

Libertad de Expresión

INTRODUCCIÓN

Durante 2005 continuó desarrollándose el proceso que ha tenido lugar en los últimos años en materia de libertad de expresión, en el sentido de que se observa en Chile una ciudadanía mucho más vigorosa para hacer valer sus puntos de vista, tanto en lo que se refiere a la manifestación de sus preocupaciones y críticas en la esfera social y política, como a la de sus proyectos de vida personales. De este modo, aunque de manera todavía incipiente, se va abriendo espacio para una sociedad chilena más abierta y más diversa.¹

No obstante, la mayor irreverencia ciudadana respecto de las autoridades y figuras públicas y la mayor fortaleza de sus críticas y de sus demandas por transparencia ocasionan recurrentes choques con dichas autoridades y figuras. Aunque estas últimas, precisamente debido a la presión ciudadana, han tenido que continuar eliminando algunas restricciones a la libertad de expresión incompatibles con los tratados internacionales en la materia, se han seguido una serie de procesos judiciales contra ciudadanos por injurias a las autoridades y, en general, en casos que se refieren a temas de interés público.

Así, por una parte, en 2005 se produjeron una serie de transformaciones legales de signo positivo para la protección de este derecho. En este sentido destacan la derogación de las normas de

¹ Para un panorama más detallado acerca de la situación de este derecho en nuestro país, consúltese, Felipe González (ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

desacato del Código Penal, el reconocimiento del principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado a nivel constitucional, y la reducción de las limitaciones a la libertad de expresión bajo Estados de Excepción.

Por otro lado, y a pesar de los desarrollos mencionados, subsiste una serie de trabas legales y judiciales, y es recurrente el uso del Derecho Penal en casos en que existe un interés público envuelto, en contradicción con la normativa internacional en la materia.

No obstante estas restricciones, la sensación predominante en el debate público es que la discusión vigorosa ha llegado para quedarse, y que no podrá ser fácilmente removida por aquellas autoridades o grupos que así pretendan hacerlo.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palamara, dictada a fines de 2005, también debiera contribuir a un fortalecimiento de la libertad de expresión en Chile, al hacerse cargo de cuestiones como la censura judicial, las normas de desacato y la situación de los tribunales militares respecto de este derecho.

LA CENSURA JUDICIAL Y LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO DE HUMBERTO PALAMARA

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Humberto Palamara, dictado en noviembre de 2005 –y al cual ya se ha hecho mención en este Informe Anual a propósito de la justicia militar² puso de nuevo en el tapete público la cuestión de la censura judicial en Chile. Si bien la prohibición del libro “Ética y Servicios de Inteligencia” (del cual es autor Palamara) ocurrió en 1993, ella continúa en vigor hasta la actualidad, a la espera de que se haga efectiva la decisión de la Corte Interamericana. Palamara escribió el libro al momento de desempeñarse como funcionario a contrata de la Marina y anteriormente había sido oficial de Inteligencia de dicha institución.

La decisión de la Corte Interamericana pone de manifiesto nuevamente la inconsistencia entre la jurisprudencia chilena vigen-

² Véase el capítulo sobre Sistema Judicial y Derechos Humanos de este mismo Informe.

te, según la cual no constituye censura y el sistema interamericano, que establece que cualquier forma de medida preventiva de la libertad de expresión es una medida de censura. Cabe resaltar que en aplicación de la jurisprudencia chilena continúa prohibido asimismo otro libro, "Impunidad Diplomática", del periodista Francisco Martorell, respecto del cual también se pronunció el sistema interamericano (en este caso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1996), disponiendo que su censura debía ser levantada, sin que hasta la fecha tal decisión haya sido hecha efectiva. Sin embargo, como en el caso del libro "Ética y Servicios de Inteligencia" se trata de una sentencia de la Corte y resultaría muchísimo más complejo para el Estado chileno a nivel internacional el no acatarla.

La Corte Interamericana enumera los siguientes actos de control al ejercicio de Humberto Palamara de difundir informaciones e ideas: "la prohibición de publicar el libro (...); la orden oral [del juez naval] de retirar 'todos los antecedentes del libro que hubiera en la imprenta' Ateli porque afectaba 'la seguridad nacional y la defensa nacional' (...), las incautaciones ordenadas y realizadas en dicha imprenta y en el domicilio del señor Palamara Iribarne (...); la supresión de la información electrónica de las computadoras del señor Palamara Iribarne y de la imprenta (...); las diligencias con el propósito de recuperar diversos ejemplares del libro que se encontraran en poder de varias personas (...); y la orden que prohibía al señor Palamara Iribarne 'hacer comentarios críticos' sobre el proceso al que estaba siendo sometido o sobre 'la imagen' de la Armada (...)".³ Según se aprecia del listado recién citado, la justicia militar chilena no sólo impidió la circulación del libro, sino que se llegó al extremo de borrar el disco duro del computador de su autor, eliminando el soporte electrónico de su obra y de prohibírsele emitir comentarios críticos sobre ciertos asuntos.

En forma unánime, la Corte Interamericana declaró violado el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra la libertad de pensamiento y expresión, además de una serie de otros derechos. Como medidas reparatorias a dicha violación, la Corte ordenó lo siguiente en lo relacionado con la censura:

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 74.

“El Estado debe permitir al señor Humberto Palamara Iribarne la publicación de su libro, así como restituir todo el material del que fue privado (...);

“El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta Sentencia (...) y la parte resolutoria de la misma (...);

“El Estado debe publicar íntegramente la presente Sentencia en el sitio web oficial del Estado, dentro del plazo de seis meses (...);

“El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para derogar y modificar, dentro de un plazo razonable, cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión (...).”⁴

A raíz de una sentencia anterior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el caso de la película “La Última Tentación de Cristo”) se derogó de la Constitución el último vestigio de censura previa que ella consagraba: la censura cinematográfica. Sin embargo, a nivel judicial no se ha llevado a cabo una adecuación a los estándares internacionales en la materia, puesto que con posterioridad a dicha derogación ha habido varios casos en los que se han censurado obras. Aunque los casos resultan cada vez menos recurrentes, la jurisprudencia que considera que las prohibiciones judiciales no constituyen censura continúa prevaleciendo en Chile. En ningún fallo la Corte Suprema ha acogido la jurisprudencia interamericana. La reciente sentencia de la Corte Interamericana en el caso Palamara debiera servir de impulso para cambiar dicha jurisprudencia y hacerla acorde a los parámetros internacionales a los cuales Chile se encuentra obligado.

NORMAS DE DESACATO: LO AVANZADO, LO PENDIENTE Y LA SENTENCIA DE PALAMARA

En el año 2005 se produjo un importante avance al derogarse las normas de desacato (que son aquellas que brindan una protección especial al honor de ciertas autoridades) contenidas en el Código Penal. La promesa de una derogación completa (efectuado por diversas autoridades en una serie de ocasiones al Relator

⁴ Ídem, párrafo 269.

Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana), quedó, sin embargo, en suspenso, al no incluirse la derogación de las normas de desacato del Código de Justicia Militar, a las que también se refiere la sentencia recaída en el caso Palamara, mencionada anteriormente.

Con la mencionada derogación se ha dado un paso más en el progresivo acotamiento de las normas de desacato en Chile desde que se iniciara la transición. Este proceso de derogación paulatina comenzó en 1991, como parte de las llamadas “Leyes Cumplido” (por el Ministro de Justicia del Gobierno de Patricio Aylwin, Francisco Cumplido), que modificó las normas de la Ley de Seguridad del Estado, retornándose en gran medida a las regulaciones existentes previo al Golpe Militar. La persistente aplicación de las normas de desacato de dicha Ley en una serie de casos emblemáticos durante la transición llevó a su derogación en el año 2001. Se mantuvieron, no obstante, normas de ese tipo en el Código Penal y el Código de Justicia Militar. La persecución judicial –en un caso en el que la presunta afectada era la Corte Suprema– contra Eduardo Yáñez condujo a la presentación de un Proyecto de Ley dirigido hacia la derogación de los remanentes de normas de desacato, concretándose finalmente esto, como antes se ha dicho, en lo referido al Código Penal.

En relación con esto último, sin embargo, cabe tener presente lo señalado por la Corte Interamericana, la que “nota con preocupación que, a pesar del valioso aporte de la reforma legislativa, se conserva en el Código Penal reformado un tipo penal de ‘amenaza’ a las mismas autoridades que constituían, con anterioridad a la reforma de dicho Código, el sujeto pasivo del delito de desacato. De esta manera –añade la Corte– se contempla en el Código Penal una descripción que es ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean penas indebidamente a través del tipo penal de amenazas. Por ello, si decide conservar dicha norma, el Estado debe precisar de qué tipo de amenazas se trata, de forma tal que no se reprima la libertad de pensamiento y de expresión de opiniones válidas y legítimas o cualesquiera inconformidades y protestas respecto de la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”.⁵

⁵ Ídem, párrafo 92.

