

“UNIVERSIDAD TRANSPARENTE”: APLICACIÓN DE LA LEY 20.285 A LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS*

PEDRO BRAVO VEGA**

UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE

p.bravo.vega@gmail.com

RESUMEN: En el presente artículo se analiza la naturaleza jurídica de las Universidades Públicas, su sujeción a las normas de la Ley de Transparencia y el potencial riesgo que ello conllevaría en relación a su estatus de autonomía administrativa, académica y financiera que la Ley les concede. Para ello, hace un breve análisis de los elementos característicos de todo servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, para luego analizar los posibles -y aparentes- riesgos que el principio de transparencia y acceso a la información pública podría llevar aparejados. El artículo propone la comprensión del principio de autonomía universitaria como corolario de la responsabilidad que ha de tener todo órgano que toma decisiones de forma autónoma, y la comprensión del principio de transparencia como herramienta para precisamente alcanzar dicha autonomía y responsabilidad.

Palabras clave: *Universidades Públicas, Transparencia, Organización Administrativa, Autonomía Universitaria.*

“TRANSPARENT UNIVERSITY”: APPLICATION OF LAW 20.285 TO PUBLIC UNIVERSITIES

ABSTRACT: This article analyzes the legal status of Public Universities, its subjection to the rules of the Transparency Act and the potential risk that this entail in relation to their administrative, academic and financial autonomy status that law grants them. To this end, it briefly analyzes of the characteristics of all public services created to fulfill the administrative function, and then analyzes the potential –and apparent- risks that the transparency and access to public information principle might induce. The article proposes an understanding of the university autonomy principle as a corollary of the responsibility that anybody that makes decisions independently has to have, and an understanding of the transparency principle as a tool to achieve such autonomy and responsibility.

Keywords: *Public Universities, Transparency, Administrative Organization, University Autonomy.*

* Artículo recibido el 19.04.2013 y aceptado el 03.09.2013.

** Alumno egresado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile. Ayudante de la cátedra de Derecho Administrativo.

1. INTRODUCCIÓN

Gran repercusión pública tuvo el caso en que se solicitó a la Universidad de Chile –institución de educación superior del Estado– información relativa a la remuneración, grado, horarios y beneficios adicionales del claustro académico de la Facultad de Derecho, amparado en las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (en adelante, "Ley de Transparencia"). El Rector de dicha casa de estudios incluso requirió la intervención del Tribunal Constitucional, a través de una acción de inaplicabilidad, para que éste se pronunciara respecto al ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia, y en definitiva acogiera sus argumentos en relación a la exclusión de las universidades públicas de dicho ámbito de aplicación, dado que no se encontrarían en el supuesto contenido en el artículo segundo inciso primero de la Ley, en particular pues, a su juicio, la Universidad de Chile no tendría "la naturaleza jurídica de órgano o servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, sino que es un órgano del Estado" distinto de la administración y autónomo. El Tribunal Constitucional, en fallo del 17 de noviembre de 2011, rechazó la acción de inaplicabilidad deducida, confirmando así su criterio en torno a la consideración de las Universidades Públicas como un servicio público descentralizado, estimando que "la Universidad de Chile, al igual que las otras universidades estatales, se perfila con todos los rasgos peculiares y distintivos que caracterizan a los servicios públicos de la Administración del Estado",¹ cuestión que es tomada como punto de partida en la sentencia, que finalmente declaró que no se produce efectos contrarios a la Constitución alguno por el hecho de que la Ley de Transparencia le sea aplicable a las instituciones de educación superior estatales.

En consecuencia, es menester analizar cuáles son dichos rasgos distintivos que hacen de las Universidades Públicas un servicio público descentralizado, razón por la cual han de ser consideradas parte de la Administración del Estado, y por tanto, sujetas a las disposiciones de la Ley de Transparencia y a las demás normas de derecho público que les sean aplicables, con especial consideración de su autonomía académica, económica y administrativa, consagrada a nivel legal en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza.²

El presente trabajo intentará abordar estas interrogantes, primero definiendo y conceptualizando la naturaleza jurídica de las Universidades Públicas, en consideración a su marco normativo e institucional. Luego, se analizarán las disposiciones de la Ley de Transparencia, en particular haciendo referencia a su ámbito de aplicación y a las excepciones aplicables. Finalmente, se expondrán algunas consideraciones en relación a la aplicación de la Ley de Transparencia a las Universidades Públicas, en razón de su naturaleza de servicio público, y cómo se equilibran estas exigencias con la autonomía que la ley les garantiza.

¹ STC Rol 1892-2011, Considerando Quinto. Aunque, en rigor, el conflicto de aplicabilidad o no de la Ley de Transparencia a las Instituciones de Educación Superior del Estado es un conflicto de mera o simple legalidad, toda vez que dice relación con la interpretación en un sentido u otro de su artículo segundo, y en particular del concepto de servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, razón por la cual el TC, al declarar que es aplicable el precepto a las Universidades del Estado, se extralimita de sus funciones. En este sentido, el voto concurrente de los Ministros Marisol Peña Torres, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

² Ley N°18.962. CHILE. Orgánica Constitucional de Enseñanza. Ministerio de Educación Pública, Santiago, Chile: Marzo de 1990. Artículo 79.

2. LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: NATURALEZA JURÍDICA

Tal como se dijo, la sentencia del Tribunal Constitucional parte del supuesto de que las Universidades Públicas son servicios públicos descentralizados. Por tanto, se encontrarían dentro del supuesto del artículo segundo de la Ley de Transparencia, toda vez que ésta será aplicable “a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, *y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*”.³ La misma ley, en su artículo primero numeral quinto, se remite directamente a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N°18.575, en adelante “LOCBGAE”) para definir qué se entiende por “órganos o servicios de la Administración del Estado”.

