

PRESENTA ESCRITO COMO “AMICUS CURIAE”

Excmo. Tribunal Constitucional:

Alejandro Carrió, en su carácter de Presidente de la *Asociación por los Derechos Civiles (ADC)*, en la causa **C-3326/2005**, que tramita ante V.E., con domicilio en *Avenida Córdoba 795, 8º Piso*, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina y constituyéndolo a los fines de esta presentación en **[Domicilio en Chile?]** con el patrocinio de los doctores Hernán Gullco y Alejandro Segarra, a V.E., me presento y digo:

1. OBJETO

Que vengo a presentar un escrito de “*amicus curiae*” en apoyo de la posición del recurrente en tanto sostiene que la denegatoria de brindar la información requerida en el caso constituye una violación al principio de legalidad y al derecho a obtener información públicamente relevante, reconocidos –entre otros- por los artículos 13 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

Según surge de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el Director Nacional de Aduanas se negó, conforme lo autoriza la Ley 19.653, a proporcionar la información requerida por los actores en razón de considerar que la divulgación de los documentos requeridos podía afectar sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas.

3. LEGITIMACION DE LA ADC PARA EFECTUAR ESTA PRESENTACION

La “*Asociación por los Derechos Civiles*” (ADC) es una entidad sin fines de lucro, con domicilio en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina, cuyo objetivo es la promoción de los derechos fundamentales de las personas

en aquellas situaciones en que los mismos se vean amenazados, así como la defensa de los derechos básicos de las personas a través de los mecanismos legales previstos en el sistema constitucional, mediante actuaciones en el ámbito administrativo o judicial (conf. copia del Estatuto de la Asociación que se adjunta a la presente como Anexo “A”).

De allí surge claramente que esta presentación, destinada a la defensa del principio de legalidad y el derecho a la información reconocidos en la Convención Americana, coincide plenamente con los citados objetivos enunciados en el Estatuto de la ADC.

4. ADMISIBILIDAD DE ESTA PRESENTACIÓN

Un memorial de “amicus curiae”, como el presente, ha sido definido como “...una presentación ante el tribunal donde tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa que cuenten con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida...”¹.

Aún cuando dicho instituto no se encuentre previsto expresamente en la legislación procesal del Estado Chileno, existen fuertes razones para receptorarlo en los procesos regidos por dicha ley. Así, se ha dicho que “... La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial. La presentación del *amicus curiae* apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una

¹ Martín Abregú y Christian Courtis, “**Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino**”, transcripción en “**La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**”, compilado por los nombrados, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 387 y ss. A menos que se indique lo contrario, todas las citas efectuadas en este capítulo se refieren a la obra citada.

cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión...”². Por tal razón, “... La falta de previsión normativa expresa puede decidirse a favor de la admisión de esta figura en tanto constituye un medio procedimental no prohibido de ejercicio de la libertad de expresión, del derecho a peticionar ante las autoridades, y de reforzamiento del principio republicano de gobierno...”³.

Además, puede sostenerse que “... la presentación del *amicus curiae* no produce perjuicio contra ninguna de las partes del litigio, ni tiene entidad para retardar o entorpecer el proceso. El presentante no reviste carácter de parte, su posibilidad de actuación procesal se reduce al agregado de la opinión que emita al expediente...”⁴.

Esta solución encuentra sustento en el artículo 5º, 2º párrafo, de la Constitución de Chile conforme, el cual está redactado en los siguientes términos:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, *así como los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes*” (la cursiva ha sido agregada). Entre dichos tratados, se encuentra la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual incluye la aceptación, por parte del Estado Chileno, de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Precisamente, el Reglamento de la Corte prevé, en su art. 44.3 la posibilidad de presentarse en calidad de *amicus curiae* ante dicho tribunal. En consecuencia, no es razonable prohibir dicho instituto ante los tribunales nacionales en los cuales —como ocurre en autos— se discute la inteligencia de normas de la Convención Americana y autorizarlo en el procedimiento ante la

² Op. cit. pág. 388.

³ Op. cit., pág. 390.

⁴ Op. cit., pág. 391.

