

Informe en Derecho

El Consejo para la Transparencia me ha solicitado informar en Derecho sobre los alcances del tipo de revelación de secretos públicos previsto y sancionado en el art. 246 del Código Penal¹ a la luz del nuevo régimen constitucional y legal de acceso a la información pública. Como se desprende de los propios términos del encargo, fundamentalmente se requiere una opinión jurídica fundada respecto de los posibles alcances del elemento central del tipo, cual es el de *secreto público*, bajo dicho nuevo régimen de acceso a la información pública.

Al respecto puedo informar lo siguiente:

1. El carácter accesorio del concepto penal de secreto y sus alcances hasta la consagración del principio de publicidad o transparencia

El art. 246 es del siguiente tenor:

“El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente.

“Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

“Las penas señaladas en los incisos anteriores se aplicarán, según corresponda, al empleado público que indebidamente anticipare en cualquier forma el conocimiento de documentos, actos o papeles que tenga a su cargo y que deban ser publicados”.

El aspecto central a resolver para la aplicación del art. 246 es si aquello comunicado - sea en términos absolutos, sea en forma anticipada - es un *secreto* de que se tiene conocimiento en razón del oficio. Porque, como es obvio, aunque el inciso tercero no lo diga *expressis verbis*, lo indebidamente anticipado también debe ser un secreto de los referidos en el inciso primero. Entender lo contrario conduciría al despropósito de que se castigara - y con igual pena que la revelación de secretos - la comunicación anticipada de hechos de conocimiento público. Naturalmente el sentido de este inciso² no ha sido reprimir penalmente la simple incontinencia administrativa, sino sólo despejar posibles dudas respecto de si puede calificarse de secreto una información que está destinada a ser publicada en un momento posterior. La ley disipa esa duda en sentido afirmativo, pero ciertamente no altera el núcleo del injusto típico: en uno y otro caso se trata de la comunicación indebida de un secreto.

¹ En lo sucesivo artículos sin otra mención corresponden a los del Código penal.

² Agregado mediante la Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999.

Por *secreto* se entiende en general una información conocida sólo por un círculo restringido de personas y a cuya divulgación a terceros se opone un interés justificado. Para los efectos de la protección penal se distingue entre conductas desplegadas por particulares y conductas desarrolladas por *empleados públicos*, distinguiéndose en este último caso entre *secretos privados*, que son aquéllos atinentes a la persona o actividades de los particulares y de cuya revelación se ocupa en general el inciso primero del art. 247³, y *secretos públicos*, que son los relativos a la organización y funcionamiento del Estado y de sus órganos, y de cuya violación se encarga en general el citado art. 246⁴.

Como se deriva de la noción misma de secreto, incluso tratándose de secretos privados no basta para calificar de tal una información con la simple voluntad de no divulgación del afectado (“teoría de la voluntad”), sino que se requiere la existencia de un interés objetivamente fundado que justifique la restricción del acceso a la misma (“teoría del interés”)⁵. Esta idea se expresa con aún mayor fuerza respecto de los *secretos públicos*, ámbito en el cual no sólo decae la intimidad como fin de protección del tipo penal, sino donde, además, se reconoce crecientemente como interés relevante en contra del secreto el interés del conjunto de los ciudadanos por todo lo concerniente al funcionamiento del Estado y sus órganos. Por lo mismo, existe acuerdo en cuanto a que una información referida al Estado sólo puede erigirse en secreto cuando así lo imponga un *interés público preponderante*.

Tanto por esta exigencia como por otras derivadas de la debida taxatividad del tipo penal, la doctrina comparada tiende a vincular la noción de secreto público a la existencia de una *declaración formal* previa de secreto o reserva por parte de la autoridad competente, declaración previa que precisamente expresa la existencia de un especial interés público en la limitación del acceso a la información y torna ese interés en constitutivo del concepto mismo de secreto. Con todo, debe reconocerse que la tendencia no es del todo consecuente, puesto que en general se admite la existencia de informaciones que *por su naturaleza* y aun en ausencia de todo pronunciamiento oficial podrían ser objeto típico del delito.

³ “El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

⁴ Ordenación sistemática unánimemente aceptada: *Del Río*, J. Raimundo: Derecho penal, Nascimento, Santiago 1935, T. III, p. 200; *Labatut*, Gustavo: Derecho penal, T. II, 7º edición a cargo de Julio Zenteno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1983, p. 86; *Etcheberry*, Alfredo: Derecho penal, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. IV, p. 227 y s.; *Politoff*, Sergio / *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 490 y s.; *Rodríguez*, Luis / *Ossandón*, María Magdalena: Delitos contra la función pública, editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 449 y ss.

⁵ También en Chile: *Etcheberry*, T. III, p. 269; *Politoff* / *Matus* / *Ramírez*, PE, p. 492; *Rodríguez* / *Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 444 (con esa restricción habría que entender su formulación indiferenciada de p. 454). Al respecto, en el derecho comparado, *Kindhäuser*, Urs: Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar (LPK), Nomos, Baden-Baden 2002, § 203 marg. 4.

Es lo que ocurre, por ejemplo, en *España*, donde conforme a la opinión ampliamente dominante en torno al art. 417.1 del Código de 1995⁶ se exige que la calidad de secreto haya sido declarada previamente por ley⁷, sin perjuicio de admitirse que el objeto típico alternativo, consistente en las *informaciones que no deben ser divulgadas*, no exige tal declaración previa⁸. Algo similar ocurre en *Alemania*, donde las opiniones en torno al § 353 b StGB coinciden en definir el “secreto” a que se refiere el primer apartado del tipo como una información conocida sólo por un círculo limitado de personas y digna de reserva en virtud de una norma jurídica, una orden particular o, en fin, *de su propia naturaleza*⁹, siendo del caso reconocer que esta última posibilidad viene fuertemente sugerida por la circunstancia de que el mismo precepto, junto con la revelación de secretos, en su apartado segundo se refiere a la revelación de informaciones respecto de los cuales se está obligado a guardar secreto en virtud de ciertas declaraciones formales, de donde se desprende *a fortiori* que el concepto de secreto tiene un sentido más amplio. Muy similar es el proceder legislativo en *Italia*, donde se distingue entre revelación de *secretos de Estado* (art. 261 CP) y revelación de *noticias reservadas* (art. 262 CP, con menor pena), entendiéndose, conforme al art. 12 de la Ley 801/1977, que “están cubiertos por el secreto de Estado los actos, los documentos, las noticias, la actividad y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para causar daño a la integridad del Estado democrático, también en relación con los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones establecidas con fundamento en la Constitución, al libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado respecto de otros Estados y a las relaciones con ellos, a la preparación y a la defensa militar del Estado”¹⁰, en tanto que las noticias reservadas serían aquellas informaciones respecto de las cuales la autoridad competente dicta una *prohibición de divulgación*, de modo que en esta parte el tipo se configura como una ley penal en blanco¹¹, que al mismo tiempo deja en claro que el concepto de secreto es más amplio y no está supeditado a ninguna declaración formal.

