

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SEGURIDAD DE LA NACIÓN

AUTOR

PABLO ANDRÉS CONTRERAS VÁSQUEZ

DIRECTOR DE TESIS

ÁLVARO VILLANUEVA ROJAS

SANTIAGO, JUNIO DE 2010

MAGÍSTER GOBIERNO Y SOCIEDAD

A Fernanda, con quien comparto mis mejores secretos

AGRADECIMIENTOS

El autor desea agradecer las precisiones y comentarios efectuados a distintos borradores y apuntes previos por Gonzalo García, Raúl Letelier, Tomás Jordán, Miguel Ángel Fernández, Rodrigo Coloma, Álvaro Villanueva y Enrique Rajevic. Adicionalmente, desea agradecer a todos los participantes del Seminario³ efectuado en la Universidad Alberto Hurtado el 03 de mayo de 2010, donde se analizó un primer borrador del análisis sobre las leyes secretas. Dicha investigación, además, contó con el financiamiento del Fondo Concursable de Investigaciones Jurídicas 2009-2010, otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

ÍNDICE

	Página
RESUMEN	7
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	10
1. Democracia y transparencia	10
2. Sobre la transparencia y el acceso a la información pública	12
3. Esquema de trabajo	14
CAPÍTULO I	
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL	16
1. El derecho de acceso a la información pública en la Constitución Política de la República	16
2. La estructura normativa del derecho de acceso a la información pública	19
3. Aspectos particulares del derecho de acceso a la información pública	23
3.1 Acceso a la información como derecho a la verdad	23
3.2 Libertad de expresión de funcionarios públicos y acceso a la información	25
3.3 Acceso a la información como derecho y el secreto como garantía institucional.	26
4. El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia	27
4.1 Jurisprudencia nacional	28
a) Tribunal Constitucional	28
b) Consejo para la Transparencia	29
4.2 Jurisprudencia internacional	31

a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos	31
b) Corte Interamericana de Derechos Humanos	33
c) Comparación entre la posición del TEDH y la CIDH	35
CAPÍTULO II	
LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN COMO CAUSAL	
DE RESERVA DE INFORMACIÓN	38
1. Sobre el concepto de seguridad de la Nación	38
1.1 Seguridad de la Nación como bien público colectivo de rango constitucional	38
1.2 Concepto esencialmente controvertido y de alto grado de indeterminación	40
2. El reconocimiento legal y constitucional de la seguridad de la Nación como causal de secreto	43
2.1 Las normas sobre secreto en la Constitución Política de la República	44
2.2 Las normas de la LT	45
2.3 Otras disposiciones legales en materia de seguridad de la Nación	48
a) Validez formal del artículo 436 del Código de Justicia Militar	51
b) Validez material del artículo 436 del Código de Justicia Militar	54
3. Ponderación del derecho de acceso a la información pública y el resguardo de la seguridad de la Nación	56
3.1 El test de daño	56
a) Afectación de la seguridad de la Nación	58
b) Criterio de determinación de la afectación del bien	60
c) El examen de afectación	62
d) Aplicación del criterio de afectación en situaciones concretas: tiempo de paz/guerra	64
3.2 Sobre la dimensión institucional del derecho de acceso a la información	66

3.3 Los problemas probatorios	67
a) Órgano competente para determinar la afectación de la seguridad de la Nación	68
b) Proceder de los órganos en la aplicación del test de daño: cargas de prueba y cargas de argumentación	70
c) Revisión de órganos controladores en materia de denegación de información	73
4. A modo de conclusión: criterios para resolución de antinomias	75
CAPÍTULO III	
LEYES SECRETAS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	81
1. Presentación	81
2. Sobre el proyecto de ley de desclasificación de textos legales secretos	81
3. Características comunes de las leyes secretas	86
4. Análisis de las leyes secretas chilenas	87
5. Sobre la constitucionalidad de las leyes secretas	92
5.1 Principio de publicidad y leyes secretas	92
a) Fundamento democrático y el sentido fuerte de la publicidad	93
b) Leyes secretas y restricciones al principio de publicidad	95
5.2 Derecho de acceso a la información pública y leyes secretas	97
a) Sobre el alcance del contenido esencial de los derechos	97
b) El contenido esencial del derecho de acceso a la información pública	101
6. Balance	104
CONCLUSIONES	106
ANEXO	108
BIBLIOGRAFÍA	115

RESUMEN

La presente investigación indaga sobre los alcances del acceso a la información pública entendido como derecho fundamental, por un lado, y sus límites, específicamente, el resguardo de la seguridad de la Nación, por el otro. Para ello, primero, se analiza la estructura normativa de derecho fundamental que reviste el acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico chileno y analiza las consecuencias de esto, específicamente, en relación con reglas de reserva y secreto. En este sentido, primero se describen las normas a partir de las cuales se reconoce la protección de un derecho de acceso a la información pública y se apuntan las opiniones de los juristas y las decisiones de tribunales nacionales e internacionales. Especialmente, se atiende a la definición que hace de este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se compara este razonamiento con el de su par europeo.

En segundo lugar, se analizan en términos críticos las limitaciones del derecho de acceso a la información pública en base a razones de protección de la seguridad de la Nación. Se analiza el concepto de seguridad de la Nación como un bien jurídico de carácter constitucional, por un lado, y de su grado de indeterminación normativa, por el otro. A partir de ello, se detallan las normas sobre secreto que consagra la Constitución Política y las normas legales que autorizan la reserva de información en virtud del resguardo de la seguridad de la Nación. Específicamente, se revisa el problema de la validez de una norma legal sobre secreto que fue dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma al artículo 8° de la Constitución Política.

A partir de estos dos conceptos, el trabajo analiza la forma de conciliar y armonizar el derecho de acceso a la información pública, por un lado, y la protección de la seguridad de la Nación, por el otro. Para ello, se analizan los criterios de la ponderación entre el derecho en cuestión y el bien colectivo enfocándose, especialmente, en el test de daño

como forma de calibrar el riesgo en la eventual entrega de información pública. Adicionalmente, el método de la ponderación se complementa con la evaluación de la dimensión institucional del acceso a la información pública –en conexión con el régimen democrático– y los problemas probatorios en un proceso de amparo a solicitudes de información disponible a la ciudadanía.

El trabajo culmina con el examen de uno de los aspectos particulares de la reserva de información, en materia de seguridad de la Nación: el problema de las leyes secretas. Para ello, se analiza el proyecto de ley que actualmente busca desclasificar los textos legales secretos y se realiza un breve estudio sobre la naturaleza y características de estos cuerpos legales. Con dicha información, se verifica la constitucionalidad de este tipo de leyes a la luz del principio constitucional de transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CGR	Contraloría General de la República
CJM	Código de Justicia Militar
CPR	Constitución Política de la República
CT	Consejo para la Transparencia
DAIP	Derecho de acceso a la información pública
DO	Diario Oficial
FFAA	Fuerzas Armadas
LT	Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado (Ley No. 20.285)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

1. Democracia y transparencia

Desde hace algunos años, la pregunta sobre la democracia ha girado desde su concepto y requisitos mínimos sobre el gobierno democrático a los desafíos y la calidad de esta forma de gobierno¹. Con el aumento del número de Estados que se acogen a este tipo de régimen, las condiciones que aseguran una institucionalidad democrática fuerte pasan a cobrar especial relevancia como objeto de estudio. Una de esas condiciones es la transparencia de la función pública. Se trata de un requisito ineludible de toda democracia y un componente ausente en regímenes autoritarios. El secreto, como bien se ha señalado, es parte de aquellos factores que se emplean para la efectividad del poder². Cuando el gobierno es ajeno a la decisión de los ciudadanos –como en las monarquías absolutas o en los gobiernos autoritarios– su efectividad faculta que los fundamentos de las decisiones o, incluso, las decisiones mismas, puedan ser tomadas al margen del conocimiento del pueblo en su conjunto. La transparencia, por el contrario, se erige como una de las condiciones que permiten desarrollar y expandir la utopía del gobierno colectivo, a través de la rendición de cuentas y el control de los gobernantes. Esta posibilidad de los regímenes democráticos tendría además, según se sostiene, sinergias positivas para temas tan diversos como la tutela de derechos fundamentales o el resguardo del erario nacional³. Permitiría fiscalizar, por lo tanto, no sólo los abusos del poder que afectan a los ciudadanos en sus derechos, sino también las conductas de corrupción que menoscaban el erario público o las decisiones ineficientes en materia de políticas públicas.

¹ BOBBIO (1996).

² BOBBIO (1996), pp. 94-118; Íd. (2009), pp. 431-448.

³ LAVALLE (2009), pp. 65ss.; TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2008). La Organización de Estados Americanos (OEA) ha sido igual de énfatica sobre el rol que cumple el acceso a la información pública para el fortalecimiento de la democracia. Véase la Resolución 2288/07 surgida de la sesión plenaria de junio de 2007.

En este contexto, el acceso a la información pública es una de las políticas públicas privilegiadas para favorecer la transparencia y que sólo cobra pleno sentido únicamente en los regímenes democráticos de gobierno. En estos Estados, existe una Sociedad Civil que opera con independencia de la órbita burocrático estatal y que recaba información con el objeto de efectuar el control del funcionamiento de los órganos estatales. Adicionalmente, gracias a un marco normativo que establece libertades cívico-políticas, es posible un espacio político de discusión que es distinto de los canales institucionales de selección de autoridades y de elaboración de normas colectivamente vinculantes. En otras palabras, la deliberación democrática sobre los asuntos comunes no está radicada exclusivamente en las autoridades que cuentan con poder de imperio, sino que se genera en un marco más amplio en donde intervienen grupos de interés, la opinión pública y los partidos políticos. En ese marco, los ciudadanos razonan y contribuyen a un discurso de fundamentación de normas jurídicas que son de facto impuestas obligatoriamente⁴. La Sociedad Civil, actúa como protagonista de este espacio público o de la opinión pública (*öffentlichkeit*). Si bien la distinción entre el espacio público y el privado ya aparecía con la antigüedad⁵, es con la modernidad y en parte, gracias al liberalismo burgués, cuando pasa a adquirir un componente normativo central para el funcionamiento debido de los regímenes democráticos.

Este es el contexto en donde transparencia y democracia se relacionan y se implican mutuamente. Para que se genere el debate democrático y se efectúe el control de la acción de los gobernantes es necesario el cumplimiento de requisitos tales como la transparencia de la función pública y de los fundamentos en virtud de los cuales las autoridades toman las decisiones que les compete. Evidentemente, la transparencia por sí sola no justifica ni dota de racionalidad a tales decisiones; empero, permite o habilita a que sean los ciudadanos los que puedan evaluar el mérito político de las medidas

⁴ HABERMAS (1998), pp. 186-197.

⁵ HABERMAS (1991); ROSALES (1998), pp. 233ss.

adoptadas. El presupuesto de evaluación crítica es, por lo tanto, la existencia y disponibilidad de información. Para ello, el Estado puede arbitrar diversos medios.

2. Sobre la transparencia y el acceso a la información pública

El acceso a la información pública es uno de los mecanismos más utilizados en materia de transparencia del Estado. Se trata de una política pública compleja que requiere el concurso de varios agentes y un esfuerzo prolongado en el tiempo. En los últimos años, diversos países han implementado reformas legislativas con el objetivo de promover el acceso de ciudadanos a la información que se dispone en poder de organismos del Estado⁶. Chile no es la excepción: después de diversos intentos, en el año 2008 se promulga una nueva Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado (Ley 20.285, en adelante, LT)⁷. Esta legislación entró en vigencia hace poco más de un año y como tal, merece un análisis crítico que permita evaluar sus aciertos y sus defectos.

Como toda legislación de acceso a la información, se trata de una medida de transparencia que tiene múltiples objetivos institucionales: por un lado, busca reforzar el régimen de rendición de cuentas que se establece con la democracia; en la misma línea, controlar la corrupción; por otra parte, se estima que es un mecanismo esencial para la tutela de los derechos de las personas; finalmente, se ha sostenido que el acceso a la información pública es en sí un derecho fundamental. Se trata de diversas finalidades, en ocasiones difíciles de conciliar o medir. El análisis teórico que se presenta busca recabar

⁶ FLORINI (2007), pp. 1-16; en el Derecho internacional, véase a LAVALLE (2009), pp. 80-89.

⁷ El trayecto histórico de políticas de transparencia, luego de la dictadura militar, es complejo y ha operado en distintos niveles. Los autores están contestes en admitir que su origen se encuentra en la Comisión de Ética Pública XXX que se formó en el gobierno de Eduardo Frei. Uno de sus hitos principales fue la modificación a la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, que fue conocida popularmente como “Ley de Probidad” (Ley No. 19.653, D.O. 14/12/1999) y que estableció por primera vez un DAIP, con garantías jurisdiccionales. Un excelente recuento y evaluación de las políticas de probidad y de transparencia puede ser encontrado en RAJEVIC (2009). Cfr. la opinión de REHREN (2008).

antecedentes, evaluar potenciales problemas y ofrecer criterios de resolución para las dificultades que se susciten en la práctica cotidiana de la aplicación de la LT.

Este trabajo tiene por objetivo investigar la dimensión del derecho fundamental de acceso a la información pública. Su justificación radica en la importancia de este derecho en su conexión con el Estado democrático y su protección instrumental para la tutela de otros derechos. En tal contexto –y actualmente contando con una política pública que habilita el ejercicio de este derecho– nos proponemos profundizar en una de las aristas del derecho: sus límites. Actualmente, el acceso a la información pública puede tener límites en el secreto motivado por el resguardo del debido funcionamiento de los órganos del Estado, de los derechos de las personas, de la seguridad de la Nación o del interés nacional. Todas estas cláusulas podrían restringir el derecho con tal intensidad que se vuelva ineficaz o, en otras palabras, inexistente. Evidentemente, si el propósito deliberado de la política es promover la transparencia estatal, es especialmente relevante describir y comprender cómo se concilia este derecho con sus límites que autorizan el secreto de información pública. Por esta razón, y con el objeto de evaluar la política pública en ejecución, se busca analizar el DAIP en razón de una de sus causales de secreto: el resguardo de la seguridad de la Nación.

Esta investigación, sin embargo, no puede abarcar todas las aristas que rodean al DAIP. Entre muchos otros aspectos, no se pretende abordar –al menos en términos directos– la relación entre democracia, transparencia, sociedad civil y opinión pública. Cada uno de estos conceptos requeriría, al menos, un trabajo de investigación individual y uno adicional para relacionarlos entre sí. Lo mismo pasa con aspectos propios del mismo DAIP, como es el problema de la titularidad del derecho –esto es, quiénes están habilitados para requerir información–, sus mecanismos de protección –es decir, qué garantías tutelan al derecho–, quiénes son los destinatarios de las obligaciones de transparencia que impone este derecho –en otras palabras, quiénes están obligados a entregar información pública– o cuáles son las garantías institucionales que permiten y

habilitan ejercer al derecho mismo –como una institucionalidad independiente que fiscalice el cumplimiento de la ley, recursos públicos para financiar la entrega de información por parte de los órganos del Estado o, incluso, un sistema eficiente de archivo y almacenamiento de la información pública, entre otras–.

La investigación sólo aborda tangencialmente estas materias y se reserva para el análisis del derecho, sus facultades y su objeto de protección, por un lado, y uno de sus límites –la seguridad de la Nación–, por el otro. En otras palabras, busca dar respuesta a la siguiente pregunta general: ¿cómo se articula el DAIP en relación con uno de sus límites, la seguridad de la Nación?

3. Esquema de trabajo

Los resultados de la investigación teórica que a continuación se exponen, están ordenados de la siguiente forma. En primer lugar, se refiere al DAIP como derecho fundamental y se analiza tanto la estructura de este derecho como las implicancias que conlleva el que sea considerado una norma de carácter iusfundamental. En este capítulo se revisan opiniones de la dogmática jurídica nacional y comparada y las resoluciones del TC chileno, el CT y algunos tribunales internacionales de derechos humanos.

En segundo lugar, se investiga la relación entre el DAIP, por un lado, y una de sus causales de reserva o secreto, cual es el resguardo de la seguridad de la Nación. Esta causal –quizás la más crítica en materia de transparencia– es analizada desde el punto de vista jurídico, en conexión dialéctica con el principio de transparencia y el derecho fundamental en cuestión. En este mismo capítulo se aborda uno de los problemas centrales de la transparencia: la armonización del acceso a documentos públicos y el secreto de información sensible para el Estado. En ese sentido, se revisan los alcances de la ponderación o *balancing* como técnica jurídica que busca conciliar enunciados

normativos que favorecen la transparencia –como el DAIP– con aquellos que buscan proteger instituciones estatales –como las normas sobre seguridad de la Nación–.

Finaliza la investigación revisando un aspecto particular de las materias de secreto fundadas en la causal de seguridad de la Nación: las leyes secretas existentes en Chile. Para ello, se efectúa un análisis descriptivo crítico del estado de la cuestión sobre las leyes secretas en nuestro país, con el objeto de examinar, luego, su constitucionalidad, de cara al artículo 8° de la CPR y el DAIP.

Versiones previas de estos capítulos se encuentran en trabajos que se efectuaron como insumos de esta investigación. En lo referido a la descripción del acceso a la información pública como derecho fundamental, se encuentra el paper publicado en coautoría con el profesor de las Facultades de Derecho de las Universidades Alberto Hurtado y Adolfo Ibáñez, Gonzalo García, intitulado “*Derecho de Acceso a la Información en Chile: Nueva Regulación e Implicancias para el Sector de la Defensa Nacional*” (*Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 1, 2009). En lo referido a la ponderación entre el DAIP y la seguridad de la Nación, las ideas iniciales fueron presentadas en una ponencia efectuada por el autor en las VI Jornadas de Derecho Administrativo, organizadas en la ciudad de Santiago el año 2009 por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Dicho trabajo se encuentra actualmente en edición para una publicación colectiva que recoge las memorias de las jornadas. Finalmente, la investigación sobre leyes secretas fue presentada en el Seminario³ efectuado en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y se haya, en este momento, en proceso de revisión editorial para su publicación en la Revista *Estudios Constitucionales*.

CAPÍTULO I

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. El derecho de acceso a la información pública en la Constitución Política de la República

Hacer referencia al DAIP, en el constitucionalismo chileno, es una novedad de muy reciente data. La tradición constitucional chilena fue consolidando, a través de sus cartas constitucionales, disposiciones que se referían a la publicación de actas, leyes, decisiones parlamentarias y de organismos colegiados o materias sobre el régimen electoral⁸. Las normas de secreto fueron siempre excepcionales y reafirman la lógica por defecto bajo la cual opera las normas constitucionales: la publicidad y la transparencia es la regla general y el secreto es la excepción⁹. Esto implica que el secreto es siempre una materia de derecho estricto y, en consecuencia, requiere ser establecido mediante norma expresa, su interpretación debe ser restringida y no procede la analogía como mecanismo de integración de normas en caso de lagunas de secreto.

Todo esto fue ratificado con la reforma constitucional que estableció el nuevo artículo 8 de la CPR, introducido a través de la reforma constitucional aprobada en agosto de 2005. En el marco del debate parlamentario de las reformas constitucionales, se buscó deliberadamente configurar un norma que obligara a todos los órganos del

⁸ Véase la revisión de VEGA (2007), pp. 179ss.

⁹ Es la lógica de todo sistema democrático, véase a BOBBIO (1996), p. 97. En el Derecho chileno, FERNÁNDEZ (2007), p. 151.

Estado¹⁰ a la publicidad de sus actos y resoluciones, así como sus fundamentos y procedimientos¹¹, procurando evitar que se tratara de una interpretación de la cláusula democrática o parte del contenido implícito del principio republicano¹².

Como señala esta disposición, en su inciso segundo,

“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”.

Ubicado dentro de las Bases de la Institucionalidad¹³, el enunciado constitucional establece por primera vez y mediante un texto expreso un principio general de publicidad y transparencia de los actos públicos.

¹⁰ Los órganos del Estado y los de la Administración del Estado se ubican en una relación de género a especie, respectivamente. Esta distinción se encuentra normativamente recogida en el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional, No. 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado. En su inciso segundo, señala que: “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”. Así, si bien el Congreso Nacional o el Tribunal Constitucional, entre otros entes, son órganos del Estado, no integran a la Administración del mismo. Por lo tanto, la reforma constitucional vino a sujetar a *todos* los órganos del Estado al principio de transparencia y no sólo a la Administración.

¹¹ BARRA (2007), p. 88.

¹² Así, el profesor de Derecho administrativo, Rolando Pantoja, expresó en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que la publicidad se entendía como una norma implícita derivada del artículo 4 CPR. Como expresó este académico: “[r]especto de la publicidad, recordó que a nivel constitucional se entiende que es una *norma implícita dentro de la Carta Fundamental*. El hecho que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto, tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos” (énfasis agregado). Sobre estos antecedentes, véase a PFEFFER (2005), p. 29. Al respecto, comentando la reforma al artículo 8 CPR, Evans señala que se trata de una disposición “que recoge dos principios [de probidad y de publicidad] que son de la esencia del sistema democrático y de la actuación de las potestades públicas, *los que no obstante ser esenciales, ha sido estimado por el Constituyente necesaria su consagración expresa*”. Véase a EVANS ESPÍNEIRA (2006), p. 14 (énfasis agregado). Lo entiende igualmente implícito en el artículo 4° CPR, CONTESE (2006), pp. 103ss.

¹³ Las Bases de la Institucionalidad establecen las normas y principios que guían toda la interpretación constitucional y condiciona la intelección de preceptos legales. Esta posición ha sido asumida explícitamente por el Tribunal Constitucional y es aceptada por la doctrina. Véase, por todos, a CEA (1992), pp. 89-97.

Diversos autores han apuntado las características generales de esta disposición. En primer lugar, los autores coinciden en la máxima relevancia de este precepto, configurándolo como uno de los principios básicos del Estado de Derecho en Chile¹⁴.

En segundo término, dada su ubicación en el texto constitucional y su articulado expreso, no existen dudas que la disposición constitucional se aplica a todos los órganos del Estado y ya no sólo a la Administración¹⁵. Por lo tanto, el nuevo artículo 8° –a diferencia de la legislación previa– amplía el ámbito de aplicación del principio y fija los deberes de publicidad y las obligaciones a todos los órganos estatales. En virtud de ello, los colegisladores son también destinatarios de las normas de publicidad, y sus actos –incluyendo al más elemental, la ley– deben conformarse con tal disposición.

La opinión generalizada ha ido asentando una interpretación que consolida la recepción constitucional del DAIP¹⁶. Sobre esta condición de derecho fundamental el derecho de acceso a la información debe considerarse una serie de elementos, pero entre ellos es particularmente relevante citar la interpretación de la propia CIDH que, interpretando CADH, ha sido perentoria en el punto: el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental recogido por la CADH en su artículo 13, que

¹⁴ Entre otros, DÍAZ DE VALDÉS (2009), pp. 193-194; HENRÍQUEZ y NÚÑEZ (2007), p. 35. En el Derecho comparado, véase a RUBIO LLORENTE (1995), p. 65.

¹⁵ Véase, por todos, a HENRÍQUEZ y NÚÑEZ (2007), p. 35; SÁNCHEZ (2008), p. 19; FERNÁNDEZ (2008), p. 38; ANINAT y DEL SOLAR (2009), p. 113; RUIZ-TAGLE (2006), p. 47. Quintana señala que, incluso antes de la reforma constitucional del 2005, el principio de transparencia no se concebía como un enunciado normativo únicamente circunscrito al ámbito del Derecho administrativo, puesto que se aplicaba en otras materias, como gasto electoral o transparencia presupuestaria, por lo que las obligaciones de transparencia habían sido siempre más amplias que sólo a los órganos de la Administración. Véase a QUINTANA (2006), p. 179.

¹⁶ Véase, por todos, a OLMEDO (2008a), p. 13. Otros autores se refieren al punto con distintos argumentos: DÍAZ DE VALDÉS (2009); RAJEVIC (2010); TELLO, CERNA y PAVÓN (2009); GARCÍA y CONTRERAS (2009). José Luis Cea lo trata, en su manual, como parte de la libertad de información y opinión. Véase a CEA (2004), pp. 370-373. Existen algunos autores que son cautos frente a este tipo de reconocimiento de normas de derecho fundamental. En lo que se refiere al DAIP, Aldunate es uno de ellos. Véase a ALDUNATE (2008), pp. 346-347.

reconoce la libertad de buscar y recibir información. Enfáticamente, además, lo sostiene en la sentencia en que condena al Estado de Chile, al afirmar que

*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”. 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*¹⁷.

Doctrinariamente, el derecho de acceso a la información es una norma iusfundamental adscripta¹⁸ al artículo 19, número 12 y número 14, al artículo 8° y al Artículo 5 inciso 2° CPR, que reenvía el ordenamiento constitucional a su complementariedad con el artículo 13 CADH¹⁹. Todas estas últimas son normas iusfundamentales directamente estatuidas y que permiten la fundamentación de una norma adscrita a ellas. A diferencia de la tesis de los derechos “implícitos”, la teoría general de los derechos fundamentales permite fundar el reconocimiento de normas iusfundamentales a través de la praxis argumentativa de los operadores jurídicos. Esta posición se distancia de la tesis de derechos implícitos, que parece sostener una expresión débil de un derecho y que requeriría del auxilio del constituyente para completar el contenido específico de su derecho. Por el contrario, la adscripción de normas de derecho fundamental permite verificar no sólo que nos encontramos frente a un derecho sino que, además, se trata de un derecho fundamental que requiere las obvias

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Claude Reyes *et al.* v. Chile”, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151 (2006), §76, p. 43, énfasis en el original, notas al pie omitidas.

¹⁸ La adscripción de normas *iusfundamentales* a un texto constitucional es una actividad eminentemente argumentativa, ya sea en sede doctrinal o jurisprudencial, pero, ciertamente, normativa y no empírica (como la mera constatación de adscripciones por determinados operadores jurídicos). Más allá de las normas iusfundamentales estatuidas, las normas adscriptas de derecho fundamental son aquellas que, dada una determinada relación de fundamentación (*iusfundamentalmente* correcta), se adscriben a normas *iusfundamentales* directamente estatuidas. Sobre esto, cfr. ALEXY (1993) pp. 66–72. Véase también, distinguiendo entre normas iusfundamentales directamente estatuidas, normas adscriptas y normas individuales de derecho fundamental, a BERNAL PULIDO (2003) pp. 108-132.

¹⁹ Además, existen otras normas que permiten adscribir el mismo derecho y con el mismo rango iusfundamental, como el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre el rango constitucional de las normas de tratados que establecen derechos fundamentales, vid. por todos, VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), pp. 122-131.

especificaciones interpretativas que lo reafirman en su condición y que ningún tribunal constitucional ni corte internacional puede desconocer a partir de estos textos.

2. La estructura normativa del derecho de acceso a la información pública

Este derecho, en tanto derecho fundamental, se entiende bajo la estructura de principio, es decir, de un mandato de optimización que obliga algo a ser realizado en la máxima medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas²⁰. A diferencia de las reglas, por tanto, se aplica de manera gradual y la colisión entre principios se resuelve a través de la ponderación²¹. Este tipo de formulación permite entender diversas dimensiones ligadas al DAIP:

- a) su *dimensión objetiva*, ligado al ejercicio de la libertad de expresión;
- b) el derecho de petición individual sobre asuntos de interés público²²;
- c) la *obligación de promoción y tutela* del Estado en materia de derechos fundamentales²³; y
- d) la conexión de este derecho con la generación de una *opinión pública libre* y el desarrollo del *sistema democrático deliberativo*²⁴.

²⁰ ALEX Y (1993), p. 86.

²¹ ALEX Y (2000). La ponderación es un método de resolución de conflictos de derechos fundamentales entre sí o entre éstos y otros bienes jurídicos de relevancia constitucional. No se trata del único método de resolución de estos conflictos de normas pero sí el que se ha ido asentando el último tiempo en la dogmática y la jurisprudencia constitucional. Véase a ALDUNATE (2008) y SERNA y TOLLER (2000).

²² El Artículo 19 N° 14 de la CPR establece algunos requisitos que permitirán entender mejor algunos alcances prácticos de la LT. Por ejemplo, establece la necesidad de un peticionario individualizado. Por ende, toda solicitud anónima o no susceptible de identificación supone situarse al margen del derecho de petición. De la misma manera, el peticionario debe dirigir su solicitud a la autoridad “en términos respetuosos y convenientes”. Una condición de esa naturaleza y con una interpretación variable respecto de su límite, puede dejar, *prima facie*, fuera del ejercicio del derecho de petición a aquellas solicitudes de información que se expresan de manera grosera, injuriosa o calumniosa respecto de la autoridad. Sobre el ejercicio del derecho de petición, consúltese los dictámenes de la CGR, Nos. 26.074/1984; 13.269/1990; 13.272/1990; 28.740/1997; y 35.259/2000. Analizando esta jurisprudencia administrativa, revítese a BARRA (2007): 87ss.

²³ Cfr. artículos 1° y 5° CPR, 1° y 2° CADH y artículo 2° PIDCP.

²⁴ Como lo ha sostenido la CIDH, “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 información” (Claude Reyes *et. al. v. Chile, cit.*, § 84, p. 45)

El derecho de acceso a la información, tal cual se deduce de todas las normas iusfundamentales indicadas, se traduce en un derecho prestacional²⁵, en la generación de una obligación positiva del Estado de promover, permitir y garantizar el acceso a información pública, con las limitaciones indicadas en el propio artículo 8° CPR y posteriormente reguladas en la LT²⁶.

Una de las consecuencias más relevante de esta estructura normativa es respecto de los límites a los derechos fundamentales: el DAIP, como todo derecho fundamental, está sujeto a límites, como los que especifica el inciso 2° del artículo 8 CPR, a saber: la protección del debido cumplimiento de las funciones del órgano que se trate, los derechos de terceros, la seguridad de la Nación y el interés nacional. Estas restricciones no pueden agregar nuevas exigencias u obstáculos que impidan el ejercicio del derecho, sino que deben articular su ejercicio y permitir el adecuado entendimiento de aquellas posibilidades de restricción que han sido estatuidas por la propia CPR, bajo cláusula de reserva de ley.

Sobre los límites a los derechos fundamentales²⁷, especialmente el de derecho de acceso a la información, la CIDH da criterios materiales. Nosotros seguiremos el esquema que establece la Corte para el caso *Claude Reyes v. Chile*²⁸:

²⁵ La concepción prestacional del derecho, debe entenderse en sentido alexyano, es decir, como derechos a acciones positivas por parte del Estado para tutelar el contenido iusfundamentalmente protegido del derecho. Sobre esto, véase ALEXY (1993), pp. 419ss. Tratando específicamente el carácter de prestación de los derechos, véase a ALEXY (2007), pp. 45-84. Los derechos de prestación, en términos generales, importan una obligación activa de parte del Estado para poder habilitar y facilitar su ejercicio. A diferencia de los derechos de libertad –que importan una abstención de actuar para los poderes públicos– los derechos de prestación requieren de la promoción de los mismos por parte de los órganos del Estado. Ejemplos tradicionales de estos tipos de derechos serían el derecho a la educación o a la salud.

²⁶ Se trata de un aspecto material para el ejercicio efectivo del derecho, cuestión que ha sido destacada por los autores nacional. Véase a DÍAZ DE VALDÉS (2009), pp. 204-205 y a SOTO VELASCO (2009), 11-12.

²⁷ En general, véase a GARCÍA (2005).

