siguientes.
- De 28 de enero de 2010, Rol 1535, considerando 33º.
- De 3 de marzo de 2010, Rol 1298, implícita en el considerando 72º.

³ El razonamiento acerca de por qué el precepto era inconstitucional puede encontrarse en el considerando 73, que establece: "*73. Que el artículo 146 del proyecto, teniendo presente las consideraciones antes expuestas, vulnera el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental, por cuanto da un trato igual a situaciones desiguales, como lo demuestra el hecho de que una persona que sea condenada a cien unidades tributarias mensuales puede sufrir, por la vía de sustitución de la pena, treinta días de prisión y, en cambio, la persona que sea condenada a una unidad tributaria mensual sufre, por la vía sustitutiva, la misma pena de treinta días de prisión. Este trato igual para situaciones disímiles no resulta razonable, y como bien se ha dicho "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad".*

- De 8 de abril de 2010, Rol 1365, considerando 29°.
- De 17 de junio de 2010, Rol 1584, la supone a partir de los considerandos 19° y siguientes.
- De 7 de septiembre de 2010, Rol 1448, considerando 36°
- De 9 de septiembre de 2010, Rol 1502, considerando 11°.
- De 14 de septiembre de 2010, Rol 1414, considerando 14°.

La segunda idea matriz contenida en ese fallo es que no cualquier diferencia hecha por el legislador resulta aceptable para la Carta Fundamental. Citando nuevamente a Linares Quintana, el TC exigió que esa diferencias debían ser **razonables; concepto que aparece entonces opuesto a que la diferencia sea "arbitraria"**, que es lo prohibido por la Carta Fundamental, en el numeral 2° de su artículo 19.

Desde aquella sentencia, el análisis de los requisitos que debe cumplir una diferencia hecha por el legislador para no ser considerada arbitraria o pasar por el examen de razonabilidad, ha sido desarrollado en fallos sucesivos, entre los cuales están los antes citados, hasta constituir -particularmente a la luz de una secuencia jurisprudencial reciente una doctrina constante, que exige cinco requisitos para examinar la razonabilidad de la diferencia hecha por el legislador: 1. Que el trato diverso se justifica en la medida que las situaciones fácticas se diferencien por cuestiones objetivas y relevantes; 2) La exigencia de que la diferencia no se funde en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importe un favor o privilegio personal indebido; 3) que la finalidad que se persigue al hacer la diferencia sea lícita; 4) que la distinción y trato diverso establecido por la ley sea razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción, y 5) que la diferencia pase un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables a la luz de ese examen de proporcionalidad.

Sobre la base de afirmar la facultad y el deber del legislador de establecer consecuencias u obligaciones diversas para situaciones diferentes y someterlas al examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional ha estimado como no contrarias a la Carta Fundamental una multiplicidad de distinciones hechas por el

legislador: Así, por ejemplo, en la causa Rol 1414, ha rechazado impugnaciones en contra de la Ley de Quiebras, en cuanto autoriza, respecto de ciertos deudores, a declarar su quiebra sin necesidad de acreditar insolvencia. Con análogos criterios, en la causa Rol 1365, permitió aplicar la regla que exige sólo a los condenados por ciertos delitos graves, y no a otros, someterse a un registro genético o de ADN. Otro tanto hizo en la causa Rol 1448, al desechar requerimiento en contra de los distintos regímenes existentes en materia de recursos para impugnar distintas resoluciones del Tribunal de la Libre Competencia. De igual modo, en la causa Rol 1295, validó aplicar la existencia de obligaciones especiales para las Compañías de Seguro de proveer al financiamiento a Bomberos. De manera análoga, en la causa Rol 1584, no consideró que infringía la Carta Fundamental agravar las penas de algunos delitos por el resultado que en ellos se producía. También ha permitido aplicar una regla diversa y más severa de calcular la aplicación de penas en el caso de delitos reiterados en la justicia militar que en la civil, en la causa de Antuco, Rol 784. También lo consideró así al examinar, en la causa Rol 797, el hecho de que el legislador haya decidido sancionar algunos delitos (y no otros) como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa. En base a esos mismos criterios, en la causa Rol 977, consideró que se encontraban justificadas las diferencias hechas por el legislador en materia de excepciones oponibles por el ejecutado cuando se trataba del cobro de deudas previsionales, en relación a aquellas que pueden interponer otros ejecutados. También, en la causa Rol 707, validó aplicar las diferencias establecidas en el DL 2695 en materia de prescripción adquisitiva, que resultan especiales respecto de las generales del Código Civil, aunque no en el caso que esas diferencias no concurrieran en el caso. También rechazó la impugnación que se hacía a un proyecto de ley que sólo otorgaba reajustes a un tipo de pensiones y no a otro, en el Rol 219 de 1995. Validó también el Tribunal que se aplicara la regla que obliga sólo a los abogados, y no a otros profesionales a atender ciertos asuntos, aunque no a hacerlo gratuitamente, todo ello en las causas Rol 755, 1138 y 1140, y luego en examen abstracto de constitucionalidad en la causa Rol 1254. De igual modo, en la causa rol 790, declaró que resultaba posible aplicar la diferenciación hecha por el legislador al reajustar algunas pensiones y no otras. Son muchas entonces las diferencias hechas por el legislador que el Tribunal ha considerado que pueden aplicarse sin afectar el principio de igualdad ante la ley.

En cambio, otras diferencias no han pasado, en su aplicación práctica, el examen de ser suficientemente razonables. Así, por ejemplo, la diferencia establecida por el Código de Procedimiento Penal entre el Ministerio Público y otros intervinientes del proceso para impugnar ciertas resoluciones, en la causa Rol 1502. Igualmente y, como ya se ha referido, en 1988, declaró inconstitucional una norma que aplicaba la misma consecuencia a situaciones diversas.

b) Verificación del criterio en examen en el caso que nos ocupa.

La regla del artículo décimo, letra h), de la ley 20.285, que examinamos en este informe, obliga sólo a las empresas públicas creadas por ley o a aquellas en que el Estado tiene una participación decisiva, a mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, entre otros antecedentes, todas las remuneraciones percibidas en el año por diversas autoridades. En su aplicación al caso concreto y en lo que resulta impugnada, la norma obliga a Televisión Nacional de Chile a publicitar las remuneraciones percibidas en el año por cada gerente responsable de la dirección y administración superior de la empresa.

Si se compara a las empresas públicas, en este caso a TVN, con las empresas privadas con las cuales compite, la norma establece una diferencia, pues el resto de las estaciones televisivas, que no son ni empresas públicas ni sociedades anónimas abiertas, no están obligadas a transparentar esa información. Por las razones que ya se han dicho, la mera existencia de esa diferencia legal no vulnera la Carta Fundamental, pues ésta no obliga al legislador a no establecer diferencias e incluso lo obliga a hacerlas para dar trato diferenciado a quienes se encuentran en diversa condición.

En consecuencia, lo que cabe examinar es si la regla de publicidad en cuestión, aplicable sólo a las empresas públicas creadas por ley y a otras en que participa el Estado de manera decisiva, y en la especie a TVN, establece en contra de éstas una diferencia arbitraria o si, por el contrario, la diferencia debe estimarse como razonable.

Nos avocaremos a ello a continuación, revisando los cinco criterios ya descritos, para examinar la razonabilidad de la diferencia en examen.

C. ¿Es razonable la diferencia hecha por el legislador?

Tal como ha quedado anunciado, el Tribunal Constitucional ha sostenido de manera consistente y uniforme que una diferencia hecha por el legislador debe pasar los exámenes de ser objetiva, de no fundarse en propósitos de hostilidad o de indebido privilegio, de perseguir una finalidad lícita, de ser la diferenciación un medio adecuado y necesario para lograr ese fin lícito y de no dañar desproporcionadamente al grupo o persona distinguida por la norma. Justificaremos y explicaremos, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estos criterios y los aplicaremos al caso en examen.

1. Enunciación y examen del primer requisito para que una diferencia pueda juzgarse de razonable: el trato diverso sólo se justifica en la medida que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes.

a) Explicación del criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Para considerar que una diferencia de trato hecha por el legislador es razonable, el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias ha reiterado que la diferencia debe sustentarse en presupuestos objetivos. Al efecto, con frecuencia ha citado o referido jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania y España que así lo han establecido. El típico razonamiento con que se ha expuesto y reiterado esta exigencia puede leerse en el considerando 16° de la sentencia de 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414:

“DECIMOSEXTO: Que, por otro lado, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe

sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;"

La exigencia de objetividad o de presupuestos objetivos de la diferencia, no sólo aparece en la sentencia Rol 1414 transcrita y en los Roles 755 y 790, que ella cita, sino también es mencionada como exigencia, entre otras, en las siguientes sentencias dictadas en el año 2010: la de 9 de septiembre, Rol 1502, considerando 11⁴; en la de 8 de abril, dictada en la causa Rol 1365, considerando 33⁵ y en la de 28 de enero, dictada en la causa Rol 1535, considerando 35⁶. En varios otros fallos, como en el caso las sentencias de fechas 7 de septiembre de 2010, causa Rol 1448, de 17 de junio de 2010, Rol 1584 y otras que en ellas se citan se exige, en cambio, que los fines perseguidos

⁴ El párrafo segundo del considerando referido, en el que hemos destacado lo relativo a la objetividad, razona así: "*Se ha señalado asimismo que si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a **presupuestos objetivos**, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable (roles N°s 790, considerando vigesimosegundo; 1138, considerando trigesimoséptimo, y 1140, considerando trigesimoprimer, entre otras);*

⁵ El considerando contiene la exigencia en los términos que se destacan: "**TRIGESIMOTERCERO:** Que, además, los propósitos de política criminal que subyacen al sistema de registro de las huellas genéticas de las personas condenadas, de conformidad con la Ley N° 19.970, **resultan objetivos, alejando el temor de arbitrio de parte de la autoridad encargada de formarlo y mantenerlo.**

Se cumple, asimismo, desde este punto de vista, con otro de los criterios que este Tribunal ha fijado como decisivos para establecer si determinada hipótesis normativa importa una vulneración de la igualdad ante la ley. En efecto, recordando jurisprudencia emanada de los Tribunales Constitucionales español y alemán, ha fallado que "*si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, **ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.***" (Sentencia Rol N° 1.535, considerandos 35° y 37°);"

⁶ "**TRIGESIMOQUINTO.-** Que, por otro lado, como también lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, **ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;"**.

por la distinción sean objetivos, lo que será tratado en el numeral 3 que sigue.

En general, los fallos no explican lo que este requisito de objetividad agrega al de la razonabilidad. En sentencia de 8 de Enero de 2008, causa Rol 977, sin embargo, esa exigencia de objetividad se aplica, explicando que las distintas excepciones que el legislador había dispuesto podían oponerse en contra de las diversas clases de demandas ejecutivas eran objetivas pues se fundaban en la distinta naturaleza de los títulos ejecutivos a las que se oponían:

"Decimoprimer.- Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca. El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podría ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabría considerar la diferencia como arbitraria;".⁷

De la aplicación del criterio habido en el fallo recién citado, de los términos en que es generalmente expuesto, del hecho de presentarse como opuesto a lo arbitrario y del hecho de que la exigencia de objetividad se dirija a los presupuestos de la diferencia, debe necesariamente colegirse que lo que exige este requisito es que las situaciones a las que la ley atribuye consecuencias diversas o de las

⁷ En un voto de minoría dictado en la causa Rol 797, varios Ministros previnieron razonando acerca del cumplimiento del requisito de objetividad de un modo que hicieron equivalente a que la distinción no se fundara en características adscritas que los sujetos no podían alterar o en preferencias que resultaban lícitas y comprendidas en el ejercicio de la libertad. Esta exigencia será examinada en el numeral siguiente. Nos referimos al considerando 4° del voto particular de 3 Ministros en la causa referida, en la cual se razona así: "**CUARTO.** Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de **criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria**, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. **De ese modo, el trato diferente no depende de características personales como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional del sujeto activo o su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito;**".

que sigue consecuencias jurídicas dispares, sean fácticamente distinguibles, según características relevantes que resulten reconocibles por cualquier observador.

Así entendida la exigencia de objetividad en la diferenciación, ella aparece exigida y aplicada en otra serie de fallos. Nos referimos, por ejemplo, a lo que se razona en el considerando 72° de la sentencia de 3 de marzo de 2010, dictada en la causa Rol 1228, que, a su vez, hace alusión al considerando 11° de la sentencia Rol 707, ambas dictadas en casos en que se impugnó la aplicación de reglas contenidas en el DL 2.695 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz. En esos fallos, aparece claro que cabe exigir de un trato diverso hecho por el legislador, es que las situaciones que distingue lo sean fácticamente en propiedades relevantes, pues en ella, lo que se estima prohibido es **“el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que la justifique”**⁸.

Existen otras sentencias en que se destaca que la regla que establece la diferencia lo hace respecto de un universo de personas que pueden encontrarse en una misma situación y no respecto de individuos determinados. Así, por ejemplo, se destacó en el considerando 30° de la sentencia de 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, que la especial obligación de registro de huellas de ADN no se aplicaba a una persona en particular, si no a cualquier condenado por ciertos tipos de delitos. De manera análoga, en el considerando 104 de la sentencia de 6 de octubre de 2009, causa Rol 1295, el Tribunal

⁸ *“Además, para que se entienda infringida la igualdad no basta con que se introduzca una diferencia entre distintos sujetos imperados, sino que además es necesario que esa diferencia sea arbitraria, es decir, carente de una justificación razonable. Con ello, reiteramos la jurisprudencia de esta Magistratura según la cual “...considerada en abstracto, la especialidad de las normas sobre regularización de la posesión y adquisición de la propiedad de los bienes raíces contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, frente a las normas generales vigentes sobre la materia contenidas en el Código Civil, **no puede estimarse que introduzca una diferencia arbitraria que resulte contraria a la garantía de igualdad ante la ley asegurada actualmente en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, pues lo que la Constitución prohíbe es el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que la justifique, circunstancia que, en cambio, existe y fundamenta el sistema de posesión y adquisición del dominio de ciertos bienes raíces contenido en el Decreto Ley N° 2.695, de 1979;**” (STC rol N° 707, considerando 11);”.*

destacó que la obligación de financiar a Bomberos se imponía a toda una clase de empresas, como eran las Compañías de Seguro, sin excepción. El carácter general de la norma aparece destacada también, entre otras, en el considerando 27° de la sentencia de 31 de marzo de 2008, Rol 755.

b) Verificación de la exigencia en el caso que examinamos:

La exigencia de objetividad a que nos hemos referido se encuentra perfectamente satisfecha en el diverso trato que hace la norma que examinamos. Ella resulta exigible para una categoría o universo de empresas que tienen características diferenciadoras relevantes y reconocibles. En efecto, las empresas públicas que resultan obligadas por la exigencia de publicidad son –en lo que interesa- las creadas por ley, característica que ciertamente no es propia de las empresas privadas que, cualquiera sea su forma, nacen por convención de quienes se asocian. El cometido o finalidad de estas empresas creadas por ley es público, en primer lugar por estar determinado en sus respectivas leyes, las que limitan su quehacer sólo a lo que ella expresamente autoriza, cuestión en la que ciertamente difieren fácticamente de manera significativa de las empresas privadas, las que se crean para lograr un objeto social convencional, regido en principio, por la autonomía de la voluntad. El cometido de las empresas públicas es público también en un segundo sentido: su creación responde a un objetivo de interés social, para atender una necesidad pública y así hacer un determinado aporte al bien común, que el legislador considera necesario y que los particulares no pueden lograr; siendo, en consecuencia, de interés de todos que la empresa efectivamente lleve a cabo la finalidad para la que fue creada. En tercer lugar, estas empresas, a diferencia de las privadas son administradas por autoridades públicas. Al margen de las normas que regulen su relación laboral, las autoridades máximas de estas empresas públicas son designadas por autoridades políticas y asumen un cometido público. En razón de ello, están obligadas a velar por la eficiente e idónea administración de los bienes públicos y por el debido cumplimiento de la función pública, según lo determina el artículo 5° de la Ley de Bases de la Administración Pública. Es en razón de que realizan una función pública, cuya adecuada consecución interesa a toda la sociedad, que estas empresas se rigen por el principio de probidad, que deben ejercer sus funciones con

transparencia y que están sometidos a especiales obligaciones de publicidad, según determina el artículo 13 de la Misma Ley de Bases, el artículo décimo que ahora se ha impugnado y, desde luego el propio artículo 8° de la Carta Fundamental.

La diferencia entre empresas públicas creadas por ley y las privadas no es entonces arbitraria, en el primer sentido que examinamos, pues se funda en diferencias fácticas relevantes. En efecto, las diferencias entre ambos tipos de empresas no sólo son salientes y manifiestas, sino además la obligación especial de publicidad, como insistiremos con detalle más adelante, se establece precisamente a partir de que la administración y actos de estas empresas no se llevan a cabo en interés privado, si no público, existiendo, en consecuencia, interés público en conocer esos actos que administran un patrimonio que no es dominio privado y para el logro de objetivos que interesan a todos. El interés público puesto en la buena marcha de estas empresas públicas no se satisface entonces sólo con la designación de sus autoridades máximas, si no que éstas quedan obligadas por normas de derecho público, que no sólo disponen los fines de sus actos de administración, si no que someten a éstos a llevar a cabo su administración sujetos, entre otros, a los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia y probidad, y para asegurarse de que todo ello ocurra, particularmente la probidad, es que, además, quedan sujetos al principio de publicidad.⁹

La jurisprudencia y la doctrina han reconocido en múltiples oportunidades las relevantes diferencias entre empresas públicas y privadas, explicando la manera en que ellas justifican un trato diferenciado en materia de publicidad.

A vía ejemplar, cabe citar un fallo del año 2002, confirmado por la Corte de Santiago el año 2007 y luego también por la Corte Suprema de Justicia el año 2009.¹⁰ En esa causa, las sentencias rechazaron la

⁹ La sujeción a estos principios está establecida en múltiples normas; entre las que cabe destacar el artículo 3° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹⁰ El fallo de primera instancia es del 17° Juzgado Civil de Santiago, de fecha 13 de agosto de 2002, en la causa Rol 2161-1999. El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que lo confirma es de 28 de agosto de 2007, causa Rol 1027-2003. El de la Corte Suprema es de fecha 28 de mayo de 2009 y la causa en el máximo tribunal lleva el Rol 6585-07

pretensión del Banco del Estado de que, en acción de mera certeza, se declarara que estaba sometido a la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que consecuentemente, no podía la Cámara de Diputados exigirle la entrega de antecedentes vinculados a su gestión empresarial, ni la Contraloría sancionarla por el incumplimiento de enviarlos.¹¹ Tanto las peticiones como sus fundamentos guardan una clara analogía con la tesis sostenida por TVN en el requerimiento que motiva este informe. En ambos casos se discutía el deber de una empresa pública creada por ley de cumplir con normas de orden público que las obliga a entregar información, aunque en ese caso a la Cámara para que ejerciera acciones fiscalizadoras. En ambos casos la empresa estatal ha esgrimido su propia ley orgánica, las desventajas con que se la haría competir si se la obliga a publicitar y, como veremos, la infracción de normas constitucionales de igualdad. En el caso a que nos referimos, tanto el fallo de primera instancia como el de la Corte Suprema analizan con detalle todas las normas aplicables, para concluir, de manera contundente, que las empresas creadas por ley forman parte de la Administración del Estado y le son aplicables obligaciones propias del derecho público, aunque compitan con empresas del sector privado y realicen actos de comercio, sujetos a la legislación común.

Debe destacarse que el fallo de segunda instancia fue recurrido de casación por infracción de diversos preceptos legales y de los artículos 52, N° 1 y 19, N°21 de la Carta Fundamental. Al argumentar la infracción al último de los preceptos constitucionales referidos, el Banco Estado alegó que *“las Cámaras legislativas no pueden recabar del Banco del Estado de Chile informaciones que digan relación con*

¹¹ Ver considerando sexto del fallo de primera instancia que resume las peticiones del Banco. El considerando 7° del fallo de la Corte Suprema de fecha 28 de mayo de 2009, consigna así la pretensión del Banco en aquel juicio: **Séptimo:** *Que en el caso sub-lite, el Banco del Estado de Chile ha solicitado se declare que se encuentra sometido a la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que las normas generales y especiales aplicables al sector público, se le aplican sólo excepcionalmente. De esta manera, pretende con esta declaración que ni las Oficinas de Informaciones de la H. Cámara de Diputados, ni del H. Senado, puedan exigirle la entrega de antecedentes específicos vinculados a su gestión empresarial por exceder con ello, el ámbito de las atribuciones propias; asimismo, persigue que la Contraloría General de la República, no pueda exigir coercitivamente dicha información;”.*

su quehacer empresarial. Si se concluyera lo contrario, el Banco de Estado quedaría en situación de desmedro, lo que claramente infringiría, por falta de aplicación, el inciso segundo del N°21 del artículo 19 de la Constitución Política."¹² Resulta manifiesta la similitud de ese razonamiento con la tesis de TVN que este informe analiza. Ante este recurso y alegación, la Corte Suprema concluyó que el BancoEstado, en calidad de empresa pública creada por ley, está sometida a la fiscalización de la Cámara de Diputados y de la Contraloría General de la República, descartándose entonces que dar a una empresa pública un trato diverso a aquel a que quedan sometidas sus competidoras privadas sea inconstitucional, en razón de sus características como entes públicos que pertenecen a la Administración del Estado.

En el caso particular de TVN, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo de diciembre de 2009, que se encuentra actualmente recurrido de casación ante la Corte Suprema, ha establecido claramente que esa empresa televisiva forma parte de la Administración del Estado. En ese juicio, TVN accionó para que se declarara la nulidad de derecho público de una resolución de la Contraloría General de la República que impuso al presidente de su directorio una multa, como resultado del procedimiento administrativo iniciado a requerimiento de la Cámara de Diputados, ante su negativa a proporcionar a esa autoridad fiscalizadora ciertas actas de sus sesiones de directorio. La acción de TVN alegaba que ese órgano contralor carecía de atribuciones legales para fiscalizarla, por lo que se había vulnerado el artículo 7° de la Constitución.¹³ Al rechazar esa acción la Corte razonó, en primer lugar en su considerando 5° *"Que Televisión Nacional de Chile, es de acuerdo al artículo 1° de la ley 19.132, una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio. De este modo, Televisión Nacional de Chile forma parte de la Administración del Estado, conforme al inciso segundo del artículo 1° de la ley N°18.575."* A continuación y en ese mismo considerando, la Corte tiene presente los diversos artículos de la ley

¹² Así se cita en el considerando 2° del fallo que comentamos, que es de fecha 28 de mayo de 2009, dictado en la causa Rol 6585-07. La pretensión del Banco aparece más extensamente desarrollada en el considerando 7°.