En el *derecho penal chileno* el asunto no viene resuelto en ningún sentido por el texto legal, que se limita a proscribir la revelación de secretos, sin aportar mayores precisiones sobre el concepto y, en todo caso, sin agregar un concepto alternativo estrictamente formal que, por oposición, obligue a una interpretación no formal de aquél. La dicotomía entre un concepto formal y uno material más amplio tampoco ha sido objeto de mayor discusión en nuestra

⁶ “La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.

⁷ Así *Morales Prats*, Fermín / *Rodríguez Puerta*, María José en *Quintero Olivares*, Gonzalo (director): Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, 2º edición, Aranzadi, Pamplona 1999, p. 1218; *Feijoo Sánchez*, Bernardo en *Rodríguez Mourullo*, Gonzalo (director): Comentarios al Código penal, Civitas, Madrid 1997, p. 1120; *Mir Puig*, Carlos: Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal, J.M. Bosch, Barcelona 2000, p. 190.

⁸ Esto es lo que permite a *Feijoo Sánchez*, Comentarios, p. 1120, sostener que en el derecho español en materia penal no existe diferencia entre el simple deber de sigilo y el deber de secreto.

⁹ *Kindhäuser*, LPK § 353 b marg. 5.

¹⁰ El inciso segundo agrega: “En ningún caso pueden ser objeto de secreto de Estado hechos que subviertan el orden constitucional”; con detalle sobre el concepto de secreto de Estado *Grasso*, Giovanni en *Crespi*, Alberto / *Stella*, Federico / *Zuccalà*, Giuseppe: Commentario breve al Codice penale, CEDAM, Padova 1992, Art. 256 III (p. 597 y ss.).

¹¹ *Grasso*, Art. 256 IV marg. 3 (p. 600); Art. 262 I (p. 613).

doctrina, si bien los pocos autores que se han pronunciado expresamente al respecto se decantan nítidamente por la exigencia de una declaración formal de secreto o reserva. Así, a juicio de *Rodríguez y Ossandón* “la determinación del carácter de secreto presupone una declaración, general o específica, de la autoridad en tal sentido, lo que transforma a estos tipos penales en verdaderas leyes penales en blanco”¹². Además de las razones normativas que más abajo se desarrollan, tras esta opción se encuentran poderosos motivos de política criminal, concretamente el acuerdo en cuanto a que “la publicidad de las actuaciones de la Administración constituye una de las condiciones necesarias para el logro de la probidad administrativa: un incremento injustificado de los secretos o informaciones de esa índole sólo permitiría dar lugar a eventuales focos de corrupción, que es, precisamente, lo que se ha buscado evitar”¹³.

Debe reconocerse, sin embargo, que esta postura no parecía tener apoyo en el *derecho administrativo* vigente sobre la materia, particularmente si se tenía en cuenta que el art. 61 letra h) del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834), hasta el día de hoy consagra la obligación de secreto que pesa sobre los funcionarios en los siguientes términos:

“Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, *de su naturaleza* o por instrucciones especiales”¹⁴.

Más aún, considerando que en esta materia el derecho penal es claramente *accesorio* a las valoraciones del derecho administrativo, esto es, no está llamado a definir lo que es o puede ser secreto o reservado, sino simplemente a reforzar con la amenaza de la pena las valoraciones que al respecto haya expresado el derecho administrativo, la interpretación a primera vista más razonable del tipo de revelación de secretos públicos era aquella que lo equiparaba sin más a la infracción de la obligación establecida en el Estatuto Administrativo, como en buena medida hacía la literatura administrativista¹⁵, y exactamente en sus mismos términos, de modo que habría que haber reconocido la existencia de secretos en virtud de la sola naturaleza de la información en cuestión¹⁶.

¹² *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 448; coincidentemente, aunque en términos menos explícitos en relación a la disyuntiva *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 490: “En materia de derecho público, la calificación de secreto la hace la ley respecto de ciertas materias (por ejemplo: el secreto de ciertas deliberaciones en el Congreso Nacional) y los reglamentos que de ella se derivan”; sugiere en cambio lo contrario *Etcheberry*, T. IV, p. 227, aunque sin hacerse cargo explícitamente de la disyuntiva.

¹³ *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 447 y s.

¹⁴ Numeración conforme al texto refundido de la Ley N° 18.834 debido al DFL N° 29 de 2004, correspondiente al art. 55 letra h) en el texto original de 1989. La norma tiene su antecedente en el art. 155 del DFL N° 338, de 1960, del siguiente tenor: “El empleado debe guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de su naturaleza o por instrucciones especiales. La infracción será sancionada administrativamente, sin perjuicio de otras responsabilidades a que los hechos dieron lugar”.

¹⁵ Así, *Silva Cimma*, Enrique: Derecho administrativo chileno y comparado. La función pública, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, p. 198; *Pantoja*, Rolando: Estatuto administrativo interpretado, 6° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, T. I, p. 419.

¹⁶ Respalda esta interpretación el Decreto Supremo N° 291, de 26 de abril de 1974, del Ministerio del Interior, sobre “normas para la elaboración de documentos” y cuyo art. 1° entregaba meras orientaciones internas que implícitamente reconocían la facultad de cada organismo para resolver libremente si un documento era *ordinario* (aquel que podía ser de dominio público), *reservado* (aquel que versaba sobre una materia que, atendida su naturaleza, debía ser conocida únicamente en el ámbito del departamento, sección u oficina a que era remitido) o *secreto* (aquel que debía ser conocido sólo por las autoridades o personas a las

2. El concepto de secreto público bajo el principio de publicidad o transparencia

Pues bien, este estado de cosas se ha visto radicalmente modificado en los últimos años a consecuencia de la progresiva consagración e implementación del *principio de publicidad o transparencia* de los actos del Estado y de un amplio *acceso a la información pública*, al punto que la interpretación tímidamente esbozada por la literatura penal se impone en la actualidad como la única correcta en atención al *nuevo régimen de los secretos públicos* que se desprende de tales principios. Si hasta ahora era defendible y hasta correcto sostener que la calidad de secreto de una información podía desprenderse de su propia naturaleza y de las circunstancias que rodearan la concreta actividad de la administración, sin necesidad de ningún tipo de declaración formal, en el nuevo escenario constitucional y legal eso sencillamente ha dejado de ser sostenible.

En efecto, conforme al principio de publicidad o transparencia, consustancial a una sociedad democrática y respecto del cual el ordenamiento jurídico chileno se encontraba claramente en deuda¹⁷, el secreto o la reserva en materia de información atingente a los órganos públicos y a sus funciones sólo puede ser una excepción muy calificada y formalmente prevista.

El primer paso en esta dirección, que es resultado de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción, de 27 de julio de 1994¹⁸, se dio mediante la Ley N° 19.653, de 14 de diciembre de 1999, sobre probidad pública, que, entre otros cuerpos legales, modificó la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, introduciéndole un nuevo art. 11 bis (actual art. 13, de acuerdo con el texto refundido) que, luego de consagrar en su inciso segundo el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, establecía en su inciso tercero lo siguiente:

“Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”.

cuales iba dirigido y por quienes debían intervenir en su estudio y resolución), siendo la de “ordinario” claramente la categoría residual.