²⁸ Estos criterios son compartidos por el TEDH. En el caso *Sunday Times*, pueden verificarse nítidamente los tres presupuestos: “El Tribunal debe, por consiguiente, examinar si la intervención pública en el presente caso estaba ‘prescrita por ley’, si tiene una o unas finalidades que sea o sean legítimas bajo el

- (1) La CIDH ha señalado que toda limitación de un derecho protegido por la CADH debe realizarse a través de la ley²⁹. A la luz de nuestro ordenamiento interno, dicho presupuesto de limitación debe entenderse satisfecho. En primer término, el artículo 8° dota de competencia al legislador para restringir el derecho de acceso a la información en virtud de alguna de las causales que ahí se señalan. Se trata, además, de una ley que exige quórum calificado para su aprobación³⁰. Finalmente, el legislador ha decidido regular el ejercicio de este derecho, así como la vigencia del principio de transparencia, con la dictación de LT.

- (2) Toda restricción debe fundarse en una cláusula limitativa –de reserva o secreto, en este caso– establecida en la CADH³¹. Las cláusulas de restricción que admite el artículo 13 de la Convención son cinco: derechos de terceros,

artículo 10.2 [que establece la libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos] y si era ‘necesaria en una sociedad democrática’ para cumplir con dicha finalidad o finalidades” (Caso Sunday Times v. Reino Unido, 26 de abril de 1979, Serie A n°. 30, § 45°). Este esquema se repite en numerosos casos. Véase, a título ejemplar, Caso Plon (Société) v. Francia, de 18 de mayo de 2004, Sección 2ª, n°. 58148/00, § 23°.

²⁹ Claude Reyes *et. al.* v. Chile, *cit.*, en especial, § 88-93.

³⁰ Nótese que, a diferencia del caso interamericano, la jurisprudencia del TEDH ha entendido la reserva de ley en un sentido más amplio que el significado técnico o estricto de ley, esto es, como aquella norma que emana del Parlamento y que cumple con los requisitos constitucionales que se prescriben para la formación de ésta. El TEDH ha sostenido que no sólo la ley, en sentido estricto, puede limitar derechos fundamentales: la restricción también puede verificarse a través de otras fuentes formales, siempre que respeten las exigencias de accesibilidad de la norma y de precisión, resguardando, en todo caso, el principio de proporcionalidad. En este punto puede revisarse al caso *Silver*, donde la exigencia de legalidad de la limitación requería de dos supuestos mínimos señalados por el Tribunal, a saber, la accesibilidad de la norma respecto del ciudadano y la precisión que ésta debía contener en la regulación del ejercicio del derecho, admitiendo que reglamentos penitenciarios podían restringir derechos establecidos en la Convención Europea (Caso Silver y otros v. Reino Unido, 25 de marzo de 1983, Serie A n°. 61, § 87°-88°). Sobre esta exigencia en la jurisprudencia del TEDH, véase GARCÍA PINO (2005), pp. 456-464.

³¹ Es menester precisar que los derechos contenidos en tratados internacionales tienen rango constitucional en conformidad a lo que dispone el artículo 5, inciso 2° CPR, que sostiene: “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 por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”. Esta es la opinión extendida de la doctrina constitucional chilena y puede ser consultada, por todos, en VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002).

seguridad nacional, orden público, salud o moral pública. Aquí surge un problema de ajustar sincrónicamente las hipótesis de restricción que establece la CPR en su artículo 8° y las que establece la CADH. Una aproximación razonable al punto, sería encontrar las similitudes entre las cláusulas limitativas (derechos de terceros y seguridad nacional/de la Nación) y luego, articular argumentativamente la afinidad de contenido entre las cláusulas restantes (v. gr. entre interés nacional y salud pública), procurando no ampliar el catálogo de hipótesis restrictivas del derecho. Se trata de un tema complejo donde la jurisprudencia deberá ir definiendo criterios de articulación.

(3) Finalmente, la restricción debe ser *necesaria en una sociedad democrática*.

La cláusula de necesidad en el marco de una sociedad democrática ha sido interpretado como una exigencia de proporcionalidad en la limitación de derechos. El principio de proporcionalidad tiene 3 niveles diferenciables entre sí³²:

- a) La medida de intervención en un derecho fundamental debe ser idónea para alcanzar el objetivo legítimo (subprincipio de adecuación).
- b) De entre las alternativas existentes, debe escogerse aquella menos gravosa para el derecho limitado (subprincipio de necesidad).
- c) En último término, toda medida limitativa debe respetar la proporcionalidad de la restricción del derecho con el interés que la justifica (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

Adicionalmente, la Corte agrega un cuarto criterio que no es material sino procedimental: establece las cargas de argumentación respecto del establecimiento de límites al derecho de acceso a la información. Según la CIDH, quien alega el secreto

³² ALEXY (1993); BERNAL PULIDO (2003); EMILIOU (1996).

debe hacerlo por escrito, invocando la causal determinada y fundamentando el modo en que la divulgación de la información afectaría el bien protegido por la causal de reserva o secreto³³.

3. Aspectos particulares del derecho de acceso a la información pública

3.1. El acceso a la información como derecho a la verdad

En sus primeras formulaciones, el DAIP fue asociado con un derecho a la verdad³⁴, principalmente enmarcado en los esfuerzos de la Sociedad Civil por buscar una mayor transparencia en casos de violaciones masivas a los derechos humanos. Aquí el objeto central del derecho es el reclamo de la información en sí misma. El derecho a la verdad podría ser definido, entonces, como “*el derecho de familiares de personas desaparecidas a conocer el destino de éstas, independiente de las posibilidades de persecución penal*”³⁵.

La CIDH ha impuesto en múltiples sentencias³⁶ que “*el Estado está en el deber jurídico de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción*”³⁷. Para el caso chileno, la

³³ Claramente, esto afecta el *onus probandi* que se requiere en los procedimientos que se ventilan ante la CIDH. Como sostienen Medina y Nash, la carga de la prueba, a diferencia del clásico proceso civil, es compartida por los actores que concurren ante la Corte. En el caso de los límites a los derechos, la carga de argumentación o de fundamentación recae, principalmente, en el Estado. Sobre esto, véase a MEDINA, y NASH (2007), p. 90.

³⁴ El concepto de “derecho a la verdad” tiene su origen en el derecho estadounidense (*the right to know*) y se forma al alero de la primera enmienda que recoge la libertad de expresión, por un lado, y las legislaciones sobre acceso a la información pública. Puede revisarse en este sentido a PARKS (1957), 1-22; HENKIN (1971-1972), 271-280; EMERSON (1976), 1-24; LEWIS (1980), 1-25. En el ámbito interamericano, revítese a GONZÁLEZ-SALSBERG (2008).

³⁵ ABRAMOVICH y COURTIS (2000), p. 203.

³⁶ Véase, a título meramente ejemplar, las sentencias de la CIDH: Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, 21 de julio de 1989, Serie C, No. 4; Caso Godínez Cruz v. Honduras, 21 de julio de 1989, Serie C, No. 5; y Caso Aloeboetoe *et al.* v. Surinam, 4 de diciembre de 1991, Serie C, No. 11, entre muchas sentencias.

³⁷ ABRAMOVICH y COURTIS (2000), p. 204. Al respecto, revítese los artículos 14 y 18 de las legislaciones mexicanas y peruanas, respectivamente, en materia de acceso a la información, donde se

obligación que ha fijado esta jurisprudencia regional se actualiza con la condena en el caso *Almonacid*³⁸. Esta obligación estatal, además, tiene su referente en el ámbito europeo de protección de los derechos fundamentales³⁹.

Aquí habrá que tener en cuenta el desafío de acceder a una información específica así como a la posibilidad de obligar a la Administración a producir información que no tenga en su poder o que no la tenga del modo en que es requerida. Hay diferentes niveles de accesibilidad a los datos: hay datos procesados (como los de las estadísticas); datos brutos; antecedentes sobre el circuito de circulación de los datos dentro de la administración y, finalmente, si es posible o no ejercer el derecho de exigir la producción de información al Estado. Sobre esto último, deberá mediar obligación expresa y positiva de producir tales datos y es dudoso que la actual LT establezca tal deber jurídico, salvo en las materias de transparencia activa que ha fijado en su artículo 7º⁴⁰.

prevé especialmente la prohibición de la reserva en investigaciones de violaciones graves a los derechos humanos o en delitos de lesa humanidad.

³⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano v. Chile*, 2 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154.

³⁹ En el contexto europeo se afirma que el derecho a la vida tiene una dimensión positiva que radica en una obligación a los Estados de “investigar diligentemente y, en su caso, perseguir muertes causadas por agentes públicos en el ejercicio de sus funciones”. Véase a DIEZ-PICAZO (2005), p. 191.

⁴⁰ “Artículo 7º.- Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2º, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes:

- a) Su estructura orgánica.
- b) Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos.
- c) El marco normativo que les sea aplicable.
- d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones.
- e) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso.
- f) Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios.
- g) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.
- h) Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano.
- i) El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en

3.2 La libertad de expresión de los funcionarios públicos y acceso a la información

El acceso a la información pública como derecho fundamental pone en cuestión, a lo menos por ahora teóricamente, la cuestión de los límites de la libertad de expresión de los funcionarios públicos.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿pueden libremente los funcionarios públicos subalternos –o en el rango en que éstos se encuentren– reconocer que existe una información que sus superiores niegan o desconocen? ¿Cuál es, en definitiva, el margen de libertad de acción que tienen los funcionarios públicos en relación con el manejo de la información?

ejecución.

No se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los 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 social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

caso.

j) Los mecanismos de participación ciudadana, en su k) La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva Ley de Presupuestos de cada año.

l) Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan.

m) Todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.

La información anterior deberá incorporarse en los sitios electrónicos en forma completa y actualizada, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito. Aquellos órganos y servicios que no cuenten con sitios electrónicos propios, mantendrán esta información en el medio electrónico del ministerio del cual dependen o se relacionen con el Ejecutivo, sin perjuicio de lo cual serán responsables de preparar la automatización, presentación y contenido de la información que les corresponda.

En el caso de la información indicada en la letra e) anterior, tratándose de adquisiciones y contrataciones sometidas al Sistema de Compras Públicas, cada institución incluirá, en su medio electrónico institucional, un vínculo al portal de compras públicas, a través del cual deberá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo servicio u organismo. Las contrataciones no sometidas a dicho Sistema deberán incorporarse a un registro separado, al cual también deberá accederse desde el sitio electrónico institucional.

En el caso de la información indicada en la letra f) anterior, tratándose de transferencias reguladas por la ley N° 19.862, cada institución incluirá, en su sitio electrónico institucional, los registros a que obliga dicha ley, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9° de la misma norma legal. Las transferencias no reguladas por dicha ley deberán incorporarse a un registro separado, al cual también deberá accederse desde el sitio electrónico institucional.”.

Este es un asunto que se ha conocido en el Derecho Comparado y tenemos el ejemplo de lo que se denomina el *Pickering Test*, desarrollado a partir de la sentencia de la Corte Suprema estadounidense, *Pickering v. Board of Education*⁴¹ en donde reconoce la posibilidad de un empleado público de criticar alguna actuación de la institución u oficina pública en donde trabaja y que usualmente ha derivado en una sanción disciplinaria en su contra⁴². El test consiste en verificar la presencia de tres factores relevantes, a lo menos entre otros: “*si las expresiones se realizaron en el lugar de trabajo o no, si las expresiones trataban sobre el propio trabajo y si las expresiones eran de interés público*”⁴³.

Pocas dudas tenemos que una disputa funcionaria sobre antecedentes en materia de derechos fundamentales podría pasar el *Pickering Test* sin mayor dificultad, pero ¿existe esta libertad en el ordenamiento jurídico chileno? En general, en el Derecho comparado, se ha resuelto tener expresamente obligaciones de no revelar información sobre las materias sujetas a una causal de reserva o secreto, ya sea mientras se encuentren desempeñando la función pública, como luego de haber cesado en ella⁴⁴. Nuestra actual legislación sobre Acceso a la Información Pública no se pone en este supuesto. Se trata, por lo tanto, de una limitación al ejercicio de un derecho fundamental

⁴¹ 391 U.S. 563 (1968).

⁴² El caso involucraba un despido de un profesor de una escuela pública que había redactado una carta criticando la gestión administrativa del establecimiento educacional. La Corte, en ese caso, determinó que debía ponderarse la libertad de expresión del empleado público en materias de interés público con el interés de los empleadores de mantener la eficiencia en el lugar de trabajo.

⁴³ CREMADES (1995), p. 167. Básicamente, un juez debe determinar si el discurso del empleado público afectaba materias de interés público, primeramente, para luego determinar la prevalencia condicionada de la libertad en juego con los intereses de eficiencia productiva del empleador.

⁴⁴ Como ejemplo puede revisarse la *Official Secrets Acts*, de Gran Bretaña. Adicionalmente, se establecen obligaciones similares a personas que, si bien no son funcionarios públicos, pueden acceder o trabajar con información sensible que, al momento de ser revelada, pudiere poner en peligro la seguridad de un Estado. Cfr. SMITH (2005), pp. 290-291. Sobre secretos oficiales, revítese también a LAVALLE (2009), pp. 227-260. Existe una excepción importante en el derecho estadounidense respecto del secreto de información que ha sido previamente divulgada a la opinión pública. En estos casos, cuando se efectúa una solicitud de información, pese a que ésta pueda ser subsumida en una causal de secreto, al encontrarse en el dominio público, se autoriza la entrega de la misma. Véase a HENKIN (1971-1972); FISS (1999); GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (2004).

de un funcionario público que debe ser abordada directamente por la ley, en orden a modular el ejercicio de la divulgación de información en correspondencia con el debido funcionamiento de la Administración del Estado.

3.3 El acceso a la información como derecho y el secreto como garantía institucional.

Así como largamente hemos expresado el reconocimiento que el acceso a la información es un derecho fundamental, el artículo 8° establece “*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 y el interés nacional.*”

El secreto o reserva opera, en determinadas causales, como una auténtica garantía institucional del funcionamiento de un sector u órgano del Estado. En tal sentido, hay una especie de reconocimiento tendencial del constituyente en orden a proteger estas dimensiones públicas en la medida que se circunscriban a una expresión esencial de su sector. En el caso de los derechos de las personas, la fundamentación es otra. Para aquella cláusula, la delimitación del contenido iusfundamentalmente protegido del derecho se explica por los principios de signo opuesto que permiten circunscribir el mandato ordenado por la CPR.

En general, no toda la defensa nacional ni todos los asuntos de relaciones exteriores las que están sujetas a reserva o secreto. De lo que se trata es de contener esta garantía institucional sobre los aspectos que de ser conocidos pondrían en serio riesgo el funcionamiento del sector y, de paso, la garantía de la propia permanencia del Estado y la salvaguarda de sus intereses públicos más esenciales. Sobre esto profundizaremos en

el próximo capítulo. Lo que debe anotarse en este apartado es que el reconocimiento superlativo del constituyente se realiza a cambio que sea solamente el legislador quién defina tales secretos y reservas. Si lo ejecuta el propio Ejecutivo a través de su potestad reglamentaria nos encontraríamos frente a una ausencia de garantía institucional y ante un riesgo evidente de extender esta dimensión más allá sin límite preciso.

4. El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia

En este último apartado revisaremos sintéticamente los argumentos que ha sostenido la jurisprudencia para justificar el carácter iusfundamental del DAIP. Como veremos, este fundamento no es único. En nuestro país, el TC y el CT estiman que el ordenamiento jurídico chileno protege al DAIP con jerarquía constitucional. En el ámbito interamericano, la CIDH ha estimado que el acceso a la información pública es parte de las obligaciones que pesan sobre los Estados, en virtud de la libertad de expresión. Esto contrasta con las decisiones del TEDH que sistemáticamente ha rechazado entender que este derecho se encuentra cubierto en la CEDH, sin perjuicio que, en ocasiones, ha brindado tutela a quienes han conectado el acceso a la información con otros bienes de carácter vital.

4.1 Jurisprudencia nacional

a) El Tribunal Constitucional

En sede de acciones de inaplicabilidad, el TC tuvo la oportunidad de resolver un caso al amparo de la legislación que existía previa entrada en vigencia de la LT. Con el objeto de fundar la iusfundamentalidad del DAIP, el TC optó por una pluralidad de argumentos, ratificando el reconocimiento constitucional del derecho, resolviendo un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁴⁵. Este fallo, como ha señalado un

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol No. 634-2007, 9 de agosto de 2007.

autor, reconocería “*sin ambages*” la recepción constitucional –si bien de carácter implícita– del DAIP⁴⁶.

En palabras del TC,

*“es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático [...]”*⁴⁷.

A continuación señala que

*“acorde a la naturaleza del derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley [...] el establecimiento de las causales de secreto o de reserva [...]”*⁴⁸.

En consecuencia, para el TC no existe una norma que expresamente fije un derecho de acceso a la información, pero ello no importa un desconocimiento del derecho o la exclusión de su protección constitucional. Al contrario, en base a las mismas normas de la CPR, el TC entiende que un derecho como el DAIP se encuentra reconocido y tutelado y que proceden, respecto de éste, las garantías comunes que la Carta Fundamental reserva para los derechos fundamentales.

b) El Consejo para la Transparencia

El CT también ha ratificado el carácter iusfundamental del DAIP. En una de sus primeras decisiones fijó la siguiente jurisprudencia, considerando al acceso a la información pública como:

“[...]un derecho fundamental implícitamente reconocido en nuestra Constitución, como ya ha sostenido este Consejo en la decisión recaída en el amparo Rol A45-09 (considerando 10o) y como reconoció nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 634/2006, de 9 de

⁴⁶ DÍAZ DE VALDÉS (2009), p. 201.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol No. 634-2007, *cit.*, cons. 9º (énfasis agregado).

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol No. 634-2007, *cit.*, cons. 10º, (énfasis agregado).

agosto de 2007, al afirmar que “...acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida” (considerando 10°). Dicha naturaleza se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos —en relación con el artículo 5° de nuestra Constitución—, como reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 de septiembre de 2006, serie C 151, al estimar que dicha norma «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» (Ibíd., párr. 77). Por lo mismo la Declaración de Principios sobre libertad de expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000) afirma, en su principio 4o, que “El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley...”. Como consecuencia de lo anterior, las restricciones o limitaciones a este derecho “deben dar cumplimiento estricto a los requisitos derivados del artículo 13-2 de la Convención, esto es, las condiciones de carácter excepcional, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y proporcionalidad” (Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en el vol. III del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo N° 27)”⁴⁹.

Se trata de un razonamiento que integra las normas jurídicas nacionales e internacionales en materia de derechos fundamentales, por un lado, y las decisiones de tribunales nacionales e internacionales, al igual que resoluciones de organismos internacionales que van fijando y concretizando el contenido de derechos humanos, por el otro. Este pronunciamiento sirve de base para materias relacionadas —como veremos en el siguiente Capítulo— en materia de prueba del secreto y justificación argumentativa del mismo. En otra decisión, esta línea argumentativa no sólo se repite, sino que también comienza a proyectar cuáles son las implicancias del carácter de derecho fundamental del DAIP, como por ejemplo, su conexión con el principio de proporcionalidad:

“Que lo anterior también deriva del carácter de derecho constitucional que tiene el derecho de acceso a la información pública, conforme lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia Rol N° 634/2006, de 9 de agosto de 2007, afirmando que ‘acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los

⁴⁹ Decisión del Consejo para la Transparencia, 14 de agosto de 2009, A.11/09.

órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida'(consid. 10°). Dicha naturaleza se ve reforzada por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos —en relación con el art. 5° de nuestra Constitución—, como reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia recién citada al estimar que dicha norma «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» (Ibíd., párr. 77). Establecido que estamos en presencia de un derecho de rango constitucional la reserva o secreto pasa a limitarlo o restringirlo, por lo que debe respetar el principio de proporcionalidad que supone analizar, conforme señala la doctrina: a) si la medida es eficaz, b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto) y, por último, c) si de la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (véase BERNAL P., Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, y GARCÍA P., Gonzalo y CONTRERAS V., Pablo. Derecho de Acceso a la Información en Chile: Nueva Regulación e Implicancias para el Sector de la Defensa Nacional. /en/ Estudios Constitucionales año 7, N° 1, 2009, p. 144)⁵⁰.

En consecuencia, el CT para la transparencia ha ajustado su interpretación jurídica no sólo a las normas nacionales, sino también a las internacionales, complementando con doctrina nacional y extranjera para consolidar una línea argumentativa fuerte en favor del reconocimiento iusfundamental del DAIP.

4.2 Jurisprudencia internacional

En materia internacional destacan los fallos de los tribunales regionales de derechos humanos. Acá revisaremos sucintamente los argumentos que han empleado el TEDH y la CIDH en materia de acceso a la información pública.

a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH es uno de los principales mecanismos de protección de derechos humanos a nivel regional y, específicamente, en el contexto europeo. Surgida a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es un tribunal internacional que revisa las violaciones de los Estados a las obligaciones que surgen de los derechos reconocidos en dicho

⁵⁰ Decisión del Consejo para la Transparencia, 28 de julio de 2009, A.45/09, cons. 10°.

pacto⁵¹. Conocida como la Corte de Estrasburgo, ésta ha optado por una versión restrictiva de la libertad de información y, en una jurisprudencia uniforme, ha negado la existencia de obligaciones positivas para los Estados contratantes en materia de dar acceso a información pública fundadas en el artículo 10 CEDH, que consagra la libertad de expresión. Para el TEDH la libertad de no comprende una obligación positiva para que los Estados entregue información a sus ciudadanos. El TEDH ha rechazado expresamente esta tesis –que ha sido asumida por la Comisión Europea de Derechos Humanos– en el caso *Leander*⁵² y, posteriormente, en *Gaskin*⁵³, manteniéndose desde entonces. Como señala la Corte, dicha disposición sólo prohíbe restringir a las personas de la posibilidad de recibir informaciones que otros desean impartirles, como sería, por ejemplo, la censura previa.

El TEDH, pese a no reconocer la dimensión positiva de la libertad de expresión, ha dado tutela en situaciones de severos o graves impedimentos a información que afecta la vida, la salud o el bienestar de individuos y sus familias. Para ello, ha fundado dicha protección en el artículo 8 que establece el derecho de respeto a la vida privada y familiar. Un caso paradigmático en esta línea jurisprudencial lo constituye *Guerra v. Italia*⁵⁴, que versaba sobre requerimientos de información en materia medioambiental, donde la Corte de Estrasburgo sostuvo que la “*contaminación ambiental severa*” puede afectar el bienestar de los individuos e impedir que éstos disfruten su hogar en tal medida que afectaría su derecho a la vida privada y familiar. Respecto del caso en comento, “*los reclamantes esperaron, hasta el cese de producción de fertilizantes en 1994, por información esencial que los habría habilitado para evaluar si ellos y sus familias debían continuar viviendo en Manfredonia*”⁵⁵. En este sentido, la Corte afirmó

⁵¹ Mayores antecedentes pueden ser obtenidos en CASADEVALL (2001).

⁵² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Leander v. Suecia*, 26 de marzo de 1987, App. No. 9248-81.

⁵³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Gaskin v. Gran Bretaña*, 7 de julio de 1989, App. No. 10484-83

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Guerra v. Italia*, 19 de febrero de 1998, App. No. 116/1996/735/932.

⁵⁵ Caso *Guerra, cit.*, cons. 60, énfasis agregado.

que el Estado recurrido no cumplió cabalmente su obligación de asegurar el derecho al respeto por la vida privada y familiar de los recurrentes y, en consecuencia, ha habido una violación del artículo 8 CEDH⁵⁶. Por lo tanto, para el TEDH, aunque el objeto esencial del derecho establecido en el artículo 8 es proteger al individuo contra interferencias arbitrarias de las autoridades públicas, esto no solo significa que el Estado debe abstenerse de tal interferencia: en adición a esta obligación negativa, existe una obligación positiva inherente al efectivo respeto de la vida privada y familiar.

Finalmente, si bien el TEDH ha dado tutela al acceso a información en ciertos casos, la conexión de protección iusfundamental no se encuentra en los fundamentos democráticos de la libertad de información –como lo hace la CIDH– sino que, más bien, se acercaría a la protección de acceso que se encuentre íntimamente relacionado con ciertos intereses vitales de los individuos. El caso *Roche v. Gran Bretaña*⁵⁷ ilustra claramente esta idea, puesto que se trataba de solicitudes de información sobre una persona que había participado en experimentos militares y había sido expuesto a pruebas químicas y biológicas en un establecimiento castrense. Respecto de Roche, la Corte sostiene que la incertidumbre del reclamante sobre el hecho de si los test aplicados sobre su persona pusieron en riesgo su salud, provocaron ansiedad y estrés⁵⁸. Tal aserción se mantendría, a juicio del TEDH, incluso de cara a la acreditación de que no existe evidencia científica fiable que conecte las pruebas con los problemas de salud del señor Roche. Además, el gobierno de Gran Bretaña no ha afirmado que exista una razón apremiante que justifique retener información sobre los test. Bajo estas circunstancias, el TEDH mantiene que existe una “*obligación positiva de dar un procedimiento adecuado y efectivo que permita al reclamante tener acceso a toda información relevante y apropiada [...] que le permita evaluar cualquier riesgo al que pueda haberse visto*

⁵⁶ Caso Guerra, *cit.*, cons. 60, énfasis agregado.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Roche v. Gran Bretaña, 19 de octubre de 2005, App. No. 32555/96.

⁵⁸ Caso Roche v. Gran Bretaña, *cit.*, cons. 161.

expuesto”⁵⁹. En consecuencia, el TEDH sentencia que el Estado ha violado la disposición contenida en el artículo 8 de la Convención.

En virtud de lo anterior, no se podría sostener que el TEDH proteja un derecho “*amplio*” de acceso a la información pública, sino que las obligaciones del Estado estarían referidas a la dimensión positiva del respeto y tutela de la vida privada y familiar. Por lo tanto, los reclamos por violación del acceso de información sólo serán procedentes, ante la Corte de Estrasburgo, en cuanto puedan ser vinculadas al contenido iusfundamentalmente protegido del artículo 8 CEDH.

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

El caso Claude Reyes et al. v. Chile se refiere a una solicitud de información dirigido al Comité de Inversiones Extranjeras (CIE), en materia de un proyecto industrial forestal. En 1991, el Estado celebró un contrato de inversión con 2 sociedades extranjeras para desarrollar labores de diseño, construcción y operación de un proyecto de industria forestal en la Duodécima Región de Magallanes (par. 57.7). Los aportes de capital debían enterarse en el tiempo pero al final el proyecto nunca se llevó a cabo. Sin embargo, en 1998, Marcel Claude, en su calidad de director de la Fundación Terram – vinculada a actividades de la sociedad civil sobre materias de inversión en la explotación de recursos naturales– remitió una comunicación al Vicepresidente del Comité de Inversión Extranjera –servicio público relacionado con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda– en donde solicita cierta información técnica y jurídica sobre el proyecto antes mencionado (par. 57.13). Tiempo después, se le contestó con una hoja donde señalaban ciertos aspectos formales como el nombre, el rut y la razón social de las empresas involucradas, pero no haciéndose cargo de todos los puntos de la solicitud de información, ya sea acogiéndola o rechazándola (par. 57.14). Reclamando de esta denegación tácita de información, recurrió de protección, junto a

⁵⁹ Caso Roche v. Gran Bretaña, *cit.*, cons. 162.

otras personas, ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago y ante la E. Corte Suprema (par. 57.23), siendo declarada inadmisibile la acción constitucional en ambas instancias.

Como revisábamos a comienzos de este Capítulo, en el marco del sistema regional de protección a los derechos humanos, la CIDH entiende que el DAIP se encuentra regulado y comprendido a través de la formulación normativa de la libertad de expresión, en el artículo 13 de la CADH⁶⁰. Como resolvió en el caso *Claude Reyes et al. v. Chile*⁶¹, el artículo 13 no sólo comprende una libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole⁶². En base a lo anterior, la CIDH considera que

“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 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 simultánea”⁶³.

Por lo tanto, el DAIP estaría comprendido dentro de las obligaciones que surgen para el Estado de Chile, en virtud de la CADH. En consecuencia, estima que se *“protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control*

⁶⁰ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. [...].

⁶¹ *Claude Reyes et al. v. Chile, cit.*

⁶² *Claude Reyes et al. v. Chile, cit.*, § 76.

⁶³ *Claude Reyes et al. v. Chile, cit.*, § 77.

del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención”⁶⁴. Luego, constata que un derecho de tal naturaleza se encuentra íntimamente vinculado con el Estado democrático, la formación de una opinión pública libre y el desarrollo de un sistema político deliberativo. Como sostuvo, “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 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 información” (par. 84). En base a esto, la Corte explicita que “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” (par. 86).

c) Comparación entre la posición del TEDH y la CIDH

La revisión de ambas líneas jurisprudenciales permiten describir comparativamente cuál ha sido la vía para enfrentar problemas de mayor transparencia y requerimientos de información pública a través de mecanismos de protección de derechos humanos. Al finalizar este capítulo, podemos ilustrar nuestras conclusiones en base al siguiente cuadro comparativo:

CUADRO No. 1:

Conclusiones comparativas entre la jurisprudencia del TEDH y la CIDH

⁶⁴ OLMEDO (2008a), p. 12.

TEDH	CRITERIO	CADH
Art. 8: Derecho a la vida privada y familiar	Disposición en virtud de la cual se protege el acceso a la información	Art. 13: Libertad de expresión y pensamiento
Bienes jurídicos de corte personalísimo	Fundamento de tutela de acceso a información pública	Dimensión objetiva e institucional de la libertad de expresión en un Estado democrático
Restringido: sólo vinculado a casos de tutela de intereses vitales o íntimos de la persona.	Alcance de la tutela de acceso a información pública	Amplio: vinculado al desarrollo de la opinión pública en un Estado democrático
La libertad de expresión no contempla obligaciones estatales de proveer información. Sin embargo, la protección de la vida privada y el respeto de la familia no sólo comprende obligaciones de abstención, sino también de promoción de los mismos valores.	Obligaciones positivas para los Estados	La libertad de expresión no sólo comprende la obligación de abstenerse de interferir en el libre discurso público, sino también la protección de la libertad de buscar y recibir información por parte de los órganos del Estado.

Esta diferencia de tratamiento, básicamente, se explica por el carácter de derecho fundamental que le otorga la CIDH –a diferencia del TEDH– al DAIP. Esto tendrá particular relevancia cuando debamos ponderar este derecho con exigencias de seguridad de la Nación, como revisaremos a continuación.

CAPÍTULO II

LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN COMO CAUSAL DE RESERVA DE INFORMACIÓN

1. Sobre el concepto de seguridad de la Nación

1.1 Seguridad de la Nación como bien público colectivo, de rango constitucional

Lo primero que debe señalarse respecto de la seguridad de la Nación, es que se trata de uno de los clásicos ejemplos de un bien público⁶⁵. Descriptivamente, se entiende que hay un bien colectivo cuando su uso no es excluyente y no presenta rivalidad en el consumo del mismo⁶⁶. Como se ha señalado, la seguridad –tanto interna como externa– es un bien público porque nadie puede ser excluido de su uso y el uso o satisfacción del bien por parte de un sujeto no afecta ni impide el uso por parte de otro sujeto⁶⁷. En términos normativos, el rasgo más relevante de los bienes colectivos radica en su cualidad de no distribución, es decir, “cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselo a los individuos”⁶⁸. Esta consideración es central puesto que permite considerar al bien público en cuanto tal y evitar desagregarlo en posiciones subjetivas garantizadas por el derecho, como podría ser el derecho a la vida o a la integridad física y síquica de un sujeto individualizado⁶⁹. Por lo tanto, el bien colectivo es irreductible a derechos individuales y en ningún caso se identifica con

⁶⁵ Véase, en clave económica a STIGLITZ (2000); en clave jurídica, revítese a ALEXY (2004b), pp. 186 y ss.