Corte Interamericana ante la cual se discuten las mismas cuestiones de hecho y de derecho⁵.

También resulta claramente apropiado fundar la admisibilidad formal de esta presentación en el derecho de petición reconocido en el artículo 19, nº 14, de la Constitución chilena:

“El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

En efecto, resulta indudable que el Excmo. Tribunal Constitucional es una de las “autoridades” y que el presente escrito puede ser entendido como una “petición”, a que hacen referencia la norma citada.

Finalmente, también puede ser de interés para el Excmo. Tribunal Constitucional el examen de la jurisprudencia de los tribunales de la Argentina, los cuáles han autorizado la presentación de memoriales bajo la invocación del *amicus curiae*, a pesar de que la legislación procesal de ese país no prevé en la mayoría de los casos –tal como ocurre en la legislación chilena- la posibilidad de ese tipo de presentaciones⁶. Así, por ejemplo, en la causa caratulada “**Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)**”, la Sala II de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital, en pleno, resolvió⁷, en su decisión, del 18/5/1995, aceptar la presentación de Organizaciones No Gubernamentales en la causa en carácter de *amicus curiae*. Sintéticamente reseñados⁸, la Cámara fundó su decisión en los siguientes argumentos:

- el papel de *amicus curiae* está reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan un interés válido y genuino en la cuestión discutida en la causa y acrediten una especialización en el tema que allí se debate.

⁵ Op. cit., pág. 392.

⁶ Entre los pocos tribunales argentinos, en los cuales existe una regulación expresa del “amicus curiae”, se encuentran la Corte Suprema Nacional y el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁷ Sentencia publicada en E.D. 164-212.

⁸ Para una reseña más amplia de este pronunciamiento y de otros sobre la misma cuestión, ver obra citada, pags. 396 y ss.

- debe tratarse de casos de amplio interés público;
- la intervención del *amicus curiae* se considera comprendida del art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los Reglamentos de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;
- la actuación del *amicus curiae*, limitado en principio a la esfera jurisdiccional supranacional, se ha extendido a ámbitos locales con favorable acogida (la Cámara citó el ejemplo de la jurisprudencia estadounidense).

El mismo tribunal ratificó posteriormente esta doctrina al reconocer como “amicus curiae” a la asociación “Periodistas –Asociación para la Defensa del Periodismo Independiente- y a la “Federación Argentina de Trabajadores de Prensa” en la causa “**Incidente de Thomas Catán**”, resuelta el 28/10/2002 (J.A. 2003-II-660). En dicha oportunidad, el tribunal fundó la admisibilidad de la mencionada presentación en el hecho de que, a diferencia de otras causas en que el tribunal no había aceptado la presentación de tales memoriales, en el caso no se planteaba la necesidad de “... armonizar la colaboración del *amicus curiae* con el derecho de defensa del imputado...”. Ello era así, según la Cámara, en razón de que lo debatido en el caso escapaba a “... cuestiones vinculadas a la atribución de responsabilidad de alguna persona. Por ello resulta inaplicable en este contexto la necesidad de contar con el asentimiento del imputado, que ha fundado el rechazo de este tipo de presentaciones en las causas recién citadas” (considerando 2º). Otros tribunales federales también han aceptado la intervención en el proceso de los “amicus curiae” (ver, para una reseña de dicha jurisprudencia, el artículo de Víctor Bazán, “**El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad**”, publicado en J.A. 2003-II-997, especialmente punto VI).

En el caso específico de la ADC, distintos tribunales argentinos han aceptado la admisibilidad formal de sus presentaciones en el mencionado carácter de “*amicus curiae*”.