¹³ Según se refiere en el considerando 1° del fallo de la Corte de Apelaciones de 9 de diciembre de 2009, dictado en la causa rol 6327-2007.

orgánica de TVN que la sujetan a un régimen y a una fiscalización análoga a las sociedades anónimas, lo que continúa en los considerandos 6º, 7º y 8º. Al concluir este último, razona la Corte que Televisión Nacional administra fondos públicos, en los siguientes términos: *“Lo anterior se ajusta en la especie, al antecedente corporativo de Televisión Nacional de Chile, desde que el artículo 1º de su estatuto legal dispone que es continuadora y sucesora de la empresa creada por la Ley 17.377 y el propio artículo 22 de dicho estatuto, da cuenta de que su patrimonio está constituido entre otros, por el patrimonio inicial determinado en el Balance General a que se refiere su artículo 6º transitorio, que establece precisamente, que el balance general que se practique debe ser enviado a la Contraloría General de la República.”*. A continuación, el considerando 10º destaca el interés público existente en el manejo de los fondos de TVN, en los siguientes términos: *“Décimo: Que el interés público comprometido se reafirma con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 19.123 en cuanto establece que las utilidades anuales que obtenga Televisión Nacional de Chile se traspasarán a rentas generales de la Nación, salvo que su Directorio acuerde retener parte de ellas.”*. Es de esa forma que, razonando en el considerando 13º la Corte de Apelaciones estima que la Contraloría General de la República y la Cámara de Diputados ejercen legítima fiscalización sobre TVN, resolviendo rechazar la acción de nulidad impetrada por esa estación televisiva pública. El fallo valida de esa manera la aplicación de normas de derecho público que exigen a TVN publicidad de sus actos –en la especie para fiscalización de la Cámara de Diputados– sobre la base de los rasgos de empresa pública de la entidad televisiva.

El fallo citado reconoce con total claridad entonces, el interés público que existe en la administración del patrimonio de TVN.

Si bien existe un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 1998 que sostuvo que la Contraloría no podía ejercer ciertas facultades fiscalizadoras sobre TVN,¹⁴ su no confirmación por la Corte Suprema y la sucesión de fallos posteriores que se han referido y citado en sentido contrario prueban el abandono de esa tesis, hacen que ella no sea sostenible como jurisprudencia, ni menos que pueda considerársele como la que hoy prima en nuestros tribunales ordinarios.

¹⁴ Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de septiembre de 1998, causa Rol 4.882-95.

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República es sostenida, uniforme y abundante en esta materia. Aún desde antes de la dictación de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Contraloría ha venido haciendo la distinción entre las empresas públicas creadas por ley y aquellas en que el Estado tiene participación y ha considerado a las primeras como entes públicos que forman parte de la Administración del Estado, que comparten una serie de características comunes con los restantes entes públicos, aunque actúen en la vida empresarial, realizando actos de comercio. Parte importante de esta muy abundante jurisprudencia administrativa ha surgido precisamente en casos en que se ha debatido las obligaciones de publicidad de esas empresas. Típicamente el Banco del Estado, CODELCO y TVN han resistido en muchas oportunidades la petición de antecedentes de la Cámara de Diputados, la que los ha solicitado en razón de sus facultades fiscalizadoras. Ante la negativa de remitir información, la Cámara, en razón de la Ley Orgánica del Congreso vigente entre 1990 y el año 2010, ha recurrido a la Contraloría pidiendo la aplicación de multas. Ante ese organismo, estas empresas públicas han sostenido que su carácter de empresas que compiten en el sector privado hace improcedente que sean sometidas a un trato fiscalizador más severo. El criterio de la Contraloría ha sido invariable, sosteniendo el carácter público de estas empresas, conforme a los rasgos diferenciadoras que las distinguen de su competencia. Ante esos dictámenes, típicamente estas empresas han recurrido a la justicia ordinaria, dando lugar a parte de la jurisprudencia judicial que hemos ya citado

A vía puramente ejemplar, se citan a continuación algunos párrafos de un dictamen de la Contraloría General de la República que da cuenta de cómo este órgano aprecia las sustanciales diferencias de las empresas públicas creadas por ley y como ello justifica su sumisión a obligaciones especiales y distintas a las que recaen sobre su competencia privada:

“...es preciso considerar que el artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N°18.575, [...] precisa claramente los órganos y entidades que la constituyen, estableciendo de manera expresa e inequívoca que las empresas públicas creadas por ley forman parte de la

Administración del Estado. Por consiguiente, dichas empresas [...] son los organismos públicos que conforman la Administración del Estado y, por ende, sus elementos integrantes –fines, recursos, personal y régimen jurídico– son, por cierto, de igual carácter, siendo dable anotar que resultaría un contrasentido pretender que en un organismo de naturaleza pública, sus bienes, capital o utilidades serían privados o los agentes encargados de la conducción y administración de la entidad serían trabajadores particulares”.¹⁵

En otro dictamen justificó precisamente que **“principios básicos de organización y funcionamiento de los entes públicos, tales como los de legalidad, competencia, probidad, transparencia, publicidad, que como es fácil advertir del solo enunciado de los mismos, ninguna entidad de la Administración del Estado podría estimarse marginada.”**¹⁶

En el caso específico de TVN, la Contraloría, ha concluido en reiteradas ocasiones que ella es una empresa pública y ha descartado expresamente que las referencias que hace su ley estatutaria le

¹⁵ Dictamen N° 016.164, de 6 de mayo de 1994, en Gaceta Jurídica N°167 (mayo 1994), p. 130.

¹⁶ Dictamen 21.763 de 3 de Mayo de 2004. El párrafo citado y uno que antecede razonan más extensamente del siguiente modo:

“En este sentido, y reiterando lo señalado en el dictamen cuestionado por Codelco - Chile, es preciso tener presente que la citada Ley N° 18.575, dentro del contexto fijado por la Ley Suprema y en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 38 de ésta, determina en forma clara los órganos y entidades que conforman la Administración del Estado, incluyendo expresamente a las empresas públicas creadas por ley, como es el caso de Codelco - Chile, conforme a lo establecido en su normativa orgánica, contenida en el decreto ley N° 1.350, de 1976 (Aplica dictámenes Nos. 16.164/1994, 28.226/1994 y 41.711 /1999).

(.....)

En este orden de ideas, cabe señalar que Codelco - Chile, por ser empresa pública creada por ley, integra la Administración del Estado y se encuentra plenamente afecta a las disposiciones del Título I de esa ley, siendo oportuno agregar que éste tiene por objeto consagrar principios básicos de organización y funcionamiento de los entes públicos, tales como los de legalidad, competencia, probidad, transparencia, publicidad, que como es fácil advertir del solo enunciado de los mismos, ninguna entidad de la Administración del Estado podría estimarse marginada.”

permitan sustraerse de sus deberes propios de empresa pública.¹⁷ La mayoría de esos dictámenes se han dictado para reiterar la obligación de TVN de someterse a la fiscalización de la Cámara, como ocurre en el caso que ahora citamos:

*"Sobre el particular debe anotarse que tanto la jurisprudencia administrativa como judicial han sostenido reiteradamente que la obligación de proporcionar informes y antecedentes específicos que sean solicitados por las Cámaras y el procedimiento previsto en esas normas de Ley N° 18.918, son aplicables a las empresas públicas como Codelco, el Banco del Estado, **la propia Televisión Nacional** e incluso a entidades con autonomía de rango constitucional como el Banco Central de Chile, **por tratarse de organismos integrantes de la Administración del Estado, condición que no se ve alterada por la circunstancia de que los estatutos orgánicos de tales entidades señalen que no les serán aplicables las normas del sector público o que rigen a las empresas del Estado a menos que se mencione expresamente que las afectan, porque tales prescripciones no alteran su naturaleza jurídica de empresa pública, y su alcance debe ser determinado en función de sus precisos términos.***

En este sentido, el citado artículo 35 determina que Televisión Nacional de Chile "se regirá exclusivamente por las normas de esta ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas". Agrega que, en consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, "las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado", a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa.

*Como puede apreciarse, de lo que Televisión Nacional de Chile está excluida por expreso mandato de la ley es de las disposiciones que rigen o rijan a las empresas del Estado, pero **ello no significa que esté al margen de la normativa de Derecho Público que atendida su naturaleza jurídica de empresa pública íntegramente de la Administración del Estado, pueda resultarle aplicable.**"¹⁸*

¹⁷ Además del dictamen que se cita a continuación en el texto, puede mencionarse los dictámenes números 37.830, de 16 de agosto de 2005; 3.456 de 1994, y 44.936 y 49.922 de 1999.

¹⁸ Dictamen 28.295 de 20 de Junio de 2006.

La doctrina no es menos rica en señalar las características objetivas que permiten distinguir las empresas públicas creadas por ley. Así, por ejemplo, Iván Aróstica enseña lo siguiente respecto de las empresas públicas:

“Dicho lo anterior, es necesario acotar ahora que, por aplicación del principio de especialidad, son las “empresas públicas creadas por ley” aquellas entidades de que se vale de ordinario el Estado para desarrollar actividades empresariales y, de este modo, satisfacer una determinada necesidad pública.

Por lo tanto –agrega este autor–:

Estas empresas son personas jurídicas de derecho público, desde el momento en que han sido creadas por ley, acorde con el ordenamiento jurídico vigente, en particular el art. 62 inc. 4 N°2 de la Constitución.

En consideración a su objeto o giro empresarial, ese estatuto orgánico debe contenerse en una ley de quórum calificado, al tenor del art. 19 N°21 inciso 2° de la misma Carta. Por eso, tanto el Tribunal Constitucional como la Contraloría General han precisado que toda medida que incida en aspectos esenciales referidos al objeto, organización, funcionamiento y atribuciones de una empresa estatal, sólo puede disponerse por una ley de ese rango.

Y de lo dicho se sigue que las empresas públicas forman parte de la Administración del Estado, pues así las incluyen los arts. 1° inciso 2° y 18 inciso 2° de la ley 18.575.

Se concluye forzosamente de lo anterior que las empresas públicas no mudan nunca su naturaleza de personas jurídicas de derecho público, la que permanece siempre inalterable. En otras palabras, no se desdoblan a la manera de la hoy superada “teoría de la doble personalidad del Estado”.

Y como las empresas públicas no modifican su condición de tales por el hecho de someterse “a la legislación común aplicable a los particulares”, esta remisión del art. 19 N°21 inciso 2° de la Constitución únicamente puede tener cabida y cobrar sentido en dos órdenes de materias. ...”.¹⁹

¹⁹ Derecho Administrativo Económico. Libre Iniciativa Privada y Actividad Empresarial del Estado. Iván Aróstica Maldonado, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, Primera Edición, agosto 2001, páginas 109 y 110. En sentido

Más adelante, el mismo autor destaca que el hecho de regirse los actos externos de estas empresas por el derecho común, no les permite alegar que su regulación interna también debe regirse por el derecho privado:

“Acontece entonces que como sólo “esas actividades” empresariales, únicamente esos actos comerciales o industriales específicos deben encuadrarse dentro de la legislación común, cualquier otro vínculo ad extra no coligado a estas materias, como asimismo en lo coligado a estas materias, como asimismo en lo tocante a su organización y funcionamiento ad intra, en su régimen de bienes y de personal, la preceptiva natural de las empresas públicas será, por regla general, de derecho público.”.²⁰

TVN está sujeta al estatuto que acabamos de reseñar. Desde luego, fue creada por la Ley 19.132;²¹ su objeto se encuentra determinado precisamente en la ley,²² y aunque a ese cometido la Ley agregue que TVN *“podrá realizar todas las actividades propias de una concesionaria de servicios de televisión constituida como persona jurídica de derecho privado, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones.”*, ese agregado no la hace equivalente a las otras concesionarias de televisión, pues fue creada por Ley para llevar a cabo una función pública. El propósito público de TVN se expresa en la historia fidedigna de su establecimiento, manifestándose, según los legisladores, en sus objetivos de cobertura nacional, pluralismo, integración social, seguridad nacional y otros.²³ De hecho, y

análogo, el mismo autor en Empresas Públicas y sociedades del Estado. UFT 3 (1999).

²⁰ Iván Aróstica. Op. Cit. En nota anterior, páginas 111 y 112.

²¹ El inciso primero del artículo 1° de esa Ley dispone: *“Artículo 1°.- Televisión Nacional de Chile es una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio. Para todo efecto legal, es la continuadora y sucesora de la empresa, de igual denominación, creada por la ley N° 17.377.*

²² El inciso primero del artículo 2° de la Ley 19.132 dispone: *“Artículo 2°.- Su objeto es establecer, operar y explotar servicios de televisión.*

²³ Así, por ejemplo, se manifiesta en las siguientes opiniones expresadas por las autoridades que intervinieron en su creación:

conforme a su ley orgánica, TVN no sólo debe *“sujetarse estrictamente al “correcto funcionamiento” que define el inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión.”*,²⁴ si no que además, y a diferencia, de su competencia privada, queda especialmente obligada por la finalidad pública del pluralismo y la objetividad, al disponer el inciso segundo de su artículo 3° que *“El pluralismo y la objetividad deberán manifestarse en toda su programación y, muy especialmente, en los noticieros, programas de análisis o debate político.”*^{25, 26} Si bien el patrimonio de TVN le es propio, éste no es privado si no público. No sólo se constituyó con bienes provenientes de otra empresa del

-
- *“Agrega, el Ejecutivo, que entre los objetivos de servicio público que debe cumplir la empresa se destaca el alcance nacional de su red de estaciones o canales de televisión que debe permitir a todos los habitantes del país la posibilidad de disponer de, al menos, un servicio de televisión.”* (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones, Senado, Segundo Trámite P. 5).
 - *“El señor PÁEZ.— (...)En lo que respecta al papel del Estado —que es la materia propia de la iniciativa en debate—, es preciso comenzar por especificar que el sentido o carácter básico de una empresa pública de televisión es servir los intereses de la comunidad, lo que cumple a través del alcance nacional de su red de estaciones o canales de televisión, que permiten a todos los habitantes de la República disponer de, al menos, un servicio de televisión. Este propósito se vincula con la necesidad de integración nacional y es un componente de la seguridad nacional en zonas fronterizas o lugares aislados del territorio.”* (Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 323ª, Sesión 30ª, en martes 7 de enero de 1992, Segundo Trámite Constitucional, se aprueba en general y particular, P. 45).

²⁴ Inciso primero del artículo 3° de la Ley 19.132.

²⁵ *“El voto de mayoría dejó constancia expresa de que el pluralismo, no sólo político sino también religioso, étnico, la diversidad de sexo, etc. tiene que darse fundamentalmente en un canal del cual todos los chilenos son dueños.*

Se manifestó que en una ley específica como ésta era conveniente enfatizar la obligación de respetar el pluralismo y también dejar estipulado que el Gobierno y la oposición deberán tener trato igualitario.” (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones, Senado, Segundo Trámite P. 17).

²⁶ Decimos especialmente obligada, pues las empresas de la competencia no quedan regida por la norma transcrita, aunque sí por el deber común de transmitir la llamada “franja electoral”, en periodos de campaña política y por una norma de carácter más general e inespecífica contenida en el inciso final del artículo 1° de la Ley N° 18.838, que dispone que *“Se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico.”*

Estado, de la que fue su continuadora legal, si no que, además, en caso de disolverse, su patrimonio se integra al del Fisco²⁷ y, más importante, su Ley orgánica le permitió usar de bienes públicos para llevar a cabo su tarea,²⁸ y sus utilidades deben, salvo acuerdo en contrario, adoptado por especial quórum, ir a rentas generales de la Nación.²⁹

En consecuencia, las empresas públicas creadas por ley, obligadas por el precepto impugnado, constituyen una categoría compuesta por un número indeterminado, aunque finito de entes;³⁰ que, además de la publicidad de sus actos que aquí se analiza, la ley ha diferenciado de otras empresas sobre la base de varios y diversos criterios objetivos y reconocibles por la razón.

En consecuencia, el artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información Pública, en cuanto obliga sólo a unas empresas y no a otras, lo hizo sobre la base de un criterio objetivo, fundado en características salientes y relevantes propias sólo de las empresas públicas creadas por ley, como es el caso de TVN, o de aquellas en que el Estado participa de manera decisiva.

2. Enunciación y examen del segundo requisito: Para que la diferencia no sea arbitraria no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido. La

²⁷ El inciso primero del artículo 22 de la Ley 19.132 y el artículo 23 establecen:
Artículo 22.- El patrimonio inicial de Televisión Nacional de Chile, al momento de entrar en vigencia esta ley, estará constituido por la totalidad de los activos y pasivos de la empresa del mismo nombre creada por la ley N° 17.377, determinados en el balance General a que se refiere el artículo 6° transitorio.

...

Artículo 23.- Al término de la empresa, su patrimonio pasará al Fisco de Chile, con beneficio de inventario.

²⁸ Enumerados en el artículo 7° transitorio. Consisten fundamentalmente en estaciones transmisoras y repetidoras

²⁹ "Artículo 26.- *Las utilidades anuales que obtenga Televisión Nacional de Chile se traspasarán a rentas generales de la Nación, salvo que su Directorio, con el voto favorable de no menos de cinco de sus miembros, acuerde retener todo parte de ellas, como reserva de capital.*"

³⁰ Ya que siempre podrá la ley crear nuevas o suprimir las existentes.

diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados.

a) Enunciación del requisito referido, conforme lo establece la jurisprudencia del TC.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció, hace ya largo tiempo, que la diferencia que se hace en virtud de la raza o el color de la piel de determinados grupos resulta sospechosa y debe ser sometida a un escrutinio de razonabilidad especialmente severo, criterio que ha aplicado luego a otras categorías de personas, especialmente los llamados grupos vulnerables de la sociedad, aquellos que típicamente son objeto de prejuicios sociales que los aíslan.³¹

Siguiendo esta misma noción, diversos tratados internacionales han prohibido discriminar a las personas en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. De ese modo, la ley puede hacer diferencias en base a esos criterios, pero el goce de los derechos queda garantizado con independencia de esos rasgos adscritos que la persona no escoge o de las opciones que forman parte de su libertad personal.

Como quiera que se enuncie este principio, es común acervo jurídico de la humanidad que las diferencias legales que se fundan en esas características adscritas y opciones personales legítimas resultan sospechosas de ser producto de prejuicios hostiles hacia grupos o personas distintas a aquellas que ostentan posiciones dominantes, tienden a hacer perdurar situaciones de privilegio injustificables desde el punto de la igual dignidad de toda persona y resultan, a lo menos, sospechosas de carecer de la suficiente razonabilidad, o, lo que es lo mismo, de ser arbitrarias.

³¹ La jurisprudencia puede ser consultada en cualquiera de los libros de casos de Derecho Constitucional, bajo el título de igualdad ante la ley. Para un análisis ya clásico de la misma, puede consultarse el libro de John H. Ely: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, varias reimpressiones.

El Tribunal Constitucional chileno ha recogido esta misma noción, como un componente de las diferencias razonables. Típicamente la ha formulado citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional español; el que, a su vez la ha extraído de su par alemán. Así, a vía ejemplar, en el considerando 15° de la sentencia de 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, el Tribunal Constitucional, citando una sentencia de 30 de enero de 2008, razonó:

“DECIMOQUINTO: *Que, como lo ha anotado esta Magistratura, “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol N° 986/2008); (énfasis añadido).*

La misma idea no sólo se repite en la sentencia citada y en aquella a la que ésta hace referencia. También se contiene, con expresa alusión a la jurisprudencia española y alemana, en razonamientos tales como los contenidos en los considerandos 29° de la sentencia de 8 de abril de 2010, dictada en la causa Rol 1365; el considerando 34° de la sentencia de 28 de enero de 2010, dictada en la causa Rol 1535; en el considerando 28° de la sentencia de 31 de marzo de 2008, dictada en la causa Rol 755, que luego se reiterara en otras análogas, como lo fueron las dictadas en las causas Roles 1138, 1140 y 1254. Entre otras, en la primera de las sentencias citadas en este párrafo, y refiriendo jurisprudencia española, se hace alusión a que los criterios diferenciadores no pueden fundarse en diferencias de hecho injustificables desde el punto de vista de juicios de valor socialmente dominantes. La frase que se repite en varios fallos es la siguiente:

“De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o

diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987); (el destacado es nuestro).

b) El precepto en examen satisface este requisito.

El artículo décimo, letra h) de la Ley de Acceso a la Información Pública no contraviene, ni en abstracto, ni en su aplicación al caso concreto el requisito en examen. En efecto, según analizaremos en detalle en el punto siguiente, la finalidad perseguida en la norma no se funda en hostilidad hacia determinado grupo vulnerable, no se funda en características adscritas o en preferencias personales que respondan a la libertad personal, ni persigue perpetuar privilegios indebidos.

Tal como la norma enuncia en su contenido, la obligación de transparentar antecedentes remunerativos de ciertos gerentes se aplica, entre otras y en lo que importa, a todas las empresas públicas creadas por ley. A análoga obligación de publicitar remuneraciones, sólo que aplicable a un universo mayor de sus dependientes, se encuentra sujeto todo órgano de la Administración del Estado, según dispone la letra d) del artículo 7° de la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado.³² Antes de analizar los fines perseguidos por la norma en examen, lo que haremos en el número siguiente, baste con enunciar, en este punto la afirmación obvia, que no requiere fundarse para producir convicción, que las empresas públicas creadas por ley no conforman una categoría que se haga en razón de la raza, color, origen, nacimiento, condición social u otra característica adscrita de esa categoría de empresas. Tampoco se es empresa del Estado por

³² “Artículo 7°.- Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes:

...

d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones.

una opción personal nacida del ejercicio de una libertad individual. La categoría tampoco constituye un grupo vulnerable que sea objeto de prejuicios hostiles en la sociedad chilena, ni las que no están en esa categoría gozan de privilegios indebidos. Tampoco la clasificación responde a criterios contrarios a valores éticos del sistema jurídico chileno o de los dominantes en la sociedad chilena.

3. Enunciación y examen del tercer requisito: la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser lícita.

a) Enunciación del requisito conforme lo ha formulado la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional chileno, siguiendo en esto una tendencia prácticamente universal en los países que cuentan con sistemas de control constitucional de la ley, somete las diferencias de trato que ella hace a un examen de proporcionalidad. La categoría tiene raíces históricas antiguas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y ha sido modernamente formulada por Robert Alexy,³³ al sistematizar criterios aplicados por el Tribunal Constitucional alemán en la segunda mitad del siglo pasado. Entre nosotros, el pensamiento de este jurista ha sido divulgado principalmente a través de las traducciones de su obra y de los múltiples artículos de divulgación hechos por el colombiano Carlos Bernal Pulido. Un primer requisito de ese juicio de proporcionalidad, exige que la finalidad perseguida al hacer la diferencia (o al limitar el ejercicio de un derecho) persiga una finalidad jurídicamente lícita, licitud que se juzga típicamente a la luz de los principios y valores del derecho, partiendo por los consagrados por la propia Carta Fundamental.³⁴ De ese modo, se tolera que la ley haga una diferencia o limite el ejercicio de un derecho, a condición que se persiga una finalidad que pueda juzgarse como valiosa a la luz de la misma Carta Fundamental.