Haciendo un mero análisis exegético de lo que dispone la LOCBGAE, en relación a su artículo primero inciso segundo, es posible señalar que no difiere en lo esencial de lo preceptuado por la Ley de Transparencia, toda vez que señala, en lo que nos interesa para efectos de este estudio, que “la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones *y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.⁴

Lo cierto es que las Universidades Públicas no se encuentran mencionadas expresamente en esta norma, razón por la cual se hace necesario entonces, o bien declarar su exclusión de la aplicabilidad de la Ley de Transparencia y de la LOCBGAE, o, por otro lado, clasificarlas en alguna de las categorías que sí están reconocidas en la ley. Argumentos estrictamente de texto nos llevan a concluir que para el legislador las Universidades Públicas son, en efecto, servicios públicos, dado que:

- i. El artículo 32 de la LOCBGAE señala, en su artículo 32, inciso tercero parte final que “las instituciones de Educación Superior de carácter estatal podrán, además, establecer en su organización Facultades, Escuelas, Institutos, Centros de Estudios y otras estructuras necesarias para el cumplimiento de sus fines específicos”. Esta norma regula materias relacionadas con la organización interna de los servicios públicos. No se entendería la inclusión de este inciso en dicho artículo si el legislador no concibiera a las Universidades Públicas como servicios públicos, así como tampoco se entendería que las Universidades Públicas no formaren parte de la Administración del Estado cuando se encuentran expresamente mencionadas en la Ley Orgánica Constitucional que regula sus bases.
- ii. El artículo 40 de la LOCBGAE también hace mención a las “instituciones de Educación Superior de carácter estatal”, al establecer como excepción a la regla general de designación de jefes superiores de servicio público –quienes son funcionarios de la exclusiva confianza del Presidente de la República– a los Rectores de dichas instituciones. Tal norma solo se entiende, si se considera a los Rectores de las instituciones de Educación Superior de

³ El destacado con letras cursivas es nuestro.

⁴ El destacado con letras cursivas es nuestro.

carácter estatal como "jefes de servicio", en términos del artículo 31 de la LOCBGAE, esto es, como el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo.

Análogamente ha resuelto en reiteradas oportunidades la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República.⁵ Adicionalmente, si se consulta la Historia de la LOCBGAE, fluye también la intención del legislador en torno a la consideración de las Universidades Públicas como verdaderos servicios públicos descentralizados.⁶

Si bien la mera exégesis e interpretación histórica dilucida fácilmente el carácter de servicio público de las Universidades Estatales, o al menos la justifica en términos formales, es necesario hacer mención también al concepto doctrinario de Servicio Público, con el fin de relacionarlo con la función que cumplen éstas. Sin embargo, la determinación de qué puede considerarse como un servicio público no es del todo pacífica en la doctrina. En este sentido, se ha dicho que "no hay una doctrina pacífica, ni una tesis compartida por todos en cuanto a lo que, a fin de cuentas, venga ser el servicio público (...) tela de Penélope en la que se entrecruzan posiciones doctrinales, políticas y dogmáticas altamente antagónicas".⁷

La noción misma de Servicio Público no puede estar separada del contexto socioeconómico, histórico y político de la sociedad en donde se desarrolla.⁸ En efecto, la contingencia que determina la posición del Estado en la economía nacional es un factor decisivo en la construcción del concepto de servicio público: desde el fortalecimiento del Estado en el siglo XIX y en la primer tercio del siglo XX, con la subsecuente consideración de los órganos estatales como *garantes* de la prestación de servicios básicos indispensables para el ser humano (caracterizada como asistencial), pasando por el *Estado de Bienestar* en el segundo tercio del siglo XX, y su posterior deterioro a fines de éste, hasta la actual situación de *privatización* de los servicios públicos como consecuencia de su liberalización y de la idea del Estado subsidiario, quedando consagrado el rol de mero regulador del Estado, a la usanza estadounidense⁹ (y en Latinoamérica a través de la figura de la Administración como

⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictámenes N° 9.889 de 27 de febrero de 2004, N° 47.500 del 21 septiembre de 2004, N° 24.152 del 19 de mayo de 2005, N° 38.794 de 21 de julio de 2009 y N° 66.847 de 09 de noviembre de 2010.

⁶ En efecto, es posible encontrar diversas referencias a las universidades e institutos profesionales del Estado a lo largo de la Historia de la Ley N° 18.575. Por ejemplo, en el informe emitido por la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, del 24 de mayo de 1985, expresamente se señala que "los órganos funcionalmente descentralizados son de dos tipos: los órganos con autonomía; verbigracia, *los de educación superior de carácter estatal, como son las universidades e institutos profesionales del Estado*; y las empresas, sea que cumplan fines de servicio público o realicen actividades industriales o comerciales o de producción de bienes y servicios retribuidos con precios o tarifas (...) *Las universidades estatales, en cambio, no escapan del concepto orgánico de la Administración del Estado*, pues, a diferencia de lo que sucede en la Constitución de 1925 (artículo 10, N° 7°, inciso décimo), éstas carecen de autonomía constitucional en la actualidad, quedando sometidas, en cuanto simples entidades dotadas de cierto grado de autonomía (artículo 62, inciso cuarto, N° 2°), a la supervigilancia del Presidente de la República". El destacado con letras cursivas es nuestro.