La Corte Interamericana se refirió además a la subsistencia de las normas de desacato en el ámbito de la justicia militar. Cabe hacer notar que no sólo militares sino también civiles pueden caer dentro de la competencia de los tribunales militares bajo la normativa vigente. La Corte señala que “[d]e esta forma se continúan estableciendo sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros y se contempla una protección mayor a las instituciones militares y sus miembros de la que no gozan las instituciones civiles en una sociedad democrática, lo cual no es compatible con el artículo 13 de la Convención Americana”.⁶

Para dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Palamara será, en consecuencia, imprescindible proceder a una derogación completa de las normas de desacato en Chile.

En este contexto de derogación progresiva de este tipo de normas, resulta casi inverosímil que continúen presentándose Proyectos de Ley como el sometido por el Diputado Maximiano Errázuriz en el curso de 2005. Conforme a dicho Proyecto, y según lo dispone su artículo único, “[q]uien denuncie al Presidente de la República, a un senador, diputado, Ministro de Estado o Subsecretario, Intendente o Gobernador o a un alcalde de un delito que no pueda probar, se hará acreedor a la sanción máxima contemplada para el mismo delito por esa persona denunciado”. En otras palabras, si alguien no pudiera probar una acusación contra alguna de las mencionadas autoridades de, por ejemplo, un delito de robo con intimidación, podría recibir una pena de hasta 20 años de presidio.

EL USO DEL DERECHO PENAL EN MATERIA DE EXPRESIÓN

A pesar de la tendencia progresiva a derogar las normas de desacato en Chile, el panorama de la protección de la libertad de expresión de los ciudadanos respecto de las autoridades y figuras públicas está lejos de hallarse consolidado. En este sentido, puede afirmarse que Chile sólo ha cumplido una parte de la tarea con la derogación casi completa de las normas de desacato,

⁶ Ídem, párrafo 93.

puesto que, conforme al Derecho Internacional, no es sólo que las autoridades públicas no deben hacerse merecedoras de una protección especial de su honra, sino que esta última debe ser menor que la de los ciudadanos corrientes. En otras palabras, las autoridades y figuras públicas al ocupar precisamente esa arena –la pública– se encuentran más expuestos a la crítica ciudadana, por acerba que ésta sea, y es legítimo que así ocurra.

En particular, en Chile se halla casi ausente del debate público –e, incluso del debate académico– la posibilidad de reducir significativamente el uso del Derecho Penal en materia de expresiones. Una iniciativa se planteó al respecto a comienzos de la presente década, cuando se comenzó a legislar acerca de la protección civil del honor, con el declarado propósito de dejar de lado el empleo de la herramienta penal al respecto, por lo gravosa que resulta. Sin embargo, como se ha detallado en Informes Anuales anteriores, dicho Proyecto de Ley se desvirtuó completamente, al establecer restricciones draconianas a la libertad de expresión, adicionales a las ya existentes y sin visos de reducir el ámbito de aplicación del Derecho Penal. El Proyecto, aprobado por la Cámara de Diputados en 2003, no ha experimentado avances posteriores en su tramitación, la que se halla prácticamente paralizada.

Una manera de avanzar de manera paulatina al respecto consistiría en despenalizar las expresiones emitidas en relación con autoridades y figuras públicas, reservando su tratamiento a la esfera del Derecho Civil, e incorporando en este ámbito, como lo ha señalado la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, la doctrina de la real malicia. Conforme a esta doctrina, para establecer la responsabilidad de una persona por sus expresiones respecto de autoridades públicas, tales expresiones deberían ser manifiestamente negligentes o deliberadamente falsas.

Otro aspecto crítico dice relación con la tramitación de casos de injurias y calumnias bajo el sistema de justicia criminal reformado. Como se sabe, conforme a este nuevo sistema –en vigor actualmente en todo el país– se pretende, entre otros objetivos a alcanzar, una mayor celeridad de la justicia, para lo cual, como regla general (y casi absoluta) se lleva a cabo un juicio oral ante un tribunal colegiado, que es quien decide los casos. Sin embargo, no es esta la situación en relación con los delitos de injuria y calumnia. Tratándose de éstos, se opera mediante un juicio abreviado con un tribunal unipersonal.

Esto ha llevado en una serie de casos a que ellos hayan sido resueltos de manera sumaria, implicando serias restricciones a la posibilidad de defensa de los imputados. En especial, ello ocurre debido a la frecuente exigencia de que los imputados den prueba de la veracidad de sus dichos, lo que en un procedimiento abreviado suele resultarles especialmente difícil.

Al sumarse a lo anterior la falta de consideración por muchos tribunales chilenos de la relevancia del interés público en materia de libertad de expresión, así como de la doctrina de la "real malicia" se conforma un panorama en que dicha libertad se ve significativamente afectada.

Un caso de importancia en esta materia que se halla en tramitación en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el de Carlos Barahona. En marzo de 2005, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales presentó una denuncia ante el mencionado organismo, por la afectación del derecho a la libertad de expresión del Sr. Barahona, quien fuera condenado por el delito de injurias contra el entonces Senador Sergio Pérez. Como se explicara con más detalle en el Informe Anual anterior, Barahona, quien es un abogado que trabaja en temas ambientales, formuló una serie de apreciaciones respecto del papel que supuestamente desempeñaría el Senador Pérez en relación con la tala ilegal del Alerce en el sur del país. Por ello fue condenado en 2004. Se trata de un caso en el que las expresiones de Carlos Barahona eran de un claro interés público, lo cual no fue, sin embargo, considerado como un factor relevante por los tribunales chilenos. A nivel internacional la presencia de un interés público envuelto en los casos de libertad de expresión sí es considerada central, como lo ha venido sosteniendo reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷

ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Dentro del conjunto de reformas constitucionales aprobadas durante 2005 se incluyeron varias relativas a los Estados de Excepción Constitucional. Ellas comprendieron algunas referidas a la situación de la libertad de expresión bajo tales regímenes.

⁷ Entre la jurisprudencia más pertinente al respecto en el último tiempo se hallan, además del mencionado caso Palamara, los casos Herrera Ulloa y Canesse, seguidos contra Costa Rica y Paraguay, respectivamente.

Históricamente, las constituciones chilenas han puesto una serie de trabas al ejercicio de la libertad de expresión en Estados de Excepción, imponiendo así limitaciones adicionales a las existentes en períodos de normalidad constitucional. Si bien mediante la reforma de la Constitución que tuvo lugar en 1989 (como consecuencia de la derrota de Pinochet en el Plebiscito del año anterior) se modificaron las regulaciones sobre dichos Estados, hasta antes de las modificaciones incorporadas en 2005 el texto constitucional seguía vulnerando abiertamente en esta materia los tratados internacionales de los cuales Chile es parte, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el texto vigente hasta hace pocos meses eran numerosas las limitaciones a la libertad de expresión (refiriéndose a ella como libertad de información) y opinión contempladas en la Constitución para los Estados de Excepción. Así, en Estado de Asamblea (guerra exterior), se establecía de manera general que se podían restringir o suspender tales libertades, además de poder censurarse la correspondencia y las comunicaciones. En Estado de Sitio y en Estado de Catástrofe podía restringirse ambas libertades.

Conforme a las reformas incorporadas a la Constitución en 2005, en cambio, la libertad de expresión no podrá ser restringida ni en Estado de Catástrofe ni en Estado de Sitio. Únicamente podrá haber restricciones en el marco de un Estado de Asamblea, que corresponde a la situación de una guerra exterior, pero no de la manera genérica contemplada con anterioridad por la Constitución, sino sólo en lo referido a la posibilidad de “interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones” (artículo 41B).

El hecho de que se elimine la posibilidad de establecer limitaciones adicionales a las propias de períodos de normalidad constitucional tiene también un impacto muy significativo para la protección de los demás derechos humanos. Históricamente, tanto en Chile como en muchos otros países, los Estados de Excepción se han prestado para numerosos y frecuentes abusos, incluso cuando ellos han sido dictados por gobiernos elegidos democráticamente. En una importante medida, ello tiene que ver con la desinformación que usualmente acompaña a tales regímenes y que impide un control de la ciudadanía y de la oposición respecto de las medidas adoptadas por el Ejecutivo. La posibilidad de restringir la libertad de expresión en tales circunstancias ha solido ser una herramienta propicia para las autoridades, de modo

de mantener deliberadamente desinformada a la ciudadanía y extender así el uso de las medidas de excepción más allá de lo permitido por las normas constitucionales y legales.

A ello cabe añadir una modificación de carácter más general relativa a los Estados de Excepción, de la cual también se ve beneficiada la protección de la libertad de expresión. Ella se refiere al control judicial de las medidas adoptadas bajo tales Estados. Anteriormente, la Constitución establecía, en abierta contradicción con el Derecho Internacional, que los tribunales no podían entrar a calificar los fundamentos o circunstancias de hecho de dichas medidas.

El nuevo texto, en cambio, establece que “respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda” (Art. 41 D).