³³ Principalmente en su libro "Teoría de los Derechos Fundamentales" y "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". Ambos textos han sido traducidos y presentados por Carlos Bernal Pulido. Se encuentran publicados, en varias ediciones por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

³⁴ La exigencia ha sido también fraseada como fines "constitucionalmente válidos" en sentencias como la de 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, considerando 19°.

La exigencia de que la diferenciación deba perseguir una finalidad lícita o constitucionalmente válida aparece en prácticamente todas las sentencias dictadas a partir del año 2006, en que el Tribunal Constitucional chileno ha debido explicar y aplicar el principio de igualdad. Al formularla, el Tribunal ha reconocido con frecuencia traerla de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que a su vez la ha traído de la jurisprudencia alemana. Así, por ejemplo, y fundándose en varias sentencias anteriores que cita, la de 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, la ha formulado así en su considerando 17°:

DECIMOSÉPTIMO: *Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone **analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos.** De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados;". (Énfasis añadido).*

La expresa referencia y cita de sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español, para invocar esta misma exigencia de finalidad constitucionalmente lícita o válida, puede, por ejemplo, encontrarse en el considerando 20° de la sentencia de 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584, en que se destaca como una exigencia no única:

VIGÉSIMO: *Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que "para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además ... (Sentencias 76/1990 y 253/2004);".*

En otros considerandos el mismo Tribunal, en un estándar que parece ser algo menos exigente, ha dicho que la finalidad debe ser "tolerable"³⁵, "razonable"³⁶, "avanzar en la consecución de objetivos

³⁵ Así aparece formulado en el considerando 11° de la sentencia de 9 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1502.

³⁶ Considerando 41° de la sentencia de 31 de marzo de 2008, rol 755.

admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales o expresamente incluidos en ellas”³⁷, o que los fines deben “excluir la presencia de arbitrariedad”.³⁸

Debe destacarse que, además de la licitud, varias sentencias han acotado que esos fines deben ser objetivos, lo que parece querer decir que se trate de fines públicos posibles de identificar. Así, en las sentencias de fechas 7 de septiembre de 2010, causa Rol 1448, se hace exigible que los fines perseguidos sean objetivos³⁹; lo mismo que en la sentencia de fecha 17 de junio de 2010, considerando 19 y en la sentencia de 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584.

Sobre la base de examinar estos requisitos de que la finalidad de la diferencia hecha por el legislador sea objetiva, constitucionalmente válida, tolerable o admisible dentro de los límites constitucionales, y así libre de arbitrariedad, el TC ha considerado que cumplen con este estándar fines explícitamente contenidos en la Carta Fundamental, como el de asegurar el derecho a defensa a quienes no puedan procurárselos a sí mismos.⁴⁰ En otras sentencias se ha aceptado que cumplen con estos estándares, fines que no aparecen directamente consagrados en la Carta Fundamental, pero que se han estimado congruentes con el deber del Estado de procurar el bien común, como lo fue la finalidad de moderar el gasto fiscal, lo que se consideró el fin lícito perseguido por normas que establecieron un reajuste diferenciado de pensiones;⁴¹ o el deber de someter a los agentes

³⁷ Así se frasea, citando un fallo de la Corte Suprema de México, en el considerando 22° de la sentencia de 11 de diciembre de 2007, dictado en la causa Rol 790

³⁸ Ese es el lenguaje contenido en el considerando 37° de la sentencia de 7 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1448.

³⁹ Ese considerando exige que los fines perseguidos por la diferenciación legal sean objetivos, al razonar así: “**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que, sin perjuicio de lo señalado, y como también lo ha reiterado la jurisprudencia de este órgano constitucional, el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental, **exige analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos** y constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de la arbitrariedad. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta ...”

⁴⁰ Tal es el caso de las sentencias dictadas en los requerimientos de inaplicabilidad Roles 755, 1138 y 1140 y de inconstitucionalidad dictada en la causa Rol 1240, en cuanto legitiman el turno de los abogados, aunque rechacen su gratuidad

⁴¹ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790.

económicos a las exigencias de la libre competencia;⁴² o los casos en que ha considerado lícito que el Estado favorezca la regularización de títulos de la pequeña propiedad y así favorezca la economía nacional;⁴³ o la finalidad de garantizar el pago de las cotizaciones de seguridad social.⁴⁴ En otras muchas oportunidades, se han considerado fines lícitos aquellos que responden a algún principio de equidad, como lo fue el caso en que se estimó razonable el propósito de obligar a empresas aseguradoras que se beneficiaban con el trabajo de bomberos a aportar financieramente a ellos.⁴⁵ En muchas otras oportunidades, se ha considerado lícito un fin por estimarlo propio de la esfera de discrecionalidad del legislador, como lo es la manera de prevenir y sancionar la delincuencia, determinando, en consecuencia, penas más severas a determinados delitos, según lo dañoso de los resultados o sometiendo sólo a los responsables de algunos delitos a la obligación de registrar sus huellas genéticas.⁴⁶

Para comprender por qué es que el Tribunal Constitucional ha considerado como lícita la persecución de esta pléyade de fines, entre los que no sólo se incluyen los expresamente consagrados en la Carta Fundamental, es útil recordar la ya tradicional y democrática doctrina de la deferencia hacia el legislador. Aplicada al examen de la licitud de los fines, el Tribunal ha planteado en varias sentencias que su control ***“no significa que esta Magistratura establezca sus propios parámetros y los contraste con lo que los legisladores establecieron. El control consiste, más bien, en examinar si estos parámetros existen, es decir, que puedan ser detectados; en determinar si son suficientes y si son coherentes con***

⁴² Tal es el caso de la sentencia de 7 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1448. Ver especialmente considerando 38°

⁴³ En las sentencias de 3 de marzo de 2010 y de dictadas en las causas Roles 1298 y 707, respectivamente.

⁴⁴ Ver sentencia de 8 de enero de 2008, causa Rol 977, especialmente considerando 19°.

⁴⁵ En la sentencia de 6 de octubre de 2009, Rol 1295.

⁴⁶ Así, por ejemplo, la de sancionar con mayor gravedad una conducta según sus efectos, en sentencia de 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584; la de someter sólo a los condenados por ciertos delitos a un registro de ADN, en la sentencia de 8 de abril de 2010, dictada en la causa Rol 1365 y la de sancionar como consumados ciertos delitos aunque se encuentren en etapa de tentativa, en la sentencia de 24 de enero de 2008, en la causa Rol 797.

la regulación que se estableció; y señalar si son legítimos. De lo contrario, el organismo de control puede convertirse en un censor de las razones que llevan a los legisladores a regular".⁴⁷ (Énfasis añadido).

b) Examen de la satisfacción de la exigencia por la norma legal en estudio.

La finalidad de la exigencia legal de transparentar las remuneraciones de los gerentes responsables de la dirección y administración superior de las empresas públicas creadas por ley es la de alcanzar la probidad de una función pública, a través de otorgar publicidad a actos y resoluciones que tienen interés público. Esta finalidad no sólo es *objetiva, constitucionalmente válida, tolerable o admisible dentro de los límites constitucionales*, sino que resulta debida, desde el punto de vista de un principio y derecho expresamente consagrados en la Carta Fundamental.

Para convencernos de la afirmación anterior, resulta necesario acreditar primero que la finalidad de la norma es precisamente la de alcanzar la probidad a través de la publicidad y luego demostrar que esta finalidad es constitucionalmente válida o, como se ha afirmado, más que eso, es constitucionalmente debida. Cada una de esos presupuestos será desarrollado en los acápites que siguen:

i. La finalidad de la norma es alcanzar la probidad por medio de la transparencia o publicidad.

Que la finalidad de lo dispuesto el artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285 es alcanzar la publicidad de actos de una entidad pública y, por medio de ello, la probidad, resulta manifiesto de la sola lectura de lo dispuesto en ese precepto, lo que se reafirma al emplear el elemento lógico y sistemático para su interpretación, así como al recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la norma. Además, sólo a partir de ese supuesto es posible entender que varias de las normas contenidas en esa Ley de Acceso a la Información hayan sido aprobadas por el Tribunal Constitucional. Los apartados siguientes demuestran esta afirmación.

⁴⁷ Sentencia de 6 de octubre de 2009, dictada en la causa Rol 1295 y reiterada en el considerando 73 de la sentencia de 3 de marzo de 2010, Rol 1298.

El sentido y finalidad de la norma que contiene la obligación cuestionada surge con evidencia manifiesta y claridad meridiana de su **tenor literal**. Dispone el inciso segundo de la norma cuestionada lo siguiente:

“En virtud de dicho principio [alude al de transparencia de la función pública], las empresas mencionadas en el inciso anterior [alude a empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio], 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 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.

Agrega el inciso siguiente que *“La información anterior deberá incorporarse a sus sitios electrónicos en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.”*

Como surge de manifiesto, lo que la norma se propone es que el público pueda identificar y acceder fácilmente al conocimiento de los hechos que allí se describen. La norma busca, pretende y aspira a publicitar. No otro es su claro y manifiesto objetivo, según se desprende inequívocamente de su lectura.

El **contexto y conexiones lógicas de la norma** hacen aún más evidente este propósito. Según señala expresamente el encabezado de la norma transcrita, ella se adopta; es decir la obligación que se cuestiona existe, **en virtud de dicho principio**. El principio a que alude ese inciso es el indicado en el inciso anterior (no otro puede ser el “dicho principio”). El inciso anterior establece literalmente: ***El principio de la transparencia de la función pública*** consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la

Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.”

En consecuencia, **la ley ha dispuesto la obligación de publicitar ciertas remuneraciones en virtud del principio de la transparencia de la función pública.** La propia Ley deja de manifiesto la razón de ser y la finalidad de la obligación, que no es otra que la de transparencia. La norma no alude a cualquier transparencia, si no a aquella de la función pública “*consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.*”. Por expresa disposición de la ley, debe entenderse entonces que es un principio expresamente consagrado en la Constitución aquel en cuya virtud y para cuya eficacia y concreción se ha establecido la obligación que la parte de TVN ha impugnado de inconstitucional. No se trata, como se ha dicho, de un objetivo meramente tolerado por la Carta Fundamental, sino de uno expresamente consagrado como principio rector del ejercicio de las funciones públicas y deber constitucional, según lo prescribe el artículo 8° de la Carta Fundamental, y que forma parte de la esencia de una República democrática y constituye además un derecho constitucional, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional.⁴⁸

El **contexto de la ley** reafirma este mismo propósito. La norma que se comenta forma parte de un cuerpo normativo, la Ley 20.285 que lleva por título “Sobre Acceso a la Información Pública”, denotando desde ese título que su propósito es precisamente garantizar el acceso a la información pública. Conforme lo ha

⁴⁸ Conforme se establece en la sentencia de 9 de agosto de 2007, dictada en la causa Rol 634

acreditado una máxima de la experiencia, lo han demostrado diversas investigaciones acreditadas, tanto en ciencias sociales como económicas,⁴⁹ lo ha recogido manifiestamente el artículo 8° de la Carta Fundamental y lo ha explicado el propio Tribunal Constitucional,⁵⁰ la publicidad y el libre acceso a la información pública aparecen como un instrumento principal para lograr la probidad en las actuaciones públicas. Ya constituye un común acervo universal entender que la probidad y la transparencia que le sirve de instrumento no sólo constituyen un deber ético, sino también uno de los pilares centrales sobre los que descansa la pervivencia y la fortaleza de un sistema democrático, incapaz de ser valorado por los ciudadanos si la corrupción desprestigia a sus instituciones, y constituye también un pilar central del desarrollo que descansa en algún grado en el mercado, pues el consumo y particularmente la inversión y el emprendimiento dependen en buena medida de la seguridad y la confianza que sólo un sistema no corrupto y transparente pueden brindar. También forma parte de una tendencia universal, entender que no basta con la fiscalización de entes especializados y que la mejor garantía en contra de la corrupción es el libre acceso a informaciones de interés público. De malas experiencias nacionales acerca de la incapacidad de los órganos de control de haber evitado actos de corrupción que conmovieron al país, nació precisamente el impulso político necesario para la dictación de la Ley de Acceso a la Información Pública, cuyo objetivo de probidad a través de la transparencia resulta ser un hecho público y notorio.

Todas las normas de la Ley N° 20.285, más allá de lo acertadas que pueda resultar cada una de sus normas, lo que corresponde ya a un juicio de mérito, están inspiradas en estos principios y orientadas a su logro. El artículo primero de la Ley establece la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Su artículo 1° señala precisamente su

⁴⁹ Parte importante de esa literatura puede ser rastreada a través de la página web de Transparency International (www.transparency.org) y de los links que ella contiene. Particularmente pueden consultarse los trabajos presentados a las ya 9 reuniones anuales del Foro Europeo contra la corrupción.

⁵⁰ Ver sentencia de 9 de agosto de 2007, dictada en la causa Rol 634, particularmente considerandos 9° a 11°

propósito al disponer que: *“La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.”*. Los artículos siguientes (con letras) de la Ley N° 20.285 establecen, cada uno de ellos, reglas especiales acerca de la manera en que el acceso a la información pública ha de concretarse en diversas entidades públicas, incluyendo, entre otros, al propio Tribunal Constitucional, a los Tribunales del Poder Judicial, a la Contraloría General de la República y al Banco Central.

La **historia fidedigna del establecimiento de la norma** en análisis reafirma que, tanto la Ley en su conjunto, como su artículo décimo en particular persiguen este propósito de alcanzar la probidad por medio de la transparencia.

Que el propósito o finalidad general de la Ley 20.285 haya sido el mencionado aparece de manifiesto en la Moción que le dio origen y en prácticamente todas y cada una de las intervenciones de los miembros de los órganos colegisladores durante su debate. Al efecto, parece suficiente citar los siguientes párrafos de la Moción de los Senadores Larraín y Gazmuri con que se inició este proyecto de ley:

“El derecho al libre acceso a las fuentes públicas de información, entendido como la posibilidad real de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos de la administración del estado y de la documentación que sustenta tales actos, es un tema relativamente nuevo en nuestro país.

Este derecho constituye un elemento fundamental para alcanzar un alto grado de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, a la vez que facilita la formación de una mayor y más efectiva participación ciudadana en los asuntos públicos.

(...)

Así también, la publicidad de los actos de gobierno, permite que el ciudadano pueda controlar en forma efectiva dichos actos, no sólo por medio de una comparación de los mismos con la ley, sino también ejerciendo el derecho de petición. Se trata, entonces, de un control en manos de los ciudadanos, que junto a los

otros controles ideados en el marco del Estado de Derecho, contribuyen a fortalecer la transparencia de la función pública y la reducción de los posibles ámbitos de corrupción, pues el carácter multifactorial de la corrupción exige otros medios que junto con los tradicionales del derecho penal permita ampliar el efecto preventivo de las acciones estatales y de los ciudadanos. (Énfasis añadido).

La inclusión de las empresas públicas dentro de los entes públicos obligados a la transparencia activa, en los términos finalmente consagrados en su artículo décimo, queda también de manifiesto en el debate de la norma. La discusión legislativa de la Moción de los Senadores Larraín y Gazmuri que dio origen a la Ley da cuenta de múltiples opiniones en las cuales los parlamentarios debatieron si las empresas del Estado creadas por Ley y aquellas en que el Estado tenía participación e incluso aquellas privadas que ofrecían servicios públicos, debían o no estar sujetas a las mismas obligaciones de publicidad de los Servicios Públicos que quedaron finalmente regulados en la Ley de Transparencia contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285. Así lo explica el propio autor de la Moción, Senador Larraín, en la sesión de 4 de octubre de 2005: ***“El señor LARRAÍN.- Señor Presidente, efectivamente, el sentido del artículo es proyectar el espíritu de transparencia que nos animó al propiciar esta iniciativa. Se trata de ir viendo cómo aquél debería aplicarse en algunos casos, en forma específica, según la naturaleza de la institución de que se trate. Es por eso que, aparte de normas generales, se establecen criterios específicos para los municipios, el Congreso, el Poder Judicial, y en este caso, para las empresas públicas. Lo que queremos es que éstas sean lo más transparentes posible. Y una de las formas de materializar dicho propósito es la publicación de los acuerdos de sus directorios.*** (Énfasis añadido).

Varios parlamentarios, entre ellos el Senador Núñez,⁵¹ y con particular fuerza el Senador Prokurica⁵² sostuvieron la necesidad de

⁵¹ “El señor NÚÑEZ.- Señor Presidente, sólo quiero expresar, en forma muy breve, mi opinión favorable a esta iniciativa presentada por los Senadores señores Gazmuri y Larraín. Creo que con ella se avanza bastante hacia el objetivo de generar mejores condiciones y perfeccionar los derechos ciudadanos en materia de acceso a la información.

La única observación -no reparo- que formulé durante el debate general del proyecto en la Comisión fue la siguiente: que eso está muy bien para los

que estas empresas quedaran reguladas de igual modo que los restantes entes públicos. Luego del primer debate en el Senado, el Senador Larraín, coautor de la Moción, propuso una indicación para obligar a las empresas públicas creadas por ley a publicitar las remuneraciones de todo su personal, lo que fue aprobado en el segundo informe de la Comisión y luego en la Sala.⁵³ Algunos

organismos estatales -me parece absolutamente obvio-, pero que es necesario incorporar también a todas las empresas privadas que ofrecen servicios públicos o desarrollan actividades o acciones relacionadas con el ciudadano medio.". (DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, LEGISLATURA 353^a, ORDINARIA, Sesión 4^a, miércoles 8 de junio de 2005, Primer Trámite Constitucional, se aprueba en general.)

⁵² "El señor PROKURICA.- Voy a ser muy breve.

Señor Presidente, creo que este proyecto es extraordinariamente importante para la realidad que vive Chile. Todo lo dicho por quienes me han antecedido en el uso de la palabra, a mi entender, queda corto en un país donde el secretismo representa la regla general.

En la práctica, ocurre que la Administración Pública se niega permanentemente a contestar -¡y estamos en democracia!- los oficios de fiscalización y los que se envían desde el Senado. Y me gustaría saber cuántos no han tenido respuesta. ¡Para qué hablar del ciudadano común y corriente que acude a un servicio público a pedir información! Y puedo afirmar, después de haber sido por doce años miembro de la Cámara de Diputados, órgano fiscalizador per se, que un gran número de oficios remitidos por ella no son contestados.

El caso más increíble, que aún no termina y que viví en carne propia, dice relación a tres empresas del Estado: CODELCO, Televisión Nacional de Chile y BancoEstado.

En democracia, la Cámara Baja nunca -¡nunca!- ha podido saber cuál es el sueldo de los funcionarios y ejecutivos de esas empresas. Es más: se negaron a entregar información, cuestión que dura hasta hoy.

Por eso, solicito a los señores Ministros que nos acompañan, en especial al señor Dockendorff, que hagan algo al respecto, porque la base de la democracia son la información, la transparencia.

No es posible que esas tres empresas hayan iniciado juicios de mera certeza en los tribunales para evitar dar dichos antecedentes.

Siendo justo, debo decir que en el último tiempo, bajo la administración de don Juan Villarzú, la CODELCO entregó algunos datos. Sin embargo, otras empresas del Estado nunca han informado acerca del monto de los sueldos de sus ejecutivos.

Por lo expuesto, es necesario votar a favor el proyecto para lanzar esta idea hacia adelante, porque la transparencia no le hace mal a nadie, señor Presidente." (P.13 y 14 del acta de la sesión citada en la nota anterior).

⁵³ La indicación del Senador Larraín era del siguiente tenor: "Enseguida, en la **indicación N° 23**, el Honorable Senador señor Larraín propone la agregación de un nuevo numeral al artículo 1° del proyecto el que incorpora un artículo 14 ter a la Ley Orgánica de Bases de la Administración, mediante el cual se impone a los órganos del Estado señalados en el artículo 1° de la iniciativa, y las empresas en que el Estado o sus organismos tengan una participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, incluso CODELCO, Televisión Nacional de Chile y el Banco del Estado, la obligación de dar información pública actualizada de los siguientes antecedentes:

Parlamentarios, entre ellos el Senador Viera Gallo y el Ejecutivo, sostuvieron, en cambio, que, en razón de que estas Empresas debían competir en el sector privado, no resultaba conveniente ni equitativo someterlas al mismo régimen de transparencia de los órganos y servicios del Estado.⁵⁴ El Senado, en Sesión de 5 de octubre de

...

3. Su planta de personal, contrata y a honorarios con sus respectivas remuneraciones.”.

...

Esta indicación, que se estimó admisible, fue parcialmente aprobada por la Comisión.

Por incorporar al texto del proyecto los números 1 al 6, 9 y 12 se pronunció la unanimidad de la Comisión conformada por los Honorables Senadores señora Frei y señores Cantero y Larraín, con la enmienda de precisar en el encabezamiento de este precepto que quedan obligados a poner a disposición del público los antecedentes que enseguida señala, además de las instituciones mencionadas, las “empresas públicas creadas por ley”; y a modificar el numeral 3), ya reseñado, en el sentido de distinguir respecto de las nóminas de personal del organismo de que se trate, el personal de planta, el personal a contrata y el personal a honorarios, como información que se entregará al público.”.

En la Sesión 38° del 4 de octubre de 2005, el Secretario dejó constancia de la aprobación de estas ideas en la Comisión en los siguientes términos: “... 5.- Se consagra la obligación para los órganos que constituyen la Administración del Estado, para las empresas públicas creadas por ley y aquellas en que el Estado o sus organismos tengan una participación mayoritaria, incluidos CODELCO, Televisión Nacional de Chile y BancoEstado, de poner a disposición permanente del público los antecedentes descritos en el artículo 14 ter, nuevo, que se agrega a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Además, las empresas públicas, incluidas ENAP, CODELCO, Correos de Chile, Televisión Nacional de Chile, ENAMI, Ferrocarriles del Estado y BancoEstado, deberán publicar las actas del directorio después de no más de cinco días hábiles, contados desde su aprobación.” P. 22 Y 23.

El debate en esa Sesión se centró en si las empresas públicas debían o no –como proponía la Comisión- publicar las actas de sus sesiones de Directorio.

⁵⁴ En la Sesión de 4 de Octubre de 2005, el Senador Viera Gallo, refiriéndose a la proposición de obligar a estas empresas del Estado a publicitar sus actas de Directorio, argumentó: “El señor VIERA-GALLO.- ... las empresas públicas se deben regir, en general, por las normas del derecho común, salvo que haya una ley especial que les establezca otras que les sean propias.