⁷ VILLAR Palasí, José Luis. Prólogo al libro de VILLAR Ezcurra, José Luis. *Servicios públicos y técnicas de conexión*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 3-4.

⁸ Miguel Ángel Sendín explícitamente señala que "la idea de servicio público es *indisociable* del contexto social en el que actúa". SENDÍN García, Miguel Ángel. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada, España: Editorial COMARES, 2003, p. 5. El destacado con letras cursivas es nuestro.

⁹ Santiago González-Varas ilustra esta idea en los siguientes términos: "el servicio público ha quedado actualmente desbordado por una realidad social y jurídica marcada por los designios de la liberalización y la privatización". GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*. Granada, España: Editorial COMARES, 2001, p. 9.

titular de servicios públicos mediante contratista interpuesto a través de concesiones), la idea de servicio público ha mutado conforme lo han hecho las exigencias sociales y los modelos económicos dominantes.

La situación anteriormente referida se ha replicado en casi todos los países que son tributarios de la tradición iuspublicista francesa, de donde precisamente proviene la doctrina del servicio público y de la "publicatio" o titularidad del Estado sobre ellos. Sin embargo, la situación inversa se da en los países anglosajones. En ellos:

"[L]a satisfacción de las necesidades colectivas, la configuración de los servicios públicos (...) no se vincula a la asunción de los correspondientes servicios de interés general por el Estado, sino a una intensa regulación pública de su desarrollo por prestadores privados (...) Lo característico, pues, del sistema anglosajón frente a la 'publicatio' continental será la mera regulación por la autoridad pública de los servicios de interés general desarrollados en competencia por el sector privado, mediante la cual se impone a los prestadores privados de los mismos una serie de obligaciones: prestar el servicio a todo el que lo solicite en términos razonables; con un mínimo de calidad; sin discriminaciones y en las mismas condiciones en circunstancias similares; con tarifas o precios razonables que permitan su disfrute a la generalidad de los usuarios, determinados en función del coste del servicio y de una justa retribución del empresario".¹⁰

En orden a delinear someramente el concepto, con la intención de obviar —en lo posible— el sustrato político que naturalmente envuelve a la definición, por exceder a los fines de este trabajo, es necesario primeramente hacer la observación que ya en 1994 el Consejo de Estado Francés hiciera en su Rapport Public,¹¹ en relación a algunas notas esenciales que caracterizan a todo servicio público: (i) la igualdad de los usuarios frente al servicio; (ii) la continuidad del servicio, y; (iii) la adaptación del servicio a las cambiantes necesidades exigidas por la recta satisfacción del interés público. Adicionalmente, reconoce otros principios de menor entidad tales como la neutralidad y carácter laico del servicio público, la participación de los usuarios, la transparencia y responsabilidad, y la simplicidad y accesibilidad.¹²

En la doctrina nacional, Gladys Camacho ha señalado que es posible elaborar un concepto de Servicio Público en base a dos perspectivas: una orgánica y una funcional.¹³ Sintetizando ambas nociones:

¹⁰ SOUVIRÓN Morenilla, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada, España: Editorial COMARES, 1998, pp. 154-155.

¹¹ LONG, Marceau. "Service public, services publics: déclin ou renouveau?", en *Revue Française de Droit Administratif* N° 3 (1995), p. 497, París, Francia: Editions Dalloz.

¹² BLANQUER, David. *Introducción al derecho administrativo*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2009, p. 678.

¹³ En este mismo sentido se ha expresado, entre otros, Germán Boloña Kelly, quien ha señalado que "en doctrina, dos concepciones clásicas del servicio público, imperan, la tesis orgánica y la tesis material. (...) La tesis orgánica o subjetiva, como también se llama, identifica al servicio público (...) con una *organización o ente* que reúne personas y recursos materiales, adscrita a la satisfacción de necesidades públicas de manera regular y continua, conforme a un régimen jurídico especial, normalmente de derecho público (...) La tesis material u objetiva, por el contrario, define al servicio público, como una *actividad* asumida por una colectividad pública para satisfacer una necesidad de interés general". BOLOÑA, Germán. *Organización Administrativa*. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing Chile, 2008, pp. 253-254. El destacado con letras cursivas es nuestro.

“[C]abe definir el servicio público señalando que es la actividad de prestación que la administración pública legalmente asume, pero que puede gestionarla directa o indirectamente por persona interpuesta a fin de satisfacer necesidades públicas, conforme a un régimen especial, exclusiva o predominantemente de derecho público cuando es gestionado por sí, o por un régimen que va precedido por la imposición de ciertos deberes o cargas de servicio público, aún cuando se rija por el derecho privado”.¹⁴

En razón de lo expuesto en los párrafos anteriores se pueden extraer ciertos elementos y características que constituyen un Servicio Público en su esencia: se trata de una “actuación de una colectividad o ente público; que satisface una necesidad pública o de interés general; y sujeta a un régimen jurídico exorbitante del común (tanto en la gestión directa del servicio por la Administración como en la indirecta llevada a cabo por los particulares)”.¹⁵