Precisamente, la carencia de control judicial acerca del ejercicio de los poderes de excepción del Ejecutivo bajo estos regímenes ha sido otro factor decisivo para facilitar la comisión de abusos. El reconocimiento de tal control por la Constitución reformada viene a ser, en consecuencia, un importante paso adelante para garantizar que los poderes del Ejecutivo no se vuelvan omnímodos o absolutos durante la vigencia de Estados de Excepción.

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El acceso a la información es un tema reciente en Chile. Sólo en 1999 la denominada Ley sobre Probidad Administrativa⁸ incorporó referencias y procedimientos relativos al acceso a la información pública en poder del Estado. Y junto con el acceso a la información, en parte producto de denuncias sobre casos de corrupción que, se pensaba, eran ajenos a la cultura cívica chilena, la transparencia y la probidad comienzan a ser foco de atención de las diferentes organizaciones de la sociedad civil, y objeto de preocupación para la administración.⁹

⁸ Ley 19.653 (14 de diciembre 1999).

⁹ Y nos referimos, en especial, a la administración, pues era ésta la única obligada por las normas sobre acceso a la información. Poder Judicial y Legislativo quedaban fuera del ámbito de obligatoriedad de las normas relativas al procedimiento judicial para acceder a la información en poder del Estado.

Apenas se incorporaron las normas sobre acceso a la información se comienzan a presentar las primeras demandas. A la fecha, de la jurisprudencia acumulada, podemos decir que los tribunales de primera instancia (los juzgados civiles) han estado bastante llanos a admitir las solicitudes de acceso a la información. No así las cortes de Apelaciones que, prestando especial atención al decreto del Ejecutivo que restringió indebidamente las normas sobre acceso a la información, han realizado interpretaciones estrechas sobre cuál es la información a la cual se puede acceder. Y esa es una de las razones que explica el éxito relativo del derecho de acceso a la información. Apenas dictadas las normas sobre acceso a la información, el Ejecutivo decide reglamentar en forma extremadamente restrictiva las causales de reserva y secreto, impidiendo una real eficacia del derecho. A esa reglamentación del Ejecutivo siguió la dictación de más de 80 reglamentos de reserva y secreto de los diferentes servicios de la administración del Estado, que no dejaron hipótesis alguna fuera.

Tres casos en el sistema internacional, uno de ellos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han llamado la atención a Chile sobre el desarrollo de este derecho. El caso ante la Corte, que luego detallaremos, es el primer caso en que ésta tendrá la oportunidad de pronunciarse derechamente sobre el acceso a la información. Chile, así, puede convertirse en el primer Estado en ser condenado por el sistema interamericano de derechos humanos en un caso sobre acceso a la información.

El impacto no sólo se ha sentido en el Estado. La sociedad civil también ha asumido sus funciones. Desde hace un tiempo importantes agrupaciones han hecho uso del procedimiento de acceso a la información –no siempre con éxito– e incluso algunas ONGs especializadas en temas de acceso a la información han ocupado espacios preponderantes en las noticias nacionales.

Como veremos en este capítulo, la lógica con la cual se ha funcionado en Chile es la de concebir el derecho de acceso a la información como un derecho autónomo. Es decir, no como una contrapartida de la libertad de expresión –aunque desde luego, con importantes conexiones con ésta– y pese a la ausencia de reconocimiento constitucional.¹⁰

¹⁰ En efecto, una crítica a la reciente reforma constitucional es que sólo consagra una suerte de principio de publicidad, pero no un nuevo derecho (fundamental).

Durante 2005 el escenario del derecho de acceso a la información fue objeto de importantes discusiones y reformas. Sin ir más lejos, dentro de las reformas constitucionales promulgadas en septiembre de 2005 se incluye la de un nuevo artículo 8 el cual, apenas fue promulgado y publicado, produjo una serie de discusión y efectos inmediatos que acá repasaremos. Otros de los efectos que deberían producirse están por verse pues, como veremos, el nuevo precepto constitucional requiere para el establecimiento de reserva y secreto, una ley de quórum calificado.

Pese a los avances, lo preocupante es la forma en que la administración del Estado se comporta en Chile. Su práctica indica que, pese a las reformas de orden constitucional y legal, la cultura de los servicios es la de funcionar al margen del control ciudadano. Así, durante mayo de 2005 la Corporación Participa dio a conocer los resultados de un estudio que buscaba evaluar la práctica del derecho de acceso a la información. Dicho estudio se realizó simultáneamente en 10 países. Se enviaron un total de 140 pedidos de información a Ministerios, Municipios y Empresas Privadas que prestan servicios de utilidad pública. Chile ocupó el último lugar en los estándares de acceso a la información, por debajo de países como Macedonia, Argentina, Perú y Armenia. Del total de las veces en que la información fue solicitada, en el 69% de los casos no hubo ni siquiera una respuesta. Como contrapartida, sólo un 17% de las solicitudes obtuvieron respuesta satisfactoria.¹¹

Las encuestas y estudios no sólo alcanzaron y mostraron la escasa recepción de estándares de derechos humanos en la administración. El Poder Judicial también fue objeto de seguimientos cuyos resultados, al igual que en el caso anterior, muestran desconfianza desde la ciudadanía y bajos niveles de transparencia¹².

¹¹ Los resultados de ese estudio se encuentran disponibles en el sitio de la Corporación Participa en: <http://www.participa.cl/pdf/Preguntas%20y%20respuestas%203.6.05%20tablas.pdf>.

¹² Véase, VON BAER, Ena y MAZO, Bernardita, *Encuesta de Corrupción 2005: percepción y realidad*, Instituto Libertad y Desarrollo, Serie Informe Político N° 90 (mayo), Santiago, 2005 (www.lyd.cl). La declaración del Pleno de ministros de la Corte Suprema, en respuesta a ese estudio que desestima por “no ser un estudio científico sobre el tema, dado que no cumple con los requisitos mínimos para ser considerada una encuesta representativa”, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.poderjudicial.cl/0.8/noticias/venot.php?id=670> (4 de julio de 2005).

En seguida revisaremos la reforma constitucional y las implicancias que trae aparejadas para el derecho de acceso a la información, tanto en el corto como en el largo plazo. Una de las del primer tipo, es la derogación automática de todos los reglamentos de los servicios públicos que establecían la reserva y secreto. Una de las segundas es la discusión que recién comienza sobre la forma en que se configurará la ley de quórum calificado que debe establecer la forma en que se deberá adoptar la reserva y secreto. También damos una mirada a los casos judiciales desarrollados durante el año, en materia de acceso a la información, así como a la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de Chile. Finalmente, damos una breve mirada al proyecto de ley que, al cierre de este informe, todavía se discutía en el Congreso Nacional.

REFORMA CONSTITUCIONAL: LA RESPUESTA INMEDIATA

Como hemos señalado en informes anuales anteriores, en el marco del 'estatuto' relativo al derecho de acceso a la información, conformado hasta septiembre de 2005 por la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado¹³ y el Decreto Supremo N° 26,¹⁴ los diferentes servicios públicos del Estado dictaron –desde 1999– más de 70 reglamentos sobre reserva y secreto de la información. La enorme cantidad de reglamentos sobre reserva y secreto redactados con causales sumamente amplias, no dejaban prácticamente ninguna situación fuera del manto de la reserva y el secreto. La regla general en el 'estatuto', la publicidad, había sido reemplazada por la práctica general de los servicios, el secreto y la reserva.¹⁵

¹³ Cuyo texto coordinado, refundido y sistematizado se encuentra en el D.F.L. N° 1 (13 de diciembre de 2000).

¹⁴ D.S. N° 26, Sobre el Secreto y Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (7 de mayo 2001).

¹⁵ Véase, CONTESSÉ, Jorge, *La opacidad del administrador y la indulgencia judicial: cinco años de jurisprudencia sobre acceso a la información en Chile*, en GONZÁLEZ, Felipe (ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2005. Un listado con los más de 80 reglamentos (derogados por la reforma), en: <http://www.proacceso.cl/normativa.html> (13 de septiembre 2005).

Mencionamos en el informe anterior que, en ese contexto, Contraloría General de la República había dictado un importante dictamen por medio del cual instruía a los diferentes servicios de la administración a adecuar sus reglamentos al 'estatuto sobre acceso a la información'. Especial reproche recibieron, en ese dictamen, la existencia de causales genéricas. A pesar de que ese dictamen fue comunicado a los diferentes servicios de la administración del Estado,¹⁶ éstos siguieron operando con sus diferentes reglamentos de reserva y secreto. Por esta razón, una agrupación de ciudadanos solicitó el inicio de un procedimiento administrativo ante el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, para que coordinara la derogación o modificación de los reglamentos de reserva y secreto de los órganos de la administración. Esa solicitud fue rechazada y, la reposición, desestimada por cuestiones formales.¹⁷

A mediados de 2005 el escenario cambiaría radicalmente. Dentro del conjunto de reformas constitucionales aprobadas durante 2005, se incluyó un nuevo artículo 8º, que dispone:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”¹⁸.