Se consagran diversas disposiciones referidas a lo que deben hacer las empresas públicas, como la del precepto en debate, el cual dispone que deben publicar sus actas de directorio después de no más de 5 días, a menos que el mismo directorio, por mayoría absoluta, decida otra cosa. Pero, en tal caso - agrega-, el director que, dolosa o culpablemente -no sé cómo podría ser eso-, concurra con su voto favorable a la declaración de reserva, responderá solidariamente de los perjuicios.

2005, aprobó la proposición de la Comisión que obligaba a las empresas públicas a publicar la remuneración de todo su personal, aunque rechazó la propuesta de publicitar las actas de sus sesiones de directorio.

A diferencia de lo aprobado en el Senado, en la indicación sustitutiva del Ejecutivo con que se retomó el debate parlamentario en la Cámara de Diputados, estas empresas fueron excluidas.⁵⁵ Varios invitados a la Sesión de Comisión con que se inició el debate en la Cámara, de los más diversos colores políticos, hicieron notar este cambio y lo lamentaron.⁵⁶ Varios Diputados de la entonces

Quisiera saber si se trata de las mismas normas que rigen a las sociedades anónimas. Porque, en mi opinión, la idea es que la empresa pública, cumpliendo las disposiciones de la Constitución y salvo casos especiales, se parezca lo más posible a la empresa privada en cuanto a su transparencia.

Ahora, no sé si las sociedades anónimas privadas publican sus actas de directorio antes de 5 días, ni tampoco si los directores que han concurrido a la reserva en forma dolosa -o sea, para tapar algo- se hacen solidariamente responsables.

Es sólo una consulta. No estoy en contra del precepto, pues no soy experto en administración. Ignoro, por ejemplo, si Canal 13 o Chilevisión publican sus actas de directorio dentro de quinto día. Y me pregunto si no colocamos a Televisión Nacional en situación de desventaja frente a la competencia al obligarla a hacerlo.”.

A continuación, en la Sesión de 5 de octubre, el mismo Senador Viera Gallo adujo: ““El señor VIERA-GALLO.- Señor Presidente, creo importante proporcionar cierta información a los Senadores que no estuvieron en la sesión de ayer, aunque sea en forma sucinta.

Si los Honorables colegas leen el artículo en cuestión, podrán observar que para las empresas públicas se establece una exigencia más rígida que las consignadas en la Ley de Sociedades Anónimas, al disponer que aquéllas deberán publicar las actas de su directorio dentro del quinto día, salvo si una mayoría especial acuerda lo contrario. Si ello no se cumple, es posible que se apliquen sanciones por la responsabilidad en los perjuicios que pudieren ocasionarse.

Evidentemente, eso significa colocar algún tipo de dificultad para las empresas en materia de competencia. Así podría suceder con Televisión Nacional u otras empresas.

Por ese motivo pedimos votación separada.”.

⁵⁵ La Ministra Secretaria General de la Presidencia, Sra. Paulina Veloso explicó así este cambio ante la Cámara de Diputados: *“En cuanto al ámbito de aplicación de la legislación propuesta, señaló que ésta comprende la totalidad de los órganos de la Administración del Estado, indicados en la Ley de Bases, sin otra excepción que las empresas del Estado, las que quedarán sujetas a la regulación que se establecerá sobre gobiernos corporativos.”* (P.14 del Primer Informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara).

⁵⁶ El primer informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara consigna las opiniones de los representantes de la Comisión Pro Acceso y del Instituto Libertad y Desarrollo en los siguientes

oposición, entre ellos los Diputados Cardemil, Eluchans, Monckeberg y Turre, propusieron indicaciones para restablecer las obligaciones de transparencia de los órganos autónomos del Estado y de las empresas públicas.⁵⁷ El Ejecutivo sostuvo que estaba dispuesto a establecer esas obligaciones, pero en otras leyes, argumentando que de que la diferencia no era de fondo, si no que se originaba más bien de una cuestión de técnica legislativa acerca de dónde regular a esos órganos.⁵⁸ Los Diputados oficialistas votaron en contra de las

términos: “f) Los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y Tomás Vial Solar, Presidente y miembro del Directorio de la Fundación Pro Acceso,.. En lo que se refiere a las empresas públicas, señalaron que tanto la Ley de Bases como el proyecto original las incluían, pero la indicación las dejaba fuera. Creían necesario incluirlas, cubriendo las informaciones que debieran quedar en reserva por medio del régimen normal de excepciones. ...” (P.17).

“g) El señor Juan Pablo Illanes Guzmán, abogado del Instituto Libertad y Desarrollo,.. Cuestionó la exclusión que hace el artículo 2° de las empresas públicas, precisamente porque respecto de ellas es donde más se necesita acceso a la información, en atención a las amplias atribuciones que tienen para el manejo de los recursos y el volumen de éstos.” (P.21).

⁵⁷ Según consta en la discusión particular de la norma los Diputados señora Turre y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward presentaron una indicación respecto al artículo primero. Al fundarla, Alberto Cardemil la argumentó así: “El Diputado señor Cardemil fundamentó la indicación señalando que los alcances y objetivos que se quería fueran la finalidad de esta nueva ley, serían la transparencia del sector público y, aún más importante, el acceso fácil y expedito a la información que obra en poder de dicho sector, opinión que complementó el Diputado señor Cristián Monckeberg señalando que lo que se buscaba era concebir en una forma más amplia la indicación sustitutiva, extendiéndola a otros órganos autónomos del Estado tales como el Congreso, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público. La Diputada señora Turre, a su vez, remarcó que la tendencia en boga era la de promover la transparencia y la probidad y dada la dificultad que se tiene, especialmente en el acceso a la información que complica considerablemente la labor parlamentaria, incluir en esta ley a organismos que no forman parte de la Administración del Estado pero que manejan recursos públicos, parecía lo ideal.”.

La indicación al artículo 2° deja en clara la intención de incorporar también a las empresas públicas. Como consta en el Acta de ese primer informe: “Los mismos Diputados señora Turre y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward presentaron una segunda indicación a este artículo para agregar los siguientes nuevos incisos:

“Esta ley tiene por finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otro organismo del Estado y empresas del Estado a las que se refiere el artículo 2°.”.

⁵⁸ Así consta de la discusión en particular de la Comisión, en cuyo primer informe se deja constancia que: “Los representantes del Ejecutivo señalaron que la propuesta del Gobierno era que esta ley se aplicara a los órganos de la Administración del Estado y no extenderla, como lo proponía esta indicación y las siguientes, a otros

indicaciones de los legisladores de oposición, pero prácticamente todos ellos, particularmente los Diputados Araya, Burgos, Bustos, Leal y Soto reclamaron del Ejecutivo una indicación para reincorporar la obligación de transparencia activa de las empresas públicas a este mismo proyecto de ley.⁵⁹ A pesar de que en algunas de las

órganos constitucionales autónomos y a empresas que no forman parte de dicha Administración. Recordaron que el artículo 8° de la Constitución estaba concebido en términos amplios, por lo que no se trataba que no se quisiera que hubiera transparencia o acceso a la información emanada de órganos autónomos como el Congreso o el Poder Judicial, sino que tratar dicha materia en la ley propia de tales órganos. Hicieron presente que la indicación sustitutiva creaba un organismo que deberá velar por la aplicación de estas disposiciones, para lo cual se lo proveía de facultades sancionatorias, las que no podría aplicar a entes autónomos como los nombrados. No se trataba entonces de una discrepancia de principios sino que de técnica legislativa.”.

⁵⁹ Así, en el primer informe consta: “Ante la observación del Diputado señor Bustos en el sentido de que en esta proposición no figurarían las empresas del Estado creadas por ley, los representantes del Ejecutivo hicieron presente que se las había sacado, tal como mediante una indicación se hacía con el Banco Central, porque la intención era regular toda la situación relacionada con las empresas, ya sean las del Estado o aquellas en que tiene participación, en una ley aparte. Se fundaban para ello en que si bien muchas de las normas sobre transparencia activa podrían serles aplicables, dichas empresas como tales, se regían por las normas que reglan la actividad comercial que desempeñaban. En otras palabras, se trataría de empresas que compiten en el mercado por lo que requieren una regulación especial que les permita ceñirse a las reglas de las demás entidades con las que están en competencia. Esa sería, por ejemplo, la situación del Banco Estado o la Empresa Nacional del Petróleo. La misma Constitución permitía autorizar, mediante una ley de quórum calificado, al Estado y a sus organismos para desarrollar actividades económicas, rigiéndose en tales casos por la legislación aplicable a los particulares.”

“El Diputado señor Leal destacó la claridad de la argumentación entregada, pero recordó que las empresas del Estado se escudaban en la inexistencia de normas que les obligaran a entregar información, a consecuencias de lo cual, por citar un ejemplo, la Cámara de Diputados tardó seis años en hacerse de la información relacionada con la remuneración de los ejecutivos de la Corporación Nacional del Cobre. Coincidió con que la regulación sobre transparencia de los demás poderes del Estado se tratara en sus propias leyes orgánicas porque su situación era distinta, pero con respecto a las empresas del Estado dicha regulación debería establecerse en una ley de aplicación general o ley marco.”

Más adelante, el mismo informe consigna: “El Diputado señor Burgos reconoció lo dificultoso que resultaba a los parlamentarios fiscalizar a las empresas del Estado. Al respecto había entendido que el Ejecutivo tenía el propósito de incorporar a esta normativa general a tales empresas, tema que contaba con el apoyo de todas las representaciones parlamentarias.”

“El Diputado señor Bustos señaló haber entendido lo mismo, por lo que habían esperado la inclusión de un título especial en este proyecto que tratara la situación de las empresas del Estado, sin perjuicio de que en ese mismo título se incluyeran algunos resguardos, dada su especial situación.”.

intervenciones citadas hay alusiones a la fiscalización de la Cámara, los parlamentarios, como consta en varias de las intervenciones que se citan en las notas a pie de página de este informe, estaban más que conscientes al estar aprobando la ley que lo que se establecería no eran reglas acerca de esa fiscalización, si no de otro modo de garantizar la probidad y ejercer el control público: aquel que descansa en el conocimiento ciudadano de las cuestiones de interés público. Ante la crítica de todos los Diputados por la omisión de incluir a las empresas públicas, los representantes del Ejecutivo manifestaron la inconveniencia de establecer obligaciones especiales de transparencia a empresas públicas que debían competir con entes privados que no quedaban sujetas a esos mismos deberes. Sin embargo, constatando la voluntad, primero del Senado y ahora unánime de los Diputados de la Comisión de Constitución de obligar a las empresas públicas por los principios de transparencia activa, incluyendo la obligación de publicitar la remuneración de su personal, el Ejecutivo olvidó sus argumentos de la necesidad de una competencia igualitaria de estas empresas y de cuestiones de técnica legislativa y presentó una indicación para obligarlas en este Proyecto, lo que terminó por afirmar un contenido análogo al actual artículo décimo que ahora examinamos.⁶⁰

Más adelante consta como se suman los Diputados Soto y Araya a este mismo reclamo: "El Diputado señor Burgos reconoció que no se trataba de una ley de fiscalización sino reglamentaria del acceso a la información, pero aunque la indicación sustitutiva constituía un avance en muchos aspectos, también envolvía un retroceso en lo que dice relación con las empresas del Estado, toda vez que el texto aprobado por el Senado sí las comprendía."

"La Diputada señora Soto señaló que el deseo de transparencia era propósito de todos, por lo que creía que el Ejecutivo debería hacerse eco de este anhelo mediante la correspondiente indicación, agregando el Diputado señor Araya que la fiscalización que señalan los representantes del Ejecutivo afecta a las empresas del Estado de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas, no se conciliaba con la fiscalización que se debería hacer respecto del correcto uso de los recursos públicos. Apoyó igualmente la necesidad de una indicación al respecto."

⁶⁰ La indicación del Ejecutivo se hizo para incorporar un nuevo artículo del tenor y con el fundamento que se explica así en el primer informe de la Comisión: "**Artículo nuevo.- (pasó a ser quinto).**

El Ejecutivo presentó una indicación para agregar un nuevo artículo del siguiente tenor:

"Artículo .- Las empresas públicas creadas por ley, incluidas aquellas que de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas deban ser nombradas expresamente para quedar sujetas a las normas aplicables al sector público, se rigen por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública,

De ahí en más, el debate se centró en la redacción del precepto y en la conveniencia de obligar a las empresas públicas también por deberes de transparencia pasiva. Allí volvieron a surgir los argumentos de una competencia igualitaria y, ante iniciativas destinadas, por ejemplo, a obligar a estas empresas a publicar sus actas de Directorio, primó la tesis de que la probidad quedaba suficientemente garantizada a través de la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. Concretamente, respecto del alcance de la obligación de transparentar sueldos en las empresas públicas, ésta varió: Primero fue la fórmula del Senado, que consistía en la obligación de transparentar la remuneración de todo el personal; luego pasó por la exigencia reducida de publicitar con detalle la remuneración de los Directores y sólo de manera global la de los gerentes, como ocurre en las sociedades anónimas abiertas, fórmula que fue especialmente defendida por el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, Sr. Viera Gallo. Sin embargo, finalmente primó la tesis de una transparencia distinta y más exigente a la que obliga a las sociedades anónimas abiertas, pues los

consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.”

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

[...]

g) Información consolidada del personal y sus remuneraciones.

La información anterior deberá incorporarse a las páginas web en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.

[...]

Los representantes del Ejecutivo fundamentaron esta nueva disposición señalando que acogía las observaciones formuladas al debatirse el artículo 2°, es decir, los alcances de esta ley, permitiendo el acceso a la información en poder de las empresas públicas en virtud de encontrarse regidas también por el artículo 8° de la Constitución Política. La propuesta que se hacía se refería a la información que debería encontrarse a disposición del público, es decir, la llamada transparencia activa, en correspondencia con la obligación que esta normativa impone a los servicios públicos. La proposición, al señalar que ella se refiere a las empresas cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, comprende aún a aquéllas que se asimilan a las sociedades anónimas cerradas, las cuales quedarían obligadas a entregar información tal como si fueran sociedades anónimas abiertas.”.

legisladores estimaron que el estándar más exigente de la norma contenida finalmente en el artículo décimo, letra h), vigente era la única que garantizaba la probidad. En ese sentido, se pronunciaron Diputados de la Concertación y de la Alianza por Chile⁶¹ y luego

⁶¹ Así, por ejemplo, el Diputado Leal explicó la necesidad de esta exigencia argumentando: “En cuanto a las empresas públicas creadas por ley, deberán mantener a disposición del público en forma permanente, a través de sus páginas web, los siguientes antecedentes debidamente actualizados: el marco normativo que les es aplicable -así, saldrán de la penumbra en que se encontraban-; su estructura orgánica y organización interna; las funciones y atribuciones de cada una de sus unidades; sus estados financieros y memorias anuales; sus filiales; la composición de sus directorios; la información consolidada de su personal, y todo lo relativo a las remuneraciones. (Acta de la Sesión 35^a, de 13 de Junio de 2007).

En igual sentido y en la misma Sesión referida, se pronuncian los Diputados Cardemil y Forni, según consta de los siguientes pasajes del Acta respectiva: “El señor **CARDEMIL**... El artículo quinto señala que las empresas públicas regidas por el principio de transparencia deberán mantener a disposición del público, en su página web, marco normativo, estructura orgánica, funciones y competencia, estados financieros, filiales, composición de sus directorios, información consolidada del personal, remuneraciones percibidas por el directorio cada año, incluso las que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo.

En materia de transparencia pasiva, se consagra la obligación de darle a cualquier ciudadano al menos la información contenida en la Fecu de una empresa privada, de una sociedad anónima y sanciona el incumplimiento de esta obligación con multa a beneficio fiscal.

Me parece importante este avance; al fin dejamos a las empresas públicas sujetas a algún grado de requerimiento ciudadano en materia de información.” P.42

“El señor **FORNI**... Comparto lo señalado por el diputado Antonio Leal, en el sentido de que es necesario que muchas empresas públicas deben informar.

Análoga posición asume el Diputado García Huidobro, al sostener, conforme al acta: “El señor **GARCÍA-HUIDOBRO**.-... En segundo lugar, deseo manifestar mi preocupación en relación con la información pública que deben entregar las empresas del Estado. Al respecto, presentamos indicaciones que, ojalá, se aprueben por la unanimidad de los colegas presentes.

En ciertos casos, quedó, por así decirlo, un área rara. Ocurre, por ejemplo, con las filiales o empresas coligadas de empresas del Estado, que no están obligadas a informar, lo que sólo rige para la empresa pública matriz.

Los diputados señores Leal y Eluchans se refirieron a la actitud permanente de la Cámara en materia de petición de información, no obstante lo cual muchas veces el organismo o la empresa respectivos no prestan su colaboración.

Considero importante aclarar que el proyecto no apunta a la fiscalización, sino al establecimiento de la posibilidad de que cualquier persona pueda acceder a la información pública mediante su ingreso a la página web del respectivo órgano de la Administración del Estado o de empresas del Estado.

Un aspecto que se debe enfrentar dice relación con la importancia de que no sólo los directores de las empresas del Estado, sino también sus ejecutivos,

también los Senadores en el tercer trámite constitucional.⁶² De ese modo, la Comisión Mixta, por la unanimidad de sus miembros y con la sola abstención del diputado Jarpa, estableció –contra la constante opinión del Ejecutivo- para estas empresas la obligación de publicidad mayor que la que rige para las sociedades anónimas abiertas, estando plenamente consciente de someterlas, a un tiempo, a la obligación de informar a la Superintendencia de Valores y Seguros.⁶³

entreguen la información sobre sus remuneraciones o viáticos. Por lo tanto, presentamos una indicación que tiene por objeto establecer que gerentes y presidentes ejecutivos de las diferentes empresas del Estado tendrán la obligación de informar, tal como ocurrirá, una vez que el proyecto sea ley de la República, con ambas Cámaras del Congreso Nacional y con cada uno de sus parlamentarios.

En aras de la transparencia, se busca que toda persona que ejerza alguna función pública entregue la información que el país requiere.”.

⁶² Así, por ejemplo, en la Sesión de 18 de julio de 2007, en tercer trámite constitucional en el Senado, las opiniones del Senador Prokurica o del Senador Ominami, quien señala: ““El señor OMINAMI.- ... Los principios de transparencia, que son los que animan a esta iniciativa de ley, tienen que imponerse a todas las instituciones. Y eso, naturalmente, incluye a las empresas del Estado.

⁶³ Así consta en el informe de la Comisión Mixta que, en la parte pertinente es del siguiente tenor: “También en lo tocante a las normas permanentes de este proyecto de ley, y cual se ha señalado al referirnos al artículo QUINTO despachado por la Honorable Cámara, la Comisión Mixta incluyó un artículo DÉCIMO que incluye a las empresas públicas creadas por ley entre los organismos que deben observar el principio de transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado.

Al efecto, este nuevo artículo DÉCIMO dispone que dichas empresas, incluso las de propiedad del Estado y las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio se rigen por el principio de transparencia consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política. Enseguida, y para dejar claro que entre esas empresas deben entenderse aún aquellas que por disposición de la ley se exija que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a otras leyes, este inciso, a título ejemplar, menciona a la Empresa Nacional de Minería, a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, a la Corporación Nacional del Cobre de Chile, a Televisión Nacional de Chile y al Banco Estado.

A continuación, en un nuevo inciso el precepto dispone que en virtud del principio de la transparencia, estas entidades mantendrán a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos antecedentes actualizados tales como su marco normativo, su estructura interna, sus funciones, sus estados financieros y memorias anuales, sus filiales y demás entidades en que tengan participación, la composición de sus directorios e información de su personal y las remuneraciones de los funcionarios superiores responsables de su dirección y administración.

Finalmente, el precepto en informe dispone que estas empresas, cualesquiera sean sus estatutos, están obligadas a proporcionar a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia a cuya fiscalización

De ese modo, el debate parlamentario deja palmariamente claro, en primer lugar, que la particular obligación de transparencia a que el artículo décimo de la Ley 20.285 somete a las empresas públicas creadas por Ley es fruto de un largo debate y de un preciso compromiso, larga y minuciosamente debatido. Como señaló el entonces Ministro Viera Gallo, éste fue uno de los puntos más debatidos en la Cámara de Diputados.⁶⁴ En segundo lugar, y como consta en todas y cada una de las opiniones que se han transcrito en las notas a pie de página, el propósito de obligar a las empresas públicas fue el de garantizar su probidad. En tercer lugar, el debate da cuenta que el argumento de la desigual competencia a la que quedarían sometidas las empresas públicas con sus pares privados fue insistentemente invocado, desestimándose por el legislador frente al valor de la probidad, dada la naturaleza pública de estas empresas. Finalmente queda manifiesto que el Parlamento impuso su opinión al Ejecutivo y obligó a las empresas públicas creadas por ley a una transparencia mayor que aquella que rige para las sociedades anónimas abiertas.

Por último, **la licitud de la finalidad es un supuesto necesario de su declaración de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.** En efecto, el TC, mediante sentencia de fecha 10 de julio de 2008, causa Rol 1051, aprobó la constitucionalidad de diversas normas de esta Ley que tenían el carácter de leyes orgánicas constitucionales. Entre otras, precisamente el artículo décimo, en cuanto regula a las empresas

se encuentren sometidas, la misma obligación que pesa sobre las sociedades anónimas abiertas, y que en caso de incumplimiento, los directores responsables incurrirán en la sanción que la misma norma indica.

El precepto así descrito contó con la aprobación de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Larraín, Núñez, Pérez Varela y Sabag y Honorables Diputados señores Burgos, Cardemil, Ceroni, Eluchans y Jarpa, con excepción de la norma que obliga a publicar las remuneraciones de los directivos superiores de la empresa, que se aprobó con los mismos votos de los señores parlamentarios, salvo el Honorable Diputado señor Jarpa, que se abstuvo." (p. 49.).

⁶⁴ El acta de la sesión 35° de 17 de julio de 2007 recoge las expresiones del Ministro en los siguientes términos: "El señor **VIERA-GALLO** (Ministro Secretario General de la Presidencia)."... "Uno de los puntos que ha suscitado mayor controversia en la Cámara de Diputados es el grado de acceso de los ciudadanos a la información de las empresas públicas. ..."

públicas creadas por Ley y también el artículo noveno, que contiene normas sobre transparencia que obligaron al mismo Tribunal.⁶⁵ Resulta indudable, que más allá de cualquier interpretación subjetiva de ese fallo **esas normas limitan el ejercicio de derechos, entre ellos los de privacidad de los integrantes del Tribunal Constitucional y de los gerentes de Televisión Nacional. Sólo a partir de entender que la norma persigue un fin lícito es posible entender que el Tribunal haya aprobado la limitación de derechos fundamentales que ella entraña.** En consecuencia, la aprobación del examen de constitucionalidad en abstracto de la norma obliga también a concluir que los fines perseguidos por ella fueron considerados lícitos por el Tribunal Constitucional, pues, de lo contrario, sus normas no pudieron recibir aprobación.

ii. La finalidad de la norma, cual es la probidad, y el instrumento que emplea, cual es el de la publicidad de ciertos actos de interés público, son constitucionalmente debidos.