El primero de ellos dice relación con la actuación de los servicios públicos, esto es, en palabras de Souvirón, del elemento objetivo de la noción de servicio público: se trata de una actuación administrativa positiva con un fin específico, cual es precisamente la satisfacción de necesidades colectivas.¹⁶ Lo anterior quiere decir, en primer lugar, que se excluye el ejercicio de poderes soberanos por parte del ente público, como acontecería en el caso de la actividad administrativa de policía o de ordenación administrativa del ejercicio de los particulares de sus derechos y libertades.¹⁷ Así, la actividad soberana estaría dirigida al logro de fines esenciales del Estado, mientras que la actividad de un servicio público no tendría tal finalidad sino a la satisfacción de una necesidad colectiva, indispensable para la vida social en un momento determinado.¹⁸ Dicha actividad tiene un contenido específico orientado a tal fin. Este contenido es precisamente técnico, en el sentido de que no es jurídico, toda vez que “lo que recibe el administrado como consecuencia de la actividad del servicio público no son actos administrativos, sino prestaciones técnicas”.¹⁹ Por otro lado, deben también satisfacer esta necesidad de forma universal, es decir, la prestación debe ofrecerse “al público”, esto es, “a todos y cada uno de quienes sientan tales necesidades. Surge así la posición jurídica de usuario, que incluye un derecho abstracto de los administrados a acceder a las

¹⁴ CAMACHO, Gladys. *La actividad sustancial de la Administración del Estado*. En: PANTOJA, Rolando (Coord.). *Derecho Administrativo Chileno*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, 2007, p. 462.

¹⁵ SOUVIRÓN Morenilla, José María, op cit. (11), p. 158.

¹⁶ En este sentido, la LOCBGAE define los servicios públicos como “órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”. Ley N° 18.575. CHILE. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ministerio del Interior, Santiago, Chile: diciembre de 1982. Artículo 25. El destacado con letras cursivas es nuestro.

¹⁷ BLANQUER, David, op cit. (13), p. 488.

¹⁸ En palabras de José Antonio García-Trevijano, “un servicio público, en sentido social de utilidad general no se transforma en servicio público en sentido jurídico sino cuando se subjetiviza en forma de monopolio por parte de un ente público, y adquiere la misma fuerza que la función. Pero este aspecto subjetivo debe completarse con el objetivo y material. *La actividad asumida no ha de ser ‘necesaria’, sino útil. La necesidad supone un servicio indispensable para la misma vida; la utilidad, un servicio conveniente, habiendo por ello servicios necesarios que no son servicios públicos en sentido jurídico*”. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. “Aspectos de la Administración Económica”, en *Revista de Administración Pública*, N° 12, p. 22, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. El destacado con letras cursivas es nuestro.

¹⁹ GARRIDO Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo vol. II*, Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos, 1960, p. 121.

correspondientes prestaciones".²⁰ En este sentido, la doctrina ha elaborado el principio de igual acceso y trato uniforme para todos los administrados como una premisa esencial en todo servicio público que opere en un estado social de derecho,²¹ lo que concretamente en el derecho a la educación –en general- se traduce en la singularización del derecho a recibir instrucción (derecho a la enseñanza) y a la libertad de cátedra.

El segundo elemento es aquel que está en estrecha relación con el concepto de "publicatio" anteriormente mencionado. Se refiere a la titularidad activa de los servicios públicos, al elemento subjetivo de éstos. La doctrina estricta de la publicatio francesa, en términos de Duguit, señalaría que toda actividad de servicio público es aquella "cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes".²² Sin embargo, y dadas las vicisitudes actuales que han llevado al decaimiento de la doctrina clásica del servicio público, hoy en día podemos decir ello no es enteramente cierto, toda vez que se reconocen ampliamente otras formas de gestión de servicios públicos, como se ha reseñado en los párrafos anteriores, por órganos o personas distintas de la Administración del Estado, o de cualquier otro órgano público.²³ Lo anterior es de especial relevancia en el caso de la educación superior, tema que nos convoca en esta ocasión, toda vez que, como es sabido, no necesariamente este servicio es prestado por un órgano del Estado, sino que es prestado en paralelo por la Administración del Estado –como es el caso de las Universidades Públicas- y por los particulares, sin título concesional, surgiendo la figura del denominado "servicio público concurrente".²⁴

El tercer elemento, y final, que caracteriza a todo servicio público es aquel relacionado con las normas que lo rigen, esto es, su elemento formal: se trata de un régimen característico de Derecho Público. En palabras de don Enrique Silva Cimma, "cada vez que nos encontramos en presencia de un servicio público que satisface, por tanto, necesidades generales, podemos verificar la existencia de reglas jurídicas especiales de Derecho Público, que tienen por objeto facilitar su funcionamiento regular y continuo en forma que tales necesidades puedan cumplirse eficazmente".²⁵

²⁰ SOUVIRÓN Morenilla, José María, op cit. (11), p. 161.

²¹ En este sentido, Germán Boloña expone que "los administrados tienen el derecho a ser tratados uniformemente por el servicio público, el que no puede establecer, arbitrariamente, diferencias en el tratamiento. Todos los usuarios del servicio, han de ser favorecidos por igual, en la medida, obviamente, que ellos se encuentren en situaciones comparables respecto del servicio". BOLOÑA, Germán, op cit. (14), p. 258.

²² DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional (traducción al español de J. G. Acuña)*, Madrid, España: Francisco Beltrán, 1926, p. 73.

²³ Así, ya en 1977 Pedro Escribano Collado señalaba que "la asunción por la Administración de la titularidad del servicio no quiere decir, ni es un dato esencial para su existencia, que deba ella misma gestionarlo directamente. *La doctrina y la legislación reconocen diversas formas de prestación de servicios públicos en las que la Administración no entra en relación con los usuarios*, lo que ha dado lugar al problema controvertido de las relaciones jurídico-administrativas entre particulares". ESCRIBANO Collado, Pedro. "El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica", *en* Revista de Administración Pública, N° 82, p. 114, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. El destacado con letras cursivas es nuestro.