⁶⁶ STIGLITZ (2000), pp. 95 y ss.

⁶⁷ ALEXY (2004b) p. 186.

⁶⁸ ALEXY (2004b) p. 187.

⁶⁹ Precisamente, esta tarea de delimitación conceptual permite deslindar la seguridad de la Nación como un bien protegido por el Derecho, distinto de los derechos de terceros que también son causales de reserva o secreto de información pública.

éstos⁷⁰. En la ponderación, esto tendrá un rol relevante, cuando se analice el test de daño de la seguridad de la Nación, como veremos más adelante.

En segundo lugar, la seguridad de la Nación es un bien colectivo que recibe protección desde el nivel constitucional, en razón de su garantía institucional del Estado. La fundamentación del bien en comento, no puede responder a una teoría de economía de bienestar o de corte agregativo, sino que, y dada su condición normativa de “bien”, requiere un discurso justificativo como el que puede brindar, por ejemplo, una teoría del consenso⁷¹. Independientemente de la justificación, el sistema jurídico chileno reconoce que existe un bien colectivo de “*seguridad de la Nación*” puesto que consagra normas constitucionales que obligan su protección⁷².

En último lugar, debe señalarse que la seguridad de la Nación es un bien colectivo de rango constitucional que carece de condiciones de aplicación expresas. Se le ha denominado un “concepto jurídico indeterminado”⁷³, es decir un enunciado de alta abstracción y que no poseería una definición operativa que sea directamente aplicable a los casos problemáticos. A continuación, explicaremos que el concepto de seguridad de la Nación es de corte “esencialmente controvertido” y ello nos permitirá graficar de mejor forma la característica central de construcción del contenido conceptual del bien constitucional a través de un ejercicio argumentativo, como es la ponderación. Esta técnica, a su vez, permite configurar los límites de un enunciado incondicionado como el DAIP, en relación a las propias causales de reserva y secreto que la CPR ha establecido.

⁷⁰ Incluso más, desde el punto de vista de la argumentación moral, es posible argüir que existen bienes colectivos que no son siquiera instrumentales para el goce y el disfrute de derechos individuales. Para ello véase a RAZ (1984), pp. 182-200, esp. 186-195.

⁷¹ Por ejemplo, véase a HABERMAS (1998); ALEXY (2005), p. 63.

⁷² Véase los artículos 1º, inciso 5º y el artículo 8º, respecto de las causales de reserva o secreto.

⁷³ “[La seguridad de la Nación y el interés nacional] Trátase de dos expresiones jurídicamente *abiertas o indeterminadas*, por lo que el valor de ellas no estriba en conceptualizarlas, sino, precisamente, en que, aunque no pueda asignárseles una definición operativa, tienen un contenido evidente y de profunda riqueza, el cual, como es bien sabido, tiene que ser definido caso a caso, por los Tribunales de Justicia”. Véase FERNÁNDEZ GONZALEZ (2005), p. 198.

1.2 Concepto esencialmente controvertido y de alto grado de indeterminación

En general se puede afirmar que la doctrina es bien parca en avanzar hacia nociones operativas del concepto de seguridad de la Nación, esto es, dotar de herramientas interpretativas útiles para definir su significado o señalar los recaudos que deben adoptar a la hora de invocar el concepto. Es un lugar común afirmar que las limitaciones a los derechos fundamentales son de derecho estricto y deben ser interpretadas de manera restrictiva⁷⁴. Ese punto de partida, sin embargo, en nada asiste al intérprete en la apreciación jurídica respecto de la procedencia de la restricción de un derecho en razón de la protección de la seguridad de la Nación.

Una forma tradicional de aproximarse al problema es señalar que la seguridad de la Nación es un concepto jurídico indeterminado. También se le conoce como concepto válvula o de geometría variable. El desacuerdo semántico en cuanto a una definición abstracta del contenido de la cláusula, ya sea por indeterminación del contenido o en razón de la vaguedad del lenguaje, es, en consecuencia, asumido *a priori* por la doctrina. Nosotros asumiremos este *status quo* con el fin de destacar los rasgos relevantes de lo que denominamos un concepto esencialmente controvertido⁷⁵.

Un concepto esencialmente controvertido comparte cuatro rasgos característicos que son plenamente aplicables a la seguridad de la Nación: es un concepto (1) evaluativo, (2) es complejo, (3) de carácter argumentativo y (4) desempeña una función dialéctica⁷⁶.

- (1) Es fácil comprender la dimensión evaluativa de un concepto tal: para dotar de contenido operativo a la seguridad de la Nación debe recurrirse a determinadas

⁷⁴ Estableciendo que los límites a los derechos fundamentales exigen un mayor grado en el rigor de los exámenes judiciales, véase a BRAGE (2004), pp. 35ss.

⁷⁵ FERRERES (1997), pp. 24ss.; IGLESIAS (2000), pp. 77-104.

⁷⁶ IGLESIAS (2000), pp. 80-91.

valoraciones positivas o negativas por parte de los intérpretes. Si bien el significado del concepto puede ser establecido conforma a pautas o estándares socialmente fijados, existe un margen en que el agente incurre en valoraciones para completarlo. Ferreres Comella señala que esta indeterminación valorativa exigirían al juez la formulación de un juicio de valor que probablemente será controvertido⁷⁷. En la seguridad de la Nación, la valoración puede determinarse a favor de la libertad del individuo, restringiendo su contenido al mínimo o, por otra parte, reforzando la dimensión de garantía institucional de la cláusula.

(2) Un concepto complejo tiene distintos elementos y componentes que interactúan en diversas formas y niveles. A pesar que consideramos la seguridad de la Nación como un bien en su conjunto, éste tiene varias manifestaciones relacionables en distinto grado e intensidad. La complejidad, además, se reduce cuando se determina el principio jurídico opuesto conforme al cual debe optimizarse⁷⁸, pero aumenta cuando se analiza aisladamente, puesto que el concepto debe abordarse en todas sus posibilidades de relación, lo que hace desplegar la complejidad a niveles inconmensurables⁷⁹.

(3) Un concepto argumentativo requiere, para su configuración, de un debate semántico o, en otras palabras, de discursos justificativos del contenido que se pretende dotar al concepto. En el fondo, esta característica trasunta que sobre su contenido existe discrepancia en el caso concreto. La discrepancia tiene que tener algún margen de acuerdo entre los participantes sobre un núcleo de significación del concepto –o, de lo contrario, simplemente estarían hablando *de*

⁷⁷ FERRERES (1997), p. 26-27.

⁷⁸ Estas son las posibilidades jurídicas que determinan la optimización de un principio iusfundamental. Sobre esto, ALEXY (1993), p. 86.

⁷⁹ Piénsese que la determinación de la relación de los principios dialécticamente en juego permite configurar aspectos del contenido de un concepto esencialmente controvertido. Además, el significado varía según el principio que entra en la relación conflictual. En consecuencia, la seguridad de la Nación no tiene un significado inmutable; depende de cómo se relaciona con otros conceptos esencialmente controvertidos, como es la libertad de expresión, la moral o un medio ambiente limpio.

otra cosa– pero admite, a su vez, márgenes de discusión en sus alcances. La discrepancia, además, importa constatar que existen versiones competitivas de los partícipes en torno al correcto significado del término. Piénsese en una versión amplia de seguridad o en una estricta y limitada⁸⁰.

⁸⁰ Una buena forma de ilustrar este rasgo es citar una sentencia de la Corte Suprema estadounidense que suele ser referencia obligada en la materia. Se trata del famoso caso “los papeles del Pentágono”, que se recoge en la sentencia *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971) [existe versión en español, BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA (2005), pp. 361-372. Utilizaremos la versión española en las citas, pero manteniendo las referencias a las páginas originales del fallo.]. Básicamente, se trata de la divulgación de un informe que explica históricamente la intervención militar de los Estados Unidos en el sudeste asiático. Estos documentos fueron filtrados al Senado y luego a dos medios de prensa: el *New York Times* y el *Washington Post*. Nixon inicialmente no pensó en impedir la publicación pero fue persuadido por Kissinger, con el objeto de sentar un precedente. El caso llegó a la Corte Suprema, donde se falló *per curiam*, y sólo se aborda la constitucionalidad/inconstitucionalidad de la censura efectuada a ambos periódicos, pero sin establecer reglas generales respecto de las condiciones en que la seguridad nacional –en ese caso– podía justificar una restricción de la libertad de expresión. Sin perjuicio de ello, en las opiniones de los jueces permiten denotar estos rasgos que hemos señalado. Así, por ejemplo, el juez Black sostuvo que “[l]a noción de ‘seguridad’ forma parte de una terminología vaga e imprecisa, cuyos contornos no deberían ser invocados para eliminar una regla jurídica fundamental cual es la configurada en la 1.ª enmienda. Proteger los secretos militares y diplomáticos en detrimento de la información relativa al Gobierno representativo no proporciona seguridad real a nuestra República” [*New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 719 (1971)]. Por otro lado, la tesis competitiva en el ejercicio dialéctico entre los partícipes –esta vez, los mismos jueces de la Corte Suprema– apoyaron la decisión de reserva tomada por el Ejecutivo pero se unieron en el voto de mayoría por no haberse acreditado el peligro en la difusión del documento. En esta línea estuvo el juez Stewart que afirmó que “es un deber constitucional del ejecutivo [...] proteger mediante la promulgación y ejecución de regulaciones administrativas la confidencialidad necesaria para cumplir con sus responsabilidades en las relaciones internacionales o en la defensa.” [*New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 729 (1971)]. Finalmente, el voto de minoría radicaliza la posición de protección de la seguridad nacional como un concepto a cargo de un determinado poder del Estado y que escapa del margen de control que los tribunales pueden ejercer. Para el juez Harlan, “respecto de las relaciones internacionales el alcance del control jurisdiccional de la actuación del Gobierno es muy limitado. Esta idea deriva [...] de la noción de separación de poderes en la que se fundamenta nuestro sistema constitucional” [*New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 756 (1971)]. En realidad, tal como lo hemos afirmado, más que un caso de restricción de acceso a la información por razones de seguridad de la Nación, el caso de “los papeles del Pentágono” es un caso de censura previa y libertad de expresión. Además, se trata de un caso en que la información ya se disponía por el público. Como sostiene Fiss, “[a]unque el documento en cuestión se basaba en documentos clasificados, y él mismo estaba clasificado como ‘Top Secret’, en realidad consistía simplemente en un estudio histórico de la implicación de los Estados Unidos en Vietnam hasta 1968. Es más: la guerra era impopular en muchos sectores de la población; gran parte del estudio era ya de dominio público cuando la Corte tuvo que pronunciarse; y aunque la Corte denegó al Estado la orden que solicitaba para prohibir ulteriores publicaciones, una mayoría de los jueces dejó claro que el Estado podía recurrir a la ley penal para proteger un interés legítimo en los secretos oficiales” [FISS (1999), p. 19, énfasis agregado]. La afirmación de Fiss sólo contribuye a recalcar que no se trata, estrictamente, de una denegación de información por una causal de reserva fundada en la seguridad de la Nación sino que un problema de censura y libertad de expresión.

(4) Finalmente, se trata de un concepto funcional. La seguridad de la Nación no es un concepto que busque generar consenso en sus distintas concepciones⁸¹. Se trata de términos que expresan la competitividad entre posiciones discrepantes para la operatividad jurídica en un caso concreto. De esta forma, grafican su imperiosa necesidad de *demandas de justificación* en torno a cualquier posición que trate de dar contenido al concepto⁸².

Estos rasgos permiten avanzar en lo que significa la indeterminación de una cláusula restrictiva a nivel de la misma CPR. Todas estas características apuntan a la necesidad argumentativa, desde el punto de vista de la racionalidad práctica, para poder determinar un contenido operativo y aplicable en los casos concretos.

2. El reconocimiento constitucional y legal de la seguridad de la Nación como causal de secreto

La reserva o secreto⁸³, como hemos venido sosteniendo, es una cuestión excepcional en un Estado Democrático de Derecho. Sin embargo, una de las naturales fuentes de restricciones al derecho de acceso a la información se da en el contexto de la Defensa Nacional, particularmente, en lo que dice relación con el resguardo de la seguridad de la Nación.

En adelante, nos abocaremos a la normativa general y sectorial que debe ser analizada a la hora de proteger y restringir el derecho de acceso a la información. En primer lugar, revisaremos las normas de secreto que establece la CPR. Luego, nos abocaremos a las reglas particulares de la LT, en materia de seguridad de la Nación, para

⁸¹ Sobre la distinción entre conceptos y concepciones, véase a HART (1963), pp. 155-169.

⁸² IGLESIAS (2000), p. 87.

⁸³ En términos administrativos y de régimen interno de las instituciones del Estado, reserva no es sinónimo de secreto. Sin embargo, para efectos de este trabajo los utilizaremos como tal. Esto se explica por lo efectos que tienen para los particulares y, en general, para terceros ajenos a la institución la declaración de reserva o secreto: en ambos casos, se impide el acceso a la información pública.

luego examinar otras normas legales previas a la entrada en vigencia del artículo 8 de la CPR, con el objeto de verificar su status de validez. En general, se puede afirmar que la seguridad de la Nación, como garantía institucional, es un concepto jurídico indeterminado que requerirá de la precisión que en el caso concreto brinden los operadores jurídicos. Sobre esto profundizaremos a continuación.

2.1 Las normas sobre secreto en la Constitución Política de la República

Hasta antes de la reforma constitucional del 2005, la doctrina estimaba que existía reconocido de manera implícito un principio de publicidad genérico que obligaba a los órganos del Estado a dar cuenta de sus actos y resoluciones, así como de sus fundamentos. Esta construcción interpretativa fue apoyada con diversos argumentos, donde a) hacía directa conexión con el régimen político democrático, b) el carácter instrumental de la publicidad de la información para el ejercicio de derechos fundamentales y c) la confidencialidad y el secreto como reglas excepcionales y explícitas en la misma CPR⁸⁴.

Estos argumentos no eran novedosos y se vinculaban estrechamente con el desarrollo y la comprensión de las ideas republicanas y democráticas⁸⁵. La tradición constitucional chilena fue consolidando, a través de sus cartas constitucionales, disposiciones que se referían a la publicación de actas, leyes, decisiones parlamentarias y de organismos colegiados o materias sobre el régimen electoral⁸⁶. Las normas de secreto fueron siempre excepcionales y aparecieron recién con la Constitución de 1833, referido a materias internacionales⁸⁷. Tanto la Constitución de 1925 como la 1980 incorporaron

⁸⁴ Véase a FERNÁNDEZ (2000), p. 730; BARRA (2007), p. 87-89.

⁸⁵ VEGA (2007), p. 180.

⁸⁶ Véase la revisión de VEGA (2007), pp. 179ss.

⁸⁷ Art. 82. Son atribuciones especiales del Presidente:

[...]19ª Mantener las relaciones políticas con las naciones extranjeras, recibir sus Ministros, admitir cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir i firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos i otras convenciones. Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán a aprobación del Congreso. *Las discusiones i*

estas materias de secreto. La última Carta Constitucional, sin embargo, fijó varias otras disposiciones sobre la reserva o secreto, las cuales mantienen hasta el día de hoy su vigencia. Entre estas disposiciones encontramos:

- i. El secreto en el ejercicio del derecho de sufragio, como garantía de derechos políticos (artículo 14);
- ii. La reserva de la nómina de militantes de un partido político, como obligación del servicio electoral del Estado (artículo 19, No. 15);
- iii. En materia de conducción de las relaciones internacionales del Estado, como atribución del Presidente de la República (artículo 32, No. 15);
- iv. En la votación que efectúa la Corte Suprema para nombrar los Ministros del TC (artículo 92);
- v. En relación a las actas del Consejo de Seguridad Nacional (artículo 107);
- vi. En materia de indulto particular, referido a delitos terroristas cometidos con anterioridad del 11 de marzo de 1990, donde el Ejecutivo debe enviar copia reservada al Senado (Disposición 7^a transitoria).

Estas disposiciones expresas en materia de secreto reafirman la lógica por defecto bajo la cual operan las normas constitucionales: la publicidad y la transparencia es la regla y el secreto es la excepción⁸⁸. Esto implica que el secreto es siempre una materia de derecho estricto y, en consecuencia, requiere ser establecido mediante norma expresa, su interpretación debe ser restringida y no procede la analogía como mecanismo de integración de normas en caso de lagunas de secreto.

deliberaciones sobre estos objetos serán secretas, si así lo exige el Presidente de la República [...]” (énfasis agregado). La otra disposición referida al secreto en las Constituciones de 1833 y de 1925 decía relación con la votación que debía efectuar el Congreso Nacional cuando ninguno de los candidatos a la presidencia de la República obtuviera mayoría absoluta. Finalmente, la Constitución de 1925 también explicitaba el secreto respecto del ejercicio del derecho de sufragio, cuestión que sería recogida por la Constitución de 1980.

⁸⁸ Es la lógica de todo sistema democrático, véase a BOBBIO (1996), p. 97. En el Derecho chileno, entre varios otros, véase a FERNÁNDEZ (2007), p. 151.

2.2 Las normas de la LT

Las causales de reserva que establece la CPR en su artículo 8º, se encuentran desarrolladas en la LT en el artículo 21. Dicha disposición señala, en lo referido a la seguridad de la Nación, que “las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información son las siguientes: [...] 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”.

El artículo en comento reproduce la causal constitucional ejemplificándola de manera genérica en relación con la defensa nacional, la mantención del orden público y/o la seguridad pública. En un primer apronte, aparece un problema conceptual insoslayable al intentar pormenorizar el contenido de la cláusula “seguridad de la Nación” con otros conceptos que, si bien pueden relacionarse, no necesariamente se encuentran contenidos en el espectro de definición de aquella. En otras palabras, es razonable entender que cierto margen del contenido de la seguridad de la Nación puede superponerse o, incluso, identificarse con la defensa nacional, el orden público o la seguridad pública. Máxime si estos últimos dos conceptos se ven directamente conectados con el resguardo del orden interno y no con la protección del territorio del Estado. Además, esta formulación ha sido criticada por las dudas que genera en torno a una ampliación indebida del régimen taxativo de causales que establece la CPR⁸⁹.

¿Es compatible este precepto legal con la disposición constitucional establecida en el artículo 8? En primer término, habría que señalar que si bien seguridad de la Nación no se identifica con defensa nacional, no es menos cierto afirmar que en un importante volumen de casos ambas situaciones se implican. Las FFAA son organismos

⁸⁹ Cfr. RAJEVIC (2008); SÁNCHEZ (2008), p. 24: “parece excesiva la inclusión de la referencia a la mantención del orden público o la seguridad pública, ya que son en su mayor parte situaciones propias del ámbito de la gobernabilidad y que por su naturaleza son fundamentalmente de interés público”.

del Estado que están institucionalmente reconocidas en la CPR y que su función esencial es el resguardo del Estado Constitucional⁹⁰. Como señala la CPR, en su artículo 101, son dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional. Por lo tanto, es dable concluir que la causal prefigurada por el artículo 8 CPR, admite un desarrollo legislativo a través de la cláusula de la defensa nacional, según las mismas disposiciones constitucionales citadas. Es claro que la información militar es inevitablemente valiosa para los Estados y constituye una reserva esencial en la protección de la soberanía⁹¹.

Más difícil es argüir el caso referido al orden público y la seguridad pública. No tanto porque, como se ha sostenido, sobre estas materias existe un interés público⁹². En estricto rigor, se trata un tema distinto, dada la irreductibilidad de los bienes colectivos⁹³ en nuestro sistema constitucional. La duda surge si dentro del contenido de la causal de seguridad de la Nación podemos subsumir las causales especificadas por el artículo 21, número 3 LT. Se trata de un problema de interpretación respecto de los alcances de un concepto jurídico indeterminado nuevo dentro del esquema de reglas constitucionales⁹⁴.

⁹⁰ Cfr. por todos, COTINO (2002).

⁹¹ SMITH (2005), p. 291.

⁹² SÁNCHEZ (2008), p. 24.

⁹³ ALEXY (2004b), pp. 200-203.

⁹⁴ El concepto de “seguridad de la Nación” se diferencia del de “seguridad nacional” y fue intencionadamente establecido por la reforma constitucional del año 2005. No obstante, el fundamento de esta diferencia se ha soslayado sin que se diluciden todas las consecuencias normativas de estas disimilitudes y no podamos sostener esas diferencias en referencias precisas. Está claro, empero, que hay razones de origen histórico que modifican su alcance. La Doctrina de la “seguridad nacional” tiene muy diversas versiones en el ámbito castrense y algunas de sus variaciones las encontramos en VARAS y AGÜERO (1984), pp. 193 – 212 y en ellas se puede advertir cuánta labilidad tiene el concepto y cuán compatible era con el régimen militar y su dictadura. La doctrina de la seguridad nacional tiene alcances que van más allá de la protección de la seguridad externa del Estado y amparó masivas violaciones a los derechos humanos durante el régimen militar. No se trata de hacer una historia de las diferencias sino que de verificar su impacto en el ámbito jurídico.

La primera consecuencia de esta diferencia es que la denominación de “seguridad de la Nación” se asocia estrechamente a la dimensión de seguridad externa e interna que garantiza la condición de permanencia del Estado de Chile y que queda reflejada, básicamente, en el alcance del Artículo 24 inciso 2° de la CPR como atribución general de las potestades del Presidente de la República como Jefe de Estado en un régimen presidencial. Y, segundo, que de esta “seguridad de la Nación” se desprende un conjunto de responsabilidades democráticas para sostener esta seguridad. La responsabilidad genérica por esa seguridad se despliega en el sostén de un sistema de defensa nacional que articula esa seguridad fundamental. La demostración cabal de este aserto radica en que el concepto jurídico de “seguridad de la Nación” se encuentra como causal de juicio político por el cual el Presidente de la República, un Ministro

2.3 Otras disposiciones sobre secreto en materia de seguridad de la Nación

Además de las normas constitucionales y de la LT, el ordenamiento jurídico contempla otras normas de rango legal que fijan causales de reserva y secreto en materia de seguridad de la Nación. Como es tradicional, la importancia de la defensa nacional ha llevado a todos los países a establecer, sin excepción, algunos mecanismos formales de resguardo de confidencialidad de determinada información incluso en hipótesis de normalidad constitucional⁹⁵. Sin embargo, en un Estado donde reina la cultura del secretismo, la importancia de la seguridad de la Nación se difumina entre otra información que debería ser de dominio público. Una vez que se abandona dicha lógica, es relevante revisar las excepciones; especialmente, aquellas que se establecen en el sector de la Defensa nacional y que escapan de la LT.

de Estado o los Generales o Almirantes son susceptibles de una acusación constitucional. Ver Artículo 52 N° 2 letras a), b) y d) de la CPR. Por lo demás, esta es una tradición histórica de nuestro constitucionalismo que se desprende de los mecanismos de dirección política del presidencialismo y de control del Congreso Nacional a estas potestades. Esta interpretación reseñada es la sostenida por Alejandro Silva Bascuñán, principal tratadista de la Constitución de 1925. “Seguridad es calidad de seguro, o sea, libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse. La Constitución se preocupa tanto de la seguridad interior, como de la exterior (Arts. 44 N° 13, 71, 71 N° 10 y N° 19). Honor o seguridad del estado ha de entenderse, a nuestro juicio, sinónimo de los mismos valores que refiere el constituyente a la Nación al determinar las causales de acusación de los Ministros de Estado y de los Generales y Almirantes (letras b) y d) del N° 1 del Artículo 39 CPR 1925). El honor o la seguridad de la comunidad nacional capaz de formular y llevar adelante un juicio político no pueden, en efecto, distinguirse de idénticos valores en el Estado, que expresa y organiza su vida jurídica.” Ver SILVA BASCUÑÁN (1963), p. 96.

El retorno de la conceptualización de la “seguridad de la Nación” es la recepción de la defensa del orden constitucional democrático, tarea definida para todos los órganos como deber de “garantizar el orden institucional de la República” (Art. 6° inciso 1°), dentro del Estado de Derecho democrático y no contra sus reglas sustanciales.

Esta interpretación deja subsistentes los alcances de los límites basados en la “seguridad nacional” para múltiples artículos. No obstante, sus alcances autoritarios se han degradado profundamente con las múltiples reformas constitucionales que ha tenido el texto fundamental.

⁹⁵ SMITH (2005), p. 290.

Quizás la disposición más relevante en esta materia sea el actual artículo 436 CJM⁹⁶. Esta disposición, cabe destacar, no es original del CJM, sino que fue agregada expresamente por la ley 18.667 (DO 27/11/1987), por lo que carecemos de los análisis de los más importantes comentaristas de dicho cuerpo legal⁹⁷. Se trata de una disposición bastante peculiar en su redacción, puesto que interpreta o califica legalmente como secretos determinados documentos. Su ubicación, en la sistemática del Código, corresponde a los conceptos operativos que son definidos a fin de aplicar las reglas penales y procesales penales para el ámbito castrense⁹⁸. Sin perjuicio de ello, se la ha dado una aplicación general al sector de la Defensa nacional.

Junto con el establecimiento de este artículo especial, la ley 18.771 (D.O. 17/01/1989) ordenó el archivo o la eliminación de documentación del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública y de los demás organismos dependientes de esta Secretaría de Estado o que se relacionen con el Gobierno por su intermedio⁹⁹.

⁹⁶ “Art. 436. Se entiende por documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas y entre otros:

- 1.- Los relativos a las Plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile y de su personal;
- 2.- Los atinentes a planos o instalaciones de recintos militares o policiales y los planes de operación o de servicio de dichas instituciones con sus respectivos antecedentes de cualquier naturaleza, relativos a esta materia;
- 3.- Los concernientes a armas de fuego, partes y piezas de las mismas, municiones, explosivos, sustancias químicas y demás efectos a que se refiere la ley N° 17.798 usados por las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile, y
- 4.- Los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales.”

⁹⁷ Sobre el CJM, en general, véase a ASTROSA HERRERA (1985); ASTROSA SOTOMAYOR (1973).

⁹⁸ La ley 18.667, junto con crear el artículo 436 CJM, reformó el artículo 144 e instauró los artículos 144 bis y 196 bis del mismo cuerpo legal. Estas disposiciones se refieren al resguardo del secreto militar en el contexto del proceso penal militar en tiempo de paz y en tiempo de guerra. Pese a esto, la aplicación de la “piedra angular del secreto militar”, es decir, el artículo 436, desbordó el ámbito de la jurisdicción penal militar.

⁹⁹ Los problemas para la aplicación de la nueva Ley de Transparencia son evidentes. Es difícil establecer el volumen y tipo de información que pudo haber sido destruida en virtud de esta autorización legal. Esto se encuentra documentado en el Informe Rettig. Véase COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (1996), p. 67.

Este artículo puede ser comprendido en dos niveles, uno general y otro particular o de detalle. El primero, básicamente, utiliza cláusulas generales y con un alto grado de indeterminación. Aquí encontramos documentos secretos “cuyo contenido se relaciona directamente con la *seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas*”. De los cuatro conceptos mencionados, ninguno es reconducible directamente –al menos desde su literalidad– a las excepciones que establece el artículo 8 CPR. Curiosamente, además, se trata de una norma que entró en vigencia alrededor de veinte años antes de la LT y que, sin embargo, utiliza una técnica similar al artículo 21, número 3 de dicha ley, puesto que pone en el mismo nivel la seguridad de la Nación –fraseado en este caso como seguridad del Estado– y la Defensa Nacional, con el orden público.

El enunciado del artículo 436 del CJM, a la luz del artículo 8 de la CPR, es problemático y defectuoso. Al carecer de una coincidencia literal con sus causales se plantea, desde el principio, dificultades importantes. Como sabemos, sólo se puede restringir el derecho de acceso a la información por una ley de quórum calificado que desarrolle las cuatro casuales taxativas establecidas en la CPR. Al mencionarse aquí determinadas hipótesis que escapan de lista constitucionalmente prefijada, podrían existir causales de restricción no amparadas por el marco constitucional. No obstante, otras causales como seguridad del Estado y Defensa Nacional son reconducibles al núcleo del contenido semántico establecido en la cláusula de seguridad de la Nación.

El segundo nivel del artículo 436, es uno de índole particular o de detalle. Se trata de la enumeración que hace el legislador, a título ejemplar, de los tipos de documentos que puedan entenderse como secretos o reservados, en razón de que su contenido se encuentra directamente vinculado a las causales generales que establece su inciso primero. En estos numerales se refiere a (1) las plantas o dotaciones o el personal de las FFAA o de Carabineros de Chile; (2) los planos o instalaciones de recintos militares o policiales y los planes de operación o de servicio de las instituciones en

comento; (3) los documentos concernientes a armas en general, establecidos en la Ley No. 17.198 de Control de Armas; (4) finalmente, los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales. Estos numerales pormenorizan el enunciado del artículo 436 y tienen relación ejemplificadora en conexión con las cláusulas generales de restricción al acceso que se establecen. Por esta razón, aparece como natural el nexo entre los conceptos generales de seguridad del Estado, Defensa Nacional y orden público, por un lado, con las FFAA y Carabineros de Chile, por el otro.

a) Validez formal del artículo 436 del Código de Justicia Militar

Dejando de lado la exégesis del artículo, uno de los aspectos más importantes de dilucidar es la validez de la norma dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno. Haremos una clásica distinción analítica entre validez formal y sustantiva¹⁰⁰, con el objeto de analizar el *pedigree* de la norma a partir de una regla de reconocimiento y evaluar, con posterioridad, su contenido, en un eventual control concreto de constitucionalidad vía inaplicabilidad.

Uno de los problemas más importantes del sistema de fuentes chileno ha sido abordar la validez de las normas preconstitucionales¹⁰¹. Sin ánimo de ahondar en dicho debate, debemos hacernos cargo de, específicamente, la garantía de reserva de ley que establece el artículo 8 CPR en las restricciones al acceso a la información. Ello quiere decir que sólo mediante una norma jurídica de rango legal se puede regular la reserva o secreto de información pública. Sobre este punto, debemos atender, primeramente, a la actual Disposición IV Transitoria de la CPR. Este precepto pretende huir del *horror vacuis*¹⁰² en el arreglo institucional de un sistema dinámico de normas. La CPR dispone que se *entienden* que cumplen los requisitos formales de quórum, aquellas leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a la misma Constitución deben ser

¹⁰⁰ DE OTTO (1999), pp. 162.

¹⁰¹ Cfr. por todos PEÑA (1996), pp. 87ss.

¹⁰² RAJEVIC (2008).

objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado. Éstas deben seguir aplicándose y son válidas, “*en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales*”. En la LT, esta disposición tiene su correlato legal en el artículo 1º transitorio.

La Disposición IV Transitoria clausura, de alguna forma, el sistema de fuentes y su validez formal¹⁰³. Dota a la leyes preconstitucionales, desde el mismo nivel de la *norma normarum*, del quórum exigido para ser válidas, de cara a los procedimientos formales de generación de leyes que establece la CPR¹⁰⁴. Si se quiere, la CPR ha preservado la validez formal de normas preconstitucionales –como es, en este caso, el artículo 436 CJM– pero ha dejado abierta la posibilidad del control de la validez *material* de las mismas, una vez que operen las competencias estatales configuradas en su texto, como es, por ejemplo, el control de constitucionalidad de preceptos legales que hace el TC.

Es dable entender que el artículo 436, dada la expresa estipulación de la Disposición Cuarta Transitoria de la CPR, mantiene su validez formal de cara al sistema de fuentes y ordena su aplicación en todo lo que no contravenga los contenidos constitucionalmente establecidos.