Para acreditar como verdadera la afirmación que antecede basta la sola lectura del artículo 8° de la Carta Fundamental, en cuanto declara, en su inciso primero que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones; para luego agregar, en su inciso segundo, que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen, habilitando sólo a una ley de quórum calificado para establecer el secreto de aquellos o de éstos, en la medida que la publicidad afectare los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Si alguien aún mantuviera dudas acerca de la licitud del fin de alcanzar la probidad y de hacerlo a través de la publicidad, la lectura de los considerandos 9° y siguientes del fallo de 9 de agosto de 2006, dictado en la causa Rol 634, debieran convencerlo, pues allí se argumenta con elocuencia acerca de cómo es que la publicidad constituye, entre otras, un pilar de toda república democrática, pues asegura que las autoridades públicas respondan a la sociedad y está

⁶⁵ La aprobación de lo dispuesto en los artículos segundo y décimo se contienen en el número 2 de la parte resolutive.

a la base de la libertad de expresión, derecho que sustenta tantas otras libertades.

A partir de que la reforma constitucional del 2005 incorporó un nuevo artículo 8° a la Carta Fundamental, quienes ejercen funciones públicas quedan obligados a dar “estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”. A decir verdad entonces, la ley no queda autorizada, sino que se encuentra obligada a establecer reglas precisas para que quienes ejercen funciones públicas den estricto cumplimiento al principio constitucional referido. A partir de esa disposición constitucional, sólo cabría estimar que un deber legal de publicidad de una función pública infringe la Constitución cuando el legislador no lo imponga o lo haga estableciendo excepciones que no puedan justificarse en el debido cumplimiento de la función de esos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

4. Enunciación y examen del cuarto requisito: para no ser considerada arbitraria, la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción.

a) Enunciación de este requisito a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional chileno, al igual que prácticamente todos los órganos que ejercen control constitucional en el mundo, ha exigido también, como parte del test de proporcionalidad, que las diferencias hechas por el legislador resulten adecuadas y necesarias para alcanzar el fin lícito que se proponen. De este modo, han de estimarse como no arbitrarias las diferencias que puedan aceptarse como razonablemente encaminadas a lograr los fines y como arbitrarias aquellas enteramente inaptas o inconducentes al logro de fines lícitos con que pretenden justificarse.

Estas exigencias de adecuación y necesidad aparecen formuladas en más de un fallo del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en el considerando 20° de la sentencia de 15 de junio de 2010, dictada en

la causa Rol 1584, particularmente en las expresiones que hemos destacado, puede apreciarse esta exigencia:

VIGÉSIMO: *Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”. (Sentencias 76/1990 y 253/2004);”. (Énfasis añadido).*

Igual frase se encuentra en el considerando 20° de la sentencia de 20 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 784. El criterio de idoneidad aparece también enunciado en otra sentencia de igualdad dictada el 2010⁶⁶ y aplicado en la de 3 de marzo de 2010, en cuyo considerando 75° se razona en el sentido de que haber establecido una regla especial de prescripción adquisitiva aparece como un medio idóneo para favorecer la regularización del registro de la pequeña propiedad y así favorecer la economía, *“ya que la titularidad de dominio que se le concede sobre la propiedad, efectivamente va a permitir que su titular la explote de un modo legítimo, accediendo a todos los medios disponibles en el mercado para llevar a cabo esa actividad. Que, por el contrario, sin dicha titularidad, la referida explotación se hace imposible.”* También el criterio de adecuación resultó decisivo en las sentencias Roles 755, 1138, 1140 y 1254, en cuanto en ellas se concluye que la gratuidad de los abogados de turno no constituye una medida necesaria al Estado para alcanzar el fin de procurar asistencia jurídica a quienes no pueden procurárselas por sí mismos. Al mismo tiempo, esos fallos establecen que la obligación del turno sí es un medio idóneo para satisfacer el fin aludido: ***“Por su parte, el instrumento, consistente en imponer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin***

⁶⁶ Ver considerando 36° de la sentencia de 28 de enero de 2010, dictada en la causa Rol 1535.

embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. ... El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados ..., pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución,...".⁶⁷

El alcance de lo que es un medio idóneo aparece explicado en la sentencia de 11 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790, en cuyo considerando 22°, y por medio de una cita de un fallo de la Corte Suprema de México se señala que *"En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido."*

Resulta, por último, de interés citar la manera en que el requisito de adecuación y necesidad es empleado en la sentencia de 11 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790, pues en ella, el TC deja claro que lo que cabe exigir no es que la medida sea la más adecuada o la menos dañina imaginable, como se le ha interpretado a veces en otras latitudes, si no que **la exigencia se satisface con que haya una conexión racional entre el medio y el fin, con que el medio "se avenga" al fin o no resulte irracional la conexión.** Así se lee en el considerando 26° del citado fallo, en el que se examinaba si un alza escalonada de pensiones era o no adecuada al fin de moderar el gasto fiscal y producir justicia distributiva: *"Al respecto, debe concluirse que la diferencia resulta razonable desde esta perspectiva, **pues, para lograr la finalidad de moderar el gasto fiscal e ir mejorando las pensiones más bajas de las personas de mayor edad, no resulta irracional o injustificado establecer un sistema de reajuste que diferencie sobre la base de criterios de edad y monto de las pensiones, estableciendo escalas decrecientes de reajuste según aumente el monto de las pensiones a reajustar y disminuya la edad del pensionado. Ambos criterios se***

⁶⁷ Tomado del considerando 46° de la sentencia de 31 de marzo de 2008, en la causa Rol 755.

avienen con la finalidad de moderar el gasto público y con criterios de justicia distributiva; ”.

b) Cumplimiento del requisito en examen por parte de los efectos que produciría la norma impugnada en el caso en concreto.

Corresponde ahora examinar si el precepto legal cuestionado, particularmente en cuanto pretende aplicarse a TVN, una empresa del Estado creada por Ley, constituye o no un medio adecuado para alcanzar la publicidad de un asunto de interés público y, por medio de ello, la probidad de una función pública; si existe una relación de instrumentalidad entre la obligación de TVN y la probidad y demás fines de la publicidad.

Creemos haber demostrado ya la conexión lógica de medio a fin que tiene la publicidad con la probidad. Toda la literatura contemporánea y la experiencia comparada demuestran que ya no basta con confiar en los controles inter órganos o de agentes estatales para alcanzar la probidad, si no que, a ello debe agregarse la transparencia pública, constituyendo ésta una buena garantía de probidad. Esta es la idea inspiradora de todos los esfuerzos públicos y legislativos habidos en Chile desde mediados de los 90, en los que la Comisión sobre Ética Pública convocada por el Presidente Frei Ruiz Tagle concluyera que *“la transparencia se aplica a la totalidad de la función pública (...) **los fenómenos de corrupción proliferan cuando las funciones públicas no son transparentes y escapan, por lo mismo, al control institucional y ciudadano.** Por esta razón, su aplicación debe estar garantizada por (...) la publicidad de los procedimientos de la gestión y actos estatales. Respecto de estos últimos, la regla general debería ser la publicidad de todas las decisiones de los órganos del Estado”* a la vez que concluyera en que la mejor garantía de la probidad se encontraba en una ciudadanía informada, señalando que: *“**sólo los ciudadanos debidamente informados acerca de lo que ocurre en la gestión pública pueden ejercer un control activo a su respecto**”*.⁶⁸ Esa misma es

⁶⁸ Comisión Nacional de Ética Pública, “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción”, en *Revista de Ciencia Política* XVIII, N°1 – 2, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, p. 206. Énfasis añadido.

la idea que inspiró la dictación del artículo 8° de la Carta Fundamental, que vincula probidad y la publicidad de un modo manifiesto. Nos parece haber demostrado también que esa es la filosofía que inspiró la dictación de la Ley N° 20.285.

Como suele ocurrir en las ciencias sociales, particularmente con experiencias relativamente nuevas, no existe aún suficiente evidencia empírica que permita demostrar, más allá de toda duda razonable, lo acertado de esta conexión de causalidad, aunque si existen claros indicios de ser acertada.⁶⁹ Lo que no puede dudarse es que existe suficiente racionalidad en pensar que la publicidad y la transparencia son un medio idóneo para alcanzar la probidad, además de otros fines constitucionalmente debidos, como lo son el carácter republicano del Estado y la libertad de expresión, como expresamente lo ha establecido el TC. Recordemos que el estándar que puede exigir el Tribunal Constitucional al legislador es uno de razonabilidad y no uno de certeza absoluta; que la adecuación del medio no exige un examen de mérito de ser el elegido el medio más idóneo imaginable para alcanzar el fin, si no uno que razonablemente pueda estimarse capaz de encaminarse a la consecución de éste.

Ese y no otro es el juicio que movió al legislador a dictar la norma en cuestión. Como razonó el Senador Larraín, principal autor e impulsor de la Moción, al responder al Senador Viera Gallo, quien había manifestado su preocupación que estas empresas quedaran sometidas a un deber de publicidad mayor que la de su competencia: *"Es una exigencia mayor; porque si bien deben aplicarse, en lo posible, las disposiciones que rigen a las sociedades anónimas, **el principio subyacente en esta materia es que a las empresas públicas les cabe una responsabilidad distinta, por tratarse de entidades pertenecientes a todos los chilenos, quienes, en consecuencia, tienen el derecho preferente a saber qué ocurre en su interior.**"*⁷⁰ (Énfasis añadido).

⁶⁹ Basta ver el cruce que hace Transparencia Internacional entre los países situados en los primeros lugares del ranking de percepción de probidad y sus leyes y prácticas de transparencia pública

⁷⁰ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, LEGISLATURA 353^a, Sesión 38^a, martes 4 de octubre de 2005, Ordinaria, Primer Trámite Constitucional.

Otras manifestaciones de la justificación de la diferencia es la opinión del Senador Prokurica, quien, ante la insistencia del Ministro Viera Gallo en el sentido que las

Por lo demás, resulta imposible someter a TVN o a otra empresa pública creada por ley y de la sola propiedad del Estado a las mismas reglas de transparencia de una sociedad anónima abierta, en cuanto en éstas, a diferencia de aquellas, existen accionistas, los que tienen acceso privilegiado a ciertos documentos y pueden ejercer un importante contrapeso a la dirección, a través de la Junta de Accionistas, entidad que no existe en las empresas públicas creadas por ley. De eso tuvo conciencia el legislador, incluso al dictar la Ley Orgánica de TVN, anterior a la Ley de Acceso a la Información Pública. Ya en ese momento, existía conciencia de estar sometiendo a esa empresa pública a exigencias de publicidad diversas a la de las sociedades anónimas abiertas.⁷¹

empresas públicas quedarían sometidas a un régimen análogo a la de las sociedades anónimas abiertas, a pesar que ya se había aprobado una fórmula más exigente en la Comisión Mixta, le retrucó: "El señor PROKURICA..... Me llama la atención -y lo reiteraré al final de mi intervención- que el Ministro Viera-Gallo nos plantee ejemplos, que yo no comparto para nada, como la igualdad de condiciones entre las empresas del Estado y las empresas privadas.

¿Y por qué digo esto? Porque cuando desaparecen recursos de Megavisión, los pierde su dueño. ¡Qué le importa a los ciudadanos la pérdida de tales dineros! Pero cuando se extravían de Televisión Nacional de Chile, los pierde el país; cuando desaparecen de CODELCO o de ENAMI, los pierde el país." (DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, LEGISLATURA 355ª, Sesión 84ª, en miércoles 16 de enero de 2008, discusión Informe Comisión Mixta, P. 74 y 75).

⁷¹ "Acota, el Mensaje, que el logro de la igualdad competitiva requiere, además, la aprobación de normas de transparencia en la operación de la empresa que el proyecto de ley incluye en su articulado. Este factor debe permitir la fiscalización pública de su actividad y constituye una garantía que busca evitar los hechos acontecidos en el pasado reciente." (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones, Senado, Segundo Trámite P. 6.).

"Durante la discusión de este artículo se suscitó un extenso debate en el que se hizo presente que los balances de las empresas comerciales privadas son revisados por sus accionistas. En el caso de Televisión Nacional de Chile no hay quien revise dichos balances, siendo esta la gran diferencia existente.

En atención a lo anterior, y para solucionar esto, se propone que los balances sean informados por auditores externos y enviados a la Superintendencia de Valores y Seguros para su revisión y análisis.

La Comisión prefirió que fuera el organismo anteriormente señalado el que realizara este control de los balances y no la Contraloría General de la República ya que a Televisión Nacional de Chile se le está aplicando la normativa de las sociedades anónimas abiertas, y el organismo que tiene a cargo la fiscalización sobre dichas entidades es la Superintendencia de Valores y Seguros." Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones, Senado, Segundo Trámite P. 60 y 61.

Queda sólo por examinar entonces si la específica información de remuneración de ciertos gerentes, los responsables de la dirección y administración superior de la empresa, que se exige de TVN, es una información de interés público que puede razonablemente encaminarse a producir probidad de una función pública. Ello nos obliga a examinar si las empresas del Estado creadas por Ley y particularmente si TVN cumple una función pública y si la publicidad de la remuneración de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa puede alcanzar el fin de probidad y demás que la publicidad produce.

“El señor OTERO.-

(...)Y el artículo 35 contempla una norma que no rige respecto de las sociedades anónimas abiertas, pero que sí tiene una influencia substancial, ya que impone una obligación a la Superintendencia en cuanto a la revisión de los estados financieros y balances. Señala:

"Todo informe de los auditores externos deberá ser enviado de inmediato a la Superintendencia de Valores y Seguros, para su revisión y análisis. Esta revisión se sujetará a los principios de auditoría generalmente aceptados para determinar la transparencia y los resultados operacionales y administrativos de una sociedad anónima abierta.

"El informe de la Superintendencia de Valores y Seguros deberá considerar el cumplimiento de la finalidad de la empresa, la regularidad de sus operaciones y señalar si existen o no responsabilidades de sus directivos o ejecutivos. Este informe deberá ser enviado a la Cámara de Diputados, al Ministro de Hacienda y al Ministro Secretario General de Gobierno, para los fines a que haya lugar."

Es decir, la Superintendencia no sólo se limitará a recibir los informes de auditoría externa que se le proporcionen al término de cada trimestre, y anualmente en el caso del balance, sino que deberá analizarlos y emitir, a su vez, un informe sobre ellos. Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 323^a, Sesión 30^a, en martes 7 de enero de 1992, Segundo Trámite Constitucional, se aprueba en general y particular, P. 40 y 41.

“La señora FELIÚ. (...)Se ha planteado reiteradamente en la Sala, y así lo señala la iniciativa, que se procura establecer una empresa que sea idéntica a las sociedades comerciales privadas. Tan así es que el artículo 31 del proyecto dispone que supletoriamente y a falta de normas sobre el particular, se aplicarán las reglas relativas a las sociedades anónimas abiertas; **sin embargo, ocurre que en esta sociedad comercial —entre comillas—, en verdad no hay un verdadero dueño que represente los intereses de la misma, no hay una contraparte, no existe la junta de accionistas que debe haber en las sociedades anónimas abiertas. Es decir, no se da la posibilidad de que los dueños de la empresa —que, en principio, son todos los chilenos— puedan hacer valer sus argumentaciones con relación a la administración de la misma.** (Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 323^a, Sesión 30^a, en martes 7 de enero de 1992, Segundo Trámite Constitucional, se aprueba en general y particular, P. 80; énfasis añadido).

TVN es una empresa pública creada por ley. Conforme a ello, y en base a los preceptos legales que ya hemos citado, contenidos en la Ley de Bases de la Administración del Estado, ha sido creada por ley, su objeto social no está determinado por convención, si no por una norma de derecho público; ese objeto, que constituye su quehacer, tiende a satisfacer una necesidad pública, que en el caso específico, el legislador identificó con valores como la integración social y la seguridad nacional; sus autoridades son designadas políticamente y su patrimonio es público, aunque no se confunda con el fisco. Ciertamente esto no hace que TVN tenga una naturaleza idéntica a la de un servicio público o que no goce de autonomía, pero la Ley N°20.285 tampoco la trata como uno más. Afirmamos sólo que sus rasgos la diferencian notablemente de otras empresas privadas, incluidas la de su competencia. Sobre todo, debe recordarse que la razón de ser y el quehacer de TVN tienden a la satisfacción de una necesidad pública que los particulares no podían satisfacer. Ello no puede ser de otra manera, ya que de lo contrario, ni siquiera el legislador podría haberla creado, conforme dispone nuestra Carta Fundamental, en el numeral 21 del artículo 19. Es por esta razón que un ente que desarrolla una actividad empresarial, que una entidad que no es un servicio público, que no ejerce potestades públicas, que una empresa que compite con entes privados, forma parte de la Administración del Estado y está sujeta a varias obligaciones distintas a la de su competencia, incluyendo especiales deberes de publicidad y probidad.

Es en razón de todos estos factores y otros varios que se siguen de ellos que las empresas públicas creadas por ley no son iguales a las empresas privadas, aunque compitan con ellas y es en razón de esas diferencias que resulta razonable que el legislador las someta a deberes de publicidad especiales y distintos a las empresas privadas. En efecto, y como hemos ya señalado, existe un justificado interés público en que las empresas alcancen efectivamente los objetivos para los que, por ley, fueron creadas. Es lógico sostener que esas finalidades sólo pueden alcanzarse en la medida que la administración de la empresa, incluyendo la administración de su patrimonio, como ha reconocido la Contraloría, se efectúe con estricta sujeción al principio de probidad. Tal como hemos ya argumentado también, el legislador ha entendido que la publicidad es un modo adicional al de los controles internos y externos por agencias especializadas. Por esa

razón resulta justificado que las empresas públicas, como es el caso de TVN queden sujetas a deberes especiales con respecto a la de sus competidores privados que no perciben fines públicos y sólo arriesgan patrimonios privados.

Hasta donde lleguen estos deberes especiales de publicidad es una cuestión que, dentro de los límites de lo razonable, corresponde fijar al legislador. En algún minuto, anterior al de la dictación de la Ley N°20.285, el legislador estableció para TVN unos deberes de publicidad que eran bastante parecidos al de los de una sociedad anónima abierta. Digo bastante parecidos y no iguales, pues como ya hemos esbozado la auditoría interna a que quedó sometida TVN por su ley orgánica y el deber de envío de estos antecedentes a la Superintendencia de Valores y Seguros y a la Cámara de Diputados era ya diverso al de una sociedad anónima abierta.⁷² Por otra parte, y como se ha ya destacado ese régimen tampoco era idéntico al de las sociedades anónimas abiertas, pues en estas existen accionistas que TVN no tiene, facultados por ley para revisar libros y actas con antelación a las juntas ordinarias de accionistas. Por último, ese régimen tampoco era idéntico al de su competencia, toda vez que las empresas concesionarias de canales de televisión no son sociedades anónimas abiertas. Por ende TVN siempre tuvo, aún antes de la dictación del artículo décimo de la Ley N°20.285, un régimen legal de publicidad distinto al de su competencia. A partir de la dictación de este cuerpo legal TVN ha variado levemente sus obligaciones de publicidad; al igual como lo han hecho todos los entes públicos y todos los que pertenecen a la Administración del Estado, según la naturaleza de cada uno. Estas obligaciones han surgido de la razonable convicción del legislador en el sentido de que todos los entes públicos requerían de mayor transparencia para garantizar la probidad, cálculo por entero razonable, que cabe dentro de las facultades propias del legislador.

La específica fórmula que ahora se ha impugnado, cual es la obligación de publicitar la remuneración de los gerentes de TVN responsables de la dirección y administración superior de la empresa queda enteramente dentro de los cálculos de mérito de un legislador.

⁷² Estas obligaciones especiales de auditoría interna y remisión de datos se encuentran contempladas de los artículos 24 y 34 de la ley 19.132

La contraprestación de un gerente, máxime cuando la obligación de publicitar las rentas se ha limitado sólo a aquellos responsables de la dirección y administración superior de la empresa es, sin lugar a dudas una de las decisiones relevantes de administración de una empresa. Si existe interés público por la buena marcha y administración de estas empresas, incluida la administración de su patrimonio, el que no se satisface con la mera designación de sus directivos, parece razonable que el legislador en aras de la probidad, exija a esas empresas públicas detallar la remuneración de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa. Si debió hacerlo exigiendo tan sólo la cuantía global de pago a los gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, como propuso el Ejecutivo y defendió el Ministro Viera Gallo o si, como lo hizo el artículo décimo finalmente aprobado, se exige la publicidad de la renta específica de cada gerente responsable de la dirección y administración superior de la empresa, es una cuestión de mérito que corresponde a la competencia exclusiva del legislador.

Tampoco las obligaciones de publicidad de TVN son iguales a las de un Ministerio, Intendencia u otros de los órganos con que conforman la Administración del Estado. La Ley 20.285 ha establecido obligaciones de publicidad diferenciadas para la generalidad de los órganos de la Administración del Estado, para las diversas clases de órganos independientes regulados en la Carta Fundamental y para las empresas del Estado creadas por ley. Éstas últimas forman parte de la Administración del Estado, por lo que también sería pertinente hacer un paralelo de igualdad de trato entre unas y otras, así como en el juicio se discute uno a partir de compararlas con empresas privadas. Las empresas del Estado creadas por ley tienen diferencias con las empresas privadas y con los restantes órganos públicos, incluidos aquellos con que se integra para formar parte de la Administración del Estado. Todos los entes públicos han sido obligados a publicitar información, incluidas las remuneraciones, en general de todo su personal. Las empresas públicas han quedado sujetas a igual obligación, aunque con un carácter menos extensivo. El legislador ha considerado sus diferencias y, en una lógica que supera cualquier examen de racionalidad, las ha obligado a publicitar separadamente las remuneraciones hasta el nivel de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa.

Puede discutirse el mérito político de esa obligación, pero no tacharla que carece de razonabilidad.