Estas modificaciones plantean un nuevo escenario para el derecho de acceso a la información en Chile. La pregunta inmediata que surge es ¿qué ocurre con la normativa vigente (reseñada algunos párrafos más arriba)? Los más de 70 reglamentos que se han dictado al amparo del D.S. N° 26 y las normas de la LOC de Bases, ¿mantienen su validez?¹⁹

¹⁶ Oficio Ordinario N° 709/05, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

¹⁷ Oficio Ordinario N° 925, Resuelve Reposición, 03 de agosto de 2005, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

¹⁸ Ley 20.050 (26 de agosto 2005).

¹⁹ Ello no quiere decir que este tipo de reglamentaciones y el propio D.S. N° 26 no posean vicios de inconstitucionalidad bajo el escenario *pre-reformas* 2005. Véase,

El nuevo precepto constitucional dispone la regla general: “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” son públicos. La regla establece excepciones: “sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos [actos] o de éstos [fundamentos y procedimientos], cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. Esto quiere decir que el nuevo escenario (*post reformas*) indica que el secreto y reserva sólo puede ser establecido vía Ley de Quórum Calificado y no –como ocurre actualmente– por medio de un decreto.

¿Cómo se traduce esto en hechos concretos? Nuestra práctica judicial ha entregado dos tipos de respuestas a estas situaciones, las que no se excluyen. Una posibilidad es que los propios juzgados, conociendo de demandas de acceso a la información, declaren la derogación tácita de estos reglamentos de reserva y secreto (lo que debe ocurrir pues estas normas se hallan derogadas por la reciente reforma). La segunda posibilidad es que los juzgados prefieran derivar la decisión al Tribunal Constitucional, el que deberá declarar la inconstitucionalidad sobrevenida –en este caso– del D.S. N° 26. Cada una de esas ‘instituciones’ operará dependiendo si el acento se coloca en la contradicción temporal –caso en el cual se resolverá vía derogación tácita– o en la contradicción jerárquica –donde opera la inconstitucionalidad sobrevenida²⁰.

Con todo, la entrada en vigencia de este nuevo precepto –y en lo relativo a la vigencia de los reglamentos de reserva y secreto– ha producido efectos inmediatos. Son varios los servicios de la administración que, requeridos por la ciudadanía a que definan

sobre el particular, CONTESE, Jorge *El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno* (cit.), pp. 219-221; LOVERA, Domingo *Acceso a la Información: las restricciones de los derechos fundamentales*, La Semana Jurídica, 3 de enero de 2005, Santiago y ANGUIA, Pedro y LOVERA, Domingo *El Derecho de Acceso a la Información Pública. Régimen Jurídico Vigente y Proposiciones para su Reforma*, Revista Información Pública-Vol. III / N° 1 (junio), Escuela de Periodismo, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005. Además, en contra de ese D.S. existe una demanda de nulidad de derecho público, pendiente desde 2004.

²⁰ Véase, GÓMEZ, Gastón *La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso*, en Informe de Investigación, Números 1 al 15 (1999-2003), Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, p. 80. Como veremos, la derogación tácita es la que operó, a fines de 2005, sobre el D.S. N° 26.

la situación de sus reglamentos, han señalado que en virtud del nuevo artículo 8°, entienden que éstos han quedado derogados. En términos generales, cabe hacer mención a la comunicación emitida por Eduardo Dockendorff a los servicios de la administración del Estado, en la cual señala que “con la reforma constitucional, Chile habrá dado un paso decisivo en materia de acceso a la información del estado, eliminando definitivamente de nuestro sistema, los secretos y reserva reglamentarios”²¹. Otro dato interesante se refiere a la respuesta que emitió la Municipalidad de Santiago ante un requerimiento similar, esto es, de invalidación de reglamentos de reserva secreto. La Municipalidad de Santiago, por medio de su alcalde, señaló que “[l]uego del análisis respectivo y considerando lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 98°, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, modificado por el Artículo 5°, número 13, de la Ley N° 20.033, en el sentido de que: ‘*La información y documentos municipales son públicos*’, se consideró que produjo la derogación tácita del Reglamento Municipal N° 205, sobre Actos y Documentos Declarados Secretos o Reservados, de fecha 25 de febrero de 2004, publicado en el Diario Oficial, el día martes 2 de marzo del mismo año”.²² Sin perjuicio de lo anterior, señala finalmente la Municipalidad, procederá a derogarlo explícitamente.

Hacia finales de 2005, algunas agrupaciones de derechos humanos solicitaron a la Secretaría General de la Presidencia la derogación expresa del DS N° 26.²³ Este tipo de solicitudes, en el contexto de un sistema extremadamente legalista, como el chileno, no es irrelevante. En efecto, y pese a la reforma que incorporó el artículo 8°, varios órganos y servicios de la administración pública siguieron dictando sus reglamentos de reserva y secreto. De acuerdo a la información disponible en Proacceso²⁴ se trata del Decreto Alcaldicio N° 5062 I. Municipalidad de San Bernardo (06/09/2005); la Resolución Exenta N° 5 del 3 de octubre de este año de la Subsecretaría de Marina y la Resolución Exenta N° 841 del 15 de noviembre de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile.

²¹ Oficio Ordinario N° 914, “Comunica Orientaciones en Materia de Transparencia y Publicidad de los Actos de la Administración”, 02 de agosto de 2005, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

²² Carta N° 1136/2005, 08 de agosto de 2005, Ilustre Municipalidad de Santiago.

²³ Las agrupaciones Proacceso a la Información Pública, Corporación Participa y el Foro Chileno por la Libertad de Expresión, del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

²⁴ www.proacceso.cl (visitado 06 diciembre 2005).

Ante la solicitud, el Ministerio requerido señaló, por medio del Ministro Dockendorff, “que enviará un decreto a la Contraloría General de la República para eliminar la norma, como una manera de mostrar explícitamente la voluntad del Ejecutivo en orden a transparentar la gestión pública”.²⁵ El Ministerio Secretaría General de la Presidencia señaló, en su respuesta formal, que “de conformidad a los principios de supremacía constitucional y de vinculación directa de los preceptos constitucionales, el D.S. N° 26/01 (...) ha de tenerse por derogado tácitamente”.²⁶ Declara –o mejor dicho, reconoce– que “las resoluciones dictadas al amparo de éste [es decir, los más de 80 reglamentos] han quedado también tácitamente derogadas, al igual que la habilitación para dictarlas”.²⁷

Frente a esta respuesta, Juan Pablo Olmedo, director de Proceso, señaló, acertadamente, que “las modificaciones legales deben ir acompañadas de cambios culturales. De lo contrario, corremos el riesgo de que queden en letra muerta. No sirve de nada tener una buena ley si no se aplica”. La cultura del secreto en la cual se encuentra sumergido Chile es la que impide que iniciativas de transparencia y publicidad puedan prosperar con éxito. A mediados de octubre, por ejemplo, el entonces General de Carabineros, Alberto Cienfuegos, reclamó la restricción de la entrega de información sobre delitos. La medida fue solicitada por medio de un oficio que el General de Carabineros envió al Ministerio Público.

Pese a lo significativo del anuncio –impulsado, en todo caso, desde la sociedad civil– es preciso tener en cuenta que, al mismo tiempo, el Ministro Dockendorff indicó que el Ministerio enviaría pronto un instructivo a los servicios públicos, en el que “se proveerá un mecanismo para salvaguardar aquellas áreas que seguirán requiriendo reserva, pero esta vez restringidas a tres razones: seguridad nacional, respeto a la dignidad de las personas e interés fiscal”.²⁸ Este tipo de anuncios parece pugnar con la finalidad y el texto mismo de la reforma constitucional. Como hemos señalado, la reserva y secreto sólo podrán establecerse por

²⁵ Véase, http://www.proceso.cl/noticias/nacional/2005_12_06_derogacion.html (visitada 06 diciembre 2005).

²⁶ Oficio Ordinario 1650, “Atiende solicitud”, 12 de diciembre de 2005, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, considerando 1°.

²⁷ *Ibíd.*, considerando 2°.

²⁸ “Gobierno busca levantar la reserva a información estatal”, *El Mercurio*, 08 de diciembre de 2005.

medio de leyes de quórum calificado. Y ese es justamente el problema. De una parte, las causales que el ministro anuncia no son las mismas que se señalan en el texto de la reforma constitucional y, con ello, se corre el riesgo siempre presente en estos casos de que las hipótesis de reserva y secreto se amplíen de forma indebida. Tal como ocurrió con el D.S. N° 26. De otra, el hecho que el Ministerio decida enviar un instructivo para establecer los mecanismos de resguardo de información estatal enfrenta directamente la finalidad de la reforma constitucional que elimina –y así ha sido entendido– el secreto y reserva vía reglamentaria. Ese instructivo no debería tener fuerza alguna frente a un particular reclamando acceso a la información del Estado, cuya denegación sólo podrá establecerse por vía ley de quórum calificado.²⁹

La reciente reforma, que incorpora normas constitucionales relativas a la publicidad de la información estatal, merece tres comentarios finales sobre lo que será su efecto en lo futuro.