²⁴ Se expresa directamente que la titularidad del Servicio Público, entendido como actividad, no es exclusiva de la Administración, lo que relativiza este rasgo que por otro sector de la doctrina había sido entendido siempre como de la esencia de cualquier servicio público. Así, SOUVIRÓN Morenilla, José María, op cit. (11), p. 167.

²⁵ SILVA Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Vol. I, Tomo II: Teoría General de los Servicios Públicos*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 68. En el mismo sentido, ESCRIBANO Collado, Pedro, op cit. (24), p. 116.,

En suma, la reunión de estos tres elementos, con los matices señalados, nos indica que se está en presencia de un servicio público, de aquellos mencionados por la LOCBGAE como integrantes de la Administración del Estado, y por tanto sujeto a las disposiciones de la Ley de Transparencia. Respecto a las Universidades Públicas, podemos concluir que todos y cada uno de los elementos anteriormente reseñados encuentran aplicación en su actividad. Se trata, en esencia, de (i) la prestación de un servicio provisto para la satisfacción de una necesidad pública –y, en definitiva, para el ejercicio de un derecho consagrado constitucionalmente, cual es el derecho a la educación–; (ii) además, se trata de un servicio provisto directamente –al menos en el caso de las instituciones de educación superior estatales–²⁶ por un órgano del Estado, creado por ley, por expreso mandato del Art. 30 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza²⁷ y, por último; (iii) el régimen característico de derecho público que rige a dichas instituciones está consagrado en la Ley N° 20.370, General de Educación, que crea un marco institucional de la educación nacional en todos sus niveles, en concurrencia con las normas que aún conservan vigencia en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza.²⁸

3. APLICACIÓN DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y UNIVERSIDADES PÚBLICAS: ¿VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA?

La Ley de Transparencia sigue un criterio subjetivo u orgánico para establecer su ámbito de aplicación, basándose en el sujeto regulado por ésta. La norma matriz se encuentra en el Art. 2, que establece casi genéricamente que “las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las

quien señala respecto al régimen estatutario que “por su origen, *el servicio público es, y no puede dejar de ser, sino un instituto de Derecho público* sobre el cual la Administración tiene amplias facultades de disposición de acuerdo con la ley. Ahora bien, junto a esta disciplina fundamental es posible que la ley recurra al Derecho privado la regulación de aspectos concretos del servicio público, lo cual no altera su naturaleza jurídico-pública. *Este es, en nuestra opinión, el verdadero elemento común a todos los servicios públicos existentes en la actualidad*”. El destacado con letras cursivas es nuestro.

²⁶ Aún cuando, para el caso de las instituciones privadas de educación superior pueda defenderse la idea de la existencia de un “servicio público concurrente”, cuestión que excede los fines de la presente investigación.

²⁷ Así, la *Universidad de Tarapacá* fue creada por el DFL N° 150 del Ministerio de Educación Pública del 18 de enero de 1981; la *Universidad Arturo Prat* fue creada por la Ley N° 18.368 de 1984; la *Universidad de Antofagasta* fue creada por el DFL N° 11 del Ministerio de Educación Pública del 20 de marzo de 1981; la *Universidad de Atacama* fue creada por el DFL N° 37 del Ministerio de Educación Pública del 30 de junio de 1981; la *Universidad de La Serena* fue creada por el DFL N° 12 del Ministerio de Educación Pública del 20 de marzo de 1981; la *Universidad de Valparaíso* fue creada por el DFL N° 6 del Ministerio de Educación Pública del 12 de febrero de 1981; la *Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación* fue creada por la Ley N° 18.434 del 4 de septiembre de 1985; la *Universidad de Santiago de Chile* fue creada por el DFL N° 23 del Ministerio de Educación Pública del 15 de abril de 1981; la *Universidad de Chile* fue creada por el DFL N° 153 del Ministerio de Educación Pública; la *Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación* fue creada por la Ley N° 18.433 del 4 de septiembre de 1985; la *Universidad Tecnológica Metropolitana* fue creada por la Ley N° 19.239 del 30 de agosto de 1993; la *Universidad de Talca* fue creada por el DFL N° 36 del Ministerio de Educación Pública del 03 de octubre de 1981; la *Universidad del Bío-Bío* fue creada por la Ley N° 18.744 del 22 de septiembre de 1988; la *Universidad de La Frontera* fue creada por el DFL N° 17 del Ministerio de Educación Pública del 20 de marzo de 1981; la *Universidad de Los Lagos* fue creada por la Ley N° 19.238 del 30 de agosto de 1993 y; la *Universidad de Magallanes* fue creada por el DFL N° 35 del Ministerio de Educación Pública del 26 de octubre de 1981.

²⁸ Una situación institucionalmente similar a la chilena se da en España, con la diferencia de que en dicho ordenamiento jurídico la ley declara expresamente que “*el servicio público de la educación considera a ésta como un servicio esencial de la comunidad*”. Ley N°2/2006. ESPAÑA. Orgánica de Enseñanza, Madrid, España: Mayo de 2006. Preámbulo. El destacado con letras cursivas es nuestro. Al respecto, VILLAR Ezcurra, José Luis. “El derecho a la educación como servicio público”, *en* Revista de Administración Pública, N° 88, pp. 155-208, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa". Este es el primer ámbito de aplicación de la Ley, y el más general, pues a los órganos de la Administración del Estado mencionados se les aplica plenamente y sin restricciones todas las disposiciones de ella. Sin embargo, en el inciso siguiente se establece un régimen especial de aplicación respecto de ciertos órganos que gozan de autonomía, ya sea constitucional o no. Esta es la situación en que se encuentra el Banco Central, la Contraloría General de la República y las Empresas Públicas creadas por Ley, las empresas del Estado y las sociedades con participación estatal. Este segundo ámbito de aplicación, sin dudas privilegiado, dado que restringe la aplicación de la ley a las disposiciones que especialmente se refieran a ellos, es provisto por el legislador precisamente en atención al carácter autónomo del órgano, aún cuando su pertenencia a la Administración del Estado no esté en duda.²⁹ Finalmente, la Ley excluye la aplicación de sus preceptos a los demás órganos que no sean los ya reseñados, es decir, aquellos que no forman parte de la Administración del Estado, como el Congreso Nacional, El Ministerio Público, los tribunales ordinarios y especiales, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales. Respecto de ellos, sólo serán aplicables en materia de acceso a la información pública las normas que expresamente se refieran a ello en sus respectivas leyes orgánicas.