En verdad, y por el contrario, el juicio de adecuación lleva a concluir que la norma del artículo décimo impugnado no hace sino precisar el alcance del **deber constitucional de publicidad que alcanza a todos los actos y resoluciones de los órganos del Estado**. TVN en particular y las empresas del Estado creadas por ley, son órganos que componen la Administración del Estado, según dispone expresamente el inciso segundo del artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. A su vez, la determinación de la cuantía y el pago de remuneraciones es una resolución tomada por estos órganos públicos que es relevante en la administración de su patrimonio, cuestión en la que existe un legítimo interés público comprometido, como ha declarado la ley y reconocido reiterada jurisprudencia judicial y administrativa. En consecuencia, parecen haber buenas razones para estimar que la exigencia establecida en el artículo décimo era un deber del legislador. Al menos, debe concluirse necesariamente que se encuentra dentro del abanico de su legítima discreción política, por satisfacer con creces criterios de razonabilidad.

5. Enunciación y examen de un quinto requisito: para ser razonable, la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables.

a) Enunciación de la exigencia conforme al entendimiento que de ella ha hecho el TC.

El Tribunal Constitucional, siguiendo también en esto una tendencia prácticamente universal, a partir de la sistematización hecha por Alexy de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, ha enunciado y aplicado el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Generalmente se explica éste como un ejercicio de ponderación entre los principios o bienes en juego, a objeto de evitar que, en procura de alcanzar objetivos lícitos, el legislador dañe

desproporcionadamente otros bienes igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional. El examen -reitera siempre la doctrina y la jurisprudencia- debe hacerse no respecto del peso de los bienes en abstracto, si no considerando específicamente en el caso concreto, las probabilidades y magnitudes del daño y de los concretos beneficios previsibles con la medida legal en análisis.

De ese modo lo ha enunciado también el Tribunal Constitucional chileno en un número significativo de fallos entre el 2006 y la fecha. Así, lo deja patente el considerando 17° de la sentencia de 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, al referir 4 fallos anteriores y reiterar, particularmente en las expresiones que hemos ennegrecido, con el objeto de destacarlas:

*“Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; **a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados;**”*

Como puede apreciarse de la frase destacada, para el Tribunal Constitucional chileno, al igual que lo anunciado, entiende que el juicio de proporcionalidad debe necesariamente sopesar los fines de la norma con los derechos afectados en la específica situación fáctica que se analiza.

Para el Tribunal Constitucional no es una exigencia que los beneficios sean claramente más que los daños, sino que el estándar es menor. Sólo **se trata de verificar que los daños no sean abierta o manifiestamente desproporcionados a los bienes susceptibles de esperar de la medida**. Sólo si verifica esa abierta desmesura entre los beneficios y los daños previsibles, la diferencia debiera ser calificada de arbitraria o carente de razonabilidad. A partir de una cita de un fallo del TC español, el estándar ha sido enunciado por el TC chileno como una exigencia de evitar resultados **“especialmente gravosos o desmedidos”**. Así, por ejemplo, en el considerando 20° de la sentencia de 17 de junio de 2010, causa Rol 1584:

***“VIGÉSIMO:** Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, **de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos**”. (Sentencias 76/1990 y 253/2004);. (Énfasis añadido).*

La misma idea de un estándar laxo o de abierta desmesura se expresó en términos de prohibir lo **“abiertamente desproporcional”**. Así, en la sentencia de 11 de diciembre de 2007, causa Rol 790, citando un fallo de la Corte Suprema de México, el TC chileno señaló que **“el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella”**. La satisfacción del requisito a través de que éste no resulte **“abiertamente desproporcionado”**, figura también en el considerando 27° de igual fallo.

En otros fallos, la misma noción se ha expresado diciendo que el juicio de proporcionalidad exige que la distinción que hacen los preceptos legales sean “tolerables para el destinatario.”⁷³ En la causa Rol 1365 el Tribunal se satisfizo con que el gravamen (de someterse a un registro de ADN) fuera también en beneficio del propio condenado para estimar que el daño resultaba tolerable. Por su parte, la sentencia de 3 de marzo de 2010, causa Rol 1298, juzgó que el gravamen de hacer perder su derecho de propiedad al poseedor inscrito en una prescripción adquisitiva especial de corto tiempo

⁷³ Considerandos 35 y 37 de la sentencia Rol 1535, reiterado en el considerando 34 de la sentencia Rol 1365, de 8 de abril de 2010.

resultaba proporcional ante la expectativa de los beneficios esperables del más rápido saneamiento de los títulos de propiedad.⁷⁴ De igual modo, se consideró tolerable y no desmedido el instrumento de obligar a los abogados a servir, aunque no gratuitamente, turnos obligatorios para asegurar el derecho a defensa.⁷⁵ De igual modo, se han considerado proporcionales las mayores penas impuestas a los responsables de delitos según el daño que estos acarrearán o los bienes jurídicos que protegen, todo ello con el fin de prevenir o abatir la actividad delictual. Asimismo, el TC justificó como proporcionado privar a los demandados de deudas previsionales de ciertas excepciones ante el beneficio esperado de garantizar su pago.⁷⁶ En ninguno de los casos citados el Tribunal ha exigido pruebas definitivas que lo convenzan más allá de toda duda razonable de que el fin se va a alcanzar o certeza de que los fines buscados vayan a producirse, satisfaciéndose con un juicio de razonable probabilidad en la apuesta legislativa.

Que el estándar sea sólo para prohibir casos de especial desmesura entre beneficios y daños probables y que no se exija certeza en el logro de los objetivos que justifican el daño o que se permita al legislador escoger *entre un abanico de medios que no resulten "abiertamente desproporcionales"* se explica por cuanto el juicio de constitucionalidad que aplica el TC chileno es una de razonabilidad y no de méritos o de sustitución del legislador. Como ya se ha citado, al juicio de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: *"no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que*

⁷⁴ Ver especialmente el considerando 75° de la sentencia referida en el texto.

⁷⁵ Causas Roles 755, 1138, 1140 y 1254. Ver especialmente considerando 46 del primero de los fallos citados, el que se repite en los siguientes.

⁷⁶ Sentencia de 8 de enero de 2008, causa Rol 977. El juicio de proporcionalidad se razona en el considerando 19°: *"Debe concluirse también que la diferencia persigue un fin lícito, como es la seguridad en el pago de cotizaciones de seguridad social adeudadas y la celeridad de su cobro procesal, lo que se justifica en las peculiares finalidades y características que debe atribuirse a estas cotizaciones en el ordenamiento jurídico chileno. En ese sentido, el carácter gravoso que pueda significar para el demandado el hecho de no contar, en este tipo de juicios, con la respectiva excepción de ineptitud del libelo, resulta proporcionado a tales finalidades.*

estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad (...) ⁷⁷

b) Examen de la satisfacción de este requerimiento en los efectos que produciría la norma legal cuestionada en el caso en concreto.

Estimamos demostrado ya en este informe que la finalidad de la norma que, en el caso concreto, obliga a TVN a publicitar la remuneración de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa persigue una finalidad de probidad, a través de la transparencia de una información de interés público, de sujeción de las actividades públicas y particularmente de administración patrimonial, al escrutinio ciudadano, que es propio de una república democrática y de permitir el acceso a información pública, que es consustancial a la libertad de expresión.

La justificación de la especial exigencia de publicidad de una empresa pública, diversa a las de su competencia privada aparece bien expuesta por el Senador Larraín, coautor de la Moción que dio origen a la Ley 20.285, que nos ha ocupado, quien, como ya se ha consignado, en la sesión del Senado de 4 de Octubre de 2005, expresó: ***“Es una exigencia mayor; porque si bien deben aplicarse, en lo posible, las disposiciones que rigen a las sociedades anónimas, el principio subyacente en esta materia es que a las empresas públicas les cabe una responsabilidad distinta, por tratarse de entidades pertenecientes a todos los chilenos, quienes, en consecuencia, tienen el derecho preferente a saber qué ocurre en su interior.”*** (Énfasis añadido).

Si ya nos hemos ocupado largamente de los beneficios de la norma ¿Cuál es el daño o gravamen a que somete al obligado? Se ha sostenido en el juicio –y por ello se impugna la norma- que la publicidad de esa información colocaría al obligado en una situación de desventaja para competir con el resto de las estaciones televisivas. El argumento sostiene que esta desventaja consistiría en

⁷⁷ Considerando 21 de la sentencia Rol 829, reiterado en el considerando 32 de la sentencia de 8 de abril de 2010, Rol 1365.

que quien compite exhibiendo sus remuneraciones estaría más expuesto a que su personal, en este caso sus gerentes, fueran atraídos por los canales de la competencia o *levantados de sus puestos*. El daño consistiría entonces en una competencia desigual. Para poder sostener el argumento, resulta indispensable afirmar que quien oculta las remuneraciones de sus gerentes está menos expuesto a que éstos sean atraídos por la competencia, mientras que quien publicita sus sueldos está más expuesto a ello.

Para poder juzgar la veracidad de este argumento, resulta necesario apreciar la magnitud y probabilidad de ocurrencia del daño alegado, lo que naturalmente excede de los límites de este informe. Desde luego, resulta difícil hacerlo en condiciones que en el proceso no existe ni se ha aportado antecedente alguno que permita acreditar su verosimilitud o siquiera que los niveles de remuneración de un gerente de un canal resulte desconocido para las autoridades de otro.

Desde el punto de vista personal y no de apreciación jurídica, juzgo la alegación del daño como contra intuitiva, pues para atraer a un gerente o profesional lo primero que una empresa hace es sondear su interés en trasladarse y en esas tratativas preliminares típicamente se conversará acerca de la remuneración con la cual el profesional estaría dispuesto a cambiarse a la competencia. De hecho, muchos profesionales cuyas remuneraciones no son públicas ni están exigidos por la ley, se cambian de un canal a otro. Estos traslados son particularmente frecuentes al variar la propiedad o la línea programática en los canales. El reciente cambio de profesionales desde TVN a Canal 13, que ha mudado de propiedad, ha generado atención pública, con entrevistas, polémicas y recriminaciones. El abogado que escribe este informe las ha procurado seguir con curiosidad e interés, y en todas ellas ha detectado que los actores y analistas las imputan al cambio de propiedad y dirección en el Canal 13, mientras ninguno menciona el conocimiento o desconocimiento acerca del nivel de sueldos como un factor relevante.

En verdad parece difícil sostener que el país, cuyo beneficio o perjuicio es el que finalmente debe considerarse en un caso en que un ente público creado por ley para cumplir una función social, alega

daño, se vea negativamente afectado por el hecho que se conozcan las remuneraciones de los gerentes del canal público de televisión.

Volviendo a un plano que excluye la apreciación personal, debe anotarse que existen empresas públicas que sí informan acerca de la remuneración de sus gerentes. Tal es el caso de “Casa de Moneda de Chile S.A.”; la que, al igual que TVN, ha sido creada por ley, y al igual que ésta, compite con privados en varios rubros, como lo son la confección de galvanos y medallas sin que éste informante esté en antecedentes, los que ha procurado rastrear, de estar padeciendo desventajas por el hecho de haber transparentado la remuneración de sus gerentes.⁷⁸

En un sentido análogo, debe anotarse que las sociedades anónimas abiertas deben publicitar en sus memorias, la remuneración que perciben sus directores y globalmente las de sus gerentes, lo que debe consignarse, además en sus páginas web, si cuentan con una.⁷⁹ En las más diversas áreas de producción y servicios, estas sociedades anónimas abiertas compiten con otras que no publicitan estos datos, por estar ellas constituidas como sociedades anónimas cerradas, de responsabilidad limitada u otras. Hasta donde llega el conocimiento de este abogado informante, la literatura no registra ésta como una particular desventaja de las sociedades anónimas abiertas.

En el caso de las sociedades anónimas abiertas, el legislador ha establecido modos acordes a su naturaleza para asegurar el derecho de sus accionistas a conocer los más diversos actos que ellas realizan. Así, además de determinar que sus memorias incluyan toda remuneración de los directores, a lo que la Superintendencia ha agregado la necesidad de publicitar el monto global pagado a sus gerentes (que es la norma a la que TVN busca asemejarse), en el caso de esas sociedades, la ley ha concedido a los accionistas, en ciertos períodos, el derecho de revisar sus libros. En consecuencia, en

⁷⁸ La remuneración de cada gerente de Casa de Moneda de Chile S.A. puede consultarse en su página web: http://www.cmoneda.cl/GobiernoTransparente/dotacion_por_area.htm

⁷⁹ Así lo establecen los artículos 33 y 54 de la Ley 18.046, complementada por la norma N° 283 de la Superintendencia de 2010.

la medida que una sociedad anónima abierta acuerde la remuneración de sus gerentes en sesión de Directorio y esas actas no hayan sido declaradas secretas, cualquier accionista podrá acceder al conocimiento de este antecedente.⁸⁰ En el caso de una empresa pública creada por ley, no cabría emplear un método análogo, pues no tiene accionistas, pero sí los ciudadanos tienen un análogo y legítimo interés en la administración, incluyendo la del patrimonio, de una empresa pública que la que tienen los accionistas en una sociedad anónima abierta, queda de manifiesto la lógica y proporcionalidad de la fórmula legislativa.⁸¹

De hecho, y lo que es aún más claro y decisivo, TVN no compite con sociedades anónimas abiertas. Al menos no lo son ni Megavisión, ni Chilevisión, ni –por ahora- Canal 13; por lo que la pretensión de regirla sólo por las reglas de publicidad de su ley orgánica y no por

⁸⁰ La norma sobre secreto se encuentra contenida en el artículo 54 de la Ley de Sociedades Anónimas y dispone: "No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio, podrá darse el carácter de reservado a ciertos documentos que se refieren a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social." Por su parte, el artículo 43 de la misma Ley obliga a los directores a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía.

⁸¹ Así, por ejemplo, el artículo 54 de la Ley de Sociedades Anónimas permite a los accionistas no sólo revisar la memoria y balance, si no todos los libros de la sociedad: "**Art. 54.** *La memoria, balance, inventario, actas, libros y los informes de los auditores externos y, en su caso, de los inspectores de cuentas, quedarán a disposición de los accionistas para su examen en la oficina de la administración de la sociedad, durante los quince días anteriores a la fecha señalada para la junta de accionistas. Los accionistas sólo podrán examinar dichos documentos en el término señalado.*

Durante el período indicado en el inciso anterior, estos accionistas tendrán el derecho de examinar iguales antecedentes de las sociedades filiales, en la forma, plazo y condiciones que señale el Reglamento.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio, podrá darse el carácter de reservado a ciertos documentos que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social. Los directores que dolosa o culpablemente concurren con su voto favorable a la declaración de reserva, responderán solidariamente de los perjuicios que ocasionaren.

En el caso de las sociedades anónimas abiertas, la memoria, el informe de los auditores externos y los estados financieros auditados de la sociedad, deberán ponerse a disposición de los accionistas en el sitio en Internet de las sociedades que dispongan de tales medios."

las posteriores de la Ley 20.285, tampoco la dejaría en un plano de igualdad con su competencia.

Enseguida, debe considerarse que TVN, por ser una empresa pública, ha gozado y goza de algunas ventajas que su competencia no tiene. Desde luego, su capital inicial provino de otra empresa del Estado y, conforme lo establece el artículo 7° transitorio de la Ley 19.132, se sirve de bienes públicos. Durante el debate de esa Ley, algunos parlamentarios hicieron ver otras ventajas comparativas de un canal público.⁸²

La conclusión que se sigue del análisis anterior es que los beneficios de la publicidad resultan ciertos o a lo menos altamente probables y de importante magnitud, mientras los costos no aparecen más que como una afirmación con débil sustento. A todo evento, lo que resulta evidente es que no aparecen antecedentes en el proceso para estimar que, con la aplicación de la norma, TVN vaya a sufrir un daño que resulte manifiestamente desproporcionado a los beneficios que la legislación representa para los fines de consolidar una república democrática, ensanchar los márgenes de la libertad de

⁸² "El Sr. Alessandri. (...) Es indudable que un canal estatal, por mucho que se establezca un régimen especial e independiente del Gobierno de turno, compite en forma desleal con los demás canales, no porque lo haga conscientemente ni a sabiendas, sino porque su situación de privilegio le confiere una condición distinta, mejorada, de la que no disfrutaban los demás. Es así como, naturalmente, tiene más acceso que otros a fuentes de financiamiento y a propaganda de las empresas estatales, que tenderán a beneficiarlo. Y tiene el privilegio de no quebrar nunca, porque tal como ha sucedido en el pasado, cuando falta plata, el Fisco echa mano al bolsillo y soluciona el problema. En cambio, si a los canales privados les va mal, pueden ser declarados en quiebra, con el consiguiente perjuicio para sus concesionarios.

Pero hay otras condiciones de desigualdad que le son favorables. Las instalaciones de Televisión Nacional las pagamos todos los chilenos, y no creo que la empresa destine nada a amortización de equipos, a diferencia de los nuevos canales, que han debido gastar enormes sumas, primero, en adjudicarse las respectivas frecuencias, y, en seguida, en efectuar las instalaciones respectivas.

El Canal 7 llega a todas partes de Chile, porque el Estado así lo dispuso y así lo financió con fondos públicos. ¿Cuánto tiempo se demoró el Canal 13 en cubrir todo el territorio nacional, por no contar con ese cómodo financiamiento? ¿Y cuánto le costará a Megavisión o a las otras redes ponerse a la par de ellos?" (Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 323ª, Sesión 30ª, en martes 7 de enero de 1992, Segundo Trámite Constitucional, se aprueba en general y particular, P. 65 y 66).

expresión y, particularmente, asegurar la probidad de funciones públicas.

La Ley 20.285 ha obligado a todos los entes públicos a sujetarse a la transparencia activa. Sus obligaciones son diversas, según sus distintas clases. Todos, incluidos los órganos independientes han quedado sujetos a la transparencia activa, ya que el artículo 8° los obliga a todos. Todos deben publicitar las remuneraciones, en general, de todo su personal. Las empresas públicas han quedado sujetas a igual obligación, aunque con un carácter menos extensivo que los restantes órganos con que conforman la Administración del Estado. El legislador ha considerado sus diferencias y, en una lógica que supera con creces la racionalidad de obligaciones proporcionales, les ha exigido publicitar desagregadamente las remuneraciones hasta el nivel de sus gerentes responsables de su administración y dirección superior. Puede discutirse el mérito político de esa distinción, pero no tacharla de irracional.

D. Conclusiones de este apartado.

La norma contenida en el artículo décimo, letra h) de la Ley N° 20.285, en cuanto se aplique a la gestión pendiente, producirá para TVN una obligación de publicitar la remuneración de cada uno de sus gerentes responsables de su administración y dirección superior, a la que no quedan sujetas las empresas que compiten con ella en el rubro televisivo.

La Constitución no prohíbe al legislador hacer diferencias, si no que le impide que ellas sean arbitrarias, lo que debe entenderse como carentes de razonabilidad.

La específica diferencia que analizamos, producida por la norma legal impugnada, satisface plenamente los requisitos de fundarse en antecedentes fácticos objetivos y relevantes que se aprecian manifiestamente entre las empresas privadas y las del Estado, establecidas por ley, particularmente al comparar los fines y estatutos jurídicos de cada una de esas dos categorías de empresas. La Ley N° 20.285 ha establecido obligaciones de publicidad diferenciadas para la generalidad de los órganos de la Administración

del Estado, para las diversas clases de órganos independientes regulados en la Carta Fundamental y para las empresas del Estado creadas por ley. Aunque estas últimas forman parte de la Administración del Estado, han quedado sujetas a obligaciones menos intrusivas que aquellas y menos extensivas incluso que la de los órganos constitucionales independientes.

Es tan manifiesta la diferencia entre empresas privadas y públicas creadas por ley, que, para sostener la obligación de igual trato en materia de transparencia habría no sólo que desconocer normas de derecho público, que configuran la diversa naturaleza de éstas, si no también ignorar las de derecho privado, particularmente las que otorgan facultades de revisión y fiscalización a los accionistas minoritarios en las sociedades anónimas abiertas. Por último, tampoco se daría a TVN un trato igual al de su competencia si se le aplicaran sólo las normas de publicidad contenidas en su Ley Orgánica, pues aunque se estimara que ellas son similares a las que rigen para una sociedad anónima abierta, su competencia no se ha organizado estatutariamente de ese modo, por lo que no se encuentra tampoco obligada a la publicidad propia de las sociedades anónimas abiertas.

La diferencia que analizamos, contenida en la letra h) del artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información, persigue manifiestamente el objetivo de la probidad que se obtiene por la publicidad de la información. La publicidad es también un componente esencial en una república democrática y en el goce de la libertad de expresión. Esos fines no sólo son constitucionalmente válidos o lícitos, si no debidos.

La concreta diferencia hecha por el legislador satisface con creces el requisito de ser un medio idóneo y necesario para alcanzar los fines constitucionalmente debidos, desde que existe una ligazón de causa a efecto que resulta lógica, a partir de las máximas de la experiencia, entre la publicidad de los asuntos públicos y la probidad y entre aquella y la consolidación del principio republicano y el ejercicio de la libertad de expresión. Que TVN persiga fines y realice una función pública resulta manifiesto del análisis de su ley orgánica. La propia Carta Fundamental vincula el fin de la probidad con el instrumento de la publicidad, mientras el Tribunal Constitucional ha

ligado, y con razón a la publicidad como un medio para favorecer el carácter republicano de la democracia chilena y el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, el legislador no ha hecho sino ejercer un margen de discreción razonable al concretar la obligación establecida en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental en las empresas del Estado creadas por ley –cuyo es el caso de TVN- a través de lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

La probabilidad del daño que se alega resulta contra intuitiva, no se ha acreditado y resulta desmentida por casos análogos. En este sentido, no resulta posible convencer que la diferencia resulte manifiestamente desproporcionada, que es el estándar aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

De ese modo, la diferencia legal en análisis producirá, en caso de aplicarse, efectos que pasan con creces cada uno de los test en que se descompone el de la razonabilidad. Puede discutirse el mérito político o la sabiduría de haber establecido una obligación que sólo afecta a las empresas públicas creadas por ley y no a aquellas del sector privado que compiten con ellas; pero no es posible tachar esa norma de arbitraria o sostener que carece de razonabilidad.

IV. Análisis de la eventual infracción a lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

A. Presentación y orden de este capítulo.

Corresponde ahora analizar si la aplicación de lo dispuesto en la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285 resultaría, en caso de aplicarse a la gestión pendiente, contrario a lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En su requerimiento, TVN ha sostenido que en caso de aplicarse en la gestión pendiente, el precepto, en cuanto obliga a publicitar las remuneraciones percibidas en el año por cada gerente de esa estación televisiva, infringiría lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. A juicio de TVN esa infracción se verificaría por cuanto esa empresa del Estado quedaría compitiendo de una manera desfavorable con las restantes estaciones televisivas, que resultan ser privadas, infringiendo la norma constitucional invocada que garantiza participar en iguales condiciones de otras empresas del rubro.