Primero, esta nueva reglamentación eleva a rango constitucional el principio de probidad y de publicidad de las funciones públicas, sin distinguir entre los diferentes órganos del Estado. Como hemos visto, desde el comienzo, se trata de un avance dada las recientes críticas que se han dirigido no sólo contra la administración, sino también en contra del Poder Judicial y, veremos, contra el Poder Legislativo. Sin embargo, hay algo preocupante con la óptica a través de la cual se analizaron y, finalmente, se aprobaron estas reformas. Para el constituyente de 2005, la probidad y la publicidad, más que derechos ciudadanos, son principios que rigen y guían el actuar de la administración. Se les mira (a la publicidad y la probidad) como pautas de comportamiento, como ejes del desempeño orgánico del Estado, pero no como herramientas de control por parte de la ciudadanía. Así las cosas, se explica que el acceso a la información no se haya incorporado como un nuevo derecho fundamental y sí, en cambio, como una base de la institucionalidad. En general la incorporación de nuevos derechos fundamentales al artículo 19 de la Constitución se hace bastante difícil por los altos quórum que se exigen; sin embargo, se trata del mismo quórum que se requiere para

²⁹ ¿Qué ocurre si las leyes que regulan reserva y secreto no son de quórum calificado? El artículo 4° transitorio dispone que esas leyes mantendrán su vigencia mientras no se dicten las correspondientes leyes. Ello en caso alguno habilita a la administración para regular por medio de un instructivo los “mecanismo[s] para salvaguardar aquellas áreas que seguirán requiriendo reserva”.

modificar el Capítulo I de la Constitución, donde se incorporó este nuevo artículo 8°. Ello afecta el fortalecimiento de una ciudadanía atenta, la que deberá seguir esperando que los sistemas administrativos adecuen sus procedimientos a este nuevo principio rector del obrar público, careciendo de un derecho fundamental que, junto a la libertad de expresión, se configuran como pilares fundamentales de la democracia.

Segundo, establece el principio de reserva legal, es decir, la garantía de que los derechos fundamentales podrán ser reglamentados únicamente por ley.³⁰ En el caso de la reforma, como lo expresa el texto de la misma, esa reglamentación debe realizarse por medio de una ley de quórum calificado. La finalidad del constituyente ha sido la de dificultar la pista para el caso que se quiera establecer reserva y secreto. No debe existir un simple consenso para ello, sino un consenso calificado que requiere mayorías difíciles de alcanzar en el Congreso, pues la finalidad de esta nueva regulación es que la publicidad sea, efectivamente, la regla general. Y conforme a esta finalidad deben interpretar los eventuales litigios los tribunales de justicia.

Tercero, y finalmente, establece cuáles son las únicas hipótesis en las cuales procede la reserva y/o secreto: “[a] cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, [b] los derechos de las personas, [c] la seguridad de la Nación o [d] el interés nacional”.³¹ Habrá de esperarse la forma que adoptan las leyes que logren el quórum calificado. Con todo, los estándares internacionales sobre derechos humanos deberían hacer fuerza en el legislador, el cual debe evitar referencias demasiado vagas que impidan, una vez más, que la publicidad sea efectiva. En este sentido cabe tener presente las recomendaciones de diversas instancias internacionales, que han señalado que las limitaciones al acceso a la información deben ser (a) específicas y (b) legales.³²

³⁰ Este principio se encuentra ya consagrado en el Artículo 19 N° 26 de la Constitución chilena, pero no se le presta la atención adecuada por parte de nuestros tribunales.

³¹ Para un análisis a la forma en que los tribunales chilenos habían interpretado las restricciones al acceso a la información, desde 1999 a 2005, véase ANGUIA, Pedro y LOVERA, Domingo *El Derecho de Acceso a la Información Pública* (cit.), pp. 64-76.

³² La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha señalado que el acceso a la información es un requisito indispensable para el buen funcionamiento de la democracia. *Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento*

Donde no ha resultado nada claro cuál es el efecto del nuevo precepto constitucional, donde se ha discutido si éste deroga el secreto que impera para algunas sesiones del Senado, en especial aquéllas en las que se designan o ratifican cargos de relevancia pública. Este punto será tratado en particular en el capítulo relativo al nombramiento de los jueces de la Corte Suprema.

ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SISTEMA JUDICIAL

En el plano internacional, cabe mencionar que durante 2005 el Estado chileno fue demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).³³ La denuncia ante la Comisión Interamericana (Comisión IDH) había sido presentada el 17 de diciembre de 1998,³⁴ cuando el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile ha-

de la Democracia. AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003. Sobre las condiciones que deben cumplir las regulaciones de derechos fundamentales, hacemos extensivas las recomendaciones desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-5/85, 13 de noviembre de 1985. Y conviene tenerlas presente pues, resoluciones posteriores de la Asamblea General, han señalado que las regulaciones del derecho de acceso a la información deben realizarse tomando en cuenta los principios para la libertad de expresión. (*Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia*. AG/RES. 2057 [XXXIV-O/04] 8 de junio de 2004 y *Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia*. AG/RES. 2121 [XXXV-O/05] 7 de junio de 2005). El Consejo de Europa, por su parte, en sus recomendaciones sobre Acceso a los Documentos Oficiales, se lee que las limitaciones al acceso de la información “*deben estar establecidas precisamente en una ley, y deben ser necesarias en una sociedad democrática*” (la traducción es nuestra). Véase, Recommendation Rec (2002) 2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe and explanatory memorandum, 21 de febrero de 2002, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2003.

³³ Demanda Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile, Caso 12.108, Claude Reyes *et al.* (Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero con Chile). La demanda fue notificada al Estado y fue presentada ante la Corte –por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– el 8 de julio de 2005. Mayores antecedentes sobre la demanda y la contestación en: http://www.proacceso.cl/noticias/nacional/2005_08_12_demandacidh.html.

³⁴ Por una serie de personas y agrupaciones: ONG FORJA, Fundación Terram, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y Corporación la Morada; además del Instituto de Defensa Legal del Perú, la Fundación Poder Ciudadano y la Asociación para los Derechos Civiles, de Argentina y los diputados chilenos Baldo Prokurica Prokurica, Osvaldo Palma Flores, Guido Girardi Lavín y Leopoldo Sánchez Grunert.

bía negado la entrega de información solicitada por las víctimas (Claude, Cox, Longton), a propósito del proyecto que la Forestal *Trillium* iba a desarrollar en la XII región del país. Luego de presentar un recurso de protección, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago por manifiesta falta de fundamentos. La reposición tuvo la misma respuesta.

La presentación ante la Comisión IDH señalaba, entre otras violaciones, el desconocimiento del derecho de acceso a la información y la imposibilidad de permitir el control ciudadano respecto de la forma en que sus autoridades ejercen el poder. El Estado de Chile, sobre el particular, señaló que “[en] el orden constitucional chileno la función de contralor de las acciones de las entidades gubernamentales compete exclusivamente a la Cámara de Diputados. Por tanto, la Fundación Terram y el Diputado Longton habían intentado asumir poderes más amplios que los que en realidad tienen”.³⁵ La Comisión había señalado previamente que “la Corte [ha reconocido plenamente] (...) el rol que juega la divulgación de información en una sociedad democrática, en particular al habilitar a la sociedad civil para controlar las acciones del gobierno a quien han confiado la protección de sus intereses” por lo que se deriva “que el Artículo 13 debe comprender una obligación positiva de parte del Estado de brindar acceso a la información en su poder. De lo contrario, el debate libre, tan esencial para la democracia, se basaría en una información incompleta”.³⁶ Junto con señalar que tal defensa en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos es insostenible,³⁷ indicó que el Estado chileno no ha logrado mostrar cómo la retención de información en el caso era necesaria en el contexto de una democracia.³⁸

La demanda solicita, finalmente, la declaración de la violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de la declaración de la violación del derecho a una protección judicial efectiva, al no contar las víctimas con un recurso judicial efectivo para impugnar la violación del derecho de acceso a la información. Recomendó, también, la divulgación pública de la información denegada.³⁹

³⁵ Demanda Presentada por la Comisión (cit.), Párrafo 72, p. 19.

³⁶ *Ibid.*, Párrafo 68, p. 18.

³⁷ *Ibid.*, Párrafo 75, p. 21.

³⁸ *Ibid.*, Párrafo 74, pp. 20-21.

³⁹ *Ibid.*, Párrafo 102, letras c) y d), pp. 28-29.

En el ámbito interno, dos casos llaman particularmente la atención. El primero de ellos es el caso “Casas Cordero con Director Nacional de Aduanas”.⁴⁰ Los hechos del caso indican que Eric Casas, el demandante, solicitó acceso a los resultados de los análisis realizados por el Director Nacional de Aduanas que había decidido no dar curso a una denuncia interpuesta por el mismo demandante, pues –en su concepto– no había encontrado antecedentes que ameritaran tal procedimiento. Sin haber obtenido respuesta y mediante gestiones a través de la Comisión Asesora Presidencial para la defensa de los derechos de las personas, el Director Nacional de Aduanas señaló que se trataba de antecedentes reservados, de conformidad al D.S. N° 26 ya citado.