Entre ello, resulta importante destacar los argumentos utilizados en el caso “**Klass, Ricardo Jorge s/ denuncia**”, expediente nº **2.512**, en el cual la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego declaró formalmente admisible la presentación de un escrito de “amicus curiae” realizado por la ADC con los siguientes fundamentos:

“... cabe expresar que este Tribunal no tiene reparos en aceptar el agregado de opiniones que, con fundamentos jurídicos y reconocida idoneidad, transmiten al proceso la interpretación que consideran adecuada al caso, cuando este pueda contener cuestiones que, en principio, pudieran involucrar la efectiva vigencia de garantías constitucionales y la misma defensa técnica del imputado y éste, propician la presentación. *En este aspecto no pueden ni deben desalentarse tales manifestaciones, en la medida que ello colabora con la debida información y publicidad de los actos propios del Poder Judicial*” (Resolución del 1.7.2005; voto del juez Muchnik, considerando I; la cursiva ha sido agregada).

En sentido coincidente su colega, el juez Tabarez Guerrero, dijo:

“... con relación a la presentación efectuada en términos de *amicus curiae* oportunamente este Tribunal no rechazó la misma (ver fs.486). Desde ya estoy de acuerdo con el desarrollo argumental expuesto en el voto del juez Muchnik.

“A ello habría que agregar que esta figura ya ha sido receptada en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos y también encuentra precedentes en el derecho argentino entre los que se destaca su admisión por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Capital Federal en la causa 761 –hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada.

“Si bien este instituto no se encuentra expresamente previsto en nuestro ordenamiento procesal local, tampoco se encuentra prohibido. Y, al respecto se ha dicho con acierto que ‘... *La falta de previsión normativa expresa puede decidirse a favor de la admisión de esta figura en tanto constituye un medio procedimental no prohibido de ejercicio de la libertad de expresión, del derecho a peticionar ante las autoridades y de reforzamiento del principio republicano de gobierno...*’ (Martín Abregú-Christian Courtis, Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino, artículo publicado en ‘La aplicación de

los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales’, pág.390, Editores del Puerto, 1º reimpresión, 2004)’...” (considerando II; la cursiva está en el original).

Por su parte, en el caso “**Curel, Gastón y otros en Mansilla Cuello, Enrique y otros c. Municipalidad de Mendoza**”, la Sala I de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza declaró recientemente la admisibilidad de un escrito de “*amicus curiae*” presentado, entre otros, por la “*Asamblea Permanente de Derechos Humanos*”. En el voto de la jueza Kemmelmajer de Carlucci, se desarrollan interesantes consideraciones acerca de los orígenes y finalidad de la citada institución que a continuación se transcriben parcialmente:

“En una concepción amplia, el *amicus curiae* es la persona que interviene en un proceso para asistir al tribunal dando información sobre cuestiones de hecho o de derecho (Montoya, Mario D., ‘Amicus Curiae. Amigo de la Corte y casos’, test, LA LEY, 1992-D, 1225); se trata de un medio procesal adecuado para suministrar a los jueces la mayor cantidad posible de elementos de juicio para dictar una sentencia justa.

“Cueto Rúa enseña que en el mundo anglosajón, donde la figura ha tenido gran desarrollo, la práctica actual tiene un significado distinto al tradicional. Ya no se trata de ilustrar el juez como amigo del tribunal sino de auspiciar, apoyar o promover la causa de uno de los litigantes. En la actualidad no se le exige neutralidad. Sí se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso, sobre su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, aún a sabiendas de que el *amicus* es el *amicus* del actor o del demandado (Cueto Rúa, Julio C., ‘Acerca del *amicus curiae*’, LA LEY, 1988-D, 721; conf. Bazán, Víctor, ‘El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad’, JA, 2003-II-997; del mismo autor, ‘A propósito de la viabilidad del *amicus curiae* pese a la inexistencia de previsión

legal que lo instaure’, Rev. de D. Administrativo, año 15, 2003, p. 215; Pagés Lloveras, Roberto, ‘E amicus curiae’, JA, 2004-I-803).

.

“Por mi parte, pienso que el amicus curiae puede ser útil para el tribunal en todos aquellos casos en los que, como el planteado en este expediente, el tema constitucional planteado excede el mero interés de las partes y configura materia socialmente sensible (Sola, Juan V., ‘Control judicial de constitucionalidad’, Bs. As., Ed. A. Perrot, 2001, p. 304)” (sentencia del 3.2.2006, publicada en LL Gran Cuyo 2006 –abril- 326; la cursiva ha sido agregada).