¹⁷ Al respecto, entre otros, *Fernández*, Miguel Ángel: El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo art. 8° inciso 2° de la Constitución, en *Zúñiga*, Francisco (coordinador): Reforma constitucional, LexisNexis, Santiago 2005, p. 191 y ss.; *Cordero*, Luis: Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública, *Revista de Derecho Público*, Vol. 69 (2007), XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, T. II, 85 y ss. Recuérdese que, pese a todos los esfuerzos desplegados en esta materia, el Estado chileno alcanzó a ser condenado en el contexto del sistema interamericano de Derechos Humanos, cfr. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (serie C N° 151). Texto íntegro disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

¹⁸ La Comisión fue establecida mediante Decreto Supremo N° 423, de 18 de abril de 1994, del Ministerio del Interior. El Informe concluye con 41 recomendaciones, entre las que destacan, para los fines de este informe, la recomendación N° 38 sobre acceso a la información pública y la N° 39 sobre transparencia activa. El Informe íntegro está disponible en: <http://www.proacceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf>

En los incisos siguientes precisaba los alcances de la publicidad y, sobre todo, establecía un procedimiento para el acceso a dicha información, contexto en el cual el inciso undécimo disponía:

“Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

En tanto que el inciso duodécimo y final prescribía:

“Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”.

Ya bajo este régimen quedaba claro que la calidad de secreto de una información concerniente a los actos administrativos suponía por regla general una declaración legal o reglamentaria en tal sentido, sin perjuicio de las razones más genéricas, de contenido material más que formal, previstas en el inciso undécimo. En consonancia con esta primera regulación se dictó el Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, Decreto Supremo N° 26, de 7 de mayo de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Dicho reglamento establecía que, “sin perjuicio de lo establecido en leyes o reglamentos especiales” (art. 6°), sólo podían ser declarados como secretos o reservados “los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados”, para lo cual se establecía un catálogo de actos o documentos susceptibles de dicha declaración (art. 8°). Por último, correspondía “al respectivo Jefe Superior de Servicio, mediante resolución fundada, determinar los actos, documentos y antecedentes de la institución u órgano de la Administración del Estado que estarán afectos al secreto o reserva” (art. 9°).

No obstante su aporte a la configuración de un sistema de acceso a la información pública, el régimen debido a la “ley de probidad” no fue valorado de un modo positivo, fundamentalmente por considerar una serie de mecanismos que, en manos de la propia administración, condujeron a que en los hechos la excepción conceptual que era el secreto siguiera siendo la regla y que en definitiva nada cambiara¹⁹.

¹⁹ Un detallado análisis crítico, entre varios otros, en *Allesch, Johann / Obando, Iván*: Una mirada crítica sobre la normativa de acceso a los actos e información administrativa, *Ius et Praxis*, Año 10 N° 2 (2004), p. 11 y ss.

De ahí que el punto de inflexión definitivo del proceso haya estado reservado para la *reforma constitucional* llevada a efecto mediante la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, que le vuelve a dar contenido al art. 8° del texto constitucional y avanza de un modo radical hacia la máxima transparencia, en términos que apenas reconocen modelos en el derecho comparado²⁰. Como se sabe, el inciso segundo del nuevo art. 8° CPR reza ahora de la siguiente manera:

“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”.

La modificación constitucional es de extraordinaria importancia, porque impone sin excepciones la exigencia *formal* de *ley de quórum calificado* para el establecimiento del secreto o reserva de una información²¹, a lo que debe agregarse la exigencia *material* consistente en que dicha ley sólo podrá establecer casos de secreto o reserva en hipótesis calificadas y por causas taxativas²². Con esto dejan de tener sustento constitucional las declaraciones previas de rango meramente reglamentario²³, así como la consideración de secreto o reserva en base a simples remisiones genéricas a la naturaleza intrínseca de la información en cuestión. Respecto de esto último, pasó a ser en efecto indiscutible que para atribuirle la calidad de secreto a una información no bastaba simplemente con remitirse a los criterios genéricos señalados en el inciso undécimo del art. 13 de la Ley N° 18.575, alegando sin más, por ejemplo, que la publicidad impedía o entorpecía “el debido cumplimiento de las funciones del órgano”. Como es obvio, una interpretación contraria hubiera vaciado de todo contenido la prescripción constitucional, porque de la mano de fórmulas de semejante amplitud (equivalentes a las empleadas por el propio texto constitucional que, por su propia naturaleza, sólo pretende ser marco general para

²⁰ Lo normal en el derecho constitucional comparado es que se consagre directa o indirectamente el derecho de libre acceso a la información pública, pero siempre supeditando su ejercicio a las condiciones que establezca la ley, no como en el caso chileno, donde lo que requiere una ley – y de mayoría calificada – es la subsistencia de algún secreto o reserva. Por cierto el ejercicio del derecho se ve favorecido por una ley que contenga procedimientos efectivos de acceso, pero es significativo que la Constitución diga – como no hace en otros ordenamientos – que todo es público *hic et nunc* salvo las excepciones calificadas que sólo el legislador y bajo ciertos supuestos excepcionales puede establecer. Ésta es una diferencia central entre la Constitución chilena y, por ejemplo, la Constitución española de 1978, que se limita a declarar en su art. 105 letra b que “(1)a Ley regulará: ... b. El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”, y por cierto con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que no contiene ninguna disposición expresa al respecto, sin perjuicio de que un derecho de acceso a la información haya podido derivarse de principios generales, como el principio democrático o el principio del Estado de Derecho. En lo que concierne a la Unión Europea en cuanto tal, el art. 15 del Tratado de Lisboa (sucesor del art. 255 del Tratado de Amsterdam de 1999), también condiciona el ejercicio del derecho a las condiciones que dispongan los Reglamentos pertinentes del Parlamento Europeo o del Consejo.

²¹ Sin perjuicio de que leyes simples preexistentes puedan cumplir con esa función mientras se dictan la o las nuevas leyes de quórum calificado, conforme a la disposición cuarta transitoria de la Constitución.

²² Así Fernández, El principio de publicidad, p. 194 y ss.; Cordero, RDP, Vol. 69 (2007), T. II, 85 (92 y ss.).

²³ Fernández, El principio de publicidad, p. 200 y s.

disposiciones legales necesariamente más específicas) en rigor no sería la ley sino el propio servicio y sólo eventualmente el tribunal llamado a conocer de posibles reclamaciones quien hubiera establecido lo que era y no era secreto²⁴.

Conforme a la nueva situación el citado Reglamento de 2001 devino inconstitucional, siendo formalmente derogado – sólo con fines declarativos - mediante el Decreto Supremo N° 134, de 5 de enero de 2006, del mismo ministerio (Secretaría General de la Presidencia). Por su parte, la Contraloría General de la República, que ya antes de la reforma constitucional había cuestionado la práctica administrativa proclive a la extensión del secreto o reserva²⁵, mediante Dictamen N° 49.022, de 19 de octubre de 2005, se abstuvo de tomar razón de una serie de actos administrativos dictados en carácter de secretos “toda vez que contravienen el texto vigente de la Constitución Política, luego de la publicación, el 26 de agosto del año en curso, de la Ley N° 20.050, sobre reforma constitucional, la cual consagra el principio de publicidad de los actos administrativos”. Agrega el Dictamen:

“Al respecto, es dable manifestar que de conformidad con los principios de supremacía constitucional y de vinculación directa de los preceptos constitucionales, consagrados en el artículo 6° de la Constitución Política, la norma transcrita, introducida por la reforma constitucional mencionada, debe aplicarse integralmente por todos los organismos del Estado. En consecuencia, mientras no se dicte la ley de quórum calificado que establezca la reserva o secreto de determinados actos administrativos, los decretos y resoluciones emanados de ese Ministerio deben regirse por la regla general de publicidad contenida en el artículo 8° de la Constitución Política”.