¹⁰³ Es relevante, por tanto, destacar que la Disposición IV Transitoria en ningún caso tiene un efecto derogatorio *ex constitutione* de normas preconstitucionales. Es más, sujeta la validez “en lo que no sea contraria” a la CPR y, en todo caso, hasta que se dicten los “correspondientes” cuerpos legales, en conformidad con la misma Carta Fundamental. En este orden de ideas, la invalidación de leyes preconstitucionales sólo procede a través de los mismos procedimientos que la CPR ha establecido para el control de normas contrarias a ésta. En especial, las potestades del TC establecidas en el artículo 93 CPR. A través de la configuración clausurada de la CPR como fuente formal de normas dictadas en conformidad con la misma y, además, a través de un sistema de competencias formalizadas en determinados organismos del Estado, la *norma normarum* asegura no sólo la validez del sistema sino también, los mecanismos de generación y de control de los requisitos constitucionalmente establecidos para la producción de normas.

¹⁰⁴ Esto es relevante para la misma calidad de ley. Si seguimos junto a Guastini que legislar es, al menos, un cúmulo o secuencia de actos institucionales regidos por normas jurídicas constitutivas, la ficción a la que recurre la CPR en la Disposición IV Transitoria es esencial para determinar la regularidad de aquellas leyes que no satisfacen los procedimientos y actos que establece una nueva norma jurídica constitutiva. Véase a GUASTINI (1999), p. 307.

Es, por lo demás, la misma conclusión a la que ha arribado la jurisprudencia administrativa de la CGR. En su Reconsideración No. 48.302, de 26 de octubre de 2007, sobre secreto de los actos administrativos del sector de la Defensa Nacional¹⁰⁵, sostuvo que

*“a juicio de esta Contraloría General, el artículo 436 del Código de Justicia Militar, al establecer que determinados actos administrativos son secretos, no ha sido derogado por el artículo 8° de la Constitución Política de la República y le es aplicable la disposición cuarta transitoria, por todo lo cual se encuentra vigente, pudiendo los órganos respectivos dictar actos con ese carácter al amparo de esa norma legal”*¹⁰⁶.

A juicio del Contralor, en consecuencia, la Disposición Cuarta Transitoria de la CPR soluciona los eventuales conflictos que generarían la introducción de categorías de leyes que exigen quórum distintos de aprobación, por lo que es razonable extender la ficción incluso a leyes que fueron dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la CPR, pero con anterioridad de que se produjese el mismo efecto jurídico respecto de las normas de la reforma constitucional del 2005¹⁰⁷.

Con este precedente de la jurisprudencia administrativa es admisible afirmar que la vigencia formal del artículo 436 del CJM está asegurada por la misma CPR, de cara a las exigencias de quórum calificado que –como garantía– establece el artículo 8°¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Se trata de la reconsideración del criterio contenido en el Dictamen de la CGR N° 49.022, de 2005.

¹⁰⁶ Reconsideración de la CGR N° 48302, de 26 de octubre de 2007, p. 4.

¹⁰⁷ Reconsideración de la CGR N° 48302, de 26 de octubre de 2007, p. 6.

¹⁰⁸ De la opinión crítica respecto del artículo 1° transitorio LT –lo que, indirectamente, impacta en la utilización de la Disposición Cuarta Transitoria CPR– es Olmedo, quien afirma que “[a]nte la prohibición estatal de invocar disposiciones de derecho interno que inhiban el cumplimiento de las obligaciones convencionales de proceder a revisar la legislación preexiste [sic]. Siendo así, la presunción de legitimidad a la legislación sobre secreto y reserva promulgada con anterioridad contenida en el artículo 1 transitorio del proyecto de Ley [actual LT], infringe el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. OLMEDO (2008a), p. 16. La opinión de Olmedo, no obstante, debe ser reparada en el siguiente punto: las leyes previas a la reforma constitucional del 2005 e, incluso, anteriores a la CPR, no vulneran *per se* la Convención Americana ni el derecho de acceso a la información por la presunción de su validez formal, en cuanto al quórum. Al establecerse esta regla se solucionan problemas del sistema de fuentes pero no hay un pronunciamiento, al menos perentorio o autoritativo, sobre la corrección material o sustantiva de los preceptos legales de acuerdo a las normas iusfundamentales, consignando entre éstas las de origen internacional. Olmedo olvida que, perfectamente, dichas normas pueden ser limitaciones admisibles por la CPR y la misma Convención, incluso desde el punto de vista del contenido, siempre que respete la garantía del contenido esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad en sus tres

b) Validez material del artículo 436 del Código de Justicia Militar

Más complejo que la validez formal es, si se acepta, la pregunta sobre la validez material del artículo 436 del CJM. En este punto es necesaria una interpretación del contenido de dicho artículo¹⁰⁹, respecto de las normas iusfundamentales, especialmente el artículo 8°. Adicionalmente, se trata de un precepto legal cuya constitucionalidad *eventualmente* podría ser reparada en el foro competente, esto es, en el TC¹¹⁰. Hemos manifestado que, el enunciado del artículo –esto es, su causal genérica– presenta divergencias relevantes a nivel literal con el artículo 8°. Sin perjuicio de ello, habrá que ver, en definitiva, si las cláusulas que estipula son reconducibles o no, interpretativamente, a alguna de las cláusulas limitativas fijadas por la CPR. Especial notabilidad debe dársele a la cláusula restrictiva en su conexión funcional como garantía institucional.

En primer término, la expresión “seguridad del Estado”, en este punto, no puede tener otra interpretación que sea compatible a la CPR que aquella que homologue esta cláusula a la seguridad de la Nación. En consecuencia, cuando el citado artículo 436 utiliza dicha expresión debe forzosamente entenderse que es aquella seguridad del Estado en tanto cuanto protege a la Nación.

subdimensiones. Por lo tanto, la afirmación por la cual se sostiene que se vulnera inmediatamente la Convención Americana –en virtud de la presunción de validez formal en cuanto al quórum de una ley previa a la norma constitucional que actualmente lo exige– supone asumir *a priori* que todas estas normas vulneran el contenido esencial o el principio de proporcionalidad en la restricción del derecho de acceso a la información. Dicha posición es, simplemente, insostenible sin argumentar, *in concreto* y en cada caso la forma en que se produce dicha vulneración a los límites de los límites de los derechos fundamentales. En todo caso, si así fuese, el ordenamiento jurídico dispone de las herramientas, a nivel nacional e internacional para revisar la validez del precepto legal cuestionado en relación con las normas iusfundamentales, incluidas las internacionales.

¹⁰⁹ GUASTINI (1999), p. 313ss.

¹¹⁰ Especialmente en esto la distinción entre invalidez fuerte y débil o entre leyes anulables o nulas en GUASTINI (1999), p. 313.

Asimismo, la Defensa Nacional es perfectamente cognoscible dentro del significado de seguridad Nacional, habida cuenta, además, de las misiones constitucionales que fija el artículo 101 CPR a las FFAA. A este respecto se aplica lo que ya hemos señalado a propósito del artículo 21 LT.

Los problemas surgen respecto de orden público interior y de seguridad de las personas. En cuanto al primero, se aplican las mismas dudas predicables respecto de la ejemplificación que utiliza el artículo 21, número 3 LT. Respecto de la seguridad de las personas, habrá que afirmar que se trata de una cláusula limitativa que escapa del marco constitucional y es difícil subsumirla, *prima facie*, en la cláusula de “derechos de las personas” que establece el artículo 8 CPR. Se trata, evidentemente, de una ejemplificación que utiliza una norma anterior al establecimiento del principio constitucional de publicidad e, incluso más, a la antigua “Ley de Probidad” (Ley No. 19.653, D.O. 14/12/1999). Si bien el fin de la cláusula puede apuntar a un objetivo similar al de los “derechos de las personas”, el componente de seguridad, como bien colectivo, obstaculiza esta pretensión semántica en una facultad subjetiva, como son los derechos.

El nivel particular o de detalle, por otro lado, se encuentra en directa conexión con el resguardo de la seguridad de la Nación. Se trata de un listado didáctico que ejemplifica cuestiones parcialmente específicas relacionadas con las FFAA en la protección de la integridad territorial del Estado¹¹¹. Su fundamento constitucional, por lo

¹¹¹ En el Derecho comparado, de un tenor casi idéntico es el artículo 15 de la *Access to Information Act* canadiense (R.S., 1985, c. A-1). Éste señala, para las materias de Defensa y Relaciones internacionales lo siguiente:

“Art. 15(1) El jefe de gobierno puede denegar la divulgación de algún registro solicitado en conformidad con esta Acta, si contiene información que razonablemente pueda esperarse que su difusión pueda afectar la conducta de las relaciones internacionales, la defensa de Canadá o de cualquier estado aliado con Canadá o de la detección, prevención, o supresión de actividades subversivas u hostiles, incluyendo aquella información:

(a) Relacionada con *tácticas o estrategia militar*, o relacionada a *ejercicios militares u operaciones adoptadas en preparación de hostilidades* o en conexión con la detección, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles;

tanto, emana del mismo artículo 8° –en relación al artículo 101 CPR– en tanto cuanto se busca tutelar la seguridad de la Nación. Debe precisarse, eso sí, que esta es su legitimación abstracta y no respecto de la invocación de la causal en casos concretos. En esta línea argumentativa, el detalle de las plantas, los planos de instalación o de recintos militares, los planes de operación, el inventario y detalle de armas en general y los equipos o pertrechos militares poseen, tanto aislada como de manera conjunta, un importante componente operativo y táctico cuya divulgación indebida podría poner en severo riesgo la seguridad de la Nación. Sobre esto abundaremos a continuación.

3. Ponderación del derecho de acceso a la información pública y el resguardo de la seguridad de la Nación

(b) Relacionada con la *cantidad, características, capacidades o despliegue de armas u otro equipo de Defensa* o cualquier cosa diseñada, desarrollada, producida o considerada para el *uso de armas o de equipo de Defensa*;

(c) Relacionada con las *características, capacidades, rendimiento, potencial, despliegue, funciones o roles de cualquier establecimiento militar*, o de cualquier *fuerza militar, unidad o personal* o de cualquier organización de personas responsable de la detección, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles;

(d) Obtenida o preparada para los propósitos de inteligencia relacionada con

(i) la defensa de Canadá o de cualquier estado aliado con Canadá, o

(ii) la detección, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles;

(e) Obtenida o preparada para los propósitos de inteligencia respecto de estados extranjeros, organizaciones internacionales o ciudadanos de estados extranjeros, usada por el Gobierno de Canadá en el proceso de deliberación o consulta, o en la conducta de asuntos internacionales;

(f) De los métodos o del equipamiento científico o técnico para recopilar, evaluar o manejar información o sus fuentes referida en el párrafo (d) o (e);

(g) En las posiciones adoptadas o por adoptarse por el Gobierno de Canadá, gobiernos de estados extranjeros u organizaciones internacionales de estados, con el fin de negociaciones internacionales presentes o futuras;

(h) Que constituya correspondencia diplomática intercambiada con estados extranjeros u organizaciones internacionales de estados o se trate de correspondencia oficial intercambiada misiones diplomáticas Canadienses o consulados en el extranjero;

(i) Relacionada con la comunicación o los sistemas criptográficos de Canadá o de estados extranjeros usados

(i) para adoptar una conducta en asuntos internacionales,

(ii) para la defensa de Canadá o de cualquier estado aliado o asociado con Canadá, o

(iii) En relación con la detención, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles.” (énfasis agregado).

Como se desprende de la literalidad del artículo, prácticamente las mismas materias que recoge el artículo 436 CJM están contenidas en esta Acta canadiense.

3.1 El test de daño

Es pacífico en la doctrina comparada que para los casos de excepciones o restricciones al DAIP debe verificarse los supuestos del test de daño¹¹². Esta evaluación implica que la denegación de información es admisible en el caso que se acredite que la comunicación de lo solicitado puede causar un daño o lesión del bien jurídicamente protegido por una causal de reserva o secreto. Daño, en este contexto, implica un efecto de detrimento¹¹³. Por lo tanto, a la publicidad de información debe seguirse un resultado que, *razonablemente*, debe producir un menoscabo en el bien jurídico protegido. Esta relación entre divulgación y sus efectos es difícil de identificar y, en general, para conectar ambos se han dado ciertos criterios generales. En general, el estándar se construye en base a una *expectativa razonable* de que la publicidad de la información pudiera causar un daño¹¹⁴. Adicionalmente, el estándar es construido en relación a las siguientes consideraciones¹¹⁵:

- El primer aspecto es el de *especificidad*. Por especificidad se entiende la posibilidad de identificar el efecto o resultado dañoso. Si el menoscabo que se alega, respecto de la divulgación, es muy vago o difuso, entonces no se satisface la expectativa razonable del test de daño.
- El segundo aspecto es el de *oportunidad*. En este caso, el test exige que el daño sea presente o razonablemente esperable en el tiempo inmediato a la divulgación de la información. Si el detrimento al bien jurídico que funda la causal de reserva

¹¹² Cfr. por todos, LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007), pp. 21-65. En nuestro país, véase a TELLO; CERNA y PAVÓN (2009), pp. 198 y ss.

¹¹³ Sobre definiciones comparadas del test de año pueden revisarse los documentos explicativos de las leyes de acceso a la información de Canadá y Estados Unidos que tienen dos de las leyes de acceso a la información más antiguas en el Derecho comparado. Revítese, ejemplo, a GOBIERNO DE CANADÁ (1993) y GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (2004).

¹¹⁴ LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007), p. 41. Por esta razón, y pese a que su nombre se encuentra bien asentado en el Derecho comparado, más que un *test de daño* es un *test de probabilidad, razonabilidad o plausibilidad de daño*. Mantendremos la denominación tradicional, sin embargo, dado su uso común.

¹¹⁵ Para el caso mexicano, véase LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007), pp. 55 y ss.

no está correlacionado en el tiempo, entonces la conexión se pierde y la alegación deja de ser razonable.

- El tercer aspecto es el de *probabilidad*. Esta dimensión del test conecta la posibilidad de concreción de una expectativa fundada en base a antecedentes técnicos. En otras palabras, y como lo detallaremos luego, se trata de un *potencia* de daño, un escenario proyectado en base a ciertos conocimientos que se disponen. Si el escenario es inverosímil, en razón de dichos antecedentes, entonces la denegación de información no satisface el test de daño.

En conformidad al test de daño debe evaluarse la procedencia jurídica de denegaciones de información que limitan el alcance del DAIP. Es relevante destacar que, en cierta forma, el test de daño es una concreción particular del principio de proporcionalidad, como criterio normativo para regular la imposición de límites a los derechos fundamentales. En efecto, el test en comento exige presupuestos normativos para admitir la restricción de un derecho como el DAIP que son coincidentes, en partes de su contenido, con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Lo que permite determinar el test de daño es la procedencia de afectación de un bien jurídico. Con dicha precisión, el peso concreto de los principios se particulariza, en aras de determinar la precedencia/prevalencia condicionada de los mismos. En razón de ello, se configura el test de proporcionalidad. Por esta razón, la afectación de los principios en pugna es crucial y pasaremos a revisarlo en relación a la seguridad de la Nación.

a) Afectación de la seguridad de la Nación

Si nos aproximamos desde el punto de vista del DAIP, lo que debe analizarse es si la divulgación de cierta información pudiere *afectar* un determinado derecho o bien jurídico. En el caso que estamos revisando, se trata de un bien colectivo de rango constitucional, cual es la seguridad de la Nación. El artículo 21 de la LT dispone

claramente las causales de reserva y secreto y, en su numeral tercero, señala que está autorizada la denegación de entrega de información “*cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación [...]*”. No obstante, la mención exacta respecto del daño, como criterio en materia de reserva o secreto, aparece en el artículo 22 LT, que regula el régimen de desclasificación de documentos y señala que el plazo ordinario de 5 años de reserva puede ser prorrogado, “*evaluando el peligro de daño que pueda irrogar su terminación*”¹¹⁶. Como se ha señalado por algunos autores, el componente de *afectación* en la determinación de la causal de reserva o secreto importa la obligación de la autoridad de sujetar su conducta al test de daño¹¹⁷. Existe, sin embargo, una posición minoritaria que es crítica de este verbo rector como factor de calibración de la magnitud del riesgo en la afectación del bien jurídico protegido por la causal de reserva. Así, entre nosotros, Sánchez ha sostenido que

Respecto de las *causales de reserva*, preocupa la excesiva discrecionalidad en la interpretación de las causales contenidas en la Constitución por la vía de establecer en el artículo 21 situaciones ejemplares demasiado genéricas, con el consecuente potencial de restricción. Esto puede constituir una seria limitante a la labor interpretativa que ejercerá el Consejo para la Transparencia respecto de las causales conforme a los estándares internacionales. *Además, para*

¹¹⁶ “Artículo 22.- Los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación.

Transcurridos cinco años contados desde la notificación del acto que declara la calificación, el servicio u órgano que la formuló, de oficio o a petición de cualquier persona y por una sola vez, podrá prorrogarla por otros cinco años, total o parcialmente, evaluando el peligro de daño que pueda irrogar su terminación.

Sin embargo, el carácter de secreto o reservado será indefinido tratándose de los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquéllos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar:

- a) La integridad territorial de Chile;
- b) La interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites;
- c) La defensa internacional de los derechos de Chile, y
- d) La política exterior del país de manera grave.

Los documentos en que consten los actos cuya reserva o secreto fue declarada por una ley de quórum calificado, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio.

Los documentos en que consten los actos declarados secretos o reservados por un órgano o servicio, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio, durante el plazo de diez años, sin perjuicio de las normas que regulen su entrega al Archivo Nacional.

Los resultados de las encuestas o de sondeos de opinión encargados por los órganos de la Administración del Estado facultados para ello serán reservados hasta que finalice el período presidencial durante el cual fueron efectuados, en resguardo del debido cumplimiento de las funciones de aquéllas.”.

¹¹⁷ Revítese, respecto del caso chileno, a TELLO, CERNA y PAVÓN (2009), p. 198.

que proceda su aplicación, basta fundarlas en que se ‘afecte’ uno de los motivos dispuestos en la ley para justificar la reserva o secreto, sin que se señale ningún estándar de daño. La mera afectación como fundamento de la negativa, sumada a la amplitud de las causales, torna muy fácil para el órgano requerido justificar una negativa¹¹⁸.

No podemos más que discrepar de esta posición que, por lo demás, no ha sido asumida por la jurisprudencia del CT, como veremos al final de este capítulo. Sin perjuicio de la ambigüedad que presenta la voz “afectar” parece razonable adscribir un sentido acorde con el principio de proporcionalidad, en la lógica de la limitación de los derechos fundamentales¹¹⁹. Son condicionamientos que vienen dados no sólo por la estructura de principio de las normas involucradas, sino también por las reglas jurisprudenciales de la CIDH en la restricción de derechos fundamentales. Además, y aplicando en esto las reglas generales de interpretación de la ley en el artículo 19 del Código Civil, se trata de un sentido admisible en el marco del tenor literal del artículo 21 de la LT. “Afectación” debe ser entendido como un término equivalente a intervención de un derecho o un bien¹²⁰. Desde la lógica de la fórmula del peso, la denegación de información está autorizada en el evento que la intervención en la satisfacción de, por ejemplo, la seguridad de la Nación, es mayor al sacrificio que se impone en la restricción del DAIP. Esta posición permite que el DAIP tenga, por un lado un estándar de protección de derecho fundamental a la hora de evaluar sus restricciones y, por el otro, que se exija un determinado *quantum* de (potencial) lesividad del bien jurídico que amerita denegar información. Si se quiere, una hermenéutica teleológica del precepto legal en comento obliga determinar un sentido que permita preservar ámbitos de aplicación tanto del DAIP como de su excepción, toda vez que la CPR obliga la realización de ambos *en su máximo grado posible*.

b) Criterio de determinación de la afectación del bien

¹¹⁸ SÁNCHEZ (2008), p. 23, énfasis agregado.

¹¹⁹ En general, véase a BRAGE (2004), pp. 333ss.; BERNAL PULIDO (2003), pp. 611ss.

¹²⁰ Sobre esto, véase a ALDUNATE (2008), pp. 225ss.

Aceptar esto conlleva la necesidad de definir el estándar de afectación de un derecho, o bien, el estándar que autoriza la reserva o secreto de cierta información. En otros términos, si uno acepta que “afectación” conlleva la aplicación del test de daño – bajo la lógica del principio de proporcionalidad–, entonces se debe definir la entidad de intervención mínima que exige la ley para autorizar el resguardo de la seguridad de la Nación, que permita la prevalencia de este bien constitucional frente al DAIP. Así, por ejemplo, el test de daño comportaría un criterio de “amenaza de daño y que la definición del mismo por parte de las autoridades en materia de seguridad nacional es, en cierta forma, especulativa”¹²¹. El criterio de determinación de la afectación del bien podría ser, analíticamente, distinguido en tres niveles: lesión, peligro concreto y peligro abstracto.

El primer nivel –el de lesión de la seguridad de la Nación– se distingue de los demás porque es el que dispensa de mayor protección al DAIP y excluye restricciones frente a situaciones o escenarios hipotéticos¹²². Por lo tanto, exigiría una afectación plena, es decir, el efectivo detrimento de la seguridad de la Nación. La barrera de protección de este bien se ubica en los lindes con el menoscabo o deterioro de nuestras posibilidades de defensa colectiva. Por el contrario, los niveles de peligro concreto o de peligro abstracto siempre se basan en un *pronóstico en base a probabilidades*. Estos niveles comparten un rasgo en común: adelantan la barrera de protección del bien colectivo constitucional y buscan precaver el daño efectivo. La diferencia entre ambos está en que el peligro de corte concreto exige que la probabilidad sea cierta, en razón del estado de conocimientos que dispone el agente en un momento determinado, mientras que el peligro abstracto se satisface con cualquier hipótesis imaginable de daño. El último criterio, en realidad, prescinde del daño, puesto que la divulgación de

¹²¹ LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007), p. 33, énfasis en el original.

¹²² Esto debe ser matizado en razón de la oportunidad en que el agente realiza el examen o la evaluación del *quantum* de lesividad que, como veremos, es siempre *ex ante* a una situación de daño efectivo. En estricto rigor lógico, como todo examen se desarrolla con anterioridad a un posible daño, siempre estamos ante un pronóstico que puede ser más o menos certero. Pero en el nivel de lesividad, el agente debe convencerse de la ocurrencia de daño, de la efectividad del acaecimiento de un menoscabo en la protección del bien en cuestión.

información siempre podría afectar las posibilidades de autodefensa colectiva y no requiere que dicha posibilidad sea *cierta*, sino que basta con que sea imaginable¹²³.

c) El examen de afectación

El agente que deba determinar si corresponde, conforme a Derecho, autorizar/denegar información en razón de la tutela de la seguridad de la Nación debe atender a uno de los criterios anteriormente descritos. El último aspecto que permite la determinación del peso concreto de los principios en disputa corresponde a la oportunidad en que se ejecuta el examen de afectación. Este tipo de examen se aplica a todos los órganos del Estado que deben cumplir con la LT, ya sea se trate del jefe superior del servicio, de los consejeros del CT o de los ministros de Corte de Apelaciones, por señalar a los agentes más relevantes. En nuestra opinión, el agente no tiene alternativa alguna a desarrollar un examen *ex ante*. En otras palabras, el operador que debe evaluar si la entrega de información afecta o no a la seguridad de la Nación debe decidir *siempre* antes de que la afectación –entendida bajo cualquiera de los tres niveles anteriormente descritos– se produzca.

Ahora bien, el examen *ex ante* no se define exclusivamente por la oportunidad de la evaluación. Su rasgo central se corresponde con la estructura del análisis que debe efectuar el operador a la hora de evaluar la afectación. ¿Cuál es esta estructura? Básicamente, quien examina, se anticipa a una situación futura, conforme a un estadio de conocimientos actuales, para proyectar consecuencias potenciales. Es decir, quien decide la entrega de información debe construir un posible escenario futuro conforme a su pool de conocimientos disponibles que siempre serán limitados. Si en dicho escenario

¹²³ La opinión crítica de Sánchez pareciera entender el verbo “afectar” en clave de peligro abstracto y por esa razón encuentra deficiente la actual regulación del artículo 21 LT, en materia de causales de reserva y secreto. Sin embargo, y como hemos revisado, aquella inteligencia del precepto no es la única posibilidad interpretativa y tampoco parece ser la mayoritaria. Véase a SÁNCHEZ (2008), p. 23. En contra, TELLO, CERNA y PAVÓN (2009), pp. 198 y ss.

proyectado, el agente entiende que la seguridad de la Nación se ve afectada por la divulgación de información, entonces está en la obligación de denegar la entrega de lo solicitado, fundamentando debidamente cómo, en tal escenario, se da la afectación del bien en cuestión.

Es evidente que lo anterior impone un deber de fundamentación al agente, obligación argumentativa propia de la ponderación. Sin embargo, esto nos traslada a otros problemas que no podemos sino sólo enunciar aquí. El más claro dice relación con la verdad o corrección de las proyecciones que se hacen de escenarios. El segundo corresponde con los cursos causales de acción alternativos. Un ejemplo de esto sería el siguiente: el jefe superior de un servicio que dispone de información que se estima sensible para la seguridad de la Nación, rechaza una solicitud en base a un razonable pronóstico. Sin embargo, la decisión es revocada por los entes jurisdiccionales a cargo de revisar la solicitud. Una vez que la última instancia de decisión obliga la entrega de la información, se constata que, al cabo del tiempo, el escenario proyectado no acontece. ¿Acaso esto implica que la decisión del órgano administrativo, en un primer momento, era errónea? En realidad, es muy difícil afirmar rotundamente esto. Efectivamente, la proyección que éste hizo en su momento puede ser revocada e, incluso, como expectativa cognitiva, ser defraudada. Sin embargo, el examen de afectación no puede determinarse por el resultado *efectivo* de la divulgación de la información. Si así fuere, la corrección de la proyección dependería siempre de su contrastación fáctica, lo que devendría en la devaluación misma del secreto. La idea de establecer una garantía jurídica al bien colectivo de carácter constitucional a través del secreto es, precisamente, articular posiciones razonables de proyección de afectación de la seguridad de la Nación. Adicionalmente, su eficacia depende de nuestra capacidad de pronóstico conforme a nuestros conocimientos científicamente afianzados.

Finalmente, respecto del examen de afectación y en relación a la seguridad de la Nación, tal como hemos conceptualizado, estamos ante un bien jurídico *colectivo* de

rango constitucional. En razón de ello, el examen de afectación debe evaluar el detrimento o menoscabo de la seguridad de un colectivo, en este caso la Nación, como expresión abstracta del pueblo. Si bien es difícil de discernir el alcance del bien colectivo, se podría afirmar con seguridad que el daño no debe producirse en *derechos individuales*, tales como la vida, la integridad física o síquica o la libertad ambulatoria de personas concretas. De lo contrario, estaríamos confundiendo dos causales de reserva o secreto distintas entre sí: la protección de derechos de terceros y el resguardo de la seguridad de la Nación (artículo 21, números 2 y 3 de la LT). La mínima delimitación conceptual que exige la normativa chilena –tanto en el artículo 8 de la CPR como en el 21 de la LT– supone entender la seguridad de la Nación como bien colectivo que no puede ser desagregado o distribuido en posiciones individuales protegidas con rango iusfundamental. Por lo tanto, el menoscabo de la seguridad de la Nación debe entenderse en relación de posibilidades colectivas de Defensa Nacional y no en referencia a la amenaza o lesión de derechos individuales de sujetos concretos.

d) Aplicación del criterio de afectación en situaciones concretas: tiempo de paz/guerra

Cerrando este apartado referido al test de daño debemos abocarnos a la distinción de tiempo de paz y tiempo de guerra. Esta distinción no sólo tiene cierta relevancia para el sector de la Defensa Nacional –en el caso del CJM, sirve como elemento del tipo objetivo para calificar conductas o como fundamento de agravantes de los delitos militares– sino que *prima facie* podría importar un antecedente fáctico que sustente la autorización/denegación de información. El argumento seguiría, más o menos, el siguiente tenor: en tiempo de paz, es muy difícil que la entrega de información afecte la seguridad de la Nación, por lo que, en razón del test de daño, está ordenada la entrega de información; en sentido contrario, en tiempo de guerra la entrega de información sensible afectaría las capacidades colectivas de autodefensa, por lo que, en razón del mismo test, está ordenada la denegación de la solicitud de información. Como bien se ha

señalado, en momentos de crisis, es difícil para los ciudadanos resistirse al aumento de poderes estatales¹²⁴, en este caso, amparados por el secreto.

Demás está decir que este argumento es una simplificación extrema de lo que podría darse tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Sin embargo, no sería extraño encontrar operadores del sistema que razonen bajo esa lógica. Pese a esto, nos parece que la distinción tiempo de paz/tiempo de guerra aporta poco en la aplicación del test de daño y en la determinación de la afectación de la seguridad de la Nación. Simplemente, puede haber información sensible que requiere ser reservada en tiempo de paz, precisamente, para mantener al Estado en dicha situación de tranquilidad social y normalidad constitucional. Este sería el caso de la planificación estratégica, tanto primaria como secundaria. Por otro lado, en caso de tiempo de guerra, algunas solicitudes de información podrían requerir documentación que en nada afecta las potencialidades o capacidades de resguardo de la seguridad de la Nación. Este sería el caso, por ejemplo, de ciertos decretos en materia de previsión de algunos ex funcionarios de las Fuerzas Armadas o de las condiciones sanitarias o laborales de un hospital de alguna de las ramas. Cabe consignar que el DAIP, incluso en tiempo de guerra o de crisis, permite una salvaguardia crítica al proveer de información a la opinión pública frente al abuso de poder de agencias de seguridad, especialmente, en la utilización de poderes y atribuciones excepcionales en virtud de, por ejemplo, un estado de excepción constitucional¹²⁵.

En definitiva, esta distinción no aporta para ver el grado de afectación de un derecho o bien y confunde más de lo que pudiese esclarecer. Si bien en materia penal –al momento de fijar en las normas primarias deberes y prohibiciones– puede ser de extrema utilidad, en materia de acceso a la información, en tanto categoría conceptual, no tiene ningún rol operativo. Como se desprende de los ejemplos entregados, *la*

¹²⁴ ROBERTS (2007): 318.

¹²⁵ ROBERTS (2007): 318.

determinación del peso concreto de los principios depende de, valga la redundancia, las situaciones concretas de la solicitud. Por lo tanto, en tiempo de paz pueden haber secretos que el Estado tiene obligación de resguardar y, por otro lado, en tiempo de guerra, existe información que el Estado tiene obligación de entregar.

3.2 Sobre la dimensión institucional del derecho de acceso a la información pública

Respecto de los problemas de ponderación entre DAIP y el resguardo de la seguridad de la Nación aparecen dos componentes que deben ser analizados abstractamente. En primer lugar, debemos verificar cuál es la posición institucional que tiene la libertad de expresión en un Estado democrático y, en segundo lugar, la relevancia que deberían tener ciertas solicitudes de información en materia de violaciones a los derechos humanos.