La Dirección General de Aduanas señala que el amparo estaría presentado fuera de plazo, reiterando la estrategia que había sido rechazada en un caso anterior⁴¹ y que en este caso –en concordancia con la jurisprudencia relativa– vuelve a ser desestimada. Sobre el fondo, ahora, el tribunal señala que “del análisis de los antecedentes y legislación aplicable, no se puede concluir que la información solicitada tenga el carácter de reserva como lo manifestó el Director Nacional de Aduana”⁴² estimándose “que la negativa del Servicio Nacional de Aduanas vulneró el legítimo ejercicio del derecho de acceso a la información solicitada”,⁴³ acciéndolo en consecuencia la demanda.

Como ya es costumbre en los procedimientos de amparo sobre acceso a la información, las Cortes de Apelaciones vuelven a aparecer en escena estrechando el derecho en comento y revocando la sentencia.⁴⁴ Para ello, y pese a reconocer los esfuerzos buscados por las modificaciones incorporadas a la Ley de Bases, la Corte señala que “no obstante, el derecho al libre acceso de los actos administrativos, [se ve limitado por] diversos cuerpos legales [que] restringen tal acceso por considerarlos de carácter reservado”.⁴⁵ Luego de citar diversas disposiciones legales que permiten al Director Nacional de Aduanas mantener en reserva cierta información, señala que, además, el jefe de servicio negó la información amparado por el D.S. N° 26, que “señala que la de-

⁴⁰ Rol 3767-2004, 3° Juzgado Civil de Valparaíso, 17 de marzo de 2005.

⁴¹ Rol 394-2004, 3° Juzgado Civil de Valparaíso, 9 de junio de 2004.

⁴² Rol 3767 (cit.), considerando 10°.

⁴³ Considerando 11°.

⁴⁴ Rol 755-2005, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 25 de mayo de 2005.

⁴⁵ Considerando 4°.

claración secreto de reserva basada en la protección de intereses privados de los administrados, procederá respecto de los que contengan o se refieran a secretos industriales o comerciales, incluyendo a los procedimientos de fabricación, las informaciones económicas y financieras, y las estrategias comerciales”.⁴⁶

Llama la atención la forma irreflexiva en que la Corte analiza la excepción a la publicidad, pues sólo cita el reglamento de reserva y secreto que en su numeral 2° establece la reserva de “los actos que contengan o se refieran a secretos industriales y comerciales incluyendo a los procedimientos de fabricación, las informaciones económicas y financieras, y las estrategias comerciales”. Luego de la cita, señala que el Director General de Aduanas actuó dentro de sus facultades legales. Sin embargo, lo que la Corte no hace es argumentar cómo es que esta información, en particular, se aviene con la hipótesis de reserva que sólo cita, pero que no analiza y, menos, aplica al caso concreto.

El segundo caso que merece mención es “González, Felipe con Director Nacional de Gendarmería”. Como señaláramos en el Informe Anual anterior, este caso se gestó en el contexto de las investigaciones que desarrolláramos en la preparación de la versión 2005 de este informe. El Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales solicitó una serie de estadísticas a Gendarmería, considerando que el capítulo central se referiría a las condiciones carcelarias. No hubo respuesta del organismo.⁴⁷ La Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos presentó una demanda contra Gendarmería de

⁴⁶ Considerando 6°.

⁴⁷ 1) Información estadística acerca del número de plazas con que cuenta el sistema penitenciario chileno y la población penal existente al primer semestre del año 2004, segregada por región, sexo y estado procesal de los reclusos (detenidos, procesados o imputados, condenados y bajo arresto nocturno)
2) Información acerca de los sumarios administrativos seguidos contra funcionarios de Gendarmería de Chile –iniciados y/o terminados en 2004– con indicación de las causas que los motivaron (respecto de aquello en actual tramitación) y los resultados verificados a su término (sanciones, absoluciones, medidas adoptadas, etc.) También, información respecto de la vía de inicio de tales sumarios (denuncias de reclusos, control disciplinario, fugas, etc.)
3) Información respecto de las acciones judiciales intentadas contra Gendarmería de Chile (recursos de protección, amparo, querrelas criminales) en razón de la tutela de los derechos de los reclusos (derecho a la integridad física y síquica, a la salud, etc.)
4) Información estadística acerca del número de decesos de internos al interior de los recintos penitenciarios, con indicación de la causa de su muerte, diferenciado por región, durante los años 2003 y 2004.

Chile, utilizando el procedimiento de amparo de acceso a la información. La sentencia dio la razón a los demandantes,⁴⁸ a pesar de las argumentaciones (extemporáneas) de Gendarmería relativas a que ellos no tenían el deber de producir información de la cual carecían. En ese sentido, el tribunal señaló que la información solicitada por los demandantes era información con la cual Gendarmería debería contar, pues de otra forma no se explica cómo podría dicho organismo diseñar políticas públicas razonables.

En rigor afirmó que “cabe establecer que la materia a que ella [la petición de acceso] se refiere constituye sin duda información con la que debe contar dicho órgano de la Administración para cumplir sus funciones de planificación, readaptación, tratamiento en el medio libre y con los planes y/ o programas que dicho ente debe ejecutar dentro del cumplimiento de sus tareas y funciones”⁴⁹ y que, no obstante la demandada no posea la información sistematizada en la forma solicitada, “esta sentenciadora [estima] que aquella [sistematización] corresponde a los resultados de un proceso investigativo que son normalmente realizados por entidades o centros de investigación como el del que forma parte la demandante; trabajo que se inicia con la recopilación de los datos, materiales o antecedentes sobre el cual versará la investigación, con su compilación por segmento, según las áreas que se precise analizar y bajo los parámetros u objetivos que se hayan tenido en cuenta al establecerse el proceso investigativo, el que debiera terminar con las estadísticas que la actora pretende obtener de la demandada a través de este proceso”.⁵⁰

Además, indica que Gendarmería “se excepcionó aduciendo que la información requerida se encontraba en alguna de las situaciones previstas en la disposición antes transcrita y que impiden la entrega de su información o publicidad, descansando únicamente su alegación en que dicha información no habría sido entregada a la interesada, en razón de no disponer en la forma procesada como aquélla lo ha exigido”,⁵¹ razonamiento no menor si se toma en cuenta que los servicios recurridos suelen invocar causales vagas y poco claras que no calzan con las únicas ex-

⁴⁸ Ról 12.090, 16° Juzgado Civil de Santiago, 31 de agosto de 2005.

⁴⁹ Considerando 13°.

⁵⁰ Considerando 14°.

⁵¹ Considerando 10°.

cepciones que contemplaba el, entonces vigente, 'estatuto sobre acceso a la información pública'.⁵²

Al cierre de la edición de este informe, la causa había sido apelada por Gendarmería la que, curiosamente, ahora, decía que la información había sido entregada al Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales y que la falta de acuciosidad correspondía al Programa de Derechos Humanos. No queda claro si Gendarmería posee o no la información solicitada, pues sus respuestas son, además de extemporáneas, divergentes.⁵³

PROYECTO DE LEY SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

Con relativa celeridad se ha tramitado el proyecto de ley patrocinado por los senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri, pese a que aún se encuentra pendiente.⁵⁴ Una de las cuestiones interesantes que reconocen los parlamentarios, y que es fundamento para la presentación de este proyecto, es la excesiva reglamentación llevada adelante por los diferentes servicios públicos. Como señalamos en la introducción, los más de 80 reglamentos no dejan ninguna situación fuera del manto de reserva y secreto con que la administración pública ha venido operando en Chile. El proyecto de los Senadores incorpora al Poder Legislativo dentro de los órganos bajo la obligación de publicidad, pero excluye al Poder Judicial; esto último resulta cuestionable, sobre todo si se tienen a la vista las recientes modificaciones a la Constitución, donde el nuevo artículo 8°, en concordancia con el artículo 6°, se refiere a todos los órganos del Estado. El tema no es menor; recientes encuestas indican al Poder Judicial como aquel en el cual la ciudadanía percibe los mayores niveles de corrupción y falta de transparencia.⁵⁵

⁵² Sobre este punto, véase ANGUITA, Pedro y LOVERA, Domingo *El Derecho de Acceso a la Información Pública. Régimen Jurídico Vigente y Proposiciones para su Reforma* (cit.).

⁵³ La relación detallada de este caso se encuentra en el capítulo sobre condiciones carcelarias de este Informe.

⁵⁴ Boletín 3.773-06. Varias de las ideas que siguen, en ANGUITA, Pedro y LOVERA, Domingo *El Derecho de Acceso a la Información Pública* (cit.).