Dicho Dictamen fue rectificado parcialmente por el Dictamen N° 48.302, de 26 de octubre de 2007, respecto de las calificaciones de secreto en virtud de ley simple, amparadas por la disposición cuarta transitoria de la Constitución (específicamente respecto del art. 436 del Código de Justicia Militar), pero no en cuanto a las disposiciones reglamentarias, respecto de las cuales insiste en su argumentación, en los siguientes términos:

“Pues bien, conforme al principio de supremacía constitucional recogido en el artículo 6° de la Constitución Política de la República y comoquiera que el constituyente resolvió distribuir la competencia en materia de determinación del secreto o reserva radicándola sólo en el legislador - con las formalidades de los preceptos de quórum calificado -, con exclusión de cualquier otro órgano con potestades normativas, se debe entender que a contar del 26 de agosto de 2005 han quedado derogadas todas las normas legales que delegaban a un reglamento la calificación de secreto o reserva. Lo anterior resulta, además, de la interpretación del artículo 8° de la Constitución en relación a los artículos 63 N° 2 (que establece como materias propias de ley aquellas que la Constitución exige sean reguladas por este tipo de normas) y 32 N° 6 (que habilita al Presidente de la República para

²⁴ En términos similares *Cordero*, RDP, Vol. 69 (2007), T. II, 85 (95).

²⁵ Especialmente mediante el Dictamen N° 49.883, de 4 de octubre de 2004, con el que había ordenado a una serie de organismos públicos que revisaran las resoluciones dictadas al respecto en el sentido de ajustarse a los precisos límites de las posibilidades tanto de la Ley N° 18.575 como del DS 26 de 2001.

ejercer la potestad reglamentaria en todas las materias que no sean propias del dominio legal), ambos de la misma Carta”.

Por último, el Tribunal Constitucional alcanzó a declarar la inconstitucionalidad por lo menos parcial del citado inciso undécimo del art. 13 de la Ley N° 18.575 en la parte en que permitía que fuera la “calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido” la que le confiriera el carácter de secreto o de objeto de reserva a una información cuya divulgación o entrega afectara sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas (Rol N° 634, de 9 de agosto de 2007, considerando 24° y siguientes).

3. Las consecuencias para el tipo penal de revelación de secretos públicos

Como se comprenderá, las consecuencias de esta evolución normativa para el delito genérico de revelación de secretos públicos son enormes. Si para el ordenamiento constitucional chileno sólo pueden constituir *secreto público* aquellas informaciones respecto de las cuales una *ley* (de quórum calificado o simple pero preexistente) ha declarado expresamente esa calidad en conformidad, además, con las precisas orientaciones materiales del texto constitucional, entonces sólo puede incurrir en la conducta típica del art. 246 aquél que divulga una información que satisface dicha exigencia. En caso contrario se trata simplemente de una conducta atípica, por la sencilla razón de que la información en cuestión no constituye secreto desde un punto de vista jurídico.

Se podrá alegar que el propósito de las normas constitucionales y legales reseñadas no ha sido alterar los alcances del delito de revelación de secretos públicos, sino sólo consagrar un principio orientador de la acción del Estado, así como garantizar el acceso de los ciudadanos a la información atingente al Estado²⁶. Esto puede ser cierto, pero en la medida en que en esta materia al derecho penal no le cabe sino un modesto rol accesorio, de reforzamiento de las decisiones de fondo que se expresan en la Constitución y en las leyes administrativas, es insostenible que el ordenamiento punitivo considere secreto público algo que no lo es desde el punto de vista del derecho administrativo que está llamado a reforzar.

Pues para bien o para mal el nuevo art. 8° de la Constitución, en su carácter de “Base de la Institucionalidad”, no sólo resuelve el conflicto entre unos ciudadanos concretamente interesados y una Administración sigilosa, sino que determina *íntegramente* y de un modo radical el régimen de publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado, también, como es obvio, en lo que respecta a la protección penal de los intereses subyacentes a las restricciones fundadas a dicho régimen de publicidad.

²⁶ Explícitamente la Constitución sólo hace lo primero, lo que concuerda con la ubicación del art. 8° en el Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad y no en el Capítulo III sobre Derechos y Deberes Constitucionales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 9 de agosto de 2007 (Rol N° 634), declara que se trata de un derecho implícitamente reconocido por la Constitución (considerando 9°), en relativa sintonía, en los resultados, con el citado fallo condenatorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 CADH (especialmente considerandos 75 y ss.).

Nótese que con esto no se quiere decir que la revelación de informaciones al margen de y aun contra los procedimientos y conductos establecidos para ello al interior de los órganos públicos sea correcta o legítima, como sería si lo que se reconoce como un principio del funcionamiento de la administración pública y como un *derecho de los administrados* (el acceso a la información pública) implicara también un *derecho del funcionario* para disponer sin mayores restricciones de las informaciones no secretas que posee en razón de su cargo, tesis que aquí no se comparte, porque de tales principios o de los derechos de otros no puede derivarse sin más que quede sin efecto la sujeción a las normas que rigen el servicio y a las órdenes de los órganos superiores, en el marco de una administración pública jerarquizada y disciplinada²⁷. Otra cosa es que una relativa liberación de los deberes de obediencia pueda derivarse de la *libertad de opinión e información* (art. 19 N° 12 CPR), de la que naturalmente también gozan los empleados públicos, cuestión que es arduamente debatida en el derecho comparado – a menudo en relación con la polémica noción de “relaciones de especial sujeción” – y que aquí, sin embargo, debe quedar sin abordar²⁸.

Porque lo que aquí está en discusión no es si los empleados públicos tienen o no derecho a divulgar determinadas informaciones - cuestión que es independiente y va mucho más allá del concepto de secreto o reserva -, sino simplemente la definición de aquella información que obra en manos de la administración que puede ser considerada secreta o reservada desde un punto de vista constitucional, administrativo y, por acesión, también penal²⁹. Y en esto el art. 8° de la Constitución es totalmente inequívoco: sólo pueden tener ese carácter aquellas informaciones respecto de las cuales una ley de quórum calificado o bien una ley simple preexistente así lo declara. Para los efectos del derecho penal esto es lo único decisivo: cualquier información respecto de la cual no exista una declaración en este sentido, simplemente no puede ser objeto idóneo del tipo penal del art. 246, sin necesidad de entrar en ninguna discusión sobre la posible existencia de un “derecho a la divulgación” que permitiera excepcionalmente justificar, vía art. 10 N° 10, la revelación típica del secreto. Se trata, en consecuencia, de una exención de responsabilidad ya por atipicidad, y no sólo en virtud de una causa de justificación.