La primera cuestión es conocida en la dogmática de los derechos fundamentales: estos derechos comprenden una dimensión objetiva que escapa a la mera protección de posiciones individuales¹²⁶. Se trata de un aspecto de los derechos que refuerza su posición institucional dentro de las obligaciones de los poderes públicos, convirtiéndose éstos en garantes de su vigencia. En Chile, la soberanía tiene como límite los derechos fundamentales y los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover estos derechos. El contenido objetivo, en tanto norma que vincula a todos los poderes públicos, obliga a la realización del mandato de acceso de información en la mayor medida posible. Ahora bien, en virtud de esta idea, se ha postulado que ciertos derechos comparten una posición institucional relevante para la concreción del Estado Democrático de Derecho. El caso paradigmático es la libertad de expresión, cuando es asociado a su dimensión objetiva o institucional, en este caso, con la formación de opinión pública y la posibilidad de desarrollo de las instituciones democráticas¹²⁷. Si el

¹²⁶ Véase por todos, BASTIDA *et al.* (2004), pp. 50-55

¹²⁷ BERNAL PULIDO (2003), pp. 770–772. Revísese, asimismo, el Caso Claude Reyes *et. al.* v. Chile, *cit.*, §85.

mismo ejercicio se hiciera respecto del DAIP, entonces podría no tener limitaciones y prevalecer siempre frente a alegaciones de seguridad de la Nación. En ese entendido, el DAIP prevalecería en abstracto. Nos parece que esta afirmación, debería matizarse. Si bien el DAIP constituye una norma iusfundamental adscripta a la CPR, su construcción se realiza en base al artículo 8 de la misma y en relación al principio de publicidad. Para fundar un peso abstracto mayor del derecho en comento, se requeriría una construcción argumentativa que postulase la preferencia a *priori* por ciertos deberes estatales de transparencia y publicidad, por un lado, frente a deberes de resguardo de la seguridad de la Nación. Si bien ello es posible, es extremadamente complejo. Lo único claro es que los números por sí solos –como el artículo 1°, inciso 5° versus el artículo 8° CPR– no pueden aportar un argumento para tal construcción¹²⁸.

Sin embargo, y teniendo presente el carácter contingente de ciertas informaciones, la prevalencia del DAIP podría ser argüida. Nos referimos a solicitudes de información en materia de violaciones a los derechos humanos y en relación a lo que hemos expresado más arriba acerca del derecho a la verdad¹²⁹. En este caso, el carácter de la información solicitada le otorga mayor peso concreto al DAIP frente a la seguridad de la Nación. Es lo que se conoce como la relación instrumental del DAIP para la protección y fortalecimiento de otros derechos fundamentales. Lo deseable, como una propuesta de *lege ferenda*, sería estipular una regla que resolviese derechamente el asunto, constituyéndose en una contraexcepción frente a las reglas de reserva y secreto, tal como lo ha resuelto la normativa mexicana y peruana¹³⁰. A falta de ello, y unido a la

¹²⁸ Mientras el artículo 1°, inciso 5° de la CPR establece que “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, el artículo 8° obliga a la transparencia y publicidad de la función pública. Ambos son deberes que pueden colisionar entre sí y por ello no hay una jerarquía abstracta preordenada para resolver los conflictos.

¹²⁹ En general, sobre DAIP y materias de derechos humanos en Chile, véase a OLMEDO (2008b).

¹³⁰ Al respecto, revítese los artículos 14 y 18 de las legislaciones mexicanas y peruanas, respectivamente, en materia de acceso a la información, donde se prevé especialmente la prohibición de la reserva en investigaciones de violaciones graves a los derechos humanos o en delitos de lesa humanidad. Sobre esto, en general, revítese ABRAMOVICH y COURTIS (2000), pp. 203 y ss.

indeterminación de las cláusulas de reserva y secreto, el problema debe ser resuelto por la vía de la ponderación, ya sea que se entienda que se trata de los pesos en concreto o en abstracto.

3.3 Los problemas probatorios

Finalmente, la ponderación entre el DAIP y la seguridad de la Nación, requiere de la prueba de ciertos antecedentes y argumentos, y ello dice relación con los límites cognitivos de los operadores y está referido a la certeza respecto de información que se dispone para conceder o rechazar una solicitud de información pública. En este ámbito, nos avocaremos a tres problemas que considero relevantes: quién determina la afectación del bien (a), cómo se determina la afectación (b) y si es necesario acceder a la información, por parte de los controladores, para dictaminar informadamente (c).

a) Órgano competente para determinar la afectación de la seguridad de la Nación

El primer aspecto del problema sobre la competencia para evaluar la afectación de un bien jurídico y aplicar el test de daño debe ser distinguido en dos esferas: las competencias administrativas y las competencias de control de la Administración. En el nivel de las competencias administrativas, quien se encuentra en la obligación de aplicar el test de daño es el jefe superior del servicio al cual se dirige la solicitud de información, tal como señala la LT¹³¹. Evidentemente, si el legislador no ha enumerado

¹³¹ Sin perjuicio de la regulación legal, cada órgano puede dictar protocolos internos respecto a cómo responder solicitudes de información pública. Por ejemplo, que una solicitud ingresada en una región sea primero considerada por un Secretario Regional Ministerial y, luego, la decisión se adopte por un Subsecretario. Esto, sin embargo, no puede alterar el régimen de responsabilidad administrativa que establece la ley, respecto de los jefes superiores de cada servicio. Ahora bien, plantea problemas de aplicación práctica que no podemos más que enunciar aquí, como por ejemplo la discrepancia política entre un Subsecretario y un Ministro de Estado. El primero puede estimar que cierta información es pública mientras que el segundo considera que la información debe ser reservada. Como el Subsecretario es el jefe superior del servicio –en un Ministerio– será éste quien responda de la decisión final, de cara a las sanciones de la LT. Por lo tanto, los criterios políticos podrían colisionar con los técnicos en la instancia de decisión y solo una de las autoridades es potencialmente responsable de las denegaciones injustificadas.

y establecido con precisión y taxatividad cuáles antecedentes, documentos y actos deben ser reputados reservados o secretos, es la Administración, a través de las autoridades que la LT ha señalado, quien tiene a su cargo la evaluación de la afectación del bien jurídico comprometido, en este caso, la seguridad de la Nación.

Sin embargo, el nivel de las competencias administrativas tiene un contrapeso evidente: el nivel de competencias de control de la Administración. ¿Quiénes tienen a su cargo el control del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la LT? El CT y las Cortes de Apelaciones. No hay duda alguna que, en materia de seguridad de la Nación, la última palabra la tendrán los ministros de Corte que tengan que resolver sobre la entrega o la denegación de información, en razón de verse o no afectada esta causal de reserva.

Todo lo anterior es claro a nivel descriptivo. Los problemas surgen en los niveles analíticos. Quisiera plantear lo siguiente: ¿existe deferencia a la Administración en la evaluación que hace del test de daño? En otros ordenamientos esa deferencia existe y se aplica –si bien con ciertas restricciones– de manera más o menos regular¹³². Nos parece que existen buenas razones para mantener esto, especialmente, dada la relación asimetría de información que existe entre controladores y controlados. Los organismos dedicados a la Defensa no sólo tienen el *mapa completo* respecto de las capacidades de seguridad del Estado¹³³ –lo que denota las limitaciones que por naturaleza poseen los órganos de adjudicación¹³⁴– sino también se especializan precisamente para la generación y contrastación de escenarios potenciales de conflicto, en base a nuestras posibilidades presentes de conocimiento. Empero, ello no es decisivo, toda vez que esta materia no es un aspecto puramente tecnocrático sino que, derechamente, normativo. Por lo tanto, los órganos controladores tienen la obligación de optimizar el cumplimiento de ambos

¹³² En relación con el caso estadounidense y mostrando la evolución jurisprudencial, revítese GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (2004). Cfr. la opinión de LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007), pp. 30 y ss.

¹³³ GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (2004).

¹³⁴ Sobre esto véase a FULLER (1978).

principios y, si constatan déficits argumentativos en la posición que funda la afectación de la seguridad de la Nación, están obligados a autorizar la entrega de información¹³⁵.

b) Proceder de los órganos en la aplicación del test de daño: cargas de prueba y cargas de argumentación

Tal como señalamos, si bien pudiere fundarse una deferencia a la Administración, ello depende de la suficiencia de argumentación que conecte una expectativa razonable de menoscabo de la seguridad de la Nación con la prueba rendida en torno a una denegación de información. Esto nos lleva al problema de las cargas de la prueba y las de argumentación. En definitiva, para apreciar el test de daño, se requieren antecedentes que permitan fundar las posiciones argumentativas de las partes en el contexto de un amparo de información.

Como sabemos, existen reglas generales de carga de la prueba que deberían ser aplicadas en estos casos, como es el conocido artículo 1698 del Código Civil¹³⁶, es decir, quien alega la causal de reserva o secreto tiene la obligación de fundamentarla y acreditarla. Ahora bien, la generalidad de esa regla conspira contra su operatividad. En materia de transparencia y conectado al DAIP, emergen dos consideraciones adicionales: la presunción de relevancia de la información y las cargas de argumentación en materia de restricción de los derechos fundamentales. La presunción de relevancia está positivizada en el artículo 11, letra a) LT y prescribe que se presume relevante toda la

¹³⁵ Una forma inteligente de optimizar ambos mandatos constituye la aplicación del principio de divisibilidad de la información, establecido en el artículo 11, letra e) LT. Me parece que es perfectamente viable que el jefe superior del servicio ordene entregar cientos de papeles en los que únicamente se encuentran algunas palabras sueltas no tarjadas. Bajo esta aproximación, la autoridad debe discriminar en torno al contenido de la información y decidir qué es secreto y qué no. Una vez resuelto eso, debe entregar todo lo que no es secreto respecto de la información solicitada. Sobre esto en el Derecho comparado, en este punto, véase GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (2004) y GOBIERNO DE CANADÁ (1993).

¹³⁶ En su inciso 1º, el Código estipula: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

información que posean los órganos de la Administración del Estado¹³⁷. Ahora bien, el alcance de esta disposición –enunciada curiosamente como “principio”– no es del todo claro¹³⁸. Que se presuma relevante cierta información no dice nada respecto de la carga de la prueba, ya sea asignándola o dispensando de ella. En otras palabras, que la información sea relevante no es concluyente, en clave deóntica, sobre quién tiene la obligación de fundamentar la entrega o la denegación de información. Es cierto que esta presunción, debe ser conectada con otros “principios” de la LT. El más importante es el principio de apertura, que señala, en el artículo 11, letra c) LT, conforme al cual “*toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas*”. En virtud de esta disposición se debe afirmar que la información se debe considerar pública a menos que se demuestre o acredite una causal de reserva o secreto.

Lo anterior está ligado a la carga de argumentación. Como ha establecido la CIDH en materia de restricciones a los derechos fundamentales, el DAIP es parte integrante de la libertad de expresión recogida en el artículo 12 de la CADH, la fundamentación de la limitación de este derecho corresponde a quien la realiza, es decir, el Estado y sus agentes. En este orden de ideas, quien alega una causal de reserva o secreto –en tanto posibilidad de restricción de un derecho fundamental– debe fundar, fáctica y normativamente, la procedencia de la limitación. Como ha señalado la CIDH,

¹³⁷ Como sabemos, las presunciones alteran la carga de la prueba, ya sea dispensando de ella o invirtiéndola, en el caso de presunciones de derecho y simplemente legales, respectivamente. Sobre esto, véase por todos, GASCÓN ABELLÁN (1999), pp. 137-157.

¹³⁸ Adicionalmente, debe contrastarse la diferente formulación positiva del artículo 11, letra a) y d) LT – que recoge el principio de presunción de relevancia y máxima divulgación– y la enunciación que la CIDH hace de la máxima divulgación: “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la *presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones*” (Claude Reyes *et. al.* v. Chile, *cít.*, §92, énfasis agregado). Las letras a) y d) del artículo 11 no señalan expresamente lo que la CIDH ha manifestado. Por un lado, el primer principio presume relevancia y, por el otro, el segundo principio establece una obligación de entregar información en los términos más amplios posibles, sujetando dicha obligación a las excepciones constitucionales y legales. La disparidad entre el enunciado de la CIDH y los preceptos de la ley es clara y manifiesta. Cfr., en este punto, la conceptualización básica, pero certera, de MENDEL (2003), p. 43.

Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos [el principio de proporcionalidad y la reserva legal]¹³⁹.

Agregando a continuación,

El Estado no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática, ya que la autoridad encargada de responder la solicitud de información no adoptó una decisión escrita fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos para restringir el acceso a tal información en el caso concreto¹⁴⁰.

Tales fundamentos normativos de la sentencia en comento, nos parecen concluyentes. En otras palabras, como las causales de reserva y secreto suponen una limitación de un derecho fundamental, la carga argumentativa recae en quien la alega, que debe, a su vez, satisfacer los presupuestos iusfundamentales para la restricción del DAIP, esto es, invocar una causal de reserva amparada en la ley y satisfacer el test de proporcionalidad en su caso concreto.

Adicionalmente, habría que hacer presente la siguiente precisión: una cosa es la carga de la prueba y otra es una carga de argumentación. La primera dice relación con la acreditación, dentro de un proceso contencioso o de amparo, de ciertos hechos que se alegan. Se trata, en consecuencia, de una cuestión de verificación de antecedentes aportados. La carga de argumentación, por el otro lado, dice relación con la obligación de fundamentar una posición normativa. Si bien es cierto que los participantes siempre sostienen posiciones entendidas deontológicamente, distinto es que en la construcción del discurso jurídico se asignen pesos y responsabilidad en la construcción de argumentos viables¹⁴¹.

¹³⁹ Claude Reyes *et. al. v. Chile, cit.*, §93.

¹⁴⁰ Claude Reyes *et. al. v. Chile, cit.*, §95.

¹⁴¹ Sobre las cargas de argumentación, véase a ALEXY (2007b), pp. 191ss.

Esta distinción permite comprender la diferencia que existe entre la acreditación de hechos y la aportación de razones para restringir un derecho como el DAIP. Según la CIDH, al Estado le corresponden ambas cargas. A nivel de la LT, ello también acontece. Sin embargo, no deben ser confundidas, de cara a la convicción que debe arribar el CT o las Cortes respecto de la procedencia de una causal de reserva o secreto. La carga de la prueba reside en la obligación de probar ciertos hechos y el estándar de convicción debe ir aparejado en relación a los antecedentes que se aporten y la forma en que se acompañan en el marco de un proceso. La carga de argumentación, por otro lado, *no busca asignar obligación de prueba*, sino que busca radicar deberes de fundamentación. Como se observará, en el caso de la afectación de la seguridad de la Nación –en cualquier de los tres criterios descritos, anteriormente– es bien difícil *probar* el daño o detrimento en la protección del bien colectivo de rango constitucional, toda vez que se trata de un problema de escenarios futuros basados en expectativas razonables. Por lo tanto, si bien la Administración tiene un deber de acreditar antecedentes aportados al proceso, en la ponderación entre el DAIP y la seguridad de la Nación, cobra mayor relevancia la obligación de fundamentar la restricción que esta última plantea respecto del primero. En otras palabras, como la prueba de escenarios futuros plausibles es sumamente difícil de realizar –ya que se trata de una construcción racional y no de un dato de la realidad–, la Administración tiene a su cargo la obligación de *fundar y justificar* la restricción del DAIP, en base a la *expectativa razonable* de ocurrencia de tal escenario. Esta tarea argumentativa se distancia, en parte, de la comprobación de hechos alegados en el proceso. Para ponerlo en términos un poco burdos: como el escenario de afectación de la seguridad de la Nación *no es un hecho*, se sigue de ello que *no puede ser probado pero sí requiere ser fundamentado*¹⁴².

¹⁴² La cuestión puede complejizarse mientras más se adentre uno en distinciones entre hechos-pruebas-aseveraciones sobre hechos. Nuestro objetivo no responde a dar cuenta a toda esa problemática, pero sí poner de manifiesto el laberinto que supone articular dos principios como el DAIP y la seguridad de la Nación, en tanto principios. En Chile, a propósito de estándares de convicción y alegaciones de abogados, en el marco de un proceso, puede revisarse a COLOMA (2006), pp. 27-52.

Esta distinción permite abocarnos al último de los problemas presentes en la prueba de los hechos: el procedimiento de control de las afirmaciones de las partes, específicamente, de quien deniega la información.

c) Revisión de órganos controladores en materia de denegación de información

En este apartado nos referiremos a un tema específico dentro del amparo de información. Se trata respecto de la posibilidad que tienen los órganos controladores de acceder a la información que la Administración ha denegado a un solicitante. Me parece que este es un aspecto central, dada la asimetría de información que existe entre controlador y controlado. En otros términos, si la última instancia de decisión respecto de la denegación corresponde al CT y a las Cortes, la posibilidad que tengan estos órganos de revisar la información misma que se deniega parece ser determinante a la hora de fijar los parámetros normativos en materia de ponderación y restricción del DAIP. Se trata de un problema que sólo surge, como es obvio, en el evento que la Administración rechace una solicitud de información.

Nuestra regulación actual es sumamente escueta en lo referido al proceso de amparo del DAIP¹⁴³. La escasa regulación persigue una tramitación expedita de las solicitudes y su control. No obstante lo anterior, la falta de instituciones conspiran contra la adecuada posibilidad de comprensión que requieren los órganos resolutivos. Específicamente, me quisiera referir a la revisión *in camara* que se establece en el Derecho comparado. Esta institución procesal permite que los integrantes de órganos de control, en materia de acceso a la información, puedan revisar, directamente y “a puerta cerrada”, los antecedentes y documentación requerida por el solicitante y que ha sido denegada por la Administración. Su origen se encuentra en un precedente de la Corte de

¹⁴³ La legislación anterior no representaba una mejor solución. En el marco de la “Ley de Probidad”, el procedimiento se radicaba en los tribunales ordinarios y con carencia de reglas especiales o instancias especializadas. Sobre esto, véase a ALLLESCH y OBANDO (2005); RAJEVIC (2009).

Apelaciones del distrito de Columbia, en Estados Unidos¹⁴⁴. Este procedimiento permite que los entes decisorios puedan evaluar, desde la fuente misma, la procedencia o no de la causal de reserva invocada. Esta actuación –al ser excepcional y procurando salvar el riesgo de filtraciones– está rodeada de una serie de garantías que permiten, por un lado, disminuir la asimetría de información del controlador y, por el otro, custodiar la reserva provisoria dictada por la Administración hasta que se produzca la decisión jurisdiccional final, reforzando, con ello, la instrumentalidad del secreto y su accesoriidad a una garantía institucional.

Al tratarse de una institución procesal bien afianzada en el Derecho comparado, cualquier observador quedaría perplejo al constatar que nuestra legislación no provee regla expresa al respecto. La LT sólo señala, en su artículo 25, que el CT puede, de oficio o a petición de parte interesada abrir un término probatorio a través de audiencias “*para recibir antecedentes o medios de prueba*”. La falta de provisión de la revisión *in camara* se vuelve, asimismo, inexplicable si se constata que existen, en otras áreas del Derecho, reglas similares, aparejadas de las garantías necesarias¹⁴⁵. En el caso del CT, es dudoso que cuente con la facultad legal para proceder a un examen de tal naturaleza. Lo mismo es aplicable a las Cortes de Apelaciones.

La carencia de esta herramienta auxiliar al juicio de los controladores podría jugar a favor o en contra de la apertura. A favor, si el controlador, al no haber tenido acceso a la información misma, no hubiere podido comprender la afectación a la seguridad de la Nación decidiendo que se divulgue la información y se proteja al DAIP. En contra, si el controlador, nuevamente, al no acceder directamente a los antecedentes y documentos, hubiese descansado única y exclusivamente en el juicio de la Administración, en una suerte de deferencia acrítica e irreflexiva. Lo recomendable, en

¹⁴⁴ Sobre esto, con detalle respecto de la revisión *de novo in camara*, véase GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS (2004). Cfr. la descripción de LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007), pp. 28ss.

¹⁴⁵ El Código Procesal Penal ha establecido, en su artículo 19, una regulación especial en materia de información reservada y secreta. Asimismo, se han previsto restricciones específicas en la oralidad de las audiencias para cautelar la reserva y secreto.

consecuencia, sería disminuir este margen de incertidumbre al reducir las asimetrías de información entre controlador y controlado permitiendo, en consecuencia, alguna modalidad de revisión *in camara* que permita a los juzgadores acceder directamente y de manera excepcional a la materia de fondo de la solicitud. La consagración de tal institución requiere su configuración asociada a ciertas garantías, acceso restringido de personal y normas penales de tutela.

4. A modo de conclusión: criterios para resolución de antinomias

En este apartado final, procuraré ensayar una propuesta de criterios operativos para el caso de colisión entre DAIP y seguridad de la Nación.

En primer lugar, me parece que la variable central en la resolución de una colisión tal es la aplicación del test de daño. Respecto del criterio para determinar el daño o afectación, me parece que la tripartición analítica ofrecida en este trabajo nos hace converger en un justo medio difícil de concretar en la práctica. En otras palabras, radicar en la Administración la obligación de *seguir un criterio de lesión es exigir demasiado*, puesto que supone distanciarse de expectativas razonables de afectación de la seguridad de la Nación y acercarse a una exactitud metodológicamente difícil de alcanzar. Sin embargo, *un criterio de peligro abstracto es exigir demasiado poco* a la Administración, toda vez que, como construcción racional, en definitiva se dispensa de una probabilidad cierta de daño. Lo que nos queda es exigir, precisamente, lo que en el Derecho comparado se conoce como expectativa razonable de afectación, que sea lo suficientemente específica, probable y presente. En otras palabras, requerimos de un peligro concreto, esto es, exigir un menoscabo *cierto* de la seguridad de la Nación. Esto no implica exactitud, deja margen para cursos causales alternativos y evita la amplitud de que cualquier divulgación pueda afectar el bien colectivo constitucionalmente establecido. Lo difícil, como es evidente, será diferenciar en el caso concreto entre los

tres niveles analíticamente diferenciados; sin embargo, de eso se trata, precisamente, la labor de ponderar.

En segundo lugar, me parece recomendable no asumir *a priori* la prevalencia abstracta del DAIP en razón de su componente objetivo e institucional. Lo razonable, en este punto, es diferenciar en base a la contingencia de las solicitudes de información mismas: el contenido de lo requerido permitirá asignar peso concreto con mayor facilidad y consolidar grupos de casos en la jurisprudencia. De igual forma, solicitudes de información conectadas con violaciones a los derechos humanos, en razón del contenido de lo reclamado, permite sencillamente despejar –a falta de norma expresa que restrinja la calificación de la Administración– la posibilidad de establecer secretos provisionales en esta materia. Sin embargo, un Estado Democrático de Derecho debiese asumir, en su legislación, la primacía de relevancia de información de esta índole, en conformidad a los deberes que la misma CPR establece en sus artículos 1° y 5°.

En materia de prueba, el CT ha dado ciertos lineamientos que coinciden con la tesis que estamos exponiendo. En primer lugar, ha señalado que la carga de la prueba recae en quien busca liberarse de una obligación de entrega de información, por ejemplo, un Subsecretario, en tanto jefe superior de un servicio¹⁴⁶. Sin embargo, el CT ha precisado esta carga de la prueba señalando que no basta con alegar una causal; por el contrario, dicha alegación debe ser acreditada causalmente¹⁴⁷. En consecuencia, respecto de la causal establecida en el artículo 21, número 1 LT, la mera alegación de que para “*recopilar toda la información solicitada se necesitaría personal dedicado exclusivamente a esta labor*” descuidando labores habituales, no constituiría, por sí sola, un antecedente para dar por acreditada la causal¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Decisión del Consejo para la Transparencia, 26 de junio de 2009, A.39/09, cons. 5°.

¹⁴⁷ Decisión del Consejo para la Transparencia, 26 de junio de 2009, A.39/09, cons. 6°.

¹⁴⁸ *Ibid.*

Este criterio ha sido reiterado en otro caso donde se analiza un bien colectivo de carácter constitucional, cual es el interés nacional. En una solicitud dirigida al Instituto Nacional de Estadísticas (INE), se había requerido los resultados de la encuesta de empleo de un mes en específico y no el promedio móvil y otras cifras y evoluciones en materia de desempleo. En este caso, el INE había argumentado que la entrega de información sobre determinadas cifras mensuales de desempleo podría afectar la causal de interés nacional, en el sentido de que la información desagregada sin el cuidado de una metodología prefijada, eventualmente generaría un enorme rango de incertidumbre y desconfianza al mercado en general, afectando en definitiva la estabilidad financiera, económica e incluso monetaria del país, entre otros argumentos.

Sobre estos antecedentes, el CT recordó, en primer término, que en *“materia de prueba de las causales de secreto o reserva, [...] dado que de éstas depende la extinción del deber de entregar la información la carga de la prueba corresponderá a quien alega su concurrencia [...]. La pura invocación de la causal, desprovista de prueba suficiente, llevará a rechazar las alegaciones y ordenar la entrega de la información”*¹⁴⁹. En relación a la argumentación esgrimida por la autoridad competente del INE, el CT estimó que *“no se ve cómo la publicidad de estos datos podría afectar el interés económico del país y, como consecuencia, el interés nacional, [...] por lo que no da por acreditada de manera fehaciente tal circunstancia”*¹⁵⁰.

Esta decisión es relevante por dos razones: primero, porque fija una jurisprudencia en torno a la obligación de acreditar la causal que se invoca. Pero más relevante aún, porque en materia de un bien jurídico colectivo –de rango constitucional y similar en cuanto a la estructura de la seguridad de la Nación– establece que la alegación de una causal debe ser acreditada en cuanto a su (posible) resultado. La falta de todo antecedente que conecte la afectación del bien jurídico con la entrega de la información,

¹⁴⁹ Decisión del Consejo para la Transparencia, 26 de junio de 2009, A.19/09, cons. 7°, énfasis agregado. Este fallo se remite al A.39/09 que ya hemos citado.

¹⁵⁰ Decisión del Consejo para la Transparencia, 26 de junio de 2009, A.19/09, cons. 8°.

hace procedente la misma. El adjudicador –en este caso, el CT– no tiene más que resolver a favor del solicitante que busca amparo, ya que el jefe superior del servicio no ha cumplido con su obligación procedimental de fundar la argumentación postulada¹⁵¹.

En materia de seguridad de la Nación y, en relación con el test de daño, el CT ha inaugurado su jurisprudencia con un caso concerniente a la reserva o secreto de las plantas y dotaciones de Carabineros de Chile¹⁵². La solicitud de información requería la entrega del número de carabineros destinados al Departamento de Protección de Personas Importantes (en adelante, PPI) y el número de autoridades o personas beneficiadas por la protección (con una desagregación en razón de nacionalidad, sexo, ubicación geográfica y tiempo desde que gozan la protección). Dicha solicitud fue rechazada y la resolución administrativa recurrida ante el CT, por la vía de amparo del DAIP. El General Director de Carabineros, respondiendo el traslado a este procedimiento, justificó la denegación de información en razón de las causales de afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, afectar los derechos de las personas y citó adicionalmente el artículo 436 del CJM (en relación al artículo 21, número 5 LT).

En base a esta argumentación, el CT decidió resolver la colisión de principios que se daba entre el DAIP y los bienes/derechos tutelados por las causales de reserva. Lo primero que hace el CT, es revisar la compatibilidad del artículo 436 con el artículo 8° CPR. Salvado este punto, procede a efectuar el análisis de las argumentaciones sostenidas para denegar el acceso a la información solicitada. En sus considerandos, el CT señala que para determinar si la difusión de la información afecta la seguridad de la Nación o de las personas, “*no basta la mera relación entre la información solicitada y la*

¹⁵¹ Lo único objetable al considerando recién citado, radica en el exceso retórico de dar “por acreditada de manera *fehaciente* tal circunstancia”. En realidad, y en razón de lo que hemos expuesto, es difícil probar de manera *fehaciente* un escenario que se construye y es defendido con pruebas y argumentos racionales o lógico-causales. Ya que no estamos ante un *hecho*, la proyección nunca podrá ser acreditada *fehacientemente*, sino que se podrá argumentar, suficientemente, una expectativa razonable de afectación.

¹⁵² Decisión del Consejo para la Transparencia, 28 de julio de 2009, A.45/09.

causal constitucional sino que, además, debe demostrarse que la publicidad de aquélla afecta el bien jurídico que el art. 8° permite proteger por ley de quórum calificado”¹⁵³. Para ello, el CT asume derechamente la posibilidad de aplicar el test de daño y la ponderación¹⁵⁴. Este fallo es central porque el CT sienta un precedente en materia de restricción del DAIP, en relación, precisamente, al resguardo de la seguridad de la Nación. En el análisis del caso concreto, el CT estima que la revelación de la dotación del departamento de PPI afectaría la planificación estratégica de dicha repartición¹⁵⁵ y la seguridad de la nación¹⁵⁶, en razón de afectarse la seguridad pública cuando una autoridad es víctima del delito. Ahora bien, esta conclusión no obsta a que el amparo sea concedido parcialmente, respecto de la información sobre personas sujetas a esta protección siempre que “*se entreguen cifras estadísticas que no permitan la identificación de las personas protegidas*”¹⁵⁷. El CT ha aplicado correctamente –aunque el fallo no lo enuncia– el principio de divisibilidad con el objeto de dar la mayor transparencia posible, en relación a la protección adecuada de la reserva o secreto amparada en una causal legal. Como se observa, esto es plenamente coincidente con la formulación de principio que hemos realizado en el Capítulo I de esta tesis.

Finalmente, y en relación al último aspecto del razonamiento ponderativo, nos parece importante señalar que, si bien no se encuentran elementos normativos directos para fundar una deferencia a la Administración, su juicio técnico debe ser evaluado en

¹⁵³ Decisión del Consejo para la Transparencia, 28 de julio de 2009, A.45/09, cons. 6°.

¹⁵⁴ Decisión del Consejo para la Transparencia, 28 de julio de 2009, A.45/09, cons. 8° a 11°, asumiendo, en este último considerando, que “puede decirse que las hipótesis de secreto o reserva deben superar el test de daño o el principio de proporcionalidad, *dos caminos de control cuyo resultado es equivalente*” (énfasis agregado).

¹⁵⁵ Decisión del Consejo para la Transparencia, 28 de julio de 2009, A.45/09, cons. 12°. El CT agrega que el control ciudadano o político del funcionamiento de este departamento puede darse con igual o mayor eficacia en otros foros institucionalmente adecuados para ello y con menor perjuicio para el accionar policial, como en el caso de revisiones parlamentarias o en el marco de las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados.

¹⁵⁶ Decisión del Consejo para la Transparencia, 28 de julio de 2009, A.45/09, cons. 13°.

¹⁵⁷ Decisión del Consejo para la Transparencia, 28 de julio de 2009, A.45/09, cons. 14°.

base al test de proporcionalidad que, como bien se sabe, se trata de un examen de corte negativo¹⁵⁸.

En razón de lo anterior, la posición técnica que sostenga la Administración debe ser respaldada debidamente de argumentos jurídicos que permitan fundar una restricción al DAIP. En ese sentido, la labor de los órganos controladores es de evaluar la suficiencia argumentativa de la posición del jefe superior del servicio. Se trata de una cuestión no exenta de problemas ni dificultades, como ha intentado ponerlo de manifiesto este capítulo. Sin embargo, la articulación de derechos con garantías institucionales demandan una construcción normativa idónea que permita conciliar las necesidades de seguridad, por un lado, con las de transparencia, por el otro. Los problemas más graves de esta articulación se revisan en el siguiente capítulo, en relación con las leyes secretas.

¹⁵⁸ WONG (2000).

CAPÍTULO III

LEYES SECRETAS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Presentación

En este capítulo intentaremos sistematizar el conocimiento que se dispone sobre las leyes secretas en Chile¹⁵⁹. Como es evidente, la falta de publicidad de estos textos legales impide una descripción y análisis cabal, por lo que las líneas que siguen se redactan a partir de las escasas fuentes de información pública disponibles sobre este tipo de normas.

La mayor cantidad de información sobre leyes secretas se encuentra a propósito de la tramitación de una moción parlamentaria que busca desclasificar a estos cuerpos de rango legal¹⁶⁰. Analizaremos en primer lugar este proyecto de ley y luego haremos una descripción analítica de los textos legales secretos con la información que se dispone en el dominio público.