⁵⁵ Véase, VON BAER, Ena y MAZO, Bernardita, *Encuesta de Corrupción 2005* (cit.). Hernán Álvarez, renunciado recientemente de la Corte Suprema, va más lejos que la propia declaración de la Corte de la cual formaba parte: "[n]o le hace bien a

El proyecto no altera ni las competencias ni el procedimiento judicial establecido para requerir (compulsivamente) la información denegada, lo que podría mantener bajos los niveles de utilización del mismo. De todas las acciones emprendidas por denegación de información, sólo en una de ellas haya tomado parte activa un medio de comunicación. Diversos periodistas han afirmado que iniciar un procedimiento de acceso a la información, por medio de tribunales, sólo demora las cosas, dada la inmediatez que exige la noticia. Otro de los puntos problemáticos, al decidir mantener ese procedimiento, es que, enmarcado en un procedimiento civil, la carga de la prueba descansa en aquel que demanda.

El proyecto en comento anota varios aspectos positivos a su favor, en comparación al sistema que actualmente, rige.

(1) la incorporación del 'Principio de Máxima Divulgación' —que debería orientar a los tribunales al decidir casos judiciales—;

(2) la ampliación de los términos 'información' que en el proyecto, en consonancia con la reciente reforma constitucional, va más allá de los solos actos administrativos (y de la información esencial para dictarlos)⁵⁶ e 'Información Pública';

(3) el establecimiento de la reserva legal para el establecimiento de reservas y secretos, el cual deberá ser interpretado a la luz de la reciente reforma constitucional que dispone esa reserva con mayor rigor, como dijimos, sólo por medio de leyes de quórum calificado;

(4) la ampliación del plazo para la entrega de información. Este pasa de impracticables 48 horas a 10 días hábiles; y,

(5) la mayor rigurosidad en las sanciones que afectarán a los funcionarios públicos que nieguen u obstruyan la entrega de información pública.

Durante la tramitación se anotan algunas observaciones. Como ocurre con el oficio de la Corte Suprema, en el cual sólo se encar-

nuestra institucionalidad la difusión de encuestas de opinión sobre supuestos niveles de aumento de corrupción, fundados en apreciaciones subjetivas, ajenos a la realidad". "Los jueces, en general, son incorruptibles", El Mercurio, 10 de julio de 2005, p. D 4. Para un estudio sobre acceso a la información, propiamente tal, véase el Estudio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, cuya versión on-line se encuentra en: www.cejamericas.org/doc/proyectos/CHILE%20INFORME_FINAL.pdf (17 de septiembre de 2005).

⁵⁶ Como señalamos, las interpretaciones hechas por las Cortes de Apelaciones, unidas a la forma estrecha en que se concibe el término 'información' en la actual regulación legal, ha conspirado contra el éxito de algunos recursos judiciales.

ga de hacerle ver al Senado que, cada vez que se incorporan nuevas facultades para juzgar a tribunales, se requiere que se provean los fondos económicos necesarios para solventar los gastos en que se incurrirá.⁵⁷ En lo que la Corte no repara, es en que este proyecto dejas las cosas, en términos judiciales, tal como están.

Otro de los proyectos interesantes en materia de acceso a la información y transparencia, es el proyecto sobre declaración jurada de patrimonio. En medio de casos sobre corrupción que en Chile creíamos ausentes, una serie de proyectos buscaba sentar las bases de una nueva agenda pro-transparencia. Varias de las recomendaciones sobre mayor transparencia han remarcado estas ideas.⁵⁸ Y así mismo se percibe en Chile.⁵⁹

En lo concreto, el proyecto aprobado en el Congreso⁶⁰ introduce modificaciones a varios otros cuerpos legales, con el objeto de hacer obligatoria la declaración jurada de patrimonio de diputados, senadores,⁶¹ alcaldes, concejales, ministros y abogados integrantes del Tribunal Constitucional, el Fiscal Nacional, fiscales regionales adjuntos, en el caso del Ministerio Público, consejeros del Banco Central, integrantes titulares y suplentes del Tribunal de la Libre Competencia, miembros de la Administración Pública, en general, entre otros.

El proyecto comprende la obligación de realizar una declaración patrimonial jurada, la que queda depositada en distintas

⁵⁷ Oficio N° 20, 31 de enero de 2005.

⁵⁸ Tal es el caso, por ejemplo, de un reciente informe del Banco Mundial, *Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos*, Panorama General, Washington D.C., 2004. También, sobre acceso a la información, corrupción y gobernabilidad, véase, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2004, Organización de Estados Americanos. Referencias a las Convenciones de la Organización de Estados Americanos y de Naciones Unidas en Zalaquett, José, *Las Convenciones de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción*, en Anuario de Derechos Humanos 2005, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2005 (pp. 185-189).

⁵⁹ "Representantes de Transparencia Internacional apoyan fin del Secretismo en el Senado", *El Mercurio*, 19 de octubre de 2005. En este sentido, es importante recordar el emplazamiento efectuado por el Presidente del Capítulo chileno de Transparencia Internacional, Davor Harasic, en el sentido "que es importante que Chile se pronuncie a la brevedad sobre la Convención Anticorrupción de las Naciones Unidas, que entrará en vigor el 14 de diciembre". Estas declaraciones se enmarcan en el contexto de las noticias que muestran a Chile descendiendo en el ranking sobre corrupción. La aprobación de la Convención se encuentra en trámite en el Congreso Nacional.

⁶⁰ Oficio N° 5891, Cámara de Diputados, Valparaíso, 18 de octubre de 2005.

⁶¹ Una versión anterior de este proyecto había sido rechazada, en bloque, por los parlamentarios de oposición.

instancias, dependiendo del órgano de que se trate, y la cual debe actualizarse cada 4 años y al momento de abandonar el cargo.⁶² La regulación específica que deberá adoptar esa declaración, deberá ser objeto del reglamento respectivo. Con todo, y en el caso de los miembros de la Administración Pública, esa declaración deberá contener referencias a los bienes inmuebles, vehículos, valores y derechos que posean aquéllos.

Esas declaraciones serán públicas y su contenido podrá ser solicitado por cualquier persona, lo que supone un avance significativo en materia de transparencia y acceso a la información.⁶³ Además, la declaración no solo incluye al funcionario, sino, también, a una serie de familiares cercanos, todo lo cual se enmarca en la agenda pro-transparencia, una de cuyas aristas descansa en la fiscalización de posibles conflictos de intereses. En el ámbito de las sanciones, el retardo, la inclusión de antecedentes falsos, la omisión de antecedentes y la falta de actualización acarrea sanciones administrativas, sin perjuicio de un nuevo tipo penal que el proyecto incluyó: la 'figura residual del enriquecimiento ilícito'.⁶⁴ De acuerdo a este nuevo delito funcionario, aplicable, por ello, sólo a quienes están en posesión de alguno de los cargos públicos que acarrearán la obligación de declaración de intereses y patrimonio, "el

⁶² Al menos en el caso de los cargos señalados en el artículo 57 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁶³ Sobre la utilización de esa información, veremos –y comentaremos– la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, al momento de revisar la constitucionalidad de este proyecto de ley.

⁶⁴ Que pasaría a ser el nuevo artículo 241 bis, del Código Penal. La norma completa dispone: "Artículo 241 bis. El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.

La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.

Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código".

funcionario público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial *relevante e injustificado*” será sancionado con las penas establecidas en la nueva disposición. Destacamos que para que proceda la pena, que incluye la inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos, el incremento debe ser relevante y, además, injustificado. La *relevancia* de un incremento en el patrimonio debe ser calificada por el juez.

El tipo penal que se incorpora posee este tipo de expresiones vagas y, por lo mismo, de difícil aplicación. Pero así como su aplicación puede resultar difícil, lo mismo ocurre con la defensa de los imputados. Pese a todo, llama la atención los dos resguardos extras que los parlamentarios, ahora que regulan sus funciones, tienen a bien incorporar. Primero, señalan la disposición que en estos delitos la prueba corresponderá al Ministerio Público, como si fuera necesario repetir lo que constituye uno de los elementos fundamentales del nuevo sistema procesal penal: la investigación está en manos del Ministerio Público que evaluará qué casos lleva a juicio oral (y cuáles no). Segundo, los parlamentarios –ya excedidos con un resguardo como el anterior– incorporaron una regla que, creemos, no hará otra cosa que desincentivar denuncias por este tipo de delitos: “[s]i el proceso penal se inicia por denuncia o querrela [esto es, a instancias de un particular] y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo (...) tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante [el particular] la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido”.

Este tipo de reglas son una verdadera amenaza a la labor fiscalizadora de la ciudadanía. Mientras los parlamentarios anuncian la aprobación de normas que deberían alentar un mayor control de la forma en que ejercen sus funciones, y contrariando todas las recomendaciones internacionales, se colocan de inmediato a resguardo para desalentar la utilización de esta herramienta de control porque, cuidado, si el ciudadano no logra acreditar el delito, puede ser objeto de penas a instancias del funcionario.⁶⁵ Las aprensiones de los parlamentarios encuentran eco en las discusiones en la Comisión Mixta, donde el diputado Burgos señaló que este tipo de normas “se ha prestado para cometer abusos”.⁶⁶

⁶⁵ La experiencia en casos de libertad de expresión que involucran funcionarios públicos, es la que debería ponernos en alerta frente a este tipo de normas.