²⁷ Recuérdese que conforme al art. 7° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, “(l)os funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico”, idea esta última ratificada por el art. 61 letra f) del Estatuto Administrativo, donde se consagra como deber de los empleados públicos “obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico”, sin perjuicio del régimen de representación de órdenes ilegales previsto en el art. 62 del mismo cuerpo legal, y en materia penal por el art. 252, que reprime la desobediencia abierta a las órdenes de los superiores en asuntos del servicio.

²⁸ Una mirada parcial, desde el punto de vista del derecho penal español, *Rebollo Vargas*, Rafael: La revelación de secretos e informaciones por funcionario público, Cedecs, Barcelona 1996, p. 228 y ss.

²⁹ Sin perjuicio de que de esta última definición puedan derivarse consecuencias para el alcance de los deberes funcionarios. Desde esta perspectiva podría eventualmente impugnarse la constitucionalidad del citado art. 61 letra h) del Estatuto Administrativo, en cuanto consagra que los funcionarios están obligados a guardar secreto respecto de determinados asuntos cuyo carácter de reservado emana – contra lo prescrito por la Constitución – de una ley simple (no preexistente), de un reglamento, de la naturaleza del asunto o de instrucciones especiales. Ciertamente se dirá que la disposición no se refiere al acceso de los particulares a la información pública, sino sólo a una obligación de los funcionarios públicos, pero no puede desconocerse que se trata de una obligación que implica un impedimento para dicho acceso, en tanto que no parece aceptable que los empleados públicos estén obligados a mantener en secreto algo que por mandato constitucional debe ser de libre conocimiento público.

Con esto se pone de relieve, además, que el delito de revelación de secretos no es un mero delito formal de desobediencia, sino que tiende materialmente a la protección de los pocos intereses que el ordenamiento constitucional chileno reconoce como límites legítimos al principio general de publicidad de la información pública.

Esto implica que si a la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional ninguna ley preexistente le atribuía la calidad de secreta o reservada a una información relativa a la actividad del Estado, dicha información dejó de ser posible objeto idóneo del art. 246, en tanto no entre en vigencia una ley de quórum calificado que establezca lo contrario, lo que, en todo caso, sólo puede afectar los hechos cometidos con posterioridad a la misma, en virtud del art. 18 (retroactividad favorable respecto de los hechos cometidos con anterioridad a la reforma constitucional; irretroactividad de la ley penal respecto de los hechos cometidos entre la reforma constitucional y la nueva ley).

Nótese que ya bajo la sola vigencia de la modificación de la Ley N° 18.575 la calidad de secreto requería sin excepciones una declaración oficial previa, con lo cual toda información respecto de la cual no se diera ese requisito no podía ser objeto del delito del art. 246. Ya en ese contexto la situación hubiese podido ser diferente sólo si el tipo penal hubiese tenido una formulación más amplia, tal como ocurre, según se vio, en España, Alemania o Italia, donde inequívocamente el carácter de secreto no requiere declaración formal previa al respecto, cual no es el caso del art. 246. Pero aunque el Código chileno contemplara una formulación semejante, en el nuevo escenario constitucional tampoco podría tener aplicación, porque la información estatal que no debe ser divulgada y que constituye el único objeto posible del art. 246 sólo puede ser aquella prevista al efecto por una ley de quórum calificado (o por una ley simple preexistente).

Tratándose de figuras específicas de revelación de secretos la situación puede ser distinta, pues en muchos casos es el propio tipo penal el que declara – y naturalmente con rango *legal* - que cierta información es secreta, con lo cual se cumple en principio³⁰ con la exigencia constitucional, al menos en los términos de la cuarta disposición transitoria de la Constitución. Tal es el caso, por ejemplo, de la revelación de “cualquier detalle de los informes que haya emitido o... noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo” por parte de los que prestan servicios para la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (art. 7° Ley General de Bancos) o de “todas las informaciones y cualquier otro antecedente que conozca en el ejercicio de su cargo y que se relacione directa o indirectamente con sus funciones y actividades” por parte de quienes prestan servicios para la Unidad de Análisis Financiero (art. 13 Ley N° 19.913), entre otros casos.

Pero tratándose de la figura genérica del art. 246, que, como acertadamente han destacado *Rodríguez y Ossandón*³¹, se comporta como una genuina *ley penal en blanco* -

³⁰ Sin perjuicio del necesario examen en cuanto a si la disposición legal satisface las orientaciones materiales del texto constitucional: protección del debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales, de los derechos de las personas, de la seguridad de la Nación o del interés nacional.

³¹ *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 448.

necesariamente *impropia* por mandato de la Constitución, esto es, con remisión obligada a otra norma de rango legal - su aplicación sólo será posible en la medida en que se revelen informaciones que constituyan secreto conforme a una ley (de quórum calificado o simple pero preexistente). No se puede negar que existen importantes ejemplos al respecto³², pero ciertamente el ámbito de aplicación del art. 246 se ha restringido de modo muy considerable con el cambio del contexto constitucional, y se mantendrá así mientras no se dicten leyes que establezcan secretos públicos cumpliendo con las exigencias del art. 8° de la Constitución.

4. En particular bajo la Ley N° 20.085

Es desde esta perspectiva específica que debe analizarse para los fines de este informe la Ley N° 20.285, de 20 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública, que junto con derogar los incisos tercero y siguientes del art. 13 y el art. 14 de la Ley N° 18.575 (artículo segundo transitorio, N° 1), ha venido a desarrollar el art. 8° de la Constitución, estableciendo las *causas de secreto o reserva* admisibles para la administración pública, así como una institucionalidad (Consejo para la Transparencia) y un procedimiento para acceder a la información pública no susceptible de ser considerada secreta o reservada.

El art. 21 de la ley es del siguiente tenor:

“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:
 - a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
 - b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.
 - c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

³² Por ejemplo, la revelación de las actuaciones de la investigación criminal por parte de los funcionarios que hubieran intervenido en ella, que constituyen secreto de acuerdo con el inciso final del art. 182 CPP. No es el caso, en cambio, de la revelación del llamado “secreto estadístico” regulado en el art. 29 de la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Estadísticas, que, en cuanto versar sobre informaciones de *privados*, se remite expresamente al delito del art. 247.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”.

A primera vista se advierte que el precepto está estructurado a partir de las causas de secreto o reserva previstas es en el art. 8° de la Constitución, a saber, afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos públicos, de los derechos de las personas, de la seguridad de la Nación o del interés nacional. Antes de analizar a continuación críticamente las causas de secreto o reserva desde el punto de vista del delito de revelación de secretos, debe tenerse presente que para la interpretación de las normas de complemento de una ley penal en blanco son decisivos – al menos en principio, en tanto no se comprometan principios del derecho penal - los alcances que a las mismas se le atribuyen en su propio contexto normativo. Se entenderá, en consecuencia, que el análisis siguiente sólo tiene pretensiones provisionales, supeditadas en su vigencia a confirmación por parte de la doctrina y jurisprudencia especializada en materia de acceso a la información pública.