Por todo lo expuesto, parece razonable concluir que en el caso se encuentran satisfechos los requisitos exigidos normalmente, por la doctrina y la jurisprudencia, para aceptar la admisibilidad de la presentación de escritos de “amicus curiae”.

Así, en primer lugar, la cuestión discutida involucra un “amplio interés público” ya que resulta evidente que los planteos formulados por el recurrente (el reconocimiento del principio de legalidad y del derecho a acceder a información públicamente relevante), es un aspecto central de cualquier democracia constitucional y la decisión que al respecto adopte en este caso el Excmo. Tribunal Constitucional excederá en mucho las fronteras nacionales y tendrá repercusión en todos los países que integran el sistema interamericano de derechos humanos.

Finalmente, tal como surge del escrito que se ha acompañado a esta presentación, la intervención de la ADC cuenta con la expresa autorización del actor y de su abogado patrocinante.

5. LAS CUESTIONES DE FONDO

5.1. La importancia central del principio de legalidad

El artículo 30 de la Convención Americana reconoce expresamente el principio de legalidad en los siguientes términos:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una opinión consultiva sobre la interpretación del término “leyes” empleado por el citado art 30 de la Convención. La consulta fue originada por el Gobierno de Uruguay, y su objeto consistía definir si la expresión “leyes” se refiere a leyes en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución-, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico.

En esa oportunidad la Corte Interamericana expresó que:

“La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder...No es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos -fundamentales pueden ser restringidos

por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general”. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. (conforme **OC-6/86** del **9 de mayo de 1986**, parr. 22 y 24).

En un caso posterior, la Corte ratificó estos principios respecto de los requisitos de validez de las restricciones al derecho a salir de una persona:

“124. En relación con el requisito de legalidad de las restricciones a los derechos de circulación, de residencia y de salir del país, *el Comité de Derechos Humanos señaló que las condiciones en que pueden limitarse esos derechos deben estar determinadas por ley, por lo que las restricciones no previstas en la ley o que no se ajusten a los requisitos establecidos en el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, serían violatorias de los referidos derechos.* Asimismo, el Comité indicó que al aprobar leyes que prevean las restricciones permitidas, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho; así como, también, deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación⁹.

“125. En primer término, *la Corte destaca la importancia de la vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de salir del país en una sociedad democrática, dada la alta incidencia que dicha restricción tiene en el ejercicio de la libertad personal. Por ello, es necesario que el Estado defina de manera precisa y clara mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país. La falta de regulación legal impide la aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3 de la Convención,*

⁹ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27, *supra* nota 135, párrs. 12 y 13.

así como también impide al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida. No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad¹⁰ (caso “**Canese v. Paraguay**”, sentencia del 31.8.2004; la cursiva ha sido agregada).

Por otra parte, además de los argumentos que acabamos de desarrollar sobre la importancia y alcance del principio de legalidad para todo el sistema republicano en general, existen obligaciones específicas impuestas a las autoridades de respetar el principio de legalidad en el campo de la libertad de expresión.

Así, el artículo 13.2. de la Convención Americana dispone expresamente que el ejercicio del derecho a la libre expresión “... no puede estar sujeto a censura sino a responsabilidades ulteriores, *las que deben estar expresamente fijadas por la ley...*” (la cursiva ha sido agregada). Por cierto que también en este punto también resulta directamente aplicable la doctrina enunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que el concepto de “ley” debe ser entendido *que se refiere exclusivamente a una norma genera emanada del Poder Legislativo* (conf. Opinión Consultiva nº 6, y caso “Canese”, cit.).

Posteriormente, los citados principios fueron aplicados expresamente por la Corte Interamericana al campo específico del derecho a la

¹⁰ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 108 y 115; Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 157; y Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121.

información en el caso “**Claude Reyes c. Chile**” (sentencia del 19.9.2006, especialmente parr.89).

La doctrina y la jurisprudencia comparada también consideran que es esencial que las decisiones centrales en punto a que la regulación de los derechos individuales hayan sido adoptadas por los representantes del pueblo reunidos en el Parlamento.