2. Sobre el proyecto de ley de desclasificación de textos legales secretos

La moción parlamentaria que “ordena la publicación de leyes promulgadas en carácter de ‘secretas’ en el período que indica” (boletín 3307-07)¹⁶¹ corresponde a una iniciativa

¹⁵⁹ En adelante, se utilizarán indistintamente las expresiones “leyes secretas” como “textos legales secretos” y serán abarcativas de los tres tipos de normas de rango legal que están afectadas de secreto – leyes, decretos leyes y decretos con fuerza de ley–. Se distinguirán específicamente las leyes secretas en sentido auténtico o estricto cuando se requiera, en el marco de la reflexión.

¹⁶⁰ En la doctrina, uno de los escasos artículos que trata el tema corresponde a GARRETÓN (1985). Adicionalmente, información periodística actualizada puede ser encontrada en el sitio web del Centro de Investigación e Información Periodística (CIPER): <http://ciperchile.cl/2009/06/11/las-ultimas-jugadas-para-desclasificar-las-leyes-secretas-del-gobierno-militar/> [última visita efectuada: 05 de mayo de 2010].

¹⁶¹ Tanto el proyecto de ley como toda la información referida a los Informes de las comisiones legislativas se encuentra disponible el sitio web: <http://sil.senado.cl/pags/index.html> [última visita efectuada 07 de abril de 2010].

que busca desclasificar los textos que aún se encuentran al margen del conocimiento de la ciudadanía. Propiciado por los ex diputados Sra. Soto y Sres. Paredes, Riveros, Seguel y Walker y por los diputados Sres. Ascensio, Burgos y Espinoza, el proyecto se componía originalmente de un artículo único que establecía la *publicación* de todas las leyes, decretos leyes y decretos con fuerza de ley que hubieren tenido el carácter secreto o reservado y que hubieren sido promulgadas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990.

Dentro de sus fundamentos, los diputados arguyeron sobre la base de un principio general de publicidad de las leyes, que se articulaba a través de distintas reglas constitucionales y legales. Cabe destacar que en la fecha de presentación del proyecto – 5 de agosto de 2003– el artículo 8º CPR no había sido reformado, lo cual sucedió en agosto de 2005. Adicionalmente, se tuvo a la vista un informe de la CGR que consignaba parte de los textos legales de carácter secreto.

En su primer trámite constitucional, el proyecto fue analizado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara baja. En dicha instancia, como consta en su Primer Informe¹⁶², el Ejecutivo –a través de la Ministra de Defensa Nacional de la época, Michelle Bachelet– sostuvo su conformidad inicial con la desclasificación de normas. Sin embargo, planteó la necesidad de preservar el carácter reservado o secreto de aquellas que se consideran críticas en materia de planificación, cuestiones estratégicas y determinadas adquisiciones.

Por otra parte, el Director del Diario Oficial precisó el mecanismo que se utilizaba para cumplir con las exigencias legales y constitucionales sobre promulgación y publicación. Al efecto, destacó que este tipo de textos tenían una forma especial de publicación, denominada “restringida”. Ésta consistía en una orden consignada en

¹⁶² Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 10 de diciembre de 2003.

oficios que remitían el texto legal donde se calificaba de *secreto* o de *publicación restringida* a la norma. Para estos casos,

“se dejaba constancia en el sumario de la edición que se había publicado una determinada ley, relativa, por ejemplo, a la movilización de tropas en casos excepcionales, y, en paralelo, se publicaban una o dos hojas en que figuraba la ley completa, las que debían editarse y repartirse en forma restringida a ciertas personas claramente individualizadas”¹⁶³.

Es relevante consignar que para estos casos, existía personal militar que controlaba la impresión y procedía a *destruir* los ejemplares defectuosos y las planchas metálicas utilizadas¹⁶⁴. La única justificación legal que existe en nuestro ordenamiento jurídico para ejecutar este tipo de conductas sería la Ley 18.771 (DO 17/01/1989), que autoriza un sistema de archivo especial para el Ministerio de Defensa Nacional y sus organismos relacionados, así como la facultad de destrucción de información referida al sector. Sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad de este texto legal¹⁶⁵, la facultad sólo autorizaría la destrucción de ejemplares y planchas metálicas, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, por lo que las acciones previas a la misma serían, lisa y llanamente, ilegales¹⁶⁶.

Efectuadas las presentaciones por parte del Ejecutivo, la Comisión aprobó de manera unánime la idea de legislar. En la Sala, la Cámara de Diputados decidió requerir el Informe favorable de la Comisión de Defensa Nacional de dicha Corporación¹⁶⁷. En ella,

¹⁶³ Primer Informe de la Comisión de Constitución, *cit.*: 4. Cfr. La opinión de GARRETÓN (1985), p. 33, donde se señala que el “resquicio legal que se ha urdido en los pocos casos en que las leyes secretas han sido parcialmente conocidas ha sido la edición de un ‘anexo de circulación restringida’”.

¹⁶⁴ Primer Informe de la Comisión de Constitución, *cit.*: 4.

¹⁶⁵ GARCÍA y CONTRERAS (2009), p. 156.

¹⁶⁶ Salvo que cada texto legal secreto, en su articulado, establezca un régimen de publicación distinto al ordenado por el artículo 7 del Código Civil. Como no conocemos el contenido de aquellas normas, sólo se puede especular sobre esta posibilidad de salvar la ilegalidad. Finalmente, debe señalarse que, sin perjuicio de la estipulación de normas especiales de publicación “restringida” de leyes, igualmente podría haberse argumentado, en su momento, que tales preceptos serían inconstitucionales por vulnerar un principio general de publicidad de la ley o de los actos públicos.

¹⁶⁷ Primer Informe de la Comisión de Defensa Nacional, 18 de mayo de 2004.

se efectuó el más acucioso inventario existente sobre la leyes secretas en nuestro país¹⁶⁸. A la comisión asistió el Subsecretario de Marina de la época, Carlos Mackenney, y el asesor del Ministerio de Defensa Nacional, Jorge Precht. Ambos coincidieron en buscar fórmulas que, *en virtud del principio de transparencia*, permitiesen el conocimiento público de gran parte de los textos legales. Se apelaba, nuevamente, a un principio implícito. Sin embargo, se solicitó la reserva condicionada de textos legales cuya difusión pudiese afectar la seguridad de la Nación.

En la Comisión de Defensa Nacional hubo acuerdo transversal de los diputados en orden a ampliar el período de desclasificación de los textos legales. El proyecto original se circunscribía al régimen militar de 1973-1990 y, para los diputados de la comisión, el criterio de publicidad de leyes debería ser general y abarcar textos secretos que hubiesen sido dictados en otras fechas. Adicionalmente, se perfeccionó el proyecto al individualizar cada uno de los textos legales que se pretendían desclasificar. Hubo acuerdo, asimismo, de conservar en secreto a 33 textos relacionados con materias de defensa nacional. Finalmente, se estableció que los textos legales debían ser *desclasificados* y no *publicados*¹⁶⁹. La distinción podría parecer superflua a primera vista, pero corresponde a un ejercicio de buena técnica legislativa. Lo que se busca evitar es una *doble publicación de leyes*. Recordemos que los textos secretos fueron, formalmente, publicados, si bien mediante una publicación restringida, que conspira con un debido principio de publicidad de la norma. Por lo tanto, el proyecto de ley fijaría una obligación para determinados los órganos estatales en torno a desclasificar el contenido

¹⁶⁸ El estudio estuvo conformado por una relación de decretos leyes y leyes remitidos por la CGR, con indicación de su contenido fundamental, preparada por el ex Secretario de Comisiones de la Cámara de Diputados, señor Héctor Piña de la Fuente; la nómina de las normas legales chilenas dictadas con carácter de reservadas o secretas a partir de 1900, elaborada por la Unidad de Referencias Legislativas de la Biblioteca del Congreso Nacional, y la minuta resumida de los antecedentes que existen en los documentos que constituyen los 149 expedientes relativos a normas legales de carácter secreto dictadas entre septiembre de 1973 y marzo de 1990, que se ordenó publicar en ediciones restringidas del Diario Oficial, preparada por la Dirección General del Diario Oficial. Véase, Primer Informe de la Comisión de Defensa Nacional, *cit.*: 4. Otro listado, bastante más acotado, se puede encontrar en GARRETÓN (1985), p. 38.

¹⁶⁹ Primer Informe de la Comisión de Defensa Nacional, *cit.*: 5.

de estas leyes. Esta distinción permite fijar un sentido técnico a la desclasificación: entenderemos por ésta aquel mecanismo jurídico que remueve la afectación de reservado o secreto a una determinada información, con independencia de su soporte original.

En base a estas consideraciones, la Comisión de Defensa Nacional aprobó unánimemente la idea de legislar y el proyecto pasó a la Sala. En la discusión general, hubo acuerdo transversal en el fundamento de publicidad de las leyes y la excepcionalidad del secreto¹⁷⁰, lo que convergió en una aprobación unánime¹⁷¹. Al existir indicaciones, el proyecto fue devuelto a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia donde rápidamente se aprobaron dos significativas modificaciones: la inclusión de la desclasificación de la Ley No. 13.196, conocida como “Ley Reservada del Cobre” y el establecimiento de un plazo de desclasificación –con fecha julio 07 de 2014– de los textos legales que no consigna el artículo único. Despachado el segundo informe, la Cámara votó favorablemente el proyecto, habiendo unanimidad en la desclasificación de los textos legales enumerados y constatándose una importante discrepancia sobre el plazo fijo de desclasificación, donde se aprobó por 36 diputados a favor y 32 por la negativa¹⁷². Con ello culminó el primer trámite constitucional y el proyecto pasó a la Cámara revisora, Senado en este caso. En segundo trámite constitucional, el proyecto de ley aún espera el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

¹⁷⁰ Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, Legislatura 351^a ordinaria, sesión 4^a, martes 15 de junio del 2004, pp. 47-59.

¹⁷¹ Una de las intervenciones que cabe resaltar es la del entonces Diputado Álvarez. Este parlamentario sostuvo que el poder legislativo tenía la potestad para determinar qué leyes pueden o no ser publicadas y cuáles pueden tener o no el carácter de secreto. Esta es una opinión de escaso asidero en la versión original de la CPR 1980 –dadas las reglas imperativas de publicación de leyes sin establecimiento de excepciones para ello– pero aun más cuestionable de cara a la introducción del nuevo artículo 8 CPR, tras la reforma constitucional del 2005. Sobre esto, véase *infra* II, 2., a).

¹⁷² Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, Legislatura 351^a ordinaria, sesión 29^a, miércoles 11 de agosto de 2004, p. 26.

3. Características comunes de las leyes secretas

Antes de realizar una descripción de las leyes secretas en Chile, quisiera proponer, a la luz de los conocimientos disponibles, la siguiente formulación teórica de las características de este tipo de leyes¹⁷³.

- i. Se trata de textos legales que son *publicados* bajo un sistema de acceso restringido. La cantidad de personas que conocen los mandatos del texto legal puede variar pero nunca será de conocimiento masivo. Por ello, el estándar de publicidad de la publicación oficial –valga la redundancia– es deficitario, de cara a las exigencias de un Estado democrático.
- ii. En Chile, los textos secretos han sido dictados en situaciones de normalidad constitucional y en regímenes autoritarios de facto. Por lo tanto, se trata de una anomalía que cruza gran parte de la historia republicana de nuestro país.
- iii. Sus materias, como puede apreciarse en el siguiente apartado, están asociadas a la Defensa nacional y, más específicamente, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad –como instituciones en sí y en relación a sus plantas de personal–, a su financiamiento y procura de pertrechos militares y a situaciones excepcionalísimas de transferencias de recursos.
- iv. Quienes ejecutan actos públicos en virtud de un texto legal secreto se fundan en la norma a la cual acceden provisoriamente, pero no pueden dejar constancia del contenido de la misma.
- v. El sistema de protección del secreto de la norma comprendía la destrucción de ejemplares defectuosos de la publicación de leyes secretas y de las planchas metálicas que sirvieron para su impresión. Hasta 1989, no existía respaldo legal para realizar estas conductas¹⁷⁴.

¹⁷³ Un ejercicio parcialmente similar, para el caso de los Servicios de Inteligencia argentinos, se puede encontrar en GAMBIER y ZUBIAUR (1993), pp. 542-543.

¹⁷⁴ A menos que, en cada texto legal secreto, se haya dispuesto dicha facultad, cuestión que sólo podemos especular.

vi. Finalmente, la garantía del secreto de los mandatos legales –a nivel de responsabilidades penales– estaría dada por los delitos de revelación de secretos oficiales sin autorización competente, tipificados en el CJM (v. gr. artículos 255 a 257).

Estas características comunes serían aplicables a todos los textos legales que a continuación se analizan.

4. Análisis de las leyes secretas chilenas

En el anexo que acompaña a este estudio, se detallan todos los textos legales dictados desde 1900 y que aún permanecen secretos. La enumeración de los mismos distingue si se tratan de leyes en sentido auténtico o propio, decretos leyes y decretos con fuerza de ley¹⁷⁵.

En primer lugar, podemos aportar una panorámica cuantitativa sobre los textos legales secretos en nuestro ordenamiento jurídico. Una constatación fácil e instructiva consiste en dividir los textos legales por período histórico y por clase. El siguiente cuadro simplifica esto:

¹⁷⁵ Si bien se aportan datos cuantitativos, no se trata de una investigación empírica sobre las leyes secretas y dicha información sólo debe tenerse presente como insumo para la reflexión constitucional.

CUADRO No. 2:
NÚMERO Y CLASE DE TEXTOS LEGALES SECRETOS POR PERÍODO
HISTÓRICO

Período	Número	Tipo de texto legal (Leyes, D.F.L., D.L.)		
		Leyes	D.F.L.	D.L.
1900-1972	59	34 Leyes	3 D.F.L.	22 D.L.
1973-1990	141	58 Leyes	1 D.F.L.	82 D.L.
1990-2010	3	2 Leyes	1 D.F.L.	

Fuente: Elaboración propia, con información proveniente del Primer Informe de la Comisión de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados (Boletín 3307-07) y minutas parlamentarias preparadas para el debate del proyecto de ley.

En base a esta distribución de la información disponible se puede inferir lo siguiente: el mayor número de textos legales secretos en Chile corresponde a decretos leyes (104), siendo la dictadura militar de Augusto Pinochet la más prolífica en la dictación de esta categoría de normas (82). A continuación, se puede señalar que la mayor cantidad de leyes –en sentido estricto– se dictan durante la vigencia de las disposiciones transitorias de la CPR de 1980 (58), esto es, cuando las competencias legislativas le correspondían a la Junta Militar de Gobierno y la Presidencia de la República era ejercida por Pinochet. Lo más sorprendente era que la CPR se encontraba parcialmente vigente, aplicándose en ciertas normas –como el artículo 75 que obliga la publicación de leyes– y ninguna disposición transitoria eximía del trámite de publicación de la ley o establecía una regla especial de secreto.

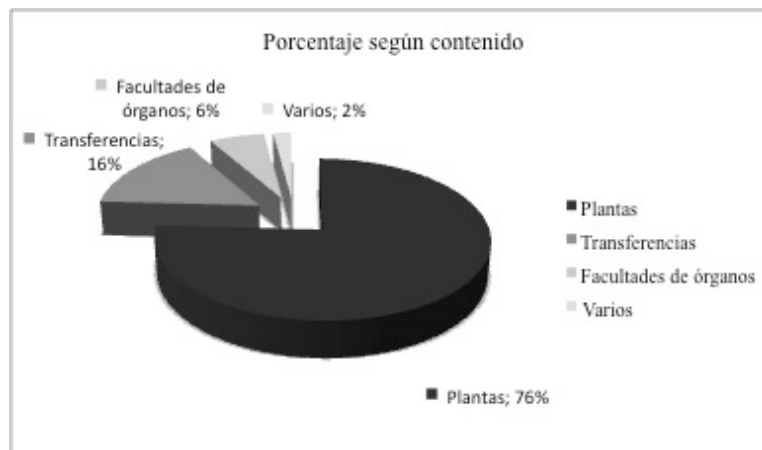
Cabe constatar, además, que el fenómeno de las leyes secretas cruza toda la historia del siglo XX. Antes del quiebre democrático de 1973, existía una cantidad

importante de leyes secretas (34), destacando, por cierto, la famosa “Ley Reservada del Cobre” (D.O. de circulación restringida 19/11/1958). Finalmente, es sorprendente verificar que luego del retorno a la democracia existan textos legales secretos (2 leyes y 1 D.F.L.).

En el plano del contenidos de los textos legales secretos, la información disponible es precaria. Lo primero que se advierte es la falta de información sobre los textos legales dictados desde 1900 hasta 1958. De las 34 leyes –en sentido estricto–, sólo se conoce el nombre y fecha de publicación de una: la Ley Reservada del Cobre. Las demás no registran texto ni fecha de publicación en el Diario Oficial. Lo mismo pasa con los 22 decretos leyes dictados entre 1924 y 1932. Respecto de los decretos con fuerza de ley de la misma época (3), sólo se conoce la fecha de publicación (restringida) de uno de ellos.

Respecto de los demás textos legales, existe una adecuada rotulación de nombres y años de dictación. Esto permite efectuar una simple pero ilustrativa clasificación que detalla el siguiente gráfico:

CUADRO No. 3:
CLASIFICACIÓN DE TEXTOS LEGALES SEGÚN CONTENIDO¹⁷⁶



Fuente: Elaboración propia, con información proveniente del Informe de la Comisión de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados (Boletín 3307-07) y minutas parlamentarias preparadas para el debate del proyecto de ley.

El gráfico divide los textos legales secretos en cuatro categorías. La primera se denomina “Plantas” y bajo ésta se contabilizan los proyectos que aumentan o modifican las plantas de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad –ya sea de manera permanente o transitoria–, aquellas que modifican requisitos generales en los empleos de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad, incluyendo la dotación de personal militar que desarrolla funciones en el Ministerio de Defensa Nacional, en cualquiera de sus Subsecretarías.

La segunda categoría se denomina “Transferencias” y en ella se abarcan los textos legales que establecen asignaciones monetarias o financieras directas o indirectas

¹⁷⁶ Se omiten todos aquellos textos legales que, tal como se enuncian en el Anexo de este trabajo, no se consigna fecha de dictación y nombre, cuestión que impide su clasificación. Por lo tanto, del total de 203 textos legales secretos, sólo se clasifican 145, es decir, el 71.4% del total. Eso significa que de un tercio de los textos legales, aproximadamente, no se dispone de ninguna información.

a las Fuerzas Armadas o al Ministerio de Defensa Nacional. Se incluyen las franquicias o exenciones tributarias para estas instituciones y se contabiliza a la “Ley Reservada del Cobre” y sus modificaciones.

La tercera categoría ha sido rotulada como “Facultades de Órganos” y se contabilizan los textos legales secretos que regulan normas sobre los servicios de sanidad de las instituciones castrenses, las normas de movilización nacional, la designación de fiscales militares y la creación de la Dirección de Inteligencia Nacional y la Central Nacional de Informaciones.

Finalmente, una categoría de corte residual –“Varios”– reúne aquellos textos legales secretos que establecen excepciones de trámites administrativos para ciertos organismos de la Defensa y decretos leyes que confieren derechos a una persona individual determinada.

El gráfico muestra que el grueso de estos textos se encuentran en la primera categoría (110 textos legales secretos, 76% del total) y son aquellos que, en la discusión parlamentaria, no han suscitado reparo alguno de desclasificación por la vía legal. La segunda categoría (23 textos legales, 16% del total), sin embargo, posee cuerpos normativos que generan divergencias sobre la conveniencia de liberar dicha información. El Ministerio de Defensa Nacional ha planteado que algunos de los textos legales debiesen tener un plazo de desclasificación diferido en el tiempo y el proyecto aprobado en primer trámite constitucional fija el carácter reservado o secreto de 27 textos legales hasta el año 2014¹⁷⁷. Las otras dos categorías, “Facultades de órganos” (9 textos legales, 6% del total) y “Varios” (3 textos legales, 2% del total), no plantean problemas políticos en materia de desclasificación.

¹⁷⁷ Se trata de los textos legales que se individualizan a continuación (según el número que le hemos asignado en el Anexo): Nos. 37, 77, 129, 130, 131, 148, 158, 160, 162, 165, 166, 169, 173, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 191, 192, 195, 198.

5. Sobre la constitucionalidad de las leyes secretas

Sin perjuicio de la viabilidad de aprobación del proyecto de ley analizado, el asunto de las leyes secretas despierta interés desde el punto de vista constitucional, especialmente a propósito de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley No. 20.285, D.O. 20/08/2008; en adelante LT). El problema constitucional a resolver es el siguiente: ¿existen razones constitucionales que permitan tener textos legales secretos? ¿Están prohibidas las leyes secretas por el ordenamiento jurídico nacional? Si fueren inconstitucionales, ¿cuáles son las razones que impiden la validez de textos legales secretos en nuestro ordenamiento?

Más allá de las consideraciones políticas y de eficacia de las normas jurídicas, nos centraremos en la constitucionalidad de las leyes secretas en base a dos pilares: el principio constitucional de publicidad y transparencia, por un lado, y el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública, por el otro.

5.1 Principio de publicidad y leyes secretas

En primer lugar, revisaremos el estatus constitucional de las leyes secretas conforme al principio constitucional de publicidad. Como éste se positiviza explícitamente a partir del 2005, conviene hacer la siguiente previsión: no enjuiciaremos la constitucionalidad de cada ley secreta conforme al régimen constitucional bajo el cual fue dictada sino que revisaremos su actual estatus constitucional, de cara a los efectos prácticos de su reserva o publicidad. En otras palabras, si bien uno podría analizar cada ley en el marco normativo bajo el cual fue dictada y le servía de soporte, abandonaremos esa posibilidad en pos de la contrastación de las cláusulas democrática, republicana y de publicidad con la existencia de leyes secretas¹⁷⁸.

¹⁷⁸ El único autor que ha intentado parcialmente este análisis ha sido GARRETÓN (1985).

a) El fundamento democrático y el sentido fuerte de la publicidad

Para diversos autores, la debida comprensión de la publicidad como principio del Estado de Derecho, se funda en el principio republicano y el democrático¹⁷⁹. Éstos, en consecuencia, operan como límites y legitimación del ejercicio del poder público estatal¹⁸⁰. La validez de las normas legales, en el ordenamiento jurídico chileno, presupone que se cumpla con determinadas condiciones de publicidad en la deliberación política. Para ello, la CPR prevé la intervención de distintos órganos del Estado y fija plazos y trámites para la formulación de leyes. El propósito de ello es, precisamente, permitir que la decisión de los legisladores sea monitoreada por la Sociedad Civil y ésta participe en la esfera pública “débil”¹⁸¹. Las libertades de expresión, información y opinión, precisamente, permiten este desarrollo inorgánico de participación comunicativa en el proceso de formación de ley. Por ello, pese a que no se participa en la instancia formal que tomará la decisión autoritativa, se permite desplegar una razón pública que favorece la participación ciudadana y disminuye las brechas que la representatividad genera en la toma de decisión de autogobierno colectivo¹⁸².

El problema constitucional de las leyes secretas radica en la supresión total de este proceso genético de la ley –con la eliminación de las garantías de publicidad y

¹⁷⁹ Ampliamente desarrollado a propósito del artículo 8° CPR, VEGA (2007), pp. 176-182. Aplicando la misma base sustantiva para el caso argentino, véase a SAGÜÉS (1977), p. 120; SAGÜÉS (2005), p. 298; RODRÍGUEZ (2003), p. 112; GAMBIER y ZUBIAUR (1993), p. 543, estos últimos siguiendo a Bidart Campos.

¹⁸⁰ Entre nuestros autores constitucionalistas, puede verse a CEA (1999), pp. 194-195; CEA (2008), p. 205; CEA (2009), pp. 30-33.

¹⁸¹ Sobre el concepto de esfera pública débil, en relación a la Sociedad civil y los agentes privados, véase a FRASER (1992), pp. 134ss. Habermas sigue esta distinción con posterioridad. Véase HABERMAS (1998), pp. 384ss.

¹⁸² Como señala Habermas, válidas serán aquellas normas a las que todos los que pueden verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales. Este principio de *discurso*, como mecanismo de legitimación de normas jurídicas, es una radicalización de la democracia, en términos que permite la deliberación pública y el control de las acciones estatales. Esto no implica evitar o eludir la formalización de la organización estatal o de su burocracia, pero sí estipula un ideal autorregulativo de deliberación política. Como ha señalado HABERMAS (1998), p. 169: “como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados”.

deliberación– pero, además, plantea una distorsión adicional al proceso democrático. Las normas legales, en un Estado de Derecho, pueden ser evaluadas, mantenidas, modificadas o, incluso, suprimidas en razón del juicio que la ciudadanía y los colegisladores hacen de su origen o contenido, entre muchos otros factores. Esto es un factor fundamental en la dinámica de las normas legales: la decisión de autogobierno se actualiza en el tiempo a partir de la evaluación que hace la esfera pública –formal e informal– de sus propias reglas. La reserva o secreto de leyes impide este circuito deliberativo, genera un impasse en la justificación y deliberación política de las reglas jurídicas y aliena a la ciudadanía a la que se le ha confiado, en la Constitución, ejercer la soberanía. En otras palabras, pone en cuestionamiento el fundamento mismo del Estado Democrático y repugna a la idea misma de Democracia.

Este es el argumento sustantivo que dota de contenido al principio de publicidad y transparencia que recoge el artículo 8 CPR. La transparencia de los actos y resoluciones de organismos del Estado, por sí sola, carece de las implicancias institucionales que importan para el desarrollo del sistema democrático¹⁸³. Por ello se ha señalado, con razón, que los modelos de acceso a la información pública sólo tienen pleno sentido en el marco de Estados Democráticos¹⁸⁴.

Esta interpretación dota de un carácter fuerte al contenido del principio de publicidad en el marco de un Estado Democrático. El objeto de esta argumentación es sostener que las normas de rango legal que establecen un mecanismo restringido de publicación –alterando las reglas tradicionales del Código Civil– son inconstitucionales si impiden el conocimiento masivo de sus mandatos, permisiones o prohibiciones. La

¹⁸³ Y por esta razón, la transparencia, si bien puede ser útil a la persecución de fines de eficiencia y eficacia estatal, se justifica, en definitiva en sus aportes a la legitimidad democrática del gobierno de la comunidad política. Quienes destacan a la transparencia como factor de control en el empleo de los recursos públicos, tienden a preterir la dimensión sustantiva de legitimidad. Cfr. a RAMÍREZ ARRAYÁS (2007), como exponente de la visión reduccionista a favor de la eficiencia, con BERMÚDEZ y MIROSEVIC (2008), quienes sitúan a la transparencia y el acceso a la información como presupuesto para ejercicio de la participación política.

¹⁸⁴ Véase, por todos, BERMÚDEZ y MIROSEVIC (2008), pp. 441-447; VEGA (2007), pp. 174-179.

exigencia del artículo 75 CPR en orden a publicar dentro de un determinado plazo las leyes en el Diario Oficial, no puede ser evitada o restringida –a través de disposiciones legales particulares– de manera tal que evite el cumplimiento del mandato de publicidad del artículo 8 CPR. Los sistemas de publicación restringida, por tanto, si bien podrían estar conforme al requisito formal del artículo 75, son incompatibles con el contenido constitucionalmente protegido del principio de publicidad constitucional¹⁸⁵. Y a esto último están obligados tanto el legislador como el Diario Oficial.

b) Leyes secretas y restricciones al principio de publicidad

Sin embargo, alguien podría seguir intentando legitimar la posibilidad de las leyes secretas. Si bien me parece suficiente el argumento sobre el principio de publicidad en términos fuertes, alguien podría esgrimir un argumento normativo basado en la misma regulación constitucional del principio: la posibilidad de limitar por la concurrencia de una causal de reserva o secreto como la seguridad de la Nación o el interés nacional. Por tanto, en virtud de las mismas restricciones que se prevén en el artículo 8 CPR, alguien podría justificar un sistema de publicación restringido de leyes, privándolas del conocimiento masivo de la comunidad política en función de la preservación del mismo y fundado en las normas de reserva o secreto de la CPR¹⁸⁶. Se trata de la reconducción

¹⁸⁵ Debe anotarse que parte del problema se encuentra en la deficitaria regulación legal de la función estatal de publicación de leyes. La historia da cuenta del precario estatuto legal de esta actividad. El Código Civil original no distinguía entre promulgación y publicación de leyes y recién en 1876 se funda el Diario Oficial a través de un Decreto supremo del Presidente de la República de la época, don Aníbal Pinto. El Decreto en cuestión, confería la administración de la Imprenta Nacional –encargada de publicar el Diario Oficial– a privados. Su gestión fue tan defectuosa que en 1931 el Estado se hace cargo, a través del Diario La Nación, de la publicación de las leyes y decretos. Se trata, entonces, de una función que desempeña el Estado a través de esta empresa estatal, sin sujetarse a un estatuto legal que fije la forma de efectuar la publicación de la misma ley. En otros términos, la ley regula el objeto de la empresa La Nación pero no se establece una regulación de la función de publicar leyes y decretos. Como se trata de una labor que (casi) siempre se ha realizado con regularidad, se da por sentado un marco legal adecuado que impida publicaciones restringidas. La distorsión es de tal magnitud que el Diario Oficial, como insitución que se dedica a cumplir la obligación de publicidad de las leyes, no está obligado a cumplir con los requisitos de transparencia activa que establece la LT en su artículo 7º.s

¹⁸⁶ Esta posibilidad teórica de normas legales que establezcan sistemas restringidos de publicidad de la ley igualmente deben cumplir con el requisito formal establecido por el artículo 8 CPR: debe tratarse de una reserva fundada en una causal señalada en el mismo artículo y debe estar reglada por una ley aprobada con

normativa de un argumento clásico en función de la razón de Estado como justificación del secreto¹⁸⁷.

Tal argumento podría derrotar la pretensión fuerte de publicidad absoluta de leyes. Debiese, para ello, acompañarse de un examen particular de cada ley en torno a si la publicidad de la misma pudiera generar el daño que se postula¹⁸⁸. Eso significa evaluar cuestiones tan distintas como las múltiples modificaciones a las plantas de las Fuerzas Armadas, por un lado, o reglas que ya fueron derogadas por otras leyes que podrían tener un grado tal de relevancia e impacto para el resguardo de la seguridad de la Nación que la Constitución toleraría mantener su secreto o reserva. En mi opinión, el argumento es insostenible para la gran mayoría de los textos legales secretos que hemos analizado en el apartado anterior. Si bien la información es incompleta para tener una apreciación crítica –cuestión que de por sí afecta gravemente el juicio académico y ciudadano deliberativo sobre parte de las reglas jurídicas aplicables a la Defensa Nacional– la gran mayoría de los cuerpos legales secretos están obsoletos, fueron dictados con vigencia limitada en el tiempo o, derechamente, han sido derogados por otros cuerpos legales.

Por lo tanto, el ejercicio argumentativo de corte iusfundamental que a continuación se desarrolla, busca llevar los fundamentos del secreto a su límite. El alegato a favor del mismo nos permite analizar lo que sería, quizás, la última barrera de

quórum calificado. En el evento de encontrarnos a una ley de tal naturaleza que fue dictada con anterioridad a la reforma constitucional del 2005, volvemos al problema sobre la validez y la procedencia de la Disposición 4ª Transitoria, discutido en *supra* I, c).