En el presente capítulo analizaremos, en primer lugar, si a la norma constitucional que se invoca puede atribuírsele el sentido de impedir establecer condiciones competitivas desfavorables a una empresa estatal, o si, en cambio, su sentido es sólo el de proteger a los privados que emprenden actividades económicas de competencia desleal por parte de empresas públicas. Ello nos tomará el apartado B que sigue. Por su parte, la letra C concederá, para efectos de argumentación la posibilidad de que el inciso constitucional en cuestión pudiera ser invocado por una empresa estatal que se estima desfavorecida, para así revisar si se cumplen los requisitos que la regla constitucional contempla para que el legislador pueda establecer legítimamente un trato diferenciado. Por último, la letra D contendrá las conclusiones generales de este capítulo.

B. No cabe invocar la disposición constitucional del artículo 19 N° 21 en favor del Estado y contra el derecho de las personas.

Tal como ha quedado anunciado, este apartado analizará si un precepto legal, como es el caso del artículo décimo letra h) de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en cuanto establece un deber especial y superior a una empresa pública creada por ley, como es el caso de TVN, es capaz de infringir la regla constitucional contenida en el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19.

Como se sabe, el inciso primero del precepto constitucional invocado como infringido asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, en la medida en que se respeten las normas legales que la regulen. Por su parte, el inciso segundo de esa disposición prescribe literalmente:

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”

Como no se trata de examinar en abstracto si el contenido del artículo décimo, letra h) de la Ley N°20.285 infringe lo dispuesto en la norma constitucional recién transcrita, cuestión que ya fue hecha por lo demás por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 10 de julio de 2008, rol 1051; sino de examinar si la aplicación del precepto legal en la gestión pendiente es capaz de producir efectos contrarios a la Constitución, debemos destacar que, en caso de aplicarse, la norma concretamente obligaría a TVN a publicitar la remuneración de sus gerentes, lo que no es exigible a las empresas que compiten con ella en el espectro televisivo.

En consecuencia, lo que debemos examinar es si el artículo 19, N°21, inciso segundo establece o no una prohibición de diferenciar en contra de una empresa pública o si, por el contrario, sólo garantiza a los privados que aquellas empresas públicas que compitan en el

mercado no puedan hacerlo con ventajas especiales, salvo las excepciones expresamente establecidas por el legislador con quórum calificado y por causa justificada.

1. El sentido literal y lógico del precepto constitucional es claro: en el no se establece una garantía a las empresas públicas, sino a los privados. La tesis contraria lleva además a resultados manifiestamente absurdos.

La Constitución Política, en su Capítulo III, no asegura derechos al poder público en contra de las personas; sino que asegura a todas las personas, derechos en su convivencia social y particularmente para que puedan invocarlos en contra del Estado.

Ese ha sido el sentido primigenio de todos los estatutos constitucionales que ha conocido la humanidad en sistemas democráticos. Como señala el inciso segundo del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humano son precisamente un límite al ejercicio de la soberanía. Si bien la Carta Fundamental regula al poder público, al garantizar derechos fundamentales lo hace a favor de las personas. Ni los órganos del Estado ni los entes públicos que forman parte de su Administración, cuyo es el caso de las empresas públicas creadas por ley, como TVN, son los titulares de los derechos y deberes constitucionales. Por el contrario, y como también dispone ese inciso del artículo 5° los entes públicos tienen esencialmente el deber de respetar y promover tales derechos.

Excede los límites del presente estudio determinar si nunca un ente público puede invocar en su favor una garantía constitucional en contra de los privados. Bástenos afirmar que, si bien la doctrina constitucional y la jurisprudencia chilena y comparada han avanzado hasta determinar el efecto horizontal de los derechos fundamentales, en el sentido de obligar a los particulares a respetarlos a favor de otros particulares, resulta extraño a todo el sentido de los derechos fundamentales que pueda invocárseles por una empresa pública que pertenece a la Administración del Estado, en contra del derecho constitucional de los privados a la publicidad.

La doctrina constitucional tiende a uniformarse en la tesis de sostener que los derechos constitucionales no pueden, por regla general, ser invocados por personas jurídicas de derecho público. Así lo sostiene don Alejandro Silva Bascuñán en su Tratado de Derecho Constitucional⁸³. Humberto Nogueira, por su parte, refiriéndose a la titularidad de los derechos fundamentales de los poderes públicos u organismos del Estado sostiene que “parece indiscutible que los derechos esenciales son derechos que tienen a la persona como sujeto activo y al Estado como sujeto pasivo, en la medida que reconocen y protegen ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a los individuos o cuerpos intermedios.” Como excepciones a ese principio el autor menciona el derecho de la administración a una tutela judicial efectiva y, entre otros el de las corporaciones públicas como Televisión Nacional, para reivindicar la libertad de información.⁸⁴ Quien más extensamente ha tratado este tema es el profesor Eduardo Aldunate en un artículo publicado en la Universidad de Talca el año 2003, bajo el título “La titularidad de los derechos fundamentales”. Resumiendo su tesis en su libro “Derechos Fundamentales”, este autor sostiene que las personas jurídicas no son en principio titulares de derechos fundamentales, lo que, a su juicio, resultaría incompatible con el Estado de derecho, contrario a una interpretación sistémica de la Constitución y objetable desde el punto de vista del principio de

⁸³ “Por lo dicho, a nuestro parecer, la mención a las personas del encabezamiento en el art. 19 no alude de lleno e indiscriminadamente en su totalidad a las personas jurídicas; las de derecho público no provienen directamente de la realidad social, sino del propio ordenamiento jurídico que las crea y, respecto de las privadas, del ejercicio del derecho de asociación; sería, no obstante, vulnerado éste si, siendo necesario su reconocimiento como persona jurídica para el cumplimiento de los fines lícitos de una corporación o fundación, no pudiera organizarse con tal beneficio; se registraría, en tal hipótesis, según correspondiera, una carencia del legislador o un atropello de la autoridad administrativa.”. (Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales. Tomo XI. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, febrero de 2006, página 31).

⁸⁴ Humberto Nogueira Alcalá: “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”. CECOCH, 2007, Tomo I, páginas 48 y 49.

juridicidad; aunque por excepción, admite puedan serle aplicables a algunos de ellos.⁸⁵

⁸⁵ “El carácter excepcional del reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales para personas jurídicas conduce a la conclusión de que, en principio, ellas no son titulares de derechos fundamentales, y que este reconocimiento se hace simplemente por razones instrumentales. De paso, se abre la discusión sobre el carácter de los derechos que, se sostiene, son aplicables a las personas jurídicas, ya que, en principio, esta afirmación es indicativa de que dichos derechos no se vinculan de manera necesaria a la sustancia de la individualidad humana.

Sin embargo, con lo dicho anteriormente no queda resuelta la cuestión de la titularidad iusfundamental de personas jurídicas de derecho público que ejercen potestades públicas. Resulta incompatible con el Estado de Derecho otorgar al Estado la posibilidad de atribuirse, a través de sus mismos órganos (v.g.: jurisdiccionales), facultades o ámbitos de protección que reconoce como innatos o consustanciales a los individuos, o bien que defiende como proyección de su desarrollo en el ámbito jurídico (personas jurídicas de derecho privado). El propio texto constitucional regula la habilitación constitucional al Estado, dentro del Capítulo III, de manera excepcional (artículo 19 N°12 i. V, artículo 19 N°21 i, II, 19 N°24 i. VI), lo que constituye al menos un indicio bastante fuerte en el sentido que la Constitución no reconoce como regla general una titularidad estatal en materia de derechos constitucionales. Por otro lado, la reclamación de un derecho fundamental constitucional afectado por parte de un órgano del Estado plantea serias objeciones desde el punto de vista del principio de juridicidad, en la medida en que tendría que entenderse que los derechos constitucionales que se aleguen lesionados pasan a incorporarse a las competencias (al menos, desde la perspectiva de su actuación procesal) del respectivo órgano. Esta incorporación en bloque parece no satisfacer la exigencia de atribución *expresa* de autoridad o derechos prevista en el artículo 7° i. II de nuestra Constitución. En Chile, esta cuestión es de una importancia práctica de primera línea, en cuanto se ha acogido el alegato de infracción al debido proceso como causa de nulidad de los juicios orales en lo criminal, por lesión a derechos fundamentales, de parte del Ministerio Público, alterando así la lógica del proceso penal.

Un tratamiento diferenciado puede darse a las entidades a las que se les reconoce personalidad jurídica de derecho público para el cumplimiento de fines que son proyección del desarrollo individual o que, al menos aparecen como opuestos al desarrollo del poder estatal, en el sentido de generar espacios de autonomía individual o grupal.”.

(Derechos Fundamentales. Eduardo Aldunate Lizana, Legal Publishing, 1ª edición, octubre de 2008, páginas 158 y 159).

Si resulta altamente discutible que el Estado pueda alegar la infracción de los derechos fundamentales por parte del legislador en contra de un particular, es especialmente claro que la regla de igualdad de trato contenida en el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 sólo tiene por objeto garantizarle a los privados que realizan actividades económicas, que el Estado no competirá deslealmente con ellos.

Desde luego el inciso primero del numeral 21 que comentamos asegura a las personas y no al Estado el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. En relación al Estado (en este caso llamado Estado empresario) lo que la Constitución garantiza es que este y sus organismos sólo podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas en caso que una ley de quórum calificado los autorice. A continuación y sólo a continuación de esas dos garantías, claramente puestas en exclusivo beneficio de los particulares, se agrega una tercera, que también tienen la misma finalidad. Conforme a ella, las actividades empresariales del Estado deben quedar sometidas a la legislación común aplicable a los particulares. Ese igual trato que la legislación debe establecer, salvo excepciones expresas y justificadas, se encuentra establecido, al igual que los dos derechos anteriores, a favor del particular, con el objeto de asegurarles que el Estado, salvo razones justificadas, no competirá con ellos en condiciones privilegiadas o más favorables, pero no garantiza a los entes públicos que no estarán sujetos a obligaciones distintas a los privados que compitan con ellos.

Si el sentido de la norma fuera, exclusivamente o además, el de proteger a las empresas públicas en contra de obligaciones especiales distintas a las de los entes privados que compiten con ellas, tendría que concluirse el absurdo de que también debieran considerarse inconstitucionales lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto establece que las empresa públicas creadas por ley pertenecen a la Administración del Estado. También tendría que estimarse inconstitucional la obligación de esas empresas de someter su acción a la Constitución y a las leyes, de actuar dentro de su competencia y la limitación de no ejercer más atribuciones que las que expresamente le haya conferido el ordenamiento jurídico, contenida en el artículo 2° del mismo cuerpo legal, pues las empresas

privadas que compiten con ellas sí pueden definir su objeto social por convención. También sería inconstitucional la obligación legal de promover el bien común atendiendo necesidades públicas, o las de observar los principios de responsabilidad y eficacia, contenidos en el artículo 3° del mismo cuerpo normativo, pues las empresas privadas que compiten con ellas no quedan sometidas a esas obligaciones. Tampoco las autoridades del canal público quedarían obligados a velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos puestos a su alcance, contenida en el artículo 5°, toda vez que ella tampoco es una obligación de los privados.

Por lo demás, en caso de sostenerse que el artículo 19 N°21, inciso segundo de la Constitución, asegura a TVN el derecho a no quedar sujeta a obligaciones especiales de publicidad distintas a la de su competencia, también resultarían contrarias a la Constitución todas las restantes obligaciones que, con igual finalidad, las someten a exigencias análogas a las de una sociedad anónima abierta, como lo son la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, la de publicitar la remuneración de sus directores y otras, pues TVN no compite con sociedades anónimas abiertas, sino cerradas, como es el caso de Chilevisión y Mega o de corporaciones, como es el caso de canal 13.

2. La historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional manifiesta claramente el entendimiento que venimos sosteniendo.

La norma constitucional que venimos comentando tomó forma en las Sesiones 388 y 389 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. En esos debates aparece de manifiesto que la intención de sus redactores fue siempre la de prohibir –salvo ley expresa, de quórum calificado y fundada en motivos justificados- normas que privilegiaran al Estado empresario. La intención de favorecer con igualdad a las empresas públicas no sólo está ausente, si no que expresamente rechazada. Como lo planteó el Comisionado Bertelsen en la Sesión 388 al opinar acerca de a quien debía quedar asegurada la libertad económica: "... **las garantías constitucionales no se aseguran al Estado, sino a las personas, por lo cual no se está**

asegurando al Estado la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas.⁸⁶(Énfasis añadido).

Por su parte, en la Sesión siguiente, el Sr. Guerrero, Fiscal del Banco Central, de activa participación en el debate de esta norma, dejó en claro que el sentido de la igualdad que se consagra en el inciso segundo es el de evitar que las empresas del Estado compitan en situación de ventaja o privilegio con el sector privado. Así, en el acta de esa sesión consta que ***“el Señor Guerrero expresa que la idea es que el Estado, en el caso que esté autorizado para tener empresas o para desarrollar una actividad empresarial, deba regirse por las mismas normas vigentes para el sector privado, sin privilegios ni estatutos especiales.”***⁸⁷ Énfasis añadido).

3. Lo que resulta decisivo, el Tribunal Constitucional ha entendido reiteradamente que la norma constitucional tiene por objeto proteger a los particulares en contra del Estado, y no viceversa.

Este mismo entendimiento del precepto constitucional en análisis es el que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el que, de manera reiterada, ha sostenido que el sentido de la norma es la defensa del particular frente al Estado. Así aparece en el considerando 8° de la sentencia de 21 de abril de 1992, dictada en la causa Rol 146, razonamiento que fue reiterado en términos literales a partir de su línea tercera en el considerando 9° de la sentencia de 6 de abril de 1993, dictada en la causa Rol 167, así

⁸⁶ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, SESIÓN 388ª, CELEBRADA EN MARTES 27 DE JUNIO DE 1978. La transcripción del diálogo que antecede la frase citada es el siguiente:
“El señor ORTÚZAR (Presidente) destaca que con “libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica” no se está permitiendo la actividad del Estado en materia económica, en la hipótesis de no establecer la excepción relativa al Estado.

La señora ROMO expresa que de ese modo tampoco se está prohibiendo la actividad económica estatal.

El señor BERTELSEN precisa que las garantías constitucionales no se aseguran al Estado, sino a las personas, por lo cual no se está asegurando al Estado la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas.”

⁸⁷ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, SESIÓN 389°, celebrada el Martes 27 de Junio de 1978.

como en el considerando 9° de la sentencia de 17 de diciembre de 2004, en la causa Rol 427:

8°. Que, el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, antes transcrito, y que protege la libre iniciativa privada es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional; (Énfasis añadido).

El mismo entendimiento se trasunta en el razonamiento que llevó al Tribunal a rechazar la impugnación que algunos Parlamentarios habían hecho de normas que autorizaban la venta de ciertos bienes de ENAMI a CODELCO, en la sentencia de 17 de diciembre de 2004 en la causa Rol 427. En ella, el Tribunal razonó que los preceptos impugnados no contradecían lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19, por cuanto, no establecían privilegios a favor del Estado empresario y en contra de los particulares, dando por entendido que eso es lo que prohíbe el precepto. Así, luego de exponer la impugnación que se había hecho, fundada en el precepto constitucional aludido, el Tribunal razonó así: "**OCTAVO: Que, en un primer orden de ideas, cabe señalar que, a juicio del Tribunal, las normas del proyecto objetadas no constituyen "excepciones a la legislación común", en los términos que exige el precepto constitucional que se da por infringido, ni tampoco limitaciones a la libre adquisición de bienes. Se trata, en la especie, de modalidades bajo las cuales se autoriza por el legislador la venta que hará ENAMI a CODELCO, razonables y acordes con la finalidad que persigue la primera de estas empresas y que se desea mantener. Ellas, en manera alguna, configuran excepciones o privilegios a favor del Estado y en desmedro de los derechos que la legislación común concede a los empresarios en general.**" (Énfasis añadido). En esa misma sentencia, y luego de transcribir el razonamiento de la causa Rol 127 ya referido, el Tribunal estableció que la exigencia constitucional no era aplicable a una situación en que no se afectaban negativamente los derechos de particulares, si no sólo se regulaban operaciones entre empresas estatales.⁸⁸

⁸⁸ El considerando 10° de la misma sentencia es del siguiente tenor: "**DÉCIMO. Que, debe igualmente considerarse que las restricciones o limitaciones al Estado**

Los razonamientos del Tribunal en las sentencias referidas ratifican plenamente la tesis que venimos sosteniendo: Sencillamente no cabe invocar a favor del Estado el derecho que la Constitución asegura a todas las personas en el numeral 21 del artículo 19; no sólo porque los derechos constitucionales no se establecen a favor del poder estatal en contra de los derechos de las personas, sino además por que el precepto en examen particularmente tiene el sentido y finalidad de limitar las facultades del Estado empresario y no de facilitarla.

4. Los tribunales superiores de justicia de la judicatura ordinaria también entienden que la norma constitucional protege al particular en contra del Estado y no al revés.

En el año 1994, en una de las múltiples disputas judiciales que ha tenido TVN en su afán por no quedar sujeta a las normas de derecho público, recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, alegando que era arbitrario e ilegal que la Contraloría General de la República pretendiera fiscalizarla, mientras estuviera pendiente un juicio declarativo en que ella pretendía se declarare estar liberada de esa fiscalización, al cual ya nos hemos referido. Como norma constitucional infringida, TVN invocó, al igual como lo ha hecho en el juicio que ha motivado este informe, el artículo 19, número 21 de la Carta Fundamental. La Corte de Apelaciones, en fallo suscrito entre otros por el actual Presidente de la Excm. Corte Suprema, desestimó ese recurso por juzgarlo extemporáneo y por considerar que, mientras no hubiera fallo en el juicio declarativo, no era ilegal ni arbitrario que la Contraloría continuara ejerciendo sus funciones.⁸⁹ A esas razones, en el considerando 7°, y a mayor abundamiento, desestimó el recurso por concluir que el precepto constitucional invocado era una garantía puesta a favor de los

están referidas a las actividades que de suyo efectúan los particulares, en circunstancias que la actividad minera que desarrolla ENAMI en Las Ventanas es estatal y el proyecto lo que hace es autorizar la transferencia de esta planta a otra empresa estatal. Por lo tanto, el traspaso de bienes de una empresa del Estado a otra empresa del Estado no requiere de quórum especial, puesto que no se da la situación necesaria para que ello sea exigible, de acuerdo a las disposiciones constitucionales decisorias de esta litis.”.

⁸⁹ Dictado en la causa Rol 1697-94.

privados y no de una empresa del Estado. El considerando respectivo es del siguiente tenor:

*“7°. Que, sin perjuicio de lo dicho, **cabe señalar que el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política no establece garantía alguna para las empresas estatales sino que, lo que ella hace es garantizar a los particulares que en aquellos casos en que el Estado y sus organismos desarrollen actividades empresariales, no estarán sujetos a normas preferenciales, sino que a la misma legislación común aplicable a los particulares.**” (Énfasis añadido)*

5. La doctrina atribuye el mismo sentido a la norma constitucional que venimos analizando.

Algunos autores se han hecho precisamente la pregunta de si las empresas del Estado pueden invocar el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución para dejar de someterse a algunas de las obligaciones especiales que recaen sobre ellas y no sobre las empresas competidoras privadas. Tal ha sido el caso de los profesores Iván Aróstica, Arturo Fermandois, Enrique Navarro y José Luis Cea. Los cuatro la han respondido de manera idéntica: No es procedente que las empresas públicas invoquen ese precepto constitucional para liberarse de obligaciones que las afectan como integrantes de la Administración del Estado.

El profesor Iván Aróstica trata directamente el problema planteado. Su tesis, clara y bien fundada, aparece expuesta en los párrafos siguientes:

*“A este respecto, es útil tener en cuenta los elementos de juicio que proporciona la historia fidedigna del establecimiento de la disposición constitucional citada, los cuales conducen a sostener que su intención fue consagrar que **el Estado, en su gestión empresarial, debe recibir el mismo tratamiento jurídico que los particulares, esto es que su concurrencia dentro del ámbito económico se produzca en igualdad de condiciones y sin privilegios o estatutos especiales que le reporten una ventaja sobre el sector privado.**”*

Aseveración que se ve reafirmada en este caso por el hecho de que la norma examinada se encuentra ubicada en el capítulo III relativo a las garantías constitucionales, y específicamente a

continuación del inciso 1º del art. 19 N°21. De donde deriva que su propósito fue asegurar la existencia práctica o eficacia real del derecho a la libre iniciativa económica que les asiste a los particulares, y no cambiar la naturaleza jurídica de las empresas públicas, puesto que para ello se habría requerido una normación específica dentro de las reglas orgánicas dedicadas a la Administración del Estado.

Antes bien, la Constitución (art. 62 inc. 4 N°2) y la LOC 18.575 (arts. 1y 18) las reconocen como personas jurídicas estatales, por lo que no es atendible sostener –con pretensiones de generalidad- que se rigen íntegramente en su “ser” y en todo su “obrar” por el derecho común de los privados, ya que ello implicaría extender esa remisión más allá de la intención perseguida, en su oportunidad, por el constituyente.

...

Acontece entonces que como sólo “esas actividades” empresariales, únicamente esos actos comerciales o industriales específicos deben encuadrarse dentro de la legislación común, cualquier otro vínculo ad extra no coligado a estas materias, como asimismo en lo coligado a estas materias, como asimismo en lo tocante a su organización y funcionamiento ad intra, en su régimen de bienes y de personal, la preceptiva natural de las empresas públicas será, por regla general, de derecho público.

Atendida su calidad de empresas estatales, la sola circunstancia de que el legislador disponga, a su respecto, la aplicación de normas de derecho público, no importa entonces, per se, una de aquellas “excepciones que por motivos justificados” puede establecer la ley.”⁹⁰. (énfasis añadidos).

Igualmente tajante es la opinión de Arturo Fermandois, según se aprecia de los párrafos que se transcriben a continuación:

“En esta materia surge la pregunta siguiente: ¿Puede el Estado reclamar para sí equivalencia con los particulares en

⁹⁰ Derecho Administrativo Económico. Libre Iniciativa Privada y Actividad Empresarial del Estado. Iván Aróstica Maldonado, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, Primera Edición, agosto 2001, páginas 110 a 112.

normas que le son desfavorables a él? ¿Puede el Estado alegar que hay una competencia desleal en que los particulares se encuentran en una posición privilegiada?

Es posible concebir una situación así especialmente en materia tributaria, por cuanto las empresas públicas suelen estar afectas a tributos especiales, a menudo más gravosos que los generales contemplados en la Ley de la Renta, aplicables a los particulares.

También puede sobrevenir un escenario desventajoso para el Estado si se observa que las empresas públicas están sujetas a la fiscalización política de la Cámara de Diputados, ejercida conforme al artículo 48 N°1 de la CPR, en relación con el artículo 1° inciso 2° de la Ley 18.575. En tanto, la fiscalización política no cabe respecto de empresas privadas.

¿Puede ampararse el Estado en el N°21 para eximirse de estos gravámenes?