Así, el profesor argentino Carlos Nino señala sobre el punto:

“No solamente el Congreso por su carácter colegiado actúa mediante discusión (que también puede darse en el seno del gobierno) tiene un carácter público que hace que ella retroalimente e debate en el ámbito de la sociedad en general. Por otro lado, el carácter pluralista del Parlamento contribuye a que la orientación general deba ser consensuada entre sectores con ideologías e intereses diferentes, cuando o bien no hay ninguno de ellos que tenga la mayoría necesaria para impulsar por sí misma, o bien cuando la intensidad del conflicto entre intereses contrapuestos o cuando la profundidad de las reformas que deben encararse, requieren un consenso vasto. La forma más directa y frecuente de hacer efectiva estación función de orientación es mediante la *legislación*, que tiene el carácter general, abstracto y original que se adecua a la fijación de un marco de equilibrio y extensión de derechos que, a la vez, condicione las posibilidades de acción del gobierno y le concedan cierta libertad de movimientos en materia instrumental” (“**Fundamentos de Derecho Constitucional**”, Buenos Aires, 1992, páginas 531/532).

Esta posición resulta plenamente coincidente con las pautas elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia alemanas que exigen, con fundamento en el principio de organización democrática del Estado, que las decisiones de los poderes públicos que pueden afectar el ejercicio de derechos fundamentales –como ocurre en el caso- deben estar fundadas en una declaración expresa del Parlamento (conf. Jarass/ Piertoh, “**Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**”, Munich, 1995, págs. 422 y ss.).

El profesor Bernard Schwartz, uno de los más destacados especialistas estadounidenses en derecho administrativo, se expresa en el mismo sentido: "...En un sistema representativo es función de los representantes del pueblo efectuar las decisiones difíciles que son necesarias para fijar las políticas públicas significativas. Cuando el Congreso delega sus poderes en forma global, con la sola limitación de un vago estándar de 'interés público', está renunciando a su función de realizar las decisiones difíciles sobre las políticas públicas. Si, en consecuencia, las elecciones respecto de las políticas públicas son retiradas del proceso político, también son retiradas del control popular. Permitir que los representantes del pueblo se saquen de encima la responsabilidad respecto de las decisiones en temas de políticas públicas en beneficio de los expertos administrativos, es permitirles votar a favor del paternalismo y en contra de la democracia..." (**"Administrative Law. A Casebook"**, Little, Brown and Company, 1994, página 118).

La consecuencia directa de este principio fundamental es que el Poder Legislativo no puede transferir las facultades que le ha conferido la Constitución a otro departamento del Estado.

Así, como lo explica un tradicional autor de derecho constitucional estadounidense: "Uno de los principios establecidos en el derecho constitucional es que el poder conferido a la legislatura para hacer las leyes no puede ser delegado por ese departamento a ningún otro cuerpo o autoridad. Cuando el poder soberano del Estado ha localizado la autoridad, allí debe quedar, y sólo mediante esa agencia constitucional pueden ser hechas las leyes hasta tanto la Constitución misma sea modificada. El poder a cuya decisión, sabiduría y patriotismo se ha conferido tal prerrogativa no puede liberarse de esa responsabilidad eligiendo a otras agencias a las cuales tal poder sería encomendado, ni puede sustituir el juicio, sabiduría y patriotismo de cualquier otro organismo en lugar de aquel único al cual el pueblo ha considerado adecuado conferirle esta confianza soberana" (Willoughby, **"The Constitutional Law of the United States"**, Volumen III, página 1636, 2º edición, Nueva York,

1929 quien transcribe la opinión de Cooley en su obra “**Constitutional Limitations**”).

El mismo criterio ha sido adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la mencionada Opinión Consultiva 6/86 al señalar que, si bien el principio de legalidad no prohibía absolutamente las delegaciones legislativas, aquellas debían cumplir con requisitos estrictos:

“36. Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, *de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención*” (fallo citado; la cursiva ha sido agregada).