¹⁸⁷ Como señala Bobbio, parte del objetivo sería conservar al Estado en cuanto tal. BOBBIO (1996), p. 104. Sagiés postula, para el caso argentino, tal argumento. Según este autor, el fundamento para leyes secretas sería única y exclusivamente un “supuesto extranormativo de estado de necesidad, doctrina [...] que no estriba en la ‘razón de Estado’, ni en el bien del gobernante, sino en los únicos casos donde, de manera incuestionable, está en juego la subsistencia de la República o la conservación de la comunidad nacional. Aún en ellos, obviamente, la ley secreta no puede contradecir el valor justicia, ni lesionar la dignidad del hombre”. Véase a SAGÜÉS (1977), p. 120.

¹⁸⁸ Sobre el test de daño, en materia de acceso a la información pública, véase a LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007). En nuestro país, puede revisarse a TELLO, CERNA y PAVÓN (2009), pp. 198ss.; RAJEVIC (2010); CONTRERAS (2010).

contención de la publicidad en el ordenamiento chileno: el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública.

5.2 Derecho de acceso a la información pública y leyes secretas

a) Sobre el contenido esencial de los derechos

El problema de las leyes secretas, en relación con el DAIP, lo enfocaremos desde el punto de vista del contenido esencial de los derechos fundamentales. Esta institución es parte de la teoría de los límites a los derechos fundamentales y tiene modestos desarrollos doctrinarios en nuestro país. Existen pocas excepciones que profundizan sobre los alcances de esta garantía, especialmente, recogiendo el desarrollo y evolución del Derecho comparado¹⁸⁹.

La CPR, en su artículo 19 No. 26° prescribe la *“seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*. Como bien apunta la doctrina, la voz “garantías” está utilizada de manera impropia¹⁹⁰. El alcance de la disposición se refiere a los derechos –y no a los mecanismos de protección de los mismos– que establece la CPR. En consecuencia, el artículo 19, No. 26 es aplicable a todos los derechos que establece la CPR, estén o no incorporados en su capítulo III sobre los “Derechos y Deberes Constitucionales”¹⁹¹.

¹⁸⁹ Véase a GARCÍA (2001); NOGUEIRA (2006), pp. 327-356; y ALDUNATE (2008), pp. 261-264.

¹⁹⁰ VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), p. 328; VIVANCO (2006), p. 486. Como señala CEA (2004), p. 614, la palabra “garantías” debe entenderse en un sentido amplio, esto es, tanto de derechos fundamentales como de acciones o recursos que tutelan dichos derechos.

¹⁹¹ Esto implica que, con independencia de si la doctrina entiende que el DAIP se encuentra establecido a propósito de la libertad de opinión o información del artículo 19, No. 12 CPR o, por otro lado, recogido implícitamente en el mismo artículo 8 de la Constitución, en el momento que se le entrega valor de derecho fundamental reconocido en la CPR es aplicable la garantía del contenido esencial de los derechos del artículo 19, No. 26. A similar conclusión, respecto al DAIP, arriba DÍAZ DE VALDÉS (2009), p. 198. Véase, en contrario, la opinión de EVANS ESPIÑEIRA (2006), p. 82, quien circunscribe el objeto de

Como hemos señalado, el ordenamiento jurídico chileno asegura un DAIP con rango iusfundamental y le brinda la protección de su contenido esencial frente a restricciones legislativas como podrían ser, por ejemplo, preceptos legales que autoricen el secreto de un texto legal. No obstante, el problema se traslada a la definición de lo que debe entenderse por contenido esencial. Se trata de una materia que, por su extensión y complejidad no puede tratarse debidamente en esta investigación. Los autores, en general, coinciden en el origen del precepto como una consecuencia de las reflexiones en el marco de las restricciones al derecho de propiedad¹⁹². Será el comisionado Evans quien propondrá hacer aplicable a los derechos fundamentales una garantía de su contenido esencial, tal como lo dispone el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn alemana y el artículo 53 de la Constitución española de 1978¹⁹³.

El problema es discernir el contenido esencial de cada derecho. Es usual encontrar referencias genéricas y escasamente operativas sobre la garantía del contenido esencial de los derechos. Se señala que un derecho no debe ser afectado en su esencia y ello acontece cuando se le priva de aquello que es consustancial, de manera tal, que deja de ser reconocible¹⁹⁴. Se señala, también, que se impide el libre ejercicio de un derecho cuando se imponen condiciones, tributos o requisitos que imposibilitan su desarrollo¹⁹⁵. Para definir esto, los autores se apoyan en un precedente constitucional bastante conocido, donde el TC afirmó que

“La esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no solo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, y que se

protección de la garantía en todos los numerales del artículo 19 CPR y no en todos los derechos que la Constitución establece.

¹⁹² Explicándolo con detalles, véase a GARCÍA (2004), pp. 112-117.

¹⁹³ Véase, por todos, a VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), p. 327.

¹⁹⁴ VIVANCO (2006), p. 485.

¹⁹⁵ VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), p. 328.

impide el 'libre ejercicio' en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica",¹⁹⁶.

Estas afirmaciones tienen la dificultad de evitar criterios que permiten arribar a la identificación de *reconocimiento* del derecho, por un lado, y de las exigencias que lo hacen *irrealizable*, por el otro¹⁹⁷. Sin ánimo de clausurar el debate en este punto, para efectos del DAIP, es útil recurrir, aunque sea resumidamente, a dos concepciones sobre el contenido esencial de los derechos: la absoluta y la relativa¹⁹⁸.

Según la concepción *absoluta*, el contenido esencial de los derechos constituye un límite absoluto que se determina con prescindencia de colisión entre derechos o bienes jurídicos constitucionales en un caso en particular –como podría ser la seguridad de la Nación–. Se trata de un contenido resistente a toda restricción del legislador y no relativizable¹⁹⁹. Como se ha señalado, el problema principal de esta concepción es definir el contorno de aquel núcleo del derecho que no puede ser restringido²⁰⁰.

La concepción *relativa*, por otro lado, entiende que la intervención legítima por parte del legislador puede variar según el derecho, por lo que dependería de la ponderación entre éste y los intereses colisionantes en cada caso²⁰¹. En otros términos, mantiene estrecha relación o una equiparación con las exigencias de justificación en las restricciones de derechos²⁰²; en consecuencia, correlaciona al contenido esencial con el principio de proporcionalidad. El contenido esencial es lo que quedaría luego de la

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol No. 43, 24 de febrero de 1987.

¹⁹⁷ ALDUNATE (2008), pp. 262-264 contrasta entre el caso español y la decisión chilena, anotando la falta de un criterio o base para conceptualizar el contenido esencial.

¹⁹⁸ En general, véase a GAVARA DE CARA (1994); PRIETO SANCHÍS (2003), pp. 230-237; BRAGE (2004), pp. 232-239 y 396-409. Para el caso chileno, se puede revisar a NOGUEIRA (2006), pp. 331-334 y ALDUNATE (2008), pp. 261-264.

¹⁹⁹ BRAGE (2004), pp. 234-235.

²⁰⁰ NOGUEIRA (2006), p. 332, sostiene que el problema básico sería el "cómo se precisa el límite entre el núcleo duro del derecho y la parte periférica de un derecho, el contenido esencial del derecho ya no sería un límite al legislador, quedando dicho contenido esencial del derecho entregado a la arbitrariedad del legislador, el cual determinaría hasta dónde llega el ámbito afectable del derecho".

²⁰¹ BRAGE (2004), p. 235.

²⁰² PRIETO SANCHÍS (2003), p. 233.

ponderación²⁰³. Para algunos autores, el principal problema de esta concepción es su inseguridad, puesto que no permite identificar un contenido fijo intangible y su determinación quedaría a merced de la subjetividad del intérprete²⁰⁴.

En nuestro país, estas categorías son sumamente recientes y pocos autores recurren a ellas. Para Nogueira, el TC seguiría una línea “*absoluta del contenido esencial del derecho (su manera de concebir el derecho, considera su naturaleza jurídica, determinando el conjunto de facultades de actuación necesarias para hacer reconocible el derecho y sin las cuales deja de pertenecer al tipo descrito; asimismo puede determinarse buscando los intereses objetivamente protegidos por el ordenamiento jurídico como núcleo o medula [sic] del derecho, los que no pueden ser desnaturalizados)*”²⁰⁵. Tal opinión dista de ser unánime. Aldunate, revisando la evolución dogmática de la garantía, señala que ésta habría seguido el mismo camino que en el Derecho comparado, decantando en una concepción relativa de la misma y reconociendo en Cea esta posición²⁰⁶. La posición de este último autor, sin embargo, no utiliza las categorías absoluta/relativa y dista de ser tan clara²⁰⁷.

El contenido esencial del DAIP estará en función de la comprensión general que se adopte respecto de la garantía como límite a la acción del legislador. En el Derecho comparado ya no se identifica contenido esencial con el principio de proporcionalidad, por un lado, ni tampoco se sostiene la interpretación de que luego de la restricción de un

²⁰³ La conocida expresión es de ALEXI (1993), p. 288.

²⁰⁴ NOGUEIRA (2006), p. 334.

²⁰⁵ NOGUEIRA (2006), pp. 348-349.

²⁰⁶ ALDUNATE (2008), p. 263.

²⁰⁷ El profesor Aldunate cita la posición de Cea de su obra de 1988, donde entendía que la Constitución prohibía restricciones desproporcionadas de derechos con los fines de la misma Carta y el libre ejercicio de los derechos en ella establecidos. Véase a CEA (1988), p. 296. En una obra posterior, dedicada al análisis sistemático de los derechos en la CPR 1980, Cea busca dotar de un contenido sustantivo al artículo 19 No. 26, en la forma de un derecho público subjetivo a la seguridad jurídica. CEA (2004), pp. 591-607. Esto, evidentemente, se escapa de los márgenes de la reflexión comparada. A continuación, se dedica a analizar propiamente la garantía del contenido esencial. En ese contexto, realiza aseveraciones que lo acercan a una teoría absoluta –al distinguir entre centro y periferia de los derechos– puesto que el autor diferencia entre un núcleo inafectable de cada derecho, por un lado, y un contenido que se proyecta más allá de su esencia, donde se le reserva a la ley la regulación y delimitación normativa. CEA (2004), p. 608.

derecho fundamental afectado debe siempre “quedar algo” todavía²⁰⁸. Siguiendo a Prieto en este punto, la garantía al contenido esencial cumple al menos dos funciones: primero, se conecta *fiduciariamente* con la ponderación y el principio de proporcionalidad, permitiendo elevar los estándares de justificación de manera correlacionada con la agravación de una medida restrictiva de derechos fundamentales; y segundo, un función *autónoma*, que rechaza las consecuencias economicistas indeseadas que puedan seguirse de la ponderación, algo así como una versión seglar de la posibilidad de derechos absolutos, una vez especificadas sus condiciones de aplicación²⁰⁹.

b) El contenido esencial del Derecho de Acceso a la Información Pública

Específicamente, sobre el DAIP, existen escuetas referencias dogmáticas en torno a su contenido esencial. Algunos autores se han referido a este contenido a propósito de la obligación de gratuidad en la entrega de la información pública y en relación a la regulación particular que hace del punto el artículo 17 de la LT²¹⁰. En otro aspecto del contenido esencial del DAIP, antes de efectuarse el control preventivo de constitucionalidad de dicha ley, el ex Presidente del CT, Juan Pablo Olmedo, presentó una solicitud ante el TC con el objeto que se declarase la inconstitucionalidad de ciertos preceptos del proyecto de ley²¹¹. El abogado –en ese entonces, Director de Pro Acceso, un organismo no gubernamental dedicada a materias de transparencia– decidió impugnar

²⁰⁸ BRAGE (2004), p. 236.

²⁰⁹ PRIETO SANCHÍS (2003), pp. 236-237. Como señala Brage, siguiendo a Häberle, “la garantía del contenido esencial tiene un valor meramente retórico hoy en día en la práctica, sin perjuicio de su significación como señal de advertencia de que el equilibrio y la concordancia práctica también tienen sus límites”. BRAGE (2004), p. 239.

²¹⁰ Díaz de Valdés y Soto son dos autores que llaman la atención sobre este problema. El primero sostiene que los cobros por la entrega de información pública –más allá de casos calificados y razonables– podrían afectar fácilmente el ejercicio del derecho en la práctica. Para este autor, el principio de gratuidad sería un elemento del contenido esencial del DAIP. Véase a DÍAZ DE VALDÉS (2009), pp. 204-205. Soto, en un sentido similar, analiza la posibilidad que tienen los órganos del Estado de cobrar los costos directos de reproducción de la información solicitada. De no limitarse estos costos, señala el autor, podría afectarse, en la práctica, la esencia del derecho. Véase a SOTO VELASCO (2009), pp. 11-12.

²¹¹ Específicamente, solicitó al TC que examinara la constitucionalidad de los artículos 8°, 22, inciso tercero y 29 –además del artículo 1° transitorio– de la LT. Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N°. 1051-2008, 10 de julio de 2008, cons. 2°.

la facultad de afectar a determinados antecedentes y documentos a una reserva o secreto indefinido, tal como actualmente lo previene el artículo 22 de la LT. Para este peticionante, la reserva indefinida de información vulneraba el contenido esencial del DAIP, infringiendo el artículo 19, No. 26 CPR. La petición fue desechada por el TC, puesto que la norma cuestionada no era susceptible de control preventivo de constitucionalidad, al no tratarse de un precepto orgánico constitucional²¹².

Respecto de las leyes secretas, el punto no es claro y tiene similares dificultades que la reserva indefinida de información. En cierto sentido, dependerá de la teoría que se siga del contenido esencial de los derechos fundamentales. Si se sigue una teoría *absoluta*, no hay duda que los sistemas de publicación restringida de textos legales y el secreto indefinido vulneran un núcleo intangible de acceso a información pública, en el primer caso, puesto que impiden de forma total el acceso a las normas legales; en el segundo –la reserva indefinida– también habría violación del contenido esencial, porque el acceso se vuelve incierto y no tiene plazo fijo, anulando la posibilidad de ejercicio de solicitudes de información. En definitiva, la restricción sería de una intensidad tal que no habría DAIP alguno reconocible –para situarlo en los términos del TC– luego del establecimiento de tales secretos.

Si se sigue una teoría *relativa*, por otra parte, el problema se sitúa en la delimitación del contenido esencial, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad. Si bien debe analizarse cada texto legal en particular, la medida que restringe el acceso a la información pública en casos de leyes secretas sería desproporcionada –en el marco de un Estado Democrático– para resguardar el bien constitucional de seguridad de la Nación, pudiendo implementarse medidas menos lesivas o que sujeten el acceso a la información a un plazo fijo. Como la concepción

²¹² Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N°. 1051-2008, 10 de julio de 2008, cons. 18°. El alegato de constitucionalidad, sin embargo, no está clausurado por efecto de cosa juzgada, puesto que puede ser impugnado por la vía de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como forma de control represivo de la ley. Hemos aludido al punto en GARCÍA y CONTRERAS (2009), pp. 149-150.

relativa del contenido esencial descansa en buena parte en el test de proporcionalidad, debe evaluarse la medida del secreto a la luz de sus subjuicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si uno efectúa el test, en términos generales, puede plantearse los siguientes resultados: de partida, todos aquellos textos legales secretos que hayan sido derogados, no constituyen una medida necesaria para resguardar la seguridad de la Nación, por lo que cualquier precepto legal que impida el acceso de información sería una restricción que vulneraría el contenido esencial del DAIP, al no satisfacerse el subjuicio de necesidad de las limitaciones de derechos fundamentales. En otros casos, habría que señalar si la medida del secreto de la ley –en todos sus alcances y en todo sus contenidos– es proporcional, en sentido estricto, con la optimización del DAIP. Es altamente probable que esto no sea *necesario en una sociedad democrática*, tal como lo ha exigido la CIDH en materia de limitación a derechos fundamentales.

A propósito del resto de las leyes secretas chilenas –esto es, aquellas que no han sido derogadas explícitamente– uno puede sostener que la gran mayoría se refiere a cuestiones de plantas y de personal que si se divulgan en términos genéricos y abstractos, no ponen en peligro el resguardo de la seguridad de la Nación. Respecto de los demás casos habrá que hacer un análisis particular. Sin embargo, para efectuar la ponderación, el intérprete se ubica en un problema asimétrico de información respecto de cuál es la norma a impugnar, cuestión que es ajena a la ponderación misma. Ahora bien, no hay que olvidar las prevenciones que Bobbio efectúa a propósito de los *arcana imperii*: “*la publicidad es la regla, el secreto es la excepción, y en todo caso es una excepción que no debe aminorar la regla, ya que el secreto está justificado, al igual que todas las medidas excepcionales [...], solamente si está limitado en el tiempo*”²¹³. La instrumentalidad y provisionalidad del secreto son elementos de la esencia del mismo, como forma de garantía de bienes colectivos de rango constitucional, por un lado, o de derechos individuales, por el otro. Privar cualquiera de estos elementos al secreto supone desvirtuar una garantía pensada en el marco de un Estado Democrático.

²¹³ BOBBIO (1996), p. 97 (énfasis agregado).

6. Balance

El problema de las leyes secretas se vincula íntimamente con los problemas centrales de la transparencia y publicidad de los actos de un Estado Democrático. El secreto de la ley –y no de ciertos actos o de determinadas informaciones– sería la antípoda de la publicidad en las democracias modernas. Disocia la legitimación sustantiva de reglas jurídicas estructurada en el marco de la deliberación democrática.

Si bien la mayoría de las leyes secretas, en nuestro país, fueron dictadas por dictaduras militares –eso explica la cantidad de decretos leyes secretos– se trata de una práctica anómala que se ha desarrollado en otros momentos de normalidad institucional de nuestra República. El caso más claro es la famosa Ley del Cobre, donde la clase política abdicó de la discusión sobre el financiamiento de las Fuerzas Armadas y congeló en la opacidad un sistema que no es ni eficiente ni legítimo. La nueva iniciativa legal que reemplaza el sistema consagrado en dicha Ley es valorable por ambas razones y, en lo que concierne a este trabajo, por aspirar a derogar una ley secreta más.

Estos textos legales siguen perviviendo en el ordenamiento jurídico chileno pero, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales y legales, comienzan a entrar en tensión con las normas vigentes. El caso más claro es la LT que permite abrir la vía jurisdiccional para cuestionar la constitucionalidad de las leyes secretas. Los argumentos que aquí se han presentado buscan dar luces sobre los alcances teóricos y prácticos del problema. Sin embargo, para los activistas de la transparencia existe otro punto de complejidad procesal que sólo enunciaremos aquí: si uno quisiera impugnar la constitucionalidad de una ley secreta, para poder satisfacer los requisitos que impone el artículo 93 de la CPR²¹⁴ y la Ley Orgánica Constitucional del TC, requiere especificar el

²¹⁴ Este precepto dispone, en lo pertinente, que “En el caso del número 6° [acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad], la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la

precepto legal que se encuentra en contradicción o vulnera la Carta Fundamental. Como es evidente, no conocemos cuál es el precepto legal que, en cada caso y para cada texto legal, dispone su secreto, por lo que –sin perjuicio de las reflexiones constitucionales materiales efectuadas–, esta dificultad para fundar una acción de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad no debiere asignarse como carga del legitimado activo de la acción. Lo contrario conllevaría una adicional protección a las leyes secretas en torno a impedir su control de constitucionalidad, cuestión que rebasa la mera afectación o clasificación de secreto. Se trata otra manifestación de cómo las reglas secretas se escapan del control y el escrutinio, en este caso, jurisdiccional. Se trata, en consecuencia, de una manifestación más de los ribetes que ocultan los secretos del poder, aquellos *arcana imperii* incompatibles con Estados Democráticos de Derecho.

admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, *que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto*, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

CONCLUSIONES

La investigación de tesis que se había propuesto tenía por objetivo resolver los alcances del DAIP en el ordenamiento jurídico nacional y, especialmente, su carácter de derecho fundamental. Adicionalmente, se procuraba conectar este derecho con sus límites, de forma de poder articular criterios de solución para los casos de reserva o secreto fundados en la protección de la seguridad de la Nación. Finalmente, y como un caso particular de secretos oficiales, se analizaba el estado de la cuestión en materia de leyes secretas y se evaluaba, en términos normativos, su compatibilidad con el régimen constitucional chileno.

A partir de lo desarrollado, se pueden concluir lo siguiente:

1. El acceso a la información pública se encuentra protegido en el ordenamiento jurídico chileno como un derecho de carácter fundamental, con diversas garantías asociadas a tal naturaleza.
2. Este reconocimiento se ha efectuado por la doctrina a partir de normas constitucionales e internacionales. La jurisprudencia ha ratificado tal posición. En el ámbito interno, el TC y el CT estiman que el DAIP es un derecho implícito, recogido en la CPR. En el ámbito interamericano, la CIDH entiende que el DAIP forma parte de las obligaciones que pesan sobre los Estados partes de la CADH, a propósito de la libertad de expresión. Este reconocimiento fuerte del derecho contrasta con la tesis que ha mantenido el TEDH, que sólo protege indirectamente ciertas solicitudes de información pública.
3. Dentro de los límites al DAIP, uno de los más relevantes e indeterminados es la seguridad de la Nación. Se trata de un bien jurídico colectivo que goza de protección constitucional y que se puede entender como un concepto

esencialmente controvertido, en donde confluyen concepciones en disputa para determinar su significado operativo.

4. La protección de la seguridad de la Nación es una de las causales de secreto más polémicas y que cuenta con diversas normas legales que detallan su contenido. La LT optó por una regulación amplia y genérica que deja espacios considerables para la interpretación. Otras normas de secreto, en materia de seguridad de la Nación, son más detalladas, pero podrían tener problemas de constitucionalidad. Sin embargo, al menos desde el punto de vista formal, se entienden que se encuentran vigentes por la Disposición 4^a Transitoria de la CPR, tal como lo ha señalado el CT en una de sus decisiones.
5. La ponderación del DAIP y la seguridad de la Nación es un método de interpretación que busca armonizar la transparencia con los requerimientos de seguridad estatal. Para ello, se atiende a un *test de daño* que exige calibrar los riesgos asociados a la divulgación de la información solicitado. Dicho test conlleva diversas complejidades en su aplicación práctica, sobre todo respecto de los estándares de prueba y de justificación del secreto.
6. Finalmente, uno de los casos paradigmáticos de secreto en razón del resguardo de la seguridad de la Nación, en nuestro país, se encuentra a propósito de las leyes secretas. Se trata de una práctica antidemocrática que se dio durante el siglo XX en Chile, tanto en períodos de normalidad institucional como en regímenes dictatoriales. La mayor cantidad de leyes secretas están referidas a materias de personal de las FFAA y cuestiones relacionadas con su presupuesto institucional. Desde el punto de vista de su compatibilidad con el régimen constitucional vigente, éstas son contrarias el principio de publicidad general que contempla la CPR y se encuentran reñidas con el contenido esencial del DAIP.

ANEXO

RELACIÓN DE LEYES, DECRETOS LEYES Y DECRETOS CON FUERZA DE LEY SECRETOS²¹⁵

I. Leyes

1. Ley No. 1.402, de 1900: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
2. Ley No. 1.435, de 1901: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
3. Ley No. 1.469, de 1901: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
4. Ley No. 1.470, de 1901: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
5. Ley No. 1.517, de 1902: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
6. Ley No. 1.518, de 1902: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
7. Ley No. 3.440, de 1918: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
8. Ley No. 3.445, de 1918: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
9. Ley No. 3.453, de 1918: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
10. Ley No. 3.465, de 1918: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
11. Ley No. 3.483, de 1919: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
12. Ley No. 3.499, de 1919: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
13. Ley No. 3.633, de 1920: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
14. Ley No. 3.653, de 1920: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
15. Ley No. 3.672, de 1920: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
16. Ley No. 3.900, de 1922: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
17. Ley No. 3.934, de 1923: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
18. Ley No. 3.982, de 1923: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
19. Ley No. 4.042, de 1926: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
20. Ley No. 4.062, de 1926: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
21. Ley No. 4.063, de 1926: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
22. Ley No. 4.078, de 1926: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
23. Ley No. 4.167, de 1927: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
24. Ley No. 4.183, de 1927: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
25. Ley No. 4.239, de 1928: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
26. Ley No. 4.255, de 1928: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
27. Ley No. 4.399, de 1928: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
28. Ley No. 4.400, de 1928: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
29. Ley No. 4.821, de 1930: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
30. Ley No. 4.824, de 1930: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
31. Ley No. 4.930, de 1931: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
32. Ley No. 6.159, de 1938: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
33. Ley No. 6.160, de 1938: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
34. Ley No. 13.196, de 1958: “Ley Reservada del Cobre”.
35. Ley No. 18.024, de 1981: Declara en extinción el escalafón de complemento de la Armada y de la Fuerza Aérea de Chile.
36. Ley No. 18.081, de 1981: Aumenta transitoriamente plazas de Generales de Aviación.

²¹⁵ La siguiente relación se ha confeccionado acumulando información contenida en el proyecto de ley aprobado en primer trámite constitucional (Boletín 3307-07) y en minutas preparadas para la discusión parlamentaria tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado.

37. Ley No. 18.090, de 1982: Asigna cien millones de dólares al Ministerio de Defensa Nacional.
38. Ley No. 102, de 1982: Aumenta la planta vigente del Ejército.
39. Ley No. 18.154, de 1982: Aumenta en un cargo la plaza de Mayor General en el Ejército.
40. Ley No. 18.172, de 1982: Modifica el escalafón de personal de colaboración médica en el Ejército.
41. Ley No. 18.193, de 1982: Aumenta transitoriamente la planta de Armada de Chile en un cargo de Contralmirante en el Escalafón de Ingenieros Navales.
42. Ley No. 18.197, de 1982: Aumenta transitoriamente la planta de la Fuerza Aérea de Chile en dos cargos de Coronel de Aviación de Finanzas.
43. Ley No. 18.268, de 1983: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
44. Ley No. 18.276, de 1984: Aumenta transitoriamente la planta de Oficiales y empleados Civiles de la Fuerza Aérea de Chile en tres plazas de Generales.
45. Ley No. 18.291, de 1984: Reestructura y fija la planta y grados del personal de Carabineros de Chile.
46. Ley No. 18.333, de 1984: Modifica la planta de oficiales en la Dirección de Investigaciones.
47. Ley No. 18.351, de 1984: Modifica la planta de la Fuerza Aérea de Chile en escalafón de Oficiales de Servicio Religioso.
48. Ley No. 18.385, de 1985: Fija fechas de nombramiento y ascenso de Oficiales de la Armada que indica.
49. Ley No. 18.386, de 1985: Modifica planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
50. Ley No. 18.388, de 1985: Modifica la planta permanente de la Subsecretaría de Aviación.
51. Ley No. 18.404, de 1985: Aumenta transitoriamente la planta de la Fuerza Aérea de Chile.
52. Ley No. 18.408, de 1985: Reemplaza el inciso final del artículo 4° del decreto No. 501, de 1977, que fija las plantas de las Fuerzas Armadas.
53. Ley No. 18.409, de 1985: Declara vigente el artículo 8° transitorio del decreto (S) No. 501, de 1977, Subsecretaría de Guerra, y modifica el artículo 2° del decreto (S) No. 220, de 1979, Subsecretaría de Marina.
54. Ley No. 18.435, de 1985: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
55. Ley No. 18.445, de 1985: Es una de las leyes que reforman a la ley No. 13.196 Reservada del Cobre.
56. Ley No. 18.448, de 1985: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
57. Ley No. 18.452, de 1985: Aumenta transitoriamente plazas de Generales de Aviación del Aire, crea plaza de General de Aviación Ingeniero y traspasa transitoriamente cuatro plazas de Comandantes de Grupo del Aire a Escalafón de Ingenieros de la Fuerza Aérea de Chile.
58. Ley No. 18.463, de 1985: Modifica el decreto (S) No. 220 de 1979, de la Subsecretaría de Marina, que fijó la planta de oficiales y empleados civiles de la Armada.
59. Ley No. 18.492, de 1986: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
60. Ley No. 18.493, de 1986: Modifica la planta de la Fuerza Aérea de Chile en los escalafones de Oficiales.
61. Ley No. 18.516, de 1986: Modifica Escalafón de Seguridad en el Servicio de Investigaciones.
62. Ley No. 18.529, de 1986: Modifica la ley No. 18.291, que reestructura y fija la planta y grados del personal de Carabineros de Chile.
63. Ley No. 18.535, de 1986: Modifica las plantas oficiales y de empleados civiles del Ejército fijadas por el decreto supremo (G) No. 501, de 1977.
64. Ley No. 18.539, de 1986: Modifica la planta de la Fuerza Aérea de Chile.
65. Ley No. 18.557, de 1986: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
66. Ley No. 18.558, de 1986: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
67. Ley No. 18.567, de 1986: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
68. Ley No. 18.581, de 1986: Aumenta, transitoriamente, la planta de generales de la Fuerza Aérea de Chile.
69. Ley No. 18.628, de 1987: Es una de las leyes que reforman a la ley No. 13.196 Reservada del Cobre.

70. Ley No. 18.648, de 1987: Modifica las plantas de personal de las Fuerzas Armadas en los servicios de auditoría de la Armada.
71. Ley No. 18.651, de 1987: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
72. Ley No. 18.652, de 1987: Modifica la planta y grados del personal de Carabineros de Chile.
73. Ley No. 18.666, de 1987: Modifica la planta de la Fuerza Aérea de Chile en cargos de Oficiales.
74. Ley No. 18.683, de 1987: Modifica el artículo 1° de la ley No. 18.291, relativo al personal de fila, Escalafón de Orden y Seguridad y de los Servicios de Carabineros de Chile.
75. Ley No. 18.685, de 1987: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
76. Ley No. 18.686, de 1987: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
77. Ley No. 18.684, de 1988: Establece exención tributaria del impuesto a la renta a los intereses de créditos otorgados desde el exterior a las instituciones de la Defensa Nacional, incluidas sus empresas.
78. Ley No. 18.710, de 1988: Aumenta, transitoriamente, en una plaza de General Inspector la planta de Carabineros de Chile.
79. Ley No. 18.734, de 1988: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
80. Ley No. 18.763, de 1988: Modifica la planta de Oficiales de la Fuerza Aérea de Chile.
81. Ley No. 18.792, de 1989: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
82. Ley No. 18.800, de 1989: Modifica la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
83. Ley No. 18.819, de 1989: Modifica la planta de Oficiales y de Empleados Civiles de la Fuerza Aérea de Chile.
84. Ley No. 18.855, de 1989: Modifica el artículo 7° del decreto supremo No. 501 (G), de 1977.
85. Ley No. 18.861, de 1989: Modifica el decreto supremo que fija al planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
86. Ley No. 18.873, de 1989: Modifica ley No. 18.291, que reestructura y fija la planta del Personal de Carabineros de Chile.
87. Ley No. 18.894, de 1989: Modifica el decreto supremo (S) 220, de 1979, que fija la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
88. Ley No. 18.914, de 1990: Modifica el decreto supremo que fija el texto refundido y sistematizado de las plantas del personal de las Fuerzas Armadas.
89. Ley No. 18.934, de 1990: Modifica el decreto supremo (S) 220, de 1979, que fija la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
90. Ley No. 18.954, de 1990: Modifica el decreto supremo que fija el texto refundido y sistematizado de las plantas del persona de las FF.AA.
91. Ley No. 18.960, de 1990: Modifica la planta de Oficiales del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea.
92. Ley No. 19.017, de 1990: Modifica el decreto supremo (S) No. 220, de 1979, de la Subsecretaría de Marina, y la ley (S) No. 18.435.
93. Ley No. 19.487, de 1996: Modifica el decreto supremo No. 220, de 1979, de la Subsecretaría de Marina, que fija la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada.
94. Ley No. 19.547, de 1998: Modifica el decreto supremo No. 220, de 1979, del Ministerio de Defensa Nacional, que fija la planta de Oficiales y Empleados Civiles de la Armada, con objeto de modificar el Escalafón de Oficiales de Mar.