No parece lógico que pueda hacerlo, porque dichos gravámenes son connaturales al Estado. Rige aquí la cita que hemos hecho del Comisionado Raúl Bertelsen en la sesión N°388 de la CENC: al Estado no se le garantizan derechos; sólo a los individuos, porque el Estado es per se, detentador del poder y tiene a su alcance todos los derechos. La tarea del constitucionalismo es delimitar dicho poder, no acrecentarlo.

En consecuencia, es ilógico que las empresas del Estado se sustraigan de la fiscalización política alegando que actúan bajo las normas del Derecho Privado, porque los recursos, bienes y prestigio empresarial envuelto en ellas son del Estado; y sus directivos han llegado a su cargo por operación del proceso político no económico. Luego, interesa a la sociedad verificar su transparencia, funcionamiento, eficiencia.

...

El N°21 del artículo 19 termina autorizando a la ley para establecer las excepciones al principio anterior, sometiendo al Estado a normas distintas a las de los particulares, por "motivos justificados", mediante una ley aprobada con quórum calificado.

Por los razonamientos expuestos, se entiende que se trata de normas especiales más favorables que las aplicables a los particulares. Para aprobar normas más desfavorables no se requeriría ni ley ni un quórum especial, siguiendo la lógica de la

regla general y la excepción del ejercicio de la actividad económica, recogida por el TC en su fallo rol N°134, de 1991.⁹¹

Enrique Navarro coincide también en que lo que establece el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 es una prohibición de privilegiar al Estado:

*“En síntesis, una vez autorizado el Estado para desarrollar determinadas actividades económicas, el constituyente ha dejado claramente establecido que aquél pasa a ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula la materia en cuestión, **careciendo de privilegio alguno** –a menos que así expresamente lo establezca la propia ley de quórum calificado y siempre y cuando existan motivos justificados para ello- y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado”.*⁹² (Énfasis añadido).

José Luis Cea también ha escrito en el mismo sentido que venimos sosteniendo. En efecto, al señalar los requisitos para que el Estado o sus organismos puedan desarrollar actividades empresariales, anota, en tercer lugar la siguiente: “Que para casos excepcionales, o por motivos justificados, se establezcan por la ley **las diferencias a favor del Estado-Fisco**, o de las instituciones y empresas autónomas del Estado. ”.⁹³ (énfasis añadido). A continuación el mismo autor cita, en términos celebratorios, el fallo de la Corte de Apelaciones ya transcrito según el cual el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 no establece garantía alguna para las empresas estatales.

En consecuencia, debe concluirse que no cabe aplicar la regla prohibitiva contenida en el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 a las regulaciones especiales de las empresas públicas, sino en la

⁹¹ Arturo Fernandois Vöhringer; Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, abril 2001, páginas 189 y 190. (Notas omitidas y énfasis añadido).

⁹² Enrique Navarro Beltrán: Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980, Revista de Derecho Público, Volumen 62, página 44.

⁹³ José Luis Cea Egaña. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera edición, enero de 2004, página 491.

medida en que ellas establezcan privilegios o situaciones de beneficio que les permitan competir con ventajas frente a los particulares.

C. A todo evento, en caso de estimarse que puede invocarse a favor del Estado la norma constitucional en examen, ella no se haya infringida, pues la norma que se dice perjudica a una empresa estatal fue establecida en una ley aprobada con quórum de Ley Orgánica Constitucional y por motivos justificados.

Nos parece haber concluido con entera claridad que la norma constitucional contenida en el inciso segundo del N°21 del artículo 19 no se encuentra establecida para proteger a las empresas públicas creadas por ley de obligaciones especiales en materia de transparencia o de otra índole, que no resulten aplicables a los privados que compiten con ellas. Sin embargo, aunque esta conclusión no se estimare definitiva, nos parece también claro que la norma tampoco resultaría infringida, en caso de aplicarse lo dispuesto en el artículo décimo letra h) en la gestión pendiente, para obligar a TVN a publicar la remuneración de sus gerentes responsables de su dirección y administración superior.

El precepto constitucional no impide que se puedan establecer excepciones o tratos diferenciados entre empresas públicas creadas por ley y empresas privadas; sino que las permite a condición de que esas excepciones se encuentren establecidas por ley aprobada con quórum calificado y por motivos justificados. El artículo décimo, letra h) de la Ley 20.285 cumple con estos dos requisitos, según analizamos a continuación.

1. La Ley 20.285 es una de quórum calificado.

El artículo décimo que ahora examinamos de la Ley N° 20.285, fue aprobado con un quórum de Ley Orgánica Constitucional, al menos en lo que se refiere a las empresas públicas creadas por ley, pues así fue aprobado por el Tribunal Constitucional, según ya hemos referido

y citado. Dicho cuórum es superior al de una ley de quórum calificado.⁹⁴

2. La obligación especial de las empresas públicas consistente en la publicidad de la remuneración de sus gerentes se adoptó por razones justificadas.

El capítulo II que antecede demuestra que es justificada la obligación contenida en la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285. No repetiremos las razones contenidas en esa parte del informe, en la que creemos que ha quedado acreditado que la obligación especial de publicidad a que quedan sometidas las empresas públicas persigue un fin lícito, como es el de la probidad, constituye un medio idóneo para alcanzarla y establece un gravamen proporcional a sus beneficios, el que no resulta intolerable a quien se aplica. Las mismas razones que llevan a concluir que la norma legal impugnada no es arbitraria, sino razonable, acreditan también que ella se ha adoptado por razones justificadas que se encuentran en el ámbito de discreción del legislador.

D. Conclusiones de este capítulo.

Lo dispuesto en la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285, en caso de aplicarse en la gestión pendiente, obligaría a TVN a publicar anualmente la remuneración de sus gerentes responsables de su dirección y administración superior. Ello no resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental; en primer lugar, por cuanto ese precepto constitucional no asegura a las empresas públicas que no quedarán sujetas a obligaciones especiales propias de su carácter y distintas a las de los privados que compiten

⁹⁴ Sin perjuicio de lo ya citado respecto de la aprobación por el TC en el capítulo II de este informe, cabe citar el considerando 56 de la sentencia que revisó la constitucionalidad de este proyecto, de fecha 10 de julio de 2008: **QUINCUAGESIMOSEXTO**.- Que consta de autos que las normas del proyecto de ley que han sido examinadas por este Tribunal han sido aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República y que, respecto de ellas, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad.

con ellas; sino que, como demuestra su sentido, entendimiento lógico, finalidad e historia, la norma constitucional sólo asegura a los privados que salvo ley expresa y justificada no tendrán que competir con empresas públicas que gocen de privilegios. Ese entendimiento de la norma constitucional se desprende también del alcance que le ha dado el Tribunal Constitucional, de jurisprudencia precisa e inequívoca de los tribunales superiores de justicia y de la doctrina de nuestros tratadistas.

Aún en el caso que se estimara que el precepto constitucional en análisis beneficia también a las empresas públicas asegurándoles un trato igual al de las empresas privadas, la norma no se ve tampoco infringida, por cuanto ella autoriza a establecer excepciones en normas legales aprobadas con quórum calificado y por motivos justificados, requisitos que también cumple lo dispuesto en la letra e) del artículo décimo de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información.

V. Análisis de la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 33, letra b) del artículo primero de la Ley número 20.285.

Se nos ha pedido también informar si lo dispuesto en el artículo 33 letra b) de la ley de Transparencia, contenida en el artículo primero de la Ley 20.285 podría resultar contrario a la Carta Fundamental, en caso de aplicarse en la gestión pendiente.

La norma legal en examen dispone:

“Artículo 33 el Consejo [para la Transparencia] tendrá las siguientes funciones y atribuciones: ... b) resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.”.

En verdad este informe tiene poco que aportar a la pregunta que se nos hace, pues sencillamente no me es posible imaginar en que sentido la aplicación de este precepto pudiese, en la gestión pendiente, producir efectos contrarios a la Carta Fundamental. La norma autoriza a un órgano público, creado por la misma ley, a resolver reclamos por denegación de acceso a la información; lo que constituye su objeto más esencial. Es propio de los entes públicos, máxime de uno establecido precisamente para controlar el cumplimiento de los objetivos de la Ley de Transparencia, resolver reclamaciones. La norma en cuestión exige que los reclamos le sean formulados de conformidad a esta ley y establece la obligación de hacerlo fundadamente. La norma no establece un procedimiento, pues ello queda entregado a otras reglas legales no impugnadas por TVN y ajenas a este informe.

La lectura del requerimiento no me permite conocer razón alguna por la cual se estima que la aplicación de la norma podría resultar contraria a la Carta Fundamental. La única referencia que se contiene a ella es la frase contenida en la página 7 de esa presentación que afirma que “dejar a TVN sometida sin más a la competencia jurisdiccional del Consejo [...] no satisface la exigencia constitucional de una justificación suficiente”. La afirmación parece

referirse a la justificación exigida por el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. El vicio de constitucionalidad que parece sugerirse en ese párrafo no puede, considerarse como tal, en primer lugar, por cuanto, como ya se ha argumentado, el precepto constitucional en cuestión no establece una garantía a favor de empresas públicas. Aunque así fuere, la obligación de sujeción se encontraría justificada con el objeto de dar eficacia a los preceptos sustantivos contenidos en ese cuerpo legal tendientes a garantizar la probidad, lo que constituye un deber al que deben someterse, por mandato constitucional, todos quienes ejercen funciones públicas. Más importante que ello, sencillamente no cabe sostener que la sola sujeción de una empresa pública a una entidad pública resulte contraria a la Constitución, toda vez que, como ya se ha demostrado, las empresas públicas no son iguales a las empresas privadas y se encuentran legítimamente sujetas a deberes especiales, que no rigen para las empresas privadas. Sostener lo contrario implicaría desautorizar la sujeción de las empresas públicas también a una cierta fiscalización de la Cámara de Diputados, tesis que ya ha sido desautorizada sostenidamente por la Contraloría General de la República y por la Corte Suprema.⁹⁵ La tesis de que es inconstitucional sujetar a TVN al control de un órgano distinto del que queda sujeta su competencia, obligaría también a considerar inconstitucionales los preceptos de su ley orgánica que la sujetan a la Superintendencia de Valores y Seguros, en condiciones análogas a las de una sociedad anónima abierta, pues ello tampoco ocurre con las estaciones de televisión que compiten en el mercado y que se encuentran organizadas como sociedades anónimas cerradas o como corporaciones.

Enteramente distinto es preguntarse si, en conformidad a la Ley N° 20.285, una empresa pública, como TVN queda sujeta al Consejo para la Transparencia en los términos establecidos en el artículo 33 letra b) de su artículo primero.⁹⁶ Esa cuestión es una de interpretación legal, ajena a un problema de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que también excede los términos del

⁹⁵ Ver los fallos citados en el Capítulo III, apartado C, 1, b), que antecede.

⁹⁶ Así lo alegó TVN ante el Consejo para la Transparencia en su reposición y también en su acción de reclamación en la gestión pendiente, lo que aparece respondido por ese Consejo en ese proceso.

presente informe. A todo evento, cabe consignar sobre este problema de legalidad, que la Contraloría General de la República se ha pronunciado recientemente señalando la plena competencia fiscalizadora, sancionatoria, resolutoria y normativa del Consejo para la Transparencia sobre las empresas públicas creadas por ley.⁹⁷

⁹⁷ Nos referimos al dictamen N° 63868, de fecha 27 de octubre de 2010. El pronunciamiento se refiere a ENAP, pero razona, en términos generales respecto de todas las empresas públicas creadas por ley. En sus párrafos finales el Dictamen razona y concluye del siguiente modo:

“En tal contexto, cabe advertir que de lo prescrito en el antedicho artículo 1° de la Ley de Transparencia, aparece que este texto legal resulta íntegramente aplicable a los órganos o servicios de la Administración del Estado señalados en el artículo 1°, inciso segundo, de la citada ley N° 18.575, entre los cuales se encuentran las empresas públicas creadas por ley, de manera que la referencia expresa a tales empresas, requerida en el artículo 2°, inciso tercero, de la antedicha Ley de Transparencia, debe entenderse efectuada en el artículo que lo antecede, que las incluye, como se ha expuesto, merced a un reenvío normativo claramente determinado.

En este contexto, la mencionada Ley de Transparencia resulta aplicable a ENAP, en tanto se trata de una empresa pública creada mediante la ley N° 9.618, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1986, del Ministerio de Minería.

Señalado lo anterior, y atendido que en la especie se utilizó una técnica legislativa consistente en sancionar dos o más normativas en un solo cuerpo regulatorio, es oportuno indicar que cuando diversos preceptos del texto aprobado en el artículo primero de la ley N° 20.285, aluden a las disposiciones de “esta ley” se refieren a aquellas contenidas en los numerales arábigos de la Ley de Transparencia, que se distinguen del artículo segundo y siguientes de la enunciada ley N° 20.285, fundamentalmente en cuanto el objeto de estos últimos preceptos ordinales consiste en formular los términos en que determinados organismos del sector público deben dar cumplimiento al principio de transparencia de la función pública y a la obligación de transparencia activa.

Por otra parte, es útil tener en cuenta que de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley de Transparencia, el Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”, cuyas tareas se encuentran determinadas en el artículo 33 de ese ordenamiento.

Así, el antedicho artículo 33, en sus literales a), b) y d), le confieren, en lo que interesa, atribuciones fiscalizadoras, sancionatorias, resolutorias y normativas que, tal como se ha advertido, son aplicables a las empresas públicas creadas por ley, toda vez que integran la Administración del Estado, las cuales, por ende, pueden ser objeto de la acción de amparo del derecho a la información establecido en el artículo 24 de la Ley de Transparencia. En consecuencia, y atendidas las consideraciones expuestas, es necesario concluir que ENAP, en tanto constituye una empresa pública creada por ley se encuentra sometida a las potestades fiscalizadoras, sancionatorias y normativas que la Ley de Transparencia confiere al Consejo para la Transparencia en relación con la cautela del principio de transparencia formulado en ella y con el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa que, para las entidades de esa naturaleza establece el artículo décimo de la ley N° 20.285.”.

En consecuencia, y ante la ausencia de toda argumentación que señale los vicios de constitucionalidad que podrían seguirse de la aplicación de lo dispuesto en la letra b) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, este informante sólo puede agregar que no logra imaginar razones por las cuales ese precepto pudiera considerarse como inaplicable por inconstitucionalidad en la gestión pendiente.

VII. Conclusiones finales.

Televisión Nacional de Chile ha requerido al Tribunal Constitucional solicitando se declaren inaplicables las normas contenidas en los artículos décimo letra h) y 33, letra b, del artículo primero, ambos de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en el reclamo de ilegalidad que se tramita ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol de ingreso N° 945-2010. El presente informe ha analizado si la aplicación, en la gestión pendiente, de lo dispuesto en esos preceptos legales puede infringir la Carta Fundamental, particularmente en lo que ésta regula en sus numerales 2 y 21 del artículo 19.

Las conclusiones surgen del texto. La igualdad ante la ley no se vería afectada por la aplicación de lo dispuesto en el artículo décimo, letra h) cuestionado, por cuanto la diferencia hecha por el legislador en esa disposición, entre TVN y las restantes estaciones televisivas que compiten con ella, se funda en que TVN es una empresa pública creada por ley. La función pública que justifica la existencia de estas empresas, sus funciones, establecidas por ley, que sirven para satisfacer una necesidad pública, en aras del bien común, la composición de su patrimonio y otros factores relevantes analizados en este informe, constituyen diferencias fácticas objetivas y relevantes, que hacen razonable someter a TVN a un cierto régimen de transparencia, distinto al de las empresas privadas. El informe registra como la jurisprudencia judicial, la de la Contraloría General de la República y la doctrina han reconocido las relevantes diferencias entre las empresas públicas y las privadas, justificando plenamente que en su estructura y organización, estos entes queden regidos, por ciertas normas de derecho público, las que se justifican precisamente en el interés público de que la administración de estas empresas, incluyendo la gestión de su patrimonio alcancen efectivamente sus fines sociales, cuestión que no interesa sólo a un grupo de accionistas o socios, sino a la sociedad toda.

Siguiendo estrictamente los criterios que una sostenida jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido para juzgar si son arbitrarias o razonables las diferencias hechas por el legislador

y aplicándolas al caso en examen, el informe concluye, en seguida, que la norma establecida en la letra h) del artículo décimo no se funda en un propósito de hostigamiento hacia un grupo vulnerable, ni se funda en supuestos que no puedan justificarse, por ser contrarios a valores generalmente aceptados. Por el contrario, la norma –según su tenor literal, interpretación lógica, historia y aprobación constitucional- manifiestamente persigue la transparencia y la probidad. Estos dos principios y deberes de la función pública no constituyen sólo una finalidad constitucionalmente tolerada, admisible o razonable, sino un deber. Alcanzar la transparencia y la probidad en la función pública no forma parte de lo que el legislador pueda discrecionalmente elegir implementar, sino que constituye un deber, a partir de lo dispuesto en el artículo 8º de la Carta Fundamental.

En seguida, el informe razona para acreditar que la publicidad de las remuneraciones de los gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa constituye una medida adecuada y necesaria para el logro de las finalidades de probidad que la Carta Fundamental establece como un deber del ejercicio de las funciones públicas, al que debe darse estricto cumplimiento. En primer lugar, esa adecuación y necesidad se coligen de la relación de medio a fin que la publicidad tiene fácticamente con la transparencia, cuestión que constituye ya una máxima de la experiencia, acreditada por diversos estudios de ciencias sociales y por el reconocimiento explícito que de esa ligazón hacen los incisos primero y segundo del artículo 8º de la Carta Fundamental. La actitud o relación de instrumentalidad entre la obligación de publicidad en examen y la probidad y publicidad de los actos que entrañan una función pública se satisface plenamente en la especie, pues existe una conexión racional entre la publicidad en la administración del patrimonio de TVN, en el que existe un interés público, y la finalidad de probidad establecida en la Carta Fundamental.

Por lo demás, resultaría imposible someter a Televisión Nacional a un trato igualitario a aquel que tiene su competencia en materia de publicidad de remuneraciones. Aunque se declarará inaplicable el precepto y se la sometiera sólo a su ley orgánica, ello la sometería a un tratamiento semejante, pero no idéntico a una sociedad anónima abierta, lo que resulta imposible desde que TVN no tiene accionistas.

Sin embargo, ese trato no la asemejaría al que tienen las empresas que compiten con ella, ya que estas no están constituidas como sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, la igualdad de trato de TVN y las empresas de su competencia, en materia de publicidad de las remuneraciones de sus gerentes con facultades de dirección simplemente no resulta posible.

La ley de Acceso a la Información pública ha constituido un impulso legislativo más al que han quedado sometidos y cumplen todos los órganos del Estado, para lograr mayor transparencia y probidad. Concretamente, y en lo que atañe a este informe, a Televisión Nacional se la he exigido publicitar la renta de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa. La decisión acerca de estas rentas no es una cuestión menor en la administración patrimonial de TVN. En un debate de mérito podría discutirse si esta fórmula, claramente menos severa que la que se aplicó a la publicidad de la remuneración de otros órganos de la Administración del Estado y de otros entes públicos, es o no la más adecuada. Lo que no cabe discutir es que sea una fórmula irracional para alcanzar la probidad.

Por último, el informe muestra que la norma contenida en el artículo décimo, letra h), supera con creces el examen establecido por jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, de no ser los costos o gravámenes que impone abierta, manifiesta o desmedidamente desproporcionados a los beneficios que la distinción legal produce en su aplicación al caso concreto. El beneficio probable de la norma: alcanzar mayor transparencia y probidad en la administración de un patrimonio en el que existe legítimo interés público, parece superar largamente los costos; mismos que sólo se sustentan en una afirmación especulativa que, por ahora, no aparece sustentada en antecedente objetivo alguno que se haya acompañado al proceso. La afirmación de que la medida impone un alto costo a Televisión Nacional, en términos de competencia desigual con las restantes estaciones televisivas, resulta contra intuitiva; no se compadece con la publicidad que, al menos, una empresa pública, que ha decidido no resistir la ley, y que parece no haber sufrido perjuicios por ello, y resulta, por último, contraria a la experiencia de la competencia que, en muchos rubros se verifica entre sociedades anónimas abiertas y otras formas societarias que no están obligadas

a las mismas reglas de publicidad en materia de remuneración de sus cargos directivos.

El informe ha analizado, enseguida, si sería posible estimar que lo dispuesto en la letra h) del artículo décimo de la Ley N°20.285 infringiría, en caso de aplicarse en la gestión pendiente, lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Al respecto, y en primer lugar, el informe registra el común entendimiento de la doctrina constitucional chilena, en el sentido de que los preceptos constitucionales son garantías establecidas a favor de la persona y no del Estado; para quien, por el contrario, estas normas constituyen un límite de su actuar. Más allá de esta cuestión, lo que resulta decisivo para desestimar la alegación señalada es que el precepto constitucional referido, tanto en su tenor literal, como particularmente en sus conexiones lógicas inmediatas, así como en su historia fidedigna, tiene el claro sentido de asegurar a las personas que las empresas del Estado no competirán con ellas en condiciones de privilegio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores de justicia han dado a la norma constitucional este preciso sentido de amparo de los particulares y han negado explícitamente que ella pueda ser invocada por los órganos del Estado para alegar garantía de igualdad de ninguna especie. La doctrina, por su parte ha sido particularmente clara en sostener la improcedencia de que las empresas públicas invoquen el precepto constitucional para liberarse de obligaciones que las afectan como integrantes de la Administración del Estado; toda vez que el propósito de la norma ha sido y es el de asegurar la existencia práctica o eficacia del derecho a la libre iniciativa económica que le asiste a los particulares y no cambiar la naturaleza jurídica de las empresas públicas. El informe concluye también que la interpretación contraria lleva a resultados manifiestamente absurdos, pues ello obligaría a considerar inconstitucionales todas y cada una de las normas de derecho público que rigen a las empresas públicas, pues ninguna de ellas se aplica al sector privado.

A todo evento, aún cuando se considerara que la norma constitucional en análisis puede ser invocada por una empresa pública, reclamando igualdad de trato respecto de los particulares, debe estimarse que ella no resulta infringida, pues la diferencia ha

sido establecida por una ley aprobada con un quórum superior al exigido por la Carta Fundamental, y por motivos justificados.

Por último y ante la ausencia de toda argumentación que señale los vicios de constitucionalidad que podrían seguirse de la aplicación de lo dispuesto en la letra b) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, este informante sólo puede agregar que no logra imaginar razones por las cuales ese precepto pudiera considerarse como inaplicable por inconstitucionalidad, en caso de aplicarse a la gestión pendiente.

Es cuanto puedo informar,

Jorge Correa Sutil

Santiago, 6 de diciembre de 2010