El encuadre de las Universidades Públicas en la primera categoría del ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia, como consecuencia de su naturaleza de servicio público descentralizado creado para el cumplimiento de la función administrativa, tal como se explicó en el capítulo anterior, trae aparejado un problema que dice relación precisamente con su carácter autónomo consagrado legalmente, dado que se puede considerar como contradictorio al principio de transparencia y acceso a la información pública. Se presenta como un desafío el "conciliar esa autonomía con la necesidad de un control administrativo efectivo",³⁰ y qué duda cabe que a través de la aplicación de las obligaciones que establece la Ley de Transparencia se logra un método efectivo de control ciudadano.³¹

²⁹ Juan Carlos Ferrada Bórquez ha señalado a este respecto que "así las cosas, pareciera que estas exclusiones parciales del régimen general dispuesto en la Ley N° 20.285 para los órganos estatales no administrativos y para algunos de los órganos administrativos autónomos responden a circunstancias extrajurídicas, que están más relacionadas con la capacidad de influencia en el proceso legislativo, que con una reflexión serena sobre la posición institucional de estos órganos dentro del sistema jurídico". FERRADA Bórquez, Juan Carlos. "El ámbito de aplicación de la ley de transparencia" *En*: LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (Coord.). *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago, Chile: Editorial AbeledoPerrot, 2010, p. 353. En el mismo sentido, Cristián Román Cordero expresa que "el establecimiento de un régimen en materia de transparencia más flexible en relación a ciertos órganos en función de su carácter autónomo no parece del todo consistente. Ello porque si se hubiese establecido en relación a ellos la aplicación íntegra de la Ley de Transparencia, conferido al Consejo para la Transparencia el control de su cumplimiento y consagrado el carácter vinculante de las Instrucciones Generales a su respecto, si bien podría afirmarse que constituiría una limitación a su autonomía, cuestión que comparto, aquello en caso alguno afectaría su núcleo esencial, pues no importaría una afectación en materias técnicas que le son propias". ROMÁN Cordero, Cristián. "Ley de Transparencia y órganos autónomos" *En*: LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (Coord.). *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago, Chile: Editorial AbeledoPerrot, 2010, p. 375.

³⁰ NUÑEZ, Manuel. "Las universidades estatales y la construcción unitaria del principio de autonomía universitaria: ensayo de una crítica a la jurisprudencia constitucional chilena", *en* Revista de Estudios Constitucionales, Año 5 N° 2, p. 247, Talca, Chile: Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca.

³¹ César Duarte lo expresa de la siguiente manera: "la transparencia es la manifestación más clara de la garantía que se ofrece al pueblo de su derecho de acceso a la información pública, ella propicia la rendición de cuentas y la entrega de resultados. su presencia otorga a los ciudadanos el derecho real de observar y seguir de cerca las actividades de su gobierno y de todas aquellas

Entonces, cabe preguntarse: ¿lesiona la autonomía universitaria el hecho de que las instituciones de educación superior públicas queden sujetas a la normativa aplicable en materia de transparencia y acceso a la información, en particular a las normas de la Ley N° 20.285 y a las instrucciones del Consejo para la Transparencia?

Se hace necesario entender que, la autonomía universitaria como principio, ha sido dispuesta como garantía para el gobierno de la institución de educación superior orientado a sus fines propios, fines que han de ser determinados –o más bien autodeterminados- de manera independiente, en relación con los tópicos sobre los cuales se tiene autonomía, a saber, el ámbito académico, el ámbito administrativo y el ámbito financiero.³² Ello, sin embargo, no significa, como se ha pretendido, que la autonomía sea una especie de “escudo” ante las obligaciones que impone el principio de Transparencia, consagrado constitucionalmente y operativizado por la Ley de Transparencia. La autonomía que se concede a las instituciones de educación superior, tiene como necesario corolario la responsabilidad de éstas en relación con su gestión. Es decir, la autonomía, más que restringir el ámbito en que tiene aplicación la rendición de cuentas, lo amplía, toda vez que se acrecienta la responsabilidad de un ente que toma decisiones de forma autónoma. En resumen, de la misma definición de autonomía, como forma de autogobierno responsable, se extrae la idea de la rendición de cuentas. Así:

“[N]o hay -es necesario ser tajante- ejercicio adecuado de la autonomía en las instituciones de educación superior sin transparencia, refractarias a la rendición de cuentas claras a la sociedad que otorga ese privilegio así como a las comunidades académicas que las conforman. La autonomía es el valor y el fin a preservar de manera responsable; la transparencia, la rendición de cuentas y el más amplio acceso a la información son, las dos primeras, medios indispensables, y el último un derecho -entre otros- para lograrlo”.³³

En suma, la autonomía universitaria se ejerce en la libertad de cátedra y en la investigación y extensión, en el manejo de sus recursos, en materia administrativa interna, entre otros ámbitos, pero todo ello ha de hacerse con rendición de cuentas, lo cual no es otra cosa que un requisito fundamental para su buen funcionamiento. No se afecta la esencia de la autonomía universitaria al aplicar las obligaciones de transparencia pasiva y activa y el control de ellas por el Consejo para la Transparencia, toda vez que su núcleo fundamental está determinado en el ámbito propio de sus funciones –una función administrativa, por cierto-, las cuales dicen relación con el ejercicio del derecho a la educación.³⁴

estructuras que operan con recurso público”. DUARTE, César. Prólogo a Transparencia, Educación y Universidades Públicas en México. En: GUERRA, Óscar (Coord.). *Transparencia, Educación y Universidades Públicas en México*. México: Universidad Autónoma de México, 2012, p. 7.