5.2. Los estrictos límites que el artículo 13 de la Convención Americana impone a los poderes públicos para restringir el derecho a la libre expresión

El derecho a la libre expresión reconocido en el citado art.13 (del cual el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones resulta ser una parte esencial) sólo puede ser restringido válidamente bajo requisitos sumamente estrictos.

Es decir, además del requisito mínimo (mencionado en el punto anterior) de que las citadas restricciones deben estar fundadas en una norma general emanada del Poder Legislativo, aquéllas deben satisfacer además las pautas que se encuentran previstas en el artículo 13.2 de la Convención Americana.

En efecto, tal como lo ha señalado en varias oportunidades la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “... la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es

también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre” (Caso “**Herrera Ulloa c. Costa Rica**”, sentencia del 2.7.2004, parr.112 y sus citas).

En el citado precedente, la Corte recordó su jurisprudencia la cual también había señalado que existía “... una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.” (caso “Herrera Ulloa”, cit., parr.116).

Por otra parte, si bien la Corte Interamericana ha reconocido que el derecho a la libre expresión “no es absoluto”, ha efectuado la importante aclaración de que las restricciones al citado derecho “... no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. *Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.*

“121. Respecto de estos requisitos la Corte señaló que:

la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, *dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo*” (Caso “Herrera Ulloa”, cit.). Esta doctrina fue ratificada reciente por la Corte Interamericana en el caso **“Palamara Iribarne c. Chile”** (sentencia del 22.11.2005).

Finalmente, corresponde agregar que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹ se ha hecho hincapié en este principio fundamental: “... el Tribunal reitera que la libertad de expresión resulta aplicable *no solo a la ‘información’ o a las ‘ideas’ que son recibidas favorablemente o que son consideradas inofensivas o que causan indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, conmueven o perturban al Estado o a algún sector de la comunidad. Además, la libertad periodística también cubre la posible utilización de cierto grado de exageración o aún de provocación*” (Caso **“De Haes y Gijssels v. Bélgica”**, sentencia del 24.2.1997, parr.47; la cursiva ha sido agregada).

¹¹ La jurisprudencia del Tribunal Europeo es considerada fundamental para la Corte Interamericana al momento de determinar la validez de las restricciones ulteriores a la libertad de expresión en los términos del artículo 13 de la Convención Americana (conf. caso “Herrera Ulloa”, cit., parr.112).

5.3. El derecho de acceso a la información como requisito para el funcionamiento del sistema democrático y republicano de gobierno

Los mismos principios resultan aplicables al derecho específico a recibir informaciones de relevancia pública ya que el acceso a la información es una condición de todo sistema democrático de gobierno y esta íntimamente relacionado con dos de los principios distintivos del sistema republicano de gobierno: la publicidad de los actos y la transparencia de la administración pública. La información funciona como un instrumento de control institucional íntimamente vinculado al concepto participativo de la democracia y al respeto de los derechos fundamentales. En el marco institucional republicano y democrático, los funcionarios públicos son responsables de las decisiones que adoptan, y los individuos particulares tienen el derecho y el deber de controlar y evaluar la toma de tales decisiones.

Para que los individuos puedan tomar decisiones informadas, deben contar con la mayor cantidad de información posible y esto no es viable si, institucionalmente, no se toman medidas concretas tendientes a asegurar la disponibilidad y fácil acceso a tal información. La información que el estado posee y produce es de la comunidad política. Solo si los ciudadanos se informan sobre los distintos programas o políticas de gobierno que afectan su vida diaria, estarán mejor posicionados para participar en la vida política, incidir en la dirección de las políticas públicas, evaluar a sus gobernantes y ejercer responsablemente sus derechos y obligaciones civiles y políticas.

En este entendimiento, “**El control efectivo de los ciudadanos sobre las acciones públicas** requiere no solo una abstención por parte del Estado de censurar información, sino que **requiere la acción positiva de proporcionar información a los ciudadanos**. Es evidente que sin esta información, a la que todas las personas tienen derecho, no puede ejercerse la libertad de expresión como mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental” (Libertad de Expresión en las Américas-Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad

de Expresión, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH 2003, p, 130. El resaltado nos pertenece).