En lo que concierne a la afectación del *debido cumplimiento de las funciones del órgano* requerido (N° 1), la ley menciona tres causas de secreto o reserva, si bien la tercera en rigor nada tiene que ver con el *contenido* de la información, sino exclusivamente con el insuficiente grado de concreción de la solicitud y la desproporcionada carga de trabajo que su entrega implica para el órgano (letra c): “[t]ratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”³³. En consecuencia, la revelación de dichas informaciones, en tanto no las afecte otra causa de secreto o reserva, no constituye revelación de secretos públicos en los términos del art. 246.

La primera causa genuina de secreto o reserva en atención al debido cumplimiento de las funciones de los órganos públicos se refiere a la información cuya divulgación va “en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito” (letra a) primera parte). Es razonable pensar que se trata de información referida a las diligencias de investigación y a los resultados de las mismas en el contexto tanto de un procedimiento penal como de la actividad de inteligencia policial de carácter preventivo, con el límite temporal dado por la extensión de la investigación criminal o por la actualidad o inminencia de la actividad delictiva en cuestión. Respecto de lo primero puede decirse que coincide con la regulación del art. 182 del Código Procesal Penal (CPP), que dispone el secreto respecto de terceros no intervinientes en el procedimiento, así como, excepcionalmente, el secreto parcial y transitorio respecto del imputado o de otros intervinientes. La revelación

³³ De hecho no formó parte del proyecto sino hasta su inclusión, a propuesta del Ejecutivo, en el Informe de la Comisión Mixta, de 14 de enero de 2008, p. 20.

de esta información mientras dura el carácter secreto o reservado de la misma realiza las exigencias del art. 246. Es posible, además, que algunas de las informaciones obtenidas en el contexto de la investigación al término de la misma queden comprendidas por otra causa de secreto o reserva, particularmente en razón del derecho de las personas, como luego se verá.

Más oscura es la variante referida escuetamente a los “antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales” (letra a] segunda parte), introducida a propuesta del Ejecutivo por la Comisión Mixta, sin que haya quedado constancia de las razones subyacentes³⁴. Con todo, es razonable sostener que se trata de información directamente generada al y para hacer frente a la defensa jurídica del propio organismo, esto es, que da cuenta de la preparación y desarrollo de la estrategia de defensa: instrucciones a los funcionarios responsables y a los abogados, discusiones internas al respecto, informes en derecho u opiniones jurídicas solicitadas para uso interno, etc. A menos que se pretenda que los órganos públicos no puedan defenderse en litigio, no puede sino concedérseles este espacio mínimo de confidencialidad, que en parte incluso coincide con el ámbito del secreto profesional. Lo que no parece aceptable por esta vía es, sin embargo, que la causa se extienda a información referida al objeto mismo del litigio, generada con independencia de éste, generalmente con anterioridad. De lo contrario se perdería el que probablemente sea el sentido principal de un sistema de acceso a la información pública entendido como derecho de las personas frente a la administración. De esta circunscripción de la información secreta o reservada se deriva, además, que sólo puede tratarse de información sobre litigios actuales o al menos inminentes o muy previsibles. Tratándose de litigios ya afinados, debería decaer la causa de secreto o reserva. Dentro de estos límites, la revelación de la información secreta o reservada configura el delito del art. 246.

Por último, no ofrece ninguna dificultad la consideración de “antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas” (letra b]). La revelación en esos casos es típica en los términos del art. 246.

En cuanto al secreto o reserva en razón de los *derechos de las personas* (Nº 2), la ley no es demasiado explícita, y sólo se refiere a las esferas de derechos que pueden ser afectados, a saber, la seguridad, la salud, la vida privada o bien derechos de carácter comercial o económico. Antes de un sucinto examen de dichas esferas, debe advertirse que en la mayoría de los casos – aunque no necesariamente en todos – las materias secretas o reservadas constituirán específicamente “secretos de un particular” en los términos del art. 247 y no del art. 246.

Respecto del compromiso de la *seguridad* de las personas en cuestión, debe tratarse de informaciones que permitan su identificación o ubicación (o la de su familia u otras personas cercanas) cuando a su respecto se han adoptado medidas de resguardo, por ejemplo, en virtud del art. 308 CPP referido a la protección de los testigos en el proceso penal, y cuya efectividad pase también porque tales informaciones no sean reveladas. En

³⁴ Cfr. Informe de 14 de enero de 2008, p. 19 y s.

tanto no deba aplicarse preferentemente un tipo penal especial³⁵, la revelación de tales informaciones constituye revelación de secretos.

En lo que respecta a la afectación de la *vida privada* de las personas, debe entenderse que se trata de informaciones atinentes a personas naturales y que no son de dominio público. Desde luego deben entenderse comprendidos los llamados “datos sensibles” en los términos de la letra g) del art. 2º de la Ley Nº 19.628, de 28 de agosto de 1999, sobre protección de datos personales, esto es, “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”. Tratándose de otros datos personales la cuestión es más dudosa, porque si bien el art. 7º de la Ley Nº 19.628 impone a todas las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, la obligación de guardar secreto sobre los mismos a menos que provengan o hayan sido recolectados de fuentes accesibles al público, lo que sugiere un criterio general no circunscrito al ámbito del “tratamiento de datos”³⁶, cuyo seguimiento consecuente, sin embargo, conduciría a resultados absurdos, del todo incompatibles con el propósito de imponer altos niveles de transparencia en el funcionamiento del aparato público. Piénsese simplemente, por ejemplo, que debería mantenerse bajo reserva el *curriculum vitae* de las personas seleccionadas para trabajar en el Estado³⁷. Por lo mismo y porque la Ley Nº 19.628 no es formalmente vinculante en la materia que nos ocupa, aquí se prefiere una interpretación que circunscribe las informaciones secretas o reservadas a aquéllas que constituyen “datos sensibles”. La revelación de dichas informaciones constituiría revelación de secretos desde un punto de vista penal.

La referencia a la posible afectación de la *salud* de las personas mediante la divulgación de informaciones sobre ellas es ciertamente enigmática, y parece ser simple expresión de una defectuosa reformulación del texto por parte de la Comisión Mixta. Hasta ese momento las referencias a la salud de las personas se hacían o bien en el contexto de la definición de su esfera de *intimidad*³⁸, o bien como especificación de su *seguridad*³⁹, de modo que es dable

³⁵ Como el previsto en el inciso final del art. 307 CPP, donde se reprime con las penas del inciso segundo del art. 240 CPC (desacato) la infracción de la prohibición de divulgar la identidad – o antecedentes que conduzcan a ella – de un testigo cuando éste ha ejercido su derecho a no indicar públicamente su domicilio.

³⁶ Concepto que en todo caso es amplísimo, como se desprende de la definición de la letra o) del art. 2º de la ley: “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma”.

³⁷ En rigor son datos personales, conforme a la definición de la letra f) del art. 2º de la ley, simplemente “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

³⁸ En efecto, en el Proyecto original se preveía como causa de secreto o reserva en el inciso undécimo del art. 13 de la Ley Nº 18.575 la siguiente: “c) Cuando su comunicación o conocimiento afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable, *incluidos los expedientes médicos o sanitarios*”, formulación que se mantuvo en la letra a) del Nº 2 del art. 21 aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 8 de mayo de 2007, p. 72).

suponer, en un contexto de concentración y simplificación de la redacción y en ausencia de mayores explicaciones al respecto, que el legislador no quiso innovar y que simplemente ubicó la referencia al caso específico de información íntima o peligrosa para la seguridad en el lugar equivocado, como si se tratara de una causa diferente de secreto o reserva, en circunstancias que no lo es. Aquí se asume que carece de relevancia autónoma.