³² En este sentido, Manuel Gil señala que la autonomía universitaria “resulta un valor profundo a preservar como condición para una gestión adecuada y responsable; de ella derivan la libertad de cátedra, investigación y la generación de expresiones críticas, a través de la difusión del saber, no constreñidas por ningún poder constituido o fáctico”. GIL, Manuel. *Transparencia y vida universitaria*. México: Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, Colección Cuadernos de Transparencia, 2007, p. 15.

³³ *Ibid.*, p. 16.

³⁴ De este modo, “ejercer una autonomía que responda a la misión que cada universidad se ha fijado, la cual tiene como común denominador el formar ciudadanas y ciudadanos comprometidos responsablemente con la sociedad y con una preparación

Para finalizar, cabe hacer un comentario respecto al sentido y alcance de la autonomía universitaria en la doctrina del Tribunal Constitucional y a su mutación en el tiempo. El TC, en un principio mantuvo la idea de la autonomía universitaria comprendida ampliamente, e incluso con fundamento constitucional, amparado en la autonomía de que gozan todos los cuerpos intermedios, siendo las Universidades, estatales o no, uno de ellos. En efecto, el TC expresó que “la autonomía que singulariza a las universidades, *ya sean públicas o privadas, se explica por el trascendental rol que éstas cumplen en la sociedad*. Dicha autonomía difiere de cualquiera otra que sea reconocida por el ordenamiento jurídico, toda vez que, por la propia naturaleza de estas instituciones, *dicha autonomía, sin llegar a ser ilimitada o absoluta, es una de las más amplias de todo nuestro sistema institucional, razón por la cual bien puede ser calificada como máxima o extensiva*”;³⁵ “ciertamente, el objetivo de la autonomía académica y administrativa es precisamente *asegurar el ejercicio de la total autodeterminación docente e institucional de las universidades*, que constituye uno de los valores fundamentales de toda sociedad democrática”;³⁶ “que al ser las universidades, ya sean públicas o privadas, cuerpos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, *la autonomía que las singulariza tiene fundamento constitucional directo en el artículo 1º, inciso tercero, de la Carta Fundamental, que garantiza la autonomía de los cuerpos intermedios*”.³⁷

Sin duda los términos amplios y generales en que se concebía la autonomía universitaria en la sentencia recién citada, no son los mismos hoy en día. El mismo TC, en una nueva interpretación del contenido esencial de la autonomía universitaria hecha en la causa Rol N° 1892-11, ahora restringe el concepto. En opinión de esta magistratura, la autonomía universitaria ya no encontraría fundamento constitucional, toda vez que:

“(…) [T]ales atributos legales, aún cuando pudieran considerarse vinculados, de alguna manera, con la libertad de enseñanza asegurada en el artículo 19, numeral 11º, de la Carta Fundamental (Rol N° 523), *no permiten inferir la existencia de una autonomía constitucional de que serían titulares las universidades estatales. Ni facultan suponer que habrían de regirse por un estatuto cerrado que, más allá del campo educativo, tendría que reservarles un régimen legal separado del resto de la Administración del Estado*”.³⁸

Esta nueva interpretación deja a las instituciones de educación superior estatales en una peor situación en términos de autonomía, en comparación a la primera doctrina expresada en la Sentencia Rol 523-2006, pues, en primer lugar, ya no encuentra su fundamento en la Constitución, sino que en la Ley, particularmente en el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. Por otro lado, la autonomía es reducida en términos sustanciales a los ámbitos a que hace referencia la LOCE (autonomía académica, económica y administrativa), mientras que antes

profesional sólida y de frontera en cada una de las áreas del conocimiento”. OROZCO, María, CASTRO, Elizabeth y LOZADA, Rebeca. “La Transparencia y la Universidad Pública”. En: GUERRA, Óscar (Coord.). *Transparencia, Educación y Universidades Públicas en México*. México: Universidad Autónoma de México, 2012, p. 58.

³⁵ STC Rol 523-2006, considerando décimo segundo. El destacado con letras cursivas es nuestro.

³⁶ *Ibid.* Considerando décimo cuarto. El destacado con letras cursivas es nuestro.

³⁷ *Ibid.* Considerando vigésimo segundo. El destacado con letras cursivas es nuestro.

³⁸ STC Rol 1892-2011. Considerando octavo. El destacado con letras cursivas es nuestro.

se concebía en términos amplísimos, como expresión de la autonomía de los cuerpos intermedios. Naturalmente, ello es fundamento para que pueda existir un mayor control sobre las decisiones que tomen los órganos deliberativos universitarios que no digan relación con las materias en las que tiene autonomía, cuestión que antes del pronunciamiento del fallo Rol 1892-2011 no era posible, o era a lo menos más cuestionable.