En virtud del principio de publicidad de los actos de gobierno los poderes del Estado tienen la obligación de dar cuenta de sus actos y por ende, de difundir toda información no reputada como secreta o reservada por otra norma.

Como indica el Relator Especial para la libertad de Expresión en el Informe 2001 **“La falta de participación de la sociedad en el conocimiento de información que los afectaría directamente impide el desarrollo amplio de sociedades democráticas** exacerbando posibles conductas corruptas dentro de la gestión gubernamental y promoviendo políticas de intolerancia y discriminación. **La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones.** El interés preferentemente tutelado en el artículo 13 de la Convención es la formación de la opinión pública a través del intercambio libre de información y una crítica robusta de la administración pública...”. (En: <http://www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=137&IID=2>. EL resaltado nos pertenece).

Estos principios fueron también claramente expresados por la Corte Interamericana en el citado caso “Claude Reyes c. Chile”:

“75. La jurisprudencia del Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo¹².

¹² Cfr. *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 69; *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 77-80; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de

“76. En este sentido la Corte ha establecido que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende ‘no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole’¹³. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información.

“77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad

julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 108-111; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 146-149; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrs. 64-67; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 30-33 y 43.

¹³ *Cfr. Caso López Álvarez, supra nota 72, párr. 163; Caso Ricardo Canese, supra nota 72, párr. 77; y Caso Herrera Ulloa, supra nota 72, párr. 108.*

de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea¹⁴.

Es por ello que en la mencionada decisión la Corte Interamericana reiteró su conocida jurisprudencia de que las restricciones a la libertad de información debían estar "... orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho" (parr.91).

A su vez, no existe duda alguna que la tutela efectiva de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos supone necesariamente la plena vigencia del sistema democrático de gobierno y que toda restricción a esos derechos debe respetar los principios fundamentales que surgen de dicha forma de gobierno.

Ello fue claramente explicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva nº **5/85**, sobre la "*Colegiación Obligatoria de Periodistas*" al interpretar el alcance del concepto "*bien común*" utilizado en el artículo 32.2. de la Convención Americana:

"66. Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. *En tal sentido, puede*

¹⁴ Cfr. *Caso López Álvarez*, supra nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, supra nota 72, párr. 80; y *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 72, párrs. 108-111.

considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. De ahí que los alegatos que sitúan la colegiación obligatoria como un medio para asegurar la responsabilidad y la ética profesionales y, además, como una garantía de la libertad e independencia de los periodistas frente a sus patronos, deben considerarse fundamentados en la idea de que dicha colegiación representa una exigencia del bien común” (la cursiva ha sido agregada).

Estos principios fueron ratificados expresamente por la Corte Interamericana:

“84. Este Tribunal ha expresado que ‘[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte’, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”¹⁵. La Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información¹⁶.

“85. La Corte Interamericana ha hecho referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que

¹⁵ Cfr. Caso YATAMA. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 192; y *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 34.

¹⁶ Cfr. *supra* nota 75.

[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre¹⁷.

“86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

“87. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública¹⁸. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor

¹⁷ *Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 72, párr. 82; Caso Herrera Ulloa, supra nota 72, párr. 112; y Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 72, párr. 70.*

¹⁸ *Cfr. Caso Palamara Iribarne, supra nota 72, párr. 83; Caso Ricardo Canese, supra nota 72, párr. 97; y Caso Herrera Ulloa, supra nota 72, párr. 127. En el mismo sentido, cfr. Feldek v. Slovakia, no. 29032/95, § 83, ECHR 2001-VIII; y Surek and Ozdemir v. Turkey, nos. 23927/94 and 24277/94, § 60, ECHR Judgment of 8 July, 1999.*

participación de las personas en los intereses de la sociedad” (caso “Claude Reyes”, cit.).