En lo que concierne a la afectación de *derechos de carácter comercial o económico*, más allá de lamentar el lenguaje poco preciso del legislador, debe entenderse que las informaciones secretas o reservadas son aquéllas que constituyen “secretos de fábrica” en los términos del art. 284 y, más en general, todos los llamados “secretos de empresa”, que si bien carecen de una protección integral frente a ataques de privados⁴⁰, sí la tendrían respecto de empleados públicos a través del art. 247 en caso de revelación. Por secreto de empresa se entiende toda información que no es de dominio público y que constituye condición de la capacidad competitiva de la empresa en el mercado⁴¹.

Mucho más difusa es, en cambio, la regulación del secreto o reserva en virtud de la afectación de la *seguridad de la Nación* (Nº 3) o del *interés nacional* (Nº 4), porque en rigor el legislador renuncia a señalar tipos de información de ese carácter y se limita a repetir las razones genéricas previstas por el Constituyente para legitimar un tal señalamiento. No mejora mucho el panorama cuando la ley especifica en el Nº 3 que tal es el caso si la información “se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública”, o que en el Nº 4 se trata de informaciones que “se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país”, porque lo único que queda claro es que hay informaciones referidas a la defensa nacional, al orden público, a la seguridad pública, a las relaciones internacionales o a la salud pública que pueden legítimamente declararse secretas o reservadas, pero no cuáles son esas informaciones.

Si a esto se suma que los tipos de información mencionados en el Nº 1 y en el Nº 2 también lo son a título meramente *ejemplar* (“particularmente” dice la ley de modo invariable), con lo cual lo único seguro y definitivo son las cuatro razones genéricas previstas en la Constitución, surgen severas dudas en cuanto a que el art. 21 de la Ley Nº 20.285 esté

³⁹ El texto aprobado por la Cámara de Diputados consideraba como letra c) del Nº 2 del art. 21 la siguiente: “c) Que pueda implicar un *riesgo para la vida, la seguridad o la salud* de una persona” (Informe de 8 de mayo de 2007, p. 72).

⁴⁰ Que el art. 284 sólo tiene por objeto la revelación de secretos de fábrica y no de la empresa en general es un punto pacífico en la literatura chilena. Así, ya en 1883 *Vera* identificaba la comunicación de secretos de fábrica con la “revelación de un procedimiento de industria” (*Vera*, Robustiano: Código penal de la República de Chile comentado, Imprenta de P. Cadot, Santiago 1883, p. 482), en tanto que en la actualidad *Rodríguez y Ossandón* hablan exclusivamente de “revelación de secretos industriales” a propósito del art. 284 (*Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 445); excluyen explícitamente los secretos que no sean estrictamente “de fábrica” *Etcheberry*, T. IV, p. 278; y con especial detalle *Acosta*, Juan Domingo: El delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica (breve estudio de la figura del art. 284 del C. Penal), Revista Chilena de Derecho Vol. 15 (1988), 65 (74 y s.).

⁴¹ Se sigue en esto el texto ya clásico de *Bajo Fernández*, Miguel: Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Civitas, Madrid 1978, p. 298.

cumpliendo efectivamente el mandato constitucional⁴². Debe hacerse notar que el fallo del Tribunal Constitucional recaído sobre el proyecto (Rol N° 1051), de 10 de julio de 2008⁴³, no se pronuncia sobre el punto⁴⁴, de modo que no puede descartarse que a futuro se discuta la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de todo o parte del art. 21 de la ley⁴⁵.

Como sea, mientras no exista un pronunciamiento en ese sentido, la determinación de las materias secretas o reservadas en todos los casos en que no haya disposiciones especiales al respecto debe seguir sujetándose a los términos del art. 21 de la ley. Esto implica que en un número muy significativo de casos, en los que la calidad de secreta o reservada de una información no fluya directamente y con nitidez de su simple contrastación con la letra del precepto, dicha calidad sólo puede afirmarse en virtud de una resolución firme del Consejo para la Transparencia dictada en el contexto del procedimiento previsto en los arts. 24 a 30 de la misma ley.

Ahora bien, si la existencia misma de dicho procedimiento de clarificación y la competencia de un órgano imparcial para resolverlo le quita dramatismo a la relativa incertidumbre en torno a lo que es secreto o reservado desde el punto de vista del acceso a la información pública⁴⁶, no puede decirse lo mismo desde el punto de vista de la responsabilidad penal por revelación de secretos públicos, específicamente desde el punto de vista del *principio de determinación o taxatividad* que, como exigencia material del principio de reserva legal en materia penal (art. 19 N° 3 inciso octavo CPR), garantiza un mínimo de precisión de la conminación penal. Y si bien debe reconocerse que la incertidumbre en cuanto al concepto de secreto es una constante histórica entre nosotros (y también en el derecho comparado, como se vio)⁴⁷, la consagración del libre acceso a la información como regla ha venido a agudizar las dudas, de modo que no pueden descartarse futuras impugnaciones de constitucionalidad desde este punto de vista.

De todos modos, es posible distinguir grupos de casos típicos que no deberían ser problemáticos:

⁴² Las plantea también *Rajevic*, Enrique: Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la Ley N° 20.285 de 2008, Gaceta Jurídica N° 338 (2008), 7 (10). No deja de ser irónico que el N° 5 disponga – de un modo completamente superfluo, además - que pueden ser secretas o reservadas las informaciones que hayan sido declaradas con ese carácter por una ley de quorum calificado y de acuerdo con las causales del art. 8° de la Constitución, cuando se supone que es precisamente ésta la ley que de modo principal debía cumplir con esa función.

⁴³ Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/969>

⁴⁴ Sólo lo trata tangencialmente el ministro *Fernández* en su voto disidente (considerando 6°), pero sin consecuencias, ni siquiera en el mismo voto.

⁴⁵ Lo hacen presente también *García*, Gonzalo / *Contreras*, Pablo: Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional, Estudios Constitucionales, año 7 (2009) N° 1, 137 (150).

⁴⁶ Más aún, probablemente ésta sea la única forma razonable de abordar la materia, de modo que lo que en rigor merecería reproche técnico es la radicalidad de la reforma constitucional. Como es obvio, sin embargo, no es la ley ordinaria la llamada a corregir la Constitución.

⁴⁷ Así, por ejemplo, no tenía dificultades *Del Río*, T. III, p. 201, en constatar simplemente que la apreciación de si se estaba o no frente a un secreto “queda entregada al criterio del tribunal”.