4. CONCLUSIONES

1. Las Universidades Públicas pueden y deben ser consideradas como servicios públicos, creados para el cumplimiento de la función administrativa, tanto por razones de estricta interpretación literal e histórica de la LOCBGAE como por razones dogmáticas. No es posible concebir a las Universidades Públicas sin que ellas sean parte integrante de la Administración Pública como servicios públicos, pues se presentan con todas las características de éstos.
2. El elemento objetivo o material se manifiesta través de la prestación que ofrecen para la satisfacción de una necesidad colectiva, que a la vez significa una verdadera herramienta para el real y efectivo ejercicio del derecho a la educación, consagrado constitucionalmente. Por otro lado, el elemento subjetivo viene dado por el carácter estatal de la institución, creada por ley. Finalmente, el elemento formal viene dado por el conjunto de normas de derecho público que rigen a la actividad educativa en general. En particular, hacemos referencia a la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Enseñanza, y a la Ley N° 20.370, General de Educación.
3. En consideración a su carácter de servicios públicos, quedan sujetas a las disposiciones de la Ley de Transparencia, de forma plena y sin excepción alguna. Quedan, asimismo, sujetas al control del Consejo para la Transparencia en materia de acceso a la información pública.
4. Las Universidades Públicas se caracterizan por ser servicios públicos descentralizados que gozan de autonomía en sus funciones académicas, administrativas y financieras, las cuales ejercen a través de los procedimientos que sus propios estatutos han determinado. Esta autonomía garantiza que las instituciones de educación superior puedan autodeterminarse sin intervención de poder alguno. Sin embargo, la autonomía no responde en caso alguno a una especie de aislamiento o autismo de las instituciones en relación con la sociedad a la que sirven. Es más, el concepto mismo de autonomía implica también la noción de responsabilidad como consecuencia necesaria, pues la autonomía depende de la confianza pública, que encuentra sus fundamentos en la rendición de cuentas.
5. Así, el principio de transparencia funciona como una eficaz herramienta para el control ciudadano, y ésta ha sido la principal función que se le ha adjudicado, pero también funciona como una herramienta para alcanzar la autonomía responsable. La autonomía, antes que limitar el principio de transparencia y acceso a la información pública, lo justifica en términos concretos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 18.575. Disponible en <www.bcn.cl>.
- BLANQUER, David. *Introducción al derecho administrativo*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2009.
- BOLOÑA, Germán. *Organización Administrativa*. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing Chile, 2008.
- CAMACHO, Gladys. *La actividad sustancial de la Administración del Estado*. En: PANTOJA, Rolando (Coord.). *Derecho Administrativo Chileno*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, 2007.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictámenes N° 9.889 de 27 de febrero de 2004, N° 47.500 del 21 septiembre de 2004, N° 24.152 del 19 de mayo de 2005, N° 38.794 de 21 de julio de 2009 y N° 66.847 de 09 de noviembre de 2010.
- DUARTE, César. Prólogo a Transparencia, Educación y Universidades Públicas en México. En: GUERRA, Óscar (Coord.). *Transparencia, Educación y Universidades Públicas en México*. México: Universidad Autónoma de México, 2012.
- DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional (traducción al español de J. G. Acuña)*, Madrid, España: Francisco Beltrán, 1926.
- ESCRIBANO Collado, Pedro. "El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica", en *Revista de Administración Pública*, N° 82, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERRADA Bórquez, Juan Carlos. "El ámbito de aplicación de la ley de transparencia" En: LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (Coord.). *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot, 2010.
- GARCÍA-TREVIJANO Fos, José Antonio. "Aspectos de la Administración Económica", en *Revista de Administración Pública*, N° 12, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARRIDO Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo vol. II*, Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos, 1960.
- GIL, Manuel. *Transparencia y vida universitaria*. México: Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, Colección Cuadernos de Transparencia, 2007.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*. Granada, España: Editorial COMARES, 2001.
- Ley N° 18.962. CHILE. Orgánica Constitucional de Enseñanza. Ministerio de Educación Pública, Santiago, Chile: Marzo de 1990.

Ley N° 18.575. CHILE. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ministerio del Interior, Santiago, Chile: diciembre de 1982.

LONG, Marceau. "Service public, services publics: déclin ou renouveau?", en *Revue Française de Droit Administratif* N° 3, 1995, París, Francia: Editions Dalloz.

NÚÑEZ, Manuel. "Las universidades estatales y la construcción unitaria del principio de autonomía universitaria: ensayo de una crítica a la jurisprudencia constitucional chilena", en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 2, Talca, Chile: Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca.

OROZCO, María, CASTRO, Elizabeth y LOZADA, Rebeca. "La Transparencia y la Universidad Pública". En: GUERRA, Óscar (Coord.). *Transparencia, Educación y Universidades Públicas en México*. México: Universidad Autónoma de México, 2012.

ROMÁN Cordero, Cristián. "Ley de Transparencia y órganos autónomos" En: LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (Coord.). *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot, 2010.

SENDÍN García, Miguel Ángel. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada, España: Editorial COMARES, 2003.

SILVA Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Vol. I, Tomo II: Teoría General de los Servicios Públicos*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961.

SOUVIRÓN Morenilla, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada, España: Editorial COMARES, 1998.

STC Rol 1892-2011.

STC Rol 523-2006.

VILLAR Ezcurrea, José Luis. "El derecho a la educación como servicio público", en *Revista de Administración Pública*, N° 88, pp. 155-208, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

VILLAR Palasí, José Luis. Prólogo al libro de VILLAR Ezcurrea, José Luis. *Servicios públicos y técnicas de conexión*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.