5.4. La aplicación de los principios reseñados al presente caso

Los argumentos desarrollados en los puntos anteriores nos permiten arribar, sin dificultad, a las siguientes conclusiones:

a) El principio de legalidad es un elemento esencial de toda sociedad democrática. Ello significa que toda regulación estatal que afecte directamente los derechos de las personas requiere, como condición mínima e indispensable de validez constitucional, que aquella haya sido adoptada por el Poder Legislativo;

b) Tal requisito es particularmente importante en el ámbito de la libertad de expresión, con el objeto de asegurar que su ejercicio no se verá afectado por decisiones discrecionales, arbitrarias y unilaterales adoptadas por el poder ejecutivo;

c) Entre las restricciones ilegítimas que en forma más grave puede afectar a la libertad de expresión, se encuentra la manipulación arbitraria y discrecional de sus facultades por parte del poder ejecutivo para rechazar los pedidos de particulares destinados a obtener información que sea públicamente relevante, con fundamento en pautas vagas, tales como la “seguridad nacional” o la naturaleza supuestamente “confidencial” de la información requerida. Por tal razón, es decisivo que en ese ámbito toda regulación sobre el acceso a la información pública por parte de particulares se encuentre prevista, en forma detallada, por una ley emanada del poder legislativo, en la cual se establezcan con precisiones los supuestos en que corresponde no hacer lugar a los pedidos de información de los individuos.

La aplicación de estos principios a nuestro caso demuestra claramente que la negativa de los poderes públicos en el caso de proporcionar la

información requerida no resulta compatible con los artículos 13 y 30 de la Convención Americana.

En efecto, el examen de los fundamentos empleados por la Corte de Apelaciones en el caso para rechazar la petición del actor demuestra claramente, en nuestra opinión, que el Legislador Nacional no ha cumplido con la obligación que le imponía el artículo 30 de la Convención Americana

Ello es así porque, tal como surge de la reseña efectuada en el Punto 2 de esta presentación, el Poder Legislativo, en lugar de establecer en forma clara y precisa los supuestos en que corresponde denegar la información solicitada, se ha limitado a enunciar una pauta sumamente vaga (si divulgación o entrega de aquélla *“afecta sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas”*, dejando totalmente en manos de la Administración la determinación en el caso concreto de dicha pauta.

Ello significa que el Organismo Legislativo *“ha renunciado a su función de realizar las decisiones difíciles sobre las políticas públicas”* (conf. Schwartz, cit) y, en consecuencia, *“ha desvirtuado el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”* (conf. OC.6/86, cit.).

En definitiva, la norma legislativa en cuestión no se ajusta a los principios fundamentales del Estado de Derecho, que ya fueron recordados en esta presentación: “El poder a cuya decisión, sabiduría y patriotismo se ha conferido tal prerrogativa no puede liberarse de esa responsabilidad eligiendo a otras agencias a las cuales tal poder sería encomendado, ni puede sustituir el juicio, sabiduría y patriotismo de cualquier otro organismo en lugar de aquel único al cual el pueblo ha considerado adecuado conferirle esta confianza soberana” (Willoughby, “The Constitutional Law of the United States”., cit.).

Es claro, entonces, que los estándares vagos e indefinidos fijados por el Poder Legislativo en el caso, cuya concreción ha quedado totalmente en manos de la Administración, en forma alguna satisface el principio de que las

restricciones a la libertad de expresión “*deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo*” y, por consiguiente, “*entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido*” (conf., entre otros, casos “Herrera Ulloa” y “Claude Reyes”, cit.).

En consecuencia, si se parte de la premisa de que el citado artículo 5º, 2º párrafo de la Constitución, establece que todo conflicto entre la normas nacionales emanadas de los poderes legislativo y ejecutivo, por un lado, y la Convención Americana por el otro, debe ser resuelto a favor de esta última, es fácil concluir que le asiste razón al recurrente en tanto sostiene que en el caso se ha configurado una violación al principio de legalidad y al derecho de información.

6. PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicito:

- a) Se tenga a la *Asociación por los Derechos Civiles (ADC)* como “*Amicus Curiae*” en la presente causa y por constituido el domicilio legal indicado.
- b) Se tenga por presentado el memorial de “*Amicus Curiae*”, junto con las copias del estatuto de la ADC (Anexo “**A**”). Oportunamente, se tengan en cuenta los argumentos jurídicos expuestos en el citado memorial, en oportunidad de dictarse sentencia en la presente causa.