⁶⁶ Informe de la Comisión Mixta, Boletín N° 2.394-07, 10 de octubre de 2005, p. 5.

La Diputada Soto, por su parte, manifestó su preocupación por el hecho de que la expresión “enriquecimiento ilícito (...) resulta extremadamente vaga”.⁶⁷ Como resultado de las discusiones ahí sostenidas, la Comisión propuso que se agregaran las expresiones “relevante e injustificado” al enriquecimiento ilícito, lo que, como vimos, fue incorporado en el proyecto final.

Finalmente sobre el proyecto de transparencia, la Cámara de Diputados envió al Tribunal Constitucional el proyecto sobre Declaración Patrimonial de Bienes, para que se pronunciara sobre la constitucionalidad de las normas.⁶⁸ El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del proyecto, transformando en realidad un proyecto que antes había caído por la oposición en bloque de parlamentarios de derecha.⁶⁹

El Tribunal Constitucional realiza una curiosa interpretación sobre la aplicación que debe dársele a estas normas.⁷⁰ El Tribunal asume que estas modificaciones, que en general obligan a funcionarios públicos a dar cuenta de su situación patrimonial antes de asumir el cargo, pugnan –o pueden pugnar– con el derecho a la vida privada consagrado en la Constitución.⁷¹ Y pugna, se entiende de la redacción de la sentencia, porque la ciudadanía queda habilitada para solicitar esos antecedentes de forma irrestricta. Para conciliar ese posible conflicto, el Tribunal señala que el acceso irrestricto “por terceros a esa información, ha de serlo para las finalidades legítimas que la nueva normativa persigue, circunstancia esencial que exige, de todos los órganos del Estado involucrados por tales disposiciones, interpretarlas y aplicarlas con el objetivo señalado”.⁷²

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Oficio N° 5.912, 2 de noviembre de 2005.

⁶⁹ STC, Rol N° 460, 6 diciembre 2005. Cabe mencionar que se trata de una Ley Orgánica Constitucional, de suerte que este control es obligatorio y no obedece a algún requerimiento en particular. La Ley 20.088 (Establece como Obligatoria la Declaración Jurada Patrimonial de Bienes a las Autoridades que Ejercen una Función Pública) fue publicada en el D. Of. 05.01.2006.

⁷⁰ Esto ya es curioso. Los tribunales constitucionales tenían la finalidad de configurarse en instituciones de control legislativo negativo. Es decir, así como el legislador creaba normas, éste tribunal las derribaba. Su función, legislativamente hablando, era negativa. En Chile, así como ha ocurrido en otras partes del mundo (en especial en España y Alemania), el Tribunal Constitucional ha comenzado a utilizar esta técnica de fijar el sentido en el cual se puede interpretar una disposición jurídica que, solo así interpretada, es constitucional.

⁷¹ Artículo 19 N° 4.

⁷² Considerando 31°, fs. 92 (vta.), STC Rol N° 460 (cit.).

Pareciera que el Tribunal Constitucional al referirse a los fines legítimos e ilegítimos quiere dejar fuera la posibilidad de que esta información, que comienza a ser pública, pueda utilizarse para presiones indebidas. Por ejemplo, para extorsionar a un funcionario público. Pero para ello hay disposiciones penales que regulan un delito de esas características. Y así con todas las demás situaciones en que, efectivamente, se haga un uso indebido de esa información. Por lo tanto si un ciudadano difunde esas informaciones porque, en su entendido, ese funcionario público se ha enriquecido ilegalmente y esas denuncias van acompañadas de publicidad, se trataría de situaciones que deben quedar al margen de la prohibición establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional. Lo propio del acceso a la información, es la de ser una herramienta que sirva de instrumento para el control de las autoridades. Esa finalidad puede alcanzarse de diversas formas, siendo una de ellas la denuncia pública. El Tribunal Constitucional –como suele ser una costumbre en Chile– hace caso omiso de los estándares internacionales sobre libertad de expresión y acceso a la información, los que, sin duda, guiarían una mejor interpretación de estas disposiciones.

Es importante destacar la prevención del ministro Urbano Marín. Marín reclama que los preceptos constitucionales deben interpretarse en concordancia unos con otros. En ese sentido, declara que “los asuntos de orden financiero o patrimonial no pertenecen, por su naturaleza, a la vida privada que cautela” la Constitución.⁷³ Que si bien el secreto y la reserva pueden, en ciertas ocasiones, favorecer algunas actividades de orden comercial, tributario, industrial o bancario, “al permitirse la consulta pública de las declaraciones de intereses y patrimonio que deben presentar determinadas autoridades (...) se logra en mejores términos la observancia del mencionado principio de probidad de rango constitucional, que si tales declaraciones se mantienen en reserva, en la medida que la transparencia en este ámbito pugna con el cabal cumplimiento” de las bases de la institucionalidad.⁷⁴

El notable voto de prevención de Urbano Marín encuentra su polo opuesto, radicalmente, en el voto disidente del Ministro Juan Agustín Figueroa. Volviendo sobre el derecho a la vida privada, asegurado constitucionalmente, Figueroa señala que la situación

⁷³ *Ibíd.*, considerando 2º, Prevención Ministro Urbano Marín, fs. 94 (vta.).

⁷⁴ *Ibíd.*, considerando 5º, fs. 95.

patrimonial de una persona cabe dentro del campo de lo privado, mencionando como ejemplos las normas sobre secreto bancario. Si bien reconoce que en ciertos casos esta barrera de reserva cede ante intereses superiores, debe mantenerse la excepcionalidad de esa situación. En el caso de los funcionarios públicos, reconoce que deben estar sometidos a un escrutinio mayor por parte de la ciudadanía, pero “[o]tra cosa sería imponer la pesada carga adicional, exponiendo a quien la cumple a la posibilidad de un hurgar malicioso, en pugna con el debido respeto a la privacidad”.⁷⁵ Figueroa centra su análisis en una de las posibilidades de excepción que el nuevo artículo 8° contempla: los derechos de las personas.⁷⁶ En su concepto, “el conocimiento por cualquier persona, sin limitación alguna, no mira a una debida fiscalización, sino que hace posible ventilar cuestiones privadas dentro de un público irrestricto”.⁷⁷ Finalmente termina declarando que “[e]l acceso irrestricto puede así convertirse en cantera inagotable de maliciosos trascendidos que desprestigian el quehacer funcionario y a la postre socavan el debido aprecio que se merecen las instituciones republicanas”.⁷⁸

Pareciera que a Figueroa lo que le molesta es la posibilidad de que “cualquier persona” –como señala– pueda hacerse de información que le permitirá realizar una crítica informada. Figueroa sostiene una concepción elitista de la democracia, que supone que el control de las autoridades puede realizarse sólo por otras “autoridades que pueden cumplir, de manera responsable, funciones fiscalizadoras”.⁷⁹ Este tipo de concepciones relega al ciudadano, organizado o no, a un lugar muy secundario, ese que reclama su intervención sólo al momento de las elecciones. Vale mencionar que la nueva normativa exige la declaración patrimonial de los miembros del Tribunal Constitucional.

Con todo, su disidencia en la sentencia en comento, encuentra respaldo en las aprensiones que el Pleno de la Corte Suprema manifestó durante la tramitación del proyecto. La Corte Suprema señaló, mediante oficio a la Cámara de Diputados, que “cabe anotar que el proyecto configuraría, *en general*, una limitación a

⁷⁵ *Ibíd.*, considerando 5°, Voto disidente Ministro Juan Figueroa, fs. 96.

⁷⁶ Para un análisis del comportamiento de la administración, véase CONTESSE, Jorge, *La opacidad del administrador* (cit.).

⁷⁷ *Ibíd.*, considerando 6°, fs. 96 (vta.).

⁷⁸ *Ibíd.*, considerando 7°, fs. 96 (vta.) y 97.

⁷⁹ *Ibíd.*, considerando 6°, fs. 96 (vta.).

la garantía que prevé el N° 4 del artículo 19 de la Carta Política al asegurar a todas las personas 'el respeto y protección a la vida pública y privada y a la honra de la persona y de su familia', (...) [por lo que] corresponde a una materia estrictamente reservada al legislador y que no podría ser objeto del ejercicio de la potestad reglamentaria".⁸⁰ En algún sentido la aprensión de la Corte puede encontrar explicación. Términos como la "significación económica relevante" de, por ejemplo, un inmueble, son difíciles de precisar. Pero exigir tal nivel de detalle a la ley parece un exceso. Por lo demás, lo que queda claro es que la Corte considera que el proyecto, *en general*, es una limitación a la vida privada de los funcionarios obligados a declarar. Y eso es lo reprochable; la estrecha visión sobre el control ciudadano.

⁸⁰ Oficio del Pleno de la Corte Suprema a la Cámara de Diputados, 20 de septiembre de 1999 (el destacado es nuestro). La nueva opinión del pleno no aporta mayores antecedentes. Oficio N° 1861 del Pleno de la Corte Suprema a la Cámara del Senado, 12 de julio de 2005.