- a) En primer lugar, los casos de revelación de informaciones cuyo carácter de secreta o reservada fluye de la sola lectura de una disposición especial o del art. 21, como por ejemplo, los antecedentes fundantes de un acto o resolución todavía en trámite o los resultados de una diligencia durante la investigación criminal o la circunstancia no difundida de que una persona padece una determinada enfermedad o es homosexual, todo esto de acuerdo con el análisis precedente del art. 21.
- b) Tampoco deberían ser problemáticos los casos en que se divulguen informaciones que forman parte del *núcleo natural y obvio*, por tanto indiscutido, de lo que haya querido decirse con el N° 3 o el N° 4. Así, por ejemplo, por amplio e impreciso que pueda ser el término “defensa nacional”, nadie dudará del carácter secreto que deben tener las actividades de contrainteligencia o la ubicación de instalaciones camufladas o los planes de acción previstos para ciertas hipótesis de conflicto, etc.
- c) Por último, tampoco son problemáticos los casos en que la calidad de secreta o reservada de la información ha sido *con anterioridad* declarada formalmente por el Consejo para la Transparencia o por la Corte de Apelaciones competente, conociendo del reclamo del órgano requerido contra la resolución del Consejo que haya otorgado el acceso a la información (arts. 26 y 28 Ley N° 20.285).

Más allá de estos casos la situación es mucho más dudosa y las posibles objeciones de constitucionalidad ganan fuerza, especialmente mientras no se consolide una jurisprudencia administrativa a la cual la jurisprudencia penal pueda orientarse. Al respecto debe recordarse que, conforme a las reglas generales, la calidad de secreto de una información *no constituye cuestión prejudicial* (cfr. arts. 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales), de modo que los tribunales penales deben resolver directamente ese extremo, sin perjuicio de que todo aconseja, por el ya mencionado carácter accesorio del derecho penal en la materia, que deberían seguir de cerca los criterios de la jurisprudencia administrativa.

Con todo, al margen del pronunciamiento formal en sede administrativa sobre la calidad de secreta o reservada de una información, el tribunal penal puede y debe considerar a la hora de aplicar el art. 246 la adecuación de dicha declaración a los criterios materiales establecidos en la Constitución y en la ley⁴⁸. Tanto desde este punto de vista, como desde los otros que se esbozan en el apartado siguiente, la declaración formal del secreto o reserva se muestra de este modo sólo *condición necesaria, pero no suficiente* para la aplicación del tipo penal.

5. Consideraciones finales estrictamente penales (referencia)

Si bien no forman parte del objeto preciso de este informe, debe hacerse una sintética referencia a algunas cuestiones estrictamente penales propias del tipo de revelación de secretos públicos, y que, en cuanto no versan sobre los alcances del objeto de la conducta

⁴⁸ Algo distinto rige sólo cuando una ley establece inequívocamente la calidad de secreta de una información pública en contradicción con el art. 8° CPR, caso en el cual el tribunal no puede dejar de aplicar la ley, sino sólo elevar el asunto al conocimiento del Tribunal Constitucional.

típica, son previas e independientes del nuevo contexto de aplicación del tipo en virtud del principio de publicidad o transparencia.

Tal vez la única manifestación directa de la influencia del nuevo contexto sea que, en la misma medida en que subsistan grupos de informaciones respecto de las cuales existan dudas fundadas en torno a su carácter de secreto, ganan en plausibilidad las alegaciones de *error* sobre dicho carácter secreto, error que constituye un *error de tipo* (error sobre un elemento normativo del tipo)⁴⁹ que excluye siempre el dolo y con ello, por ausencia de una figura culposa paralela, la punibilidad de la conducta.

En lo de más, baste con decir lo siguiente:

Respecto de si puede considerarse secreta en los términos del tipo una información que ha llegado a ser de dominio de un círculo amplio - al punto de ser *indeterminado* - de personas (dominio público)⁵⁰, tanto el concepto mismo de secreto (si la declaración formal es condición necesaria pero no suficiente de secreto, aquélla no puede convertir en secreto lo que es de dominio público) como la concepción del delito como uno que no se funda en la mera desobediencia formal del deber de sigilo, sugieren una respuesta negativa, de modo que la revelación de ese tipo de informaciones debería considerarse atípica.

Respecto de si puede incurrir en la conducta típica quien, habiendo poseído la información secreta en su calidad de empleado público, la revela *cuando ya no ostenta esa calidad*, el principio de legalidad parece imponer la respuesta negativa⁵¹. Indudablemente se trata de un vacío lamentable, pero que sólo puede ser colmado legítimamente por el legislador, tal como hace, por ejemplo, en el art. 284, donde expresamente se hace cargo de la revelación de secretos de la fábrica en que el sujeto “*ha estado o está empleado*”.

La revelación típica de un secreto público puede verse justificada, por la vía del art. 10 N° 10, en virtud de un conjunto de normas especiales dispersas en el conjunto del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en el contexto de una investigación criminal, la autoridad que posea la información estará obligada a entregarla al Ministerio Público si así lo resuelve la Corte de Apelaciones o, en su caso, la Corte Suprema, de acuerdo con el

⁴⁹ Si bien la delimitación entre el error sobre un elemento normativo del tipo y el error de prohibición es siempre ardua, en este caso el error parece comportarse de un modo equivalente a como se comporta el error sobre la ajenidad de la cosa en el delito de hurto. No se encuentran tomas de posición al respecto en la literatura chilena. La posición defendida aquí coincide con la que se mantiene en Alemania, así, por todos, *Lenckner, Theodor / Perron, Walter en Schönke / Schröder: Strafgesetzbuch - Kommentar*, 26. Aufl., Beck, München 2006, § 203 marg. 71.

⁵⁰ Por la afirmativa *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 513; aparentemente también *Etcheberry*, T. IV, p. 227; por la negativa *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 444.

⁵¹ De otra opinión, a partir de una “interpretación teleológica” que, sin embargo, más bien parece analogía prohibida, *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 448; de la misma opinión extensiva en España *Morales Prats / Rodríguez Puerta*, Comentarios, p. 1220; como aquí, en cambio, *Feijóo Sánchez*, Comentarios, p. 1120 y s.; *Rebollo Vargas*, La revelación de secretos e informaciones, p. 144 y ss. La opinión contraria dominante en Alemania (por todos, *Lenckner / Perron en Schönke / Schröder*, § 353 b marg. 10) se funda manifiestamente en una distinta formulación legal, que en vez de tipificar la revelación *por parte de un empleado público* (y de otros sujetos activos calificados), tipifica la revelación *por parte de cualquiera de información que le ha sido confiada o de otro modo ha conocido “como empleado público”*.

procedimiento previsto en el art. 19 CPP, que debe entenderse complementado por lo dispuesto en el art. 209 CPP. En este caso se estará en presencia de una revelación típica, pero debidamente justificada por la ley.

Los alcances precisos de las causas de justificación deben analizarse diferenciadamente. Así, para emplear un ejemplo que no concierne a un secreto público pero que es muy ilustrativo, lo que se acaba de decir respecto de la revelación justificada de secretos públicos no rige respecto del *secreto profesional*, que prevalece sobre la investigación y juzgamientos de los delitos (arts. 303, 217 inciso segundo y 220 CPP), lo que hace dudar seriamente de la vigencia del *deber de denuncia* (y a la vez justificación de revelación) que pesa sobre los empleados públicos conforme al art. 175 CPP⁵², pero no parece oponerse al deber (y correlativa justificación) previsto en el art. 20 del Código Sanitario (declaración obligatoria de enfermedades transmisibles).

Es todo cuanto puedo informar en Derecho, en Santiago a 29 de diciembre de 2009.

Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto

⁵² Parecen no verlo así *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 514.