II. Decretos Leyes

95. Decreto ley No. 32, de 1924: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
96. Decreto ley No. 82, de 1924: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
97. Decreto ley No. 190, de 1924: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
98. Decreto ley No. 235, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
99. Decreto ley No. 244, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
100. Decreto ley No. 360, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
101. Decreto ley No. 391, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.

102. Decreto ley No. 417, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
103. Decreto ley No. 435, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
104. Decreto ley No. 437, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
105. Decreto ley No. 452, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
106. Decreto ley No. 504, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
107. Decreto ley No. 661, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
108. Decreto ley No. 669, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
109. Decreto ley No. 673, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
110. Decreto ley No. 674, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
111. Decreto ley No. 786, de 1925: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
112. Decreto ley No. 116, de 1932: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
113. Decreto ley No. 246, de 1932: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
114. Decreto ley No. 335, de 1932: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
115. Decreto ley No. 357, de 1932: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
116. Decreto ley No. 504, de 1932: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
117. Decreto ley No. 37, de 1973: Modifica las plantas del decreto con fuerza de ley (G) No. 1, de 1968, Estatuto de las Fuerzas Armadas.
118. Decreto ley No. 69, de 1973: Modifica el decreto con fuerza de ley No. 2, de 1968, Estatuto de Personal de Carabineros de Chile.
119. Decreto ley No. 71, de 1973: Aumenta en una plaza, en el grado de Comandante de Escuadrilla, el Escalafón de Oficiales de Justicia de la Fuerza Aérea de Chile.
120. Decreto ley No. 117, de 1973: Aumenta en 11 cargos la Planta de Oficiales del Escalafón de Complemento de la Fuerza Aérea de Chile.
121. Decreto ley No. 157, de 1973: Modifica la ley No. 17.914 que aumenta las Plantas Permanentes de Oficiales y Empleados Civiles del Ejército fijadas en el decreto con fuerza de ley No. 1 (G), de 1968, y el decreto ley No. 37, de 1973, sobre Plantas del Ejército.
122. Decreto ley No. 250, de 1973: Modifica la ley No. 17.955 en materias relativas al funcionamiento de los establecimientos asistenciales del Servicio de Sanidad de la Armada.
123. Decreto ley No. 251, de 1973: Modifica el decreto ley No. 157, de 1973, en materia de ascensos de determinados cargos superiores de la Armada.
124. Decreto ley No. 282, de 1974: Modifica ley No. 17.646 en materias relativas a las plantas de Oficiales y Escalafón Administrativo, de Kinesiólogos, Psicólogos y otros de Sanidad en la Fuerza Aérea de Chile.
125. Decreto ley No. 344, de 1974: Crea cargos en el Escalafón de Oficiales de Justicia de la Fuerza Aérea de Chile.
126. Decreto ley No. 356, de 1974: Aumenta Escalafón de Oficiales de Abastecimiento de la Armada.
127. Decreto ley No. 375, de 1974: Modifica los Escalafones de Oficiales de Complemento del Ejército, en los Grados de Coronel, Teniente Coronel y Mayor.
128. Decreto ley No. 396, de 1974: Aumenta en un cargo el Escalafón de Empleados Civiles del Ejército y agrega el Escalafón de Reclutamiento Auxiliar con 6 cargos.
129. Decreto ley No. 410, de 1974: Dispone, en lo sustancial, que el Ministerio de Defensa Nacional deberá incluir anualmente en el Presupuesto de la Nación un mínimo de US \$6.000.000,00 para cada una de las instituciones de la Defensa Nacional, destinado al mantenimiento de sus unidades y equipos.
130. Decreto ley No. 425, de 1974: Dicta normas sobre movilización nacional.
131. Decreto ley No. 470, de 1974: Dispone que estarán exentos del trámite de toma de razón los decretos y resoluciones relativos a la planificación de la Defensa Nacional.
132. Decreto ley No. 487, de 1974: Constituye en Ministerio la Secretaría General de Gobierno.
133. Decreto ley No. 505, de 1974: Modifica las plantas permanentes de Oficiales y Empleados Civiles del Ejército.
134. Decreto ley No. 521, de 1974: Crea la Dirección de inteligencia Nacional (DINA), como organismo militar dependiente directamente de la Junta de Gobierno. Fija su misión y

- organización, establece que su planta estará constituida por personal proveniente de las Instituciones de la Defensa Nacional, autoriza dictar un reglamento orgánico que desarrollará su organización, le confiere franquicias aduaneras, tributarias y de contribuciones y, finalmente, faculta a la DINA para intervenir en el traslado, arresto, allanamiento y aprehensión de personas.
135. Decreto ley No. 543, de 1974: Designa fiscales militares que indica.
 136. Decreto ley No. 628, de 1974.: Modifica plantas de la Fuerza Aérea de Chile en cargos de especialistas en control y estadística.
 137. Decreto ley No. 639, de 1974: Modifica el decreto ley No. 282, de 1974, en materia de escalafones de sanidad en la Fuerza Aérea de Chile.
 138. Decreto ley No. 647, de 1974: Modifica la planta de personal de Carabineros en lo relativo al Personal de Fila, Servicios y de Orden y Seguridad.
 139. Decreto ley No. 696, de 1974: Aumenta transitoriamente en el Ejército las plazas de Generales de División en dos cargos y las de Generales de Brigada en dos cargos.
 140. Decreto ley No. 739, de 1974: Modifica el Escalafón de Empleados Administrativos de la planta de Empleados Civiles de la Armada.
 141. Decreto ley No. 747, de 1974: Dispone, sustancialmente, que el Centro de Estudios Nucleares del Ejército desarrollará sus funciones científico-técnicas, conjunta y coordinadamente, con la Comisión Chilena de Energía Nuclear.
 142. Decreto ley No. 834, de 1974: Autoriza a la Dirección General de Investigaciones para llamar a curso de perfeccionamiento a funcionarios del grado de Subcomisario.
 143. Decreto ley No. 427, de 1975: Agrega al decreto ley No. 331, de 1974, que sustituyó la ley No. 16.256, de 1965 sobre Fondos Rotatorios de Abastecimientos de las FF.AA., un artículo 6º nuevo, que establece que el 1º de noviembre de cada año los saldos presupuestarios en moneda nacional y extranjera que no se inviertan al 31 de diciembre pasarían a incrementar los fondos de las respectivas cuentas a que se refiere esta ley.
 144. Decreto ley No. 843, de 1975: Sustituye Planta de Oficiales de Justicia de la Armada.
 145. Decreto ley No. 870, de 1975: Modifica el decreto ley No. 696, de 1974, para aumentar en tres las plazas de Generales de Brigada.
 146. Decreto ley No. 912, de 1975: No se encuentra texto ni publicación en Diario Oficial.
 147. Decreto ley No. 968, de 1975: Aumenta transitoriamente, hasta el 31 de diciembre de 1975, el escalafón de Oficiales Ejecutivos e Ingenieros Navales de la planta de Oficiales de la Armada, en tres plazas.
 148. Decreto ley No. 989, de 1975: Establece modalidades especiales de publicación del decreto ley No. 425, de 1974, sobre movilización nacional.
 149. Decreto ley No. 1.147, de 1975: Reestructura la Dirección de Investigaciones y fija planta.
 150. Decreto ley No. 1.177, de 1975: Autoriza compraventa de bienes del Instituto Forestal (La Reina).
 151. Decreto ley No. 1.242, de 1975: Modifica el decreto con fuerza de ley (G) No. 1, de 1968, Estatuto Personal de las Fuerzas Armadas.
 152. Decreto ley No. 1.248, de 1975: Prorroga vigencia del decreto ley No. 696, de 1974, que aumenta transitoriamente plazas de Generales de División y de Brigada en Ejército hasta el 31 de diciembre de 1976.
 153. Decreto ley No. 1.279, de 1975: Prorroga, hasta el 31 de diciembre de 1976, el aumento transitorio de planta en tres plazas de Oficiales e Ingenieros Navales dispuesto hasta el 31 de diciembre de 1975, por el decreto ley No. 968, 1975.
 154. Decreto ley No. 1.316, de 1975: Crea transitoriamente, hasta el 31 de diciembre de 1976, 99 cargos de Oficiales en la Armada, en el grado de subtenientes.
 155. Decreto ley No. 1.507, de 1976: Ordena el traspaso del Centro de Estudios Nucleares del Ejército a la Comisión Chilena de Energía Nuclear.
 156. Decreto ley No. 1.530, de 1976: es uno de los textos legales que reforma a la ley No. 13.196 Reservada del Cobre.

157. Decreto ley No. 1.558, de 1976: Modifica el Escalafón de Empleados Civiles Auxiliares, Oficiales (R) del Ejército.
158. Decreto ley No. 1.589, de 1976: Autoriza traspaso de US \$1.017.000 de sobresueldos a gastos generales en la Armada.
159. Decreto ley No. 1.590, de 1976: Autoriza la enajenación por venta directa a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, del buque denominado "Argonauta", de propiedad del Fisco (Armada).
160. Decreto ley No. 1.599, de 1976: Autoriza traspaso en la Armada de US \$150.000 desde sobresueldos a material militar, policial y gastos de maniobras.
161. Decreto ley No. 1.621, de 1976: Modifica los escalafones de Sanidad en el Ejército.
162. Decreto ley No. 1.629, de 1976: Modifica ley de movilización nacional.
163. Decreto ley No. 1.630, 1976: Prorroga, hasta el 31 de diciembre de 1976, el aumento transitorio de plazas de Generales de División y de Brigada, del Ejército, dispuesto por el decreto ley No. 696, de 1974.
164. Decreto ley No. 1.636, de 1976: Prorroga hasta el 31 de diciembre de 1977 el aumento transitorio de la planta de la Armada dispuesto por el decreto ley No. 1.279, de 1975.
165. Decreto ley No. 1.637, de 1976: Aumenta transitoriamente planta de Oficiales de la Armada en 157 cargos de Subtenientes, hasta el 31.12.79.
166. Decreto ley No. 1.821, de 1977: Modifica la planta de Oficiales de Transporte en el Ejército.
167. Decreto ley No. 2.048, de 1977: Modifica las plantas de oficiales y empleados civiles de las FF.AA.
168. Decreto ley No. 2.060, de 1977: Prorroga la vigencia del artículo 2° del decreto ley (S) No. 696, de 1974 que autoriza transitoriamente aumentar dos plazas de generales de división y dos de generales de brigada hasta el 31 de diciembre de 1978.
169. Decreto ley No. 2.069, de 1977: Aumenta en 72 cargos de Tenientes y Subtenientes de la Armada, transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 1980.
170. Decreto ley No. 2.070, de 1977. Prorroga hasta el 31 de diciembre de 1978 el aumento transitorio de plantas de Generales de División y de Brigada del Ejército, dispuesto por el decreto ley No. 696, de 1974.
171. Decreto ley No. 2.089, de 1978. Dispensa del cumplimiento del requisito estatutario al señor Armando José Arbutti Díaz para ingresar a la Armada.
172. Decreto ley No. 2.127, de 1978: Modifica la planta de Subtenientes del Ejército.
173. Decreto ley No. 2.135, de 1978: Traspasa cargos de Oficiales entre escalafones de ejecutivos e ingenieros navales en la Armada.
174. Decreto ley No. 2.141, de 1978: Modifica los escalafones de sanidad dental en el Ejército.
175. Decreto ley No. 2.318, de 1978: Modifica requisitos de ascensos en la planta de Oficiales Policiales en el Servicio de Investigaciones.
176. Decreto ley No. 2.328, de 1978: Agrega la adquisición de elementos clasificados como material de guerra a los actos financiables con la suma de US \$ 6.000.000,00 que anualmente de debe consultar el Presupuesto de la Nación.
177. Decreto ley No. 2.330, de 1978: Otorga, por una sola vez, en el año 1978, sin perjuicio de los aportes provenientes de las ventas del cobre, la suma de US \$ 12.000.000 al Consejo Superior de la Defensa Nacional.
178. Decreto ley No. 2.354, de 1978: Modifica planta de personal de Sanidad del Ejército.
179. Decreto ley No. 2.454, de 1978: Aumenta en un 5% planta vigente del Ejército.
180. Decreto ley No. 2.455, de 1978: Concede ascenso al grado de Contralmirante al Capitán de Navío Sr. Carlos Quiñones López.
181. Decreto ley No. 2.456, de 1978: Autoriza al Presidente de la República para modificar la antigüedad de los Oficiales Ejecutivos e Ingenieros Navales, en la Armada.
182. Decreto ley No. 2.576, de 1979: Autoriza al Fisco para contratar con el Banco Central de Chile préstamos hasta por US \$100.000.000 para la Fuerza Aérea de Chile.

183. Decreto ley No. 2.822, de 1979: Autoriza al Fisco para contratar con el Banco Central de Chile préstamos hasta por US \$100.000.000 para el Ejército.
184. Decreto ley No. 2.823, de 1979: Autoriza al Fisco para contratar con el Banco Central de Chile préstamos hasta por US \$100.000.000 para la Armada.
185. Decreto ley No. 2.880, de 1979: Aumenta transitoriamente la Planta del Ejército, en plaza de General de División.
186. Decreto ley No. 2.881, de 1979: Fija plantas y dicta normas sobre personal de la Central Nacional de Informaciones.
187. Decreto ley No. 2.956, de 1979: Modifica los requisitos de tiempo mínimo de permanencia en el grado de Oficiales de Línea en los escalafones de las Fuerzas Armadas.
188. Decreto ley No. 3.148, de 1980: Faculta al Presidente de la República para incorporar a Oficiales de la Reserva Naval a la Armada.
189. Decreto ley No. 3.273, de 1980: Aumenta transitoriamente la planta del Ejército, hasta el 31 de diciembre de 1980, en cuatro plazas de Generales de Brigada.
190. Decreto ley No. 3.390, de 1980: Modifica el artículo 4º del decreto con fuerza de ley (G) No. 501, de 1977.
191. Decreto ley No. 3.466, de 1980: Autoriza al Presidente de la República para contraer obligaciones en el exterior hasta por la suma de 1.259.640.000 schillings austriacos o dólares estadounidenses.
192. Decreto ley No. 3.467, de 1980: Autoriza al Presidente de la República para contraer obligaciones en el exterior por la suma que indica.
193. Decreto ley No. 3.510, de 1980: Aumenta transitoriamente la Planta del Ejército en una plaza de General de División y dos de General de Brigada.
194. Decreto ley No. 3.524, de 1980: Aumenta transitoriamente en dos plazas de Generales de Brigada Aérea y en tres las plazas de Coroneles de Aviación, hasta el 1º de marzo de 1981.
195. Decreto ley No. 3.527, de 1980: Dispone que la Tesorería General de la República asignará US \$ 50.000.000 al Ministerio de Defensa Nacional con el fin de cubrir la diferencia generada por la adquisición de material bélico.
196. Decreto ley No. 3.550, de 1980: Aumenta transitoriamente en una plaza la planta de Oficiales Ingenieros en la Fuerza Aérea de Chile.
197. Decreto ley No. 3.639, de 1980: Declara alcance de abono de tiempo establecido a favor de personal de reserva incorporado a la Armada en virtud del decreto ley No. 3.148, de 1980.
198. Decreto ley No. 3654, de 1981: Declara que normas del decreto ley No. 3.653, de 1981, no afectarán las disposiciones vigentes en la ley Reservada No. 13.196, las cuales se continuarán aplicando en su totalidad.

III. Decretos con Fuerza de Ley

199. Decreto con fuerza de ley No. 153, de 1931: No encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
200. Decreto con fuerza de ley No. 203, de 1931: Publicado el 30 de mayo de 1931.
201. Decreto con fuerza de ley No. 286, de 1931: No se encuentra texto ni publicación en el Diario Oficial.
202. Decreto con fuerza de ley No. 1, de 1987: Modifica la planta permanente de Oficiales de la Fuerza Aérea de Chile.
203. Decreto con fuerza de ley No. 1, de 1998: Modifica las plantas de Oficiales y Empleados Civiles del ejército, Armada y Fuerza Aérea en la forma que indica.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor. y COURTIS Christian (2000): “El Acceso a la Información como Derecho”, en GONZÁLEZ Felipe y VIVEROS Felipe, *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 10, Universidad Diego Portales).

ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing).

ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

ALEXY, Robert (2000): “On the Structure of Legal Principles”, en *Ratio Juris* (Vol. 13, N° 3).

ALEXY, Robert (2004a): *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. Carlos. Bernal Pulido, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris).

ALEXY, Robert (2004b): *El Concepto y la Validez del Derecho* (Traducc. Jorge Malem Seña, Barcelona, Gedisa).

ALEXY, Robert (2005): *La Institucionalización de la Justicia* (Traducc. José Antonio Seoane y Eduardo Soderó, Granada, Comares).

ALEXY, Robert (2007a): *Derechos Sociales y Protección* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

ALEXY, Robert (2007b) *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Traducc. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed.).

ALLESCH, Johan y OBANDO, Iván (2005): “El Amparo del Derecho de Acceso a la Información Pública”, en *Ius et Praxis* (Vol. 11, N° 2).

ANINAT, Cristóbal y DEL SOLAR, Felipe (2009): “Políticas de Probidad y Transparencia para el Estado de Chile”, en MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, *Calidad de la Democracia, Transparencia e Instituciones Políticas* (Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia).

AROS CHIA, Rodrigo (2007): “El Principio de Publicidad ante la Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69, T. I). pp. 186-198.

ASTROSA HERRERA, Renato (1985): *Código de Justicia Militar Comentado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ASTROSA SOTOMAYOR, Renato (1973): *Jurisdicción Penal Militar* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

BARRA, Nancy (2007): *Probidad Administrativa. Aproximación a la Ley No. 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa*, 3ª ed. (Santiago, Lexis Nexis).

BASTIDA, Francisco *et al.* (2004), *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Madrid, Tecnos).

BERMÚDEZ, Jorge y MIROSEVIC, Camilo (2008): “El Acceso a la Información Pública como Base para el Control Social y la Protección del Patrimonio Público”, en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXI, 2º semestre 2008).

BRAGE, Joaquín (2004): *Los Límites a los Derechos Fundamentales* (Madrid, Dykinson).

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2005): *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

BOBBIO, Norberto (1996): *El Futuro de la Democracia*, 2ª ed. (Traducc. José F. Fernández-Santillán, México, Fondo de Cultura Económica).

BOBBIO, Norberto (2009): *Teoría General de la Política* (Traducc. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 3ª ed.).

BRAGE, Joaquín (2004): *Los Límites a los Derechos Fundamentales* (Madrid, Dykinson).

CARTAGENA, Patricio (1998): “Promulgación y Publicación de la Ley”, en VV.AA., *La Técnica Legislativa ante la Elaboración de la Ley* (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Centro de Estudios de Asistencia Legislativa).

CEA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CASADEVALL, Josep (2001): “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Análisis Teórico Práctico de su Funcionamiento)”, en BLANC ALTEMIR, Antonio (ed.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal* (Madrid, Tecnos).

CEA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CEA, José Luis (1992): “La Interpretación Axiológica de la Constitución”, en VV.AA., *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CEA, José Luis (1999): *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Santiago, Universidad Austral de Chile).

CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

CEA, José Luis (2008): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo I*, 2ª ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).CEA, José Luis (2009): “Estado Social y Justicia Constitucional”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (No. 41)

COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (1996): *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación).

CONTESSE, Jorge (2002): “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”, en GONZÁLEZ, Felipe (ed.), *Litigio y Políticas Públicas en*

Derechos Humanos (Santiago, Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico, No. 14).

CONTESSE, Jorge (2006): “La Opacidad del Legislador y la Indulgencia Judicial: Jurisprudencia y Práctica sobre el Acceso a la Información Pública en Chile”, en GONZÁLEZ, Felipe (ed.): *Libertad de Expresión en Chile* (Santiago, Universidad Diego Portales).

CONTRERAS, Pablo (2010): “Ponderación entre el Derecho de Acceso a la Información Pública y el Resguardo de la Seguridad de la Nación”, en *VI Jornadas de Derecho Administrativo: Transparencia en la Administración Pública* (Santiago, Inédito).

CORDERO, Luis (2007): “Efectos de la Reforma Constitucional en Materia de Acceso a la Información Pública”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69, T. II).

CREMADES, Javier (1995): *Los Límites de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Jurídico Español* (Madrid, La Ley).

COLOMA, Rodrigo (2006): “Vamos a Contar Mentiras Tralará..., o de Límites a los Dichos de los Abogados”, en *Revista de Derecho* (Valdivia, Vol. XIX, N° 2)

COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (1996): *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación)

COTINO, Lorenzo (2002): *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

DE OTTO, Ignacio (1999): *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona, Ariel).

DÍAZ DE VALDÉS, Juan Manuel (2009): “Una Visión del Combate a la Corrupción centrada en los Derechos Fundamentales: El Derecho de Acceso a la Información Pública y su nueva Regulación Legal”, en ROMERO, Juan José; RODRÍGUEZ, Nicolás y OLIVARES, José Miguel (eds.), *Buen Gobierno y Corrupción* (Santiago, Pontificia Universidad Católica).

DÍEZ-PICAZO, Luis (2000): *La Criminalidad de los Gobernantes* (Barcelona, Crítica).

DÍEZ-PICAZO, Luis (2005): *Sistema de derechos fundamentales* (Madrid, Thomson, Civitas).

EMERSON, Thomas (1976): “Legal Foundations of the Right to Know”, en *Washington University Law Quarterly* (Vol. 1976, No. 1).

EMILIOU, Nicholas (1996): *The principle of proportionality in European Law. A comparative study* (London, United Kingdom, Kluwer Law International).

EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio (2006): *La Constitución Explicada* (Santiago, Lexis Nexis).

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco (1987): *La argumentación en la justicia constitucional española* (Oñati, España, HAAE/IVAP).

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2000): “El Principio de Publicidad Administrativa”, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur y Universidad de Chile).

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005): “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales en el nuevo Artículo 8° Inciso 2° de la Constitución”, en ZÚÑIGA, Francisco, *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis).

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2007): “El Principio Constitucional de Publicidad”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69, T. I).

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2008): “Causales de Secreto o Reserva en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).

FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Madrid, Trotta).

FERRAJOLI, Luigi (1999): *Derechos y Garantías* (Madrid, Trotta).

FERRERES, Víctor (1997): *Justicia Constitucional y Democracia* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

FLORINI, Ann (2007): “The Battle over Transparency”, en FLORINI, Ann (ed.), *The Right to Know. Transparency for an Open World* (New York, Columbia University Press).

FISS, Owen (1999): *La Ironía de la Libertad de Expresión* (Traducc. Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña, Barcelona, Gedisa).

FRASER, Nancy (1992): “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en CAULHOUN, Craig, (ed.): *Habermas and the Public Sphere* (Cambridge Mass., MIT Press).

FULLER, Lon (1978): “The Forms and Limits of Adjudication”, en *Harvard Law Review* (Vol. 92).

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1994): *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Madrid, Civitas, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid).

GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos (1993): "La Inteligencia como Actividad del Estado", en *Revista de Administración Pública* (No. 130, mayo-agosto).

GARCÍA, Gonzalo (2001): “La Garantía del Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Comparado: los casos de Alemania, Portugal, España y Chile”, en *Persona y Sociedad* (Vol. XIV, Nº 3).

GARCÍA, Gonzalo (2004) *La Reserva Legal de Derechos Constitucionales* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas Nº 5).

GARCÍA, Gonzalo (2005): *Teoría Constitucional sobre los Límites al Ejercicio de los Derechos Fundamentales* (Getafe, Tesis Doctoral de la Universidad Carlos III, Inédita).

GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2009) “Derecho de Acceso a la Información en Chile: Nueva Regulación e Implicancias para el Sector de la Defensa Nacional”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 7, Nº 1).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999): *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid, Alianza Editorial).

GARRETÓN, Roberto (1985): “Las Leyes Secretas en Chile”, en *Revista Chilena de Derechos Humanos* (Academia de Humanismo Cristiano, 1º trimestre, 2ª época, No. 1).

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1993): “Acerca de los Conceptos de Publicidad, Opinión Pública, Opinión de la Mayoría y sus Relaciones Recíprocas”, en *Doxa* (Vol. 14).

GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999): *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba* (Madrid, Marcial Pons).

GAVARA DE CARA, Juan Carlos (1994): *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

GEWIRTH, Alan (1984): “Are There Any Absolute Rights?”, en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights* (New York, Oxford University Press).

GOBIERNO DE CANADÁ (1993): *Access to Information and Privacy Exemptions*. [fecha de consulta: 19 de marzo de 2009]. Disponible en: <http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?evtto=C&id=13770§ion=text>.

GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (2004): *Freedom of Information Act Guide. Exemption 1*. [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009]. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/oip/exemption1.htm>.

GÓMEZ, Gastón (2005): “La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional”, en ZÚÑIGA, Francisco, *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis).

GONZÁLEZ-SALSBERG, Damián (2008): “El Derecho a la Verdad en Situaciones de Post-Conflicto Bélico de Carácter No-Internacional”, en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* (No. 12, Edición especial).

GUASTINI, Ricardo (1999): *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho* (Barcelona, Gedisa).

HART, Herbert Lionel Adolphus (1963): *El Concepto de Derecho* (Traducc. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot).

HABERMAS, Jürgen (1991): *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (Traducc. Thomas Burger, Cambridge Mass., MIT Press).

HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso* (Traducc. Miguel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta).

HENKIN, Louis (1971-1972): “The Right to Know and the Duty to Withhold: The Case of the Pentagon Papers” (Vol. 120).

HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio (2007): *Manual de Estudio de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Metropolitana y Universidad de las Américas).

KALVEN, Harry (1971): “Foreword: Even When a Nation is At War”, en *Harvard Law Review* (Vol. 85).

IGLESIAS, Marisa (2000): “Los Conceptos Esencialmente Controvertidos en la Interpretación Constitucional”, en *Doxa* (Vol. 23).

IRURETA URIARTE, Pedro (2006): *Constitución y orden público laboral. Un análisis del Artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena* (Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 9, Universidad Alberto Hurtado).

LARENZ, Karl (2001): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Traducc. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2ª ed. española, traducción de la 4ª ed. alemana).

LAVALLE, Dolores (2009): *Derecho de Acceso a la Información Pública* (Buenos Aires, Astrea).

LEWIS, Anthony (1980): “A Public Right to Know about Public Institutions: The First Amendment as a Sword”, en *Supreme Court Review* (1980).

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y POSADAS, Alejandro (2007): “Las pruebas de Daño e Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una Perspectiva Comparada”, en *Derecho Comparado de la Información* (Enero-Junio 2007).

MARTINO, Antonio (2005): “El Digesto Jurídico Argentino. Una Obra Jurídica Monumental”, en *Doxa* (Vol. 28).

MENDEL, Toby (2003): “Libertad de Información: Derecho Humano Protegido Internacionalmente”, en *Derecho Comparado de la Información* (Enero-Junio 2003, N°1).

MEDINA, Cecilia y NASH Claudio (2007): *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile).

NOGUEIRA, Humberto (2005): “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitación de los Derechos Fundamentales”, en *Ius et Praxis* (Vol. 11, N° 2).

NOGUEIRA, Humberto (2006): *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos* (Santiago, Editorial Librotecnia).

OLMEDO, Juan Pablo (2008a): “Comentarios acerca del Derecho de Acceso a Información Pública”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).

OLMEDO, Juan Pablo (2008b): “Acceso a la Información Pública y Derechos Humanos”, en *Ensayos Jurídicos* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado, N° 4).

ORTEGA GUTIÉRREZ, David (1999): *Derecho a la Información versus Derecho al Honor* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

PARKS, Wallace (1957): “The Open Government Principle: Applying the Right to Know under the Constitution”, en *The George Washington Law Review* (Vol. 26, No. 1).

PEÑA, Carlos (1996): *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios N° 5).

PFEFFER, Emilio (2005): *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates- Informes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid, Trotta).

QUINTANA BENAVIDES, Augusto (2006): “Reformas a las Bases de la Institucionalidad: Entre lo Superfluo, el Contrabando y la Inocencia”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 68).

RAJEVIC, Enrique (2008): “Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la ley 20.285”. [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2008]. Disponible en: <http://decive.blogspot.com/2008/09/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia.html>

RAJEVIC, Enrique (2009): “Las Agendas de Probidad de los Gobiernos de la Concertación: Entre la Realidad y el Deseo”, en ROMERO, Juan José; RODRÍGUEZ, Nicolás y OLIVARES, José Miguel (eds.), *Buen Gobierno y Corrupción* (Santiago, Pontificia Universidad Católica).

RAJEVIC, Enrique (2010): “La Jurisprudencia Inicial del Consejo para la Transparencia”, en *Revista de Derecho* (Consejo de Defensa del Estado, Santiago, en prensa).

RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio (2007): “Probidad, Transparencia y Eficiencia en la Actuación de los Órganos del Estado: Nuevos Elementos tras la Reforma Constitucional 2005”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69, T. I).

RAZ, Joseph (1984): “Rights Based Moralities”, en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights* (New York, Oxford University Press).

REHREN, Alfredo (2008): “La Evolución de la Agenda de Transparencia en los Gobiernos de la Concertación”, *Temas de la Agenda Pública* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Año 3, No. 18).

ROBERTS, Alasdair (2007): “Transparency in the Security Sector”, en FLORINI, Ann (ed.), *The Right to Know. Transparency for an Open World* (New York, Columbia University Press).

RODRÍGUEZ, Miguel (2003): “El Acceso a la Información Pública en Argentina”, en *Derecho Comparado de la Información* (No. 2, julio-diciembre 2003).

ROSALES, José María (1998): *Política Cívica. La Experiencia de la Ciudadanía en la Democracia Liberal* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

ROSS, Alf (2007) *Sobre el Derecho y la Justicia* (Traducc. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba).

RUBIO LLORENTE, Francisco (1995): *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales* (Barcelona, Ariel).

RUIZ-TAGLE, Pablo (2006): “Los Derechos Fundamentales ante la Reforma del 2005”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 68).

SAGÜÉS, Nestor (1977): *Las Leyes Secretas. El Sigilo Legislativo en el Derecho Constitucional Argentino* (Buenos Aires, Ed. Depalma).

SAGÜÉS, Nestor Pedro (2005): "Reflexiones sobre la Manipulación Constitucional", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (No. 3).

SÁNCHEZ, Moisés (2008): “Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile: Comentarios Legales”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000): *La Interpretación de los Derechos Fundamentales* (Buenos Aires, La Ley).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. III).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000): *Tratado de Derecho Constitucional*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., T. VII).

SMEND, Rudolf (1985): *Constitución y Derecho Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

SMITH Rhona (2005): *Textbook on International Human Rights* (Nueva York, Oxford University Press).

STIGLITZ, Joseph (2000): *La Economía del Sector Público* (Barcelona, Antoni Bosch Editor, 3ª ed.).

SOTO VELASCO, Sebastián (2009): “Ley de Transparencia: Desafíos de su Aplicación”, en *Temas de la Agenda Pública* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Año 4, No. 30, septiembre).

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2008): “Human Rights and Corruption”, Disponible en: <http://www.transparency.org/publications/publications/>

working_papers/wp_5_2008_human_rights_corruption [fecha de consulta: 10 de junio de 2010].

TELLO, Cristóbal; CERNA, Marcelo y PAVÓN, Andrés (2009): “Acceso a la Información Pública: Los Desafíos del Consejo de la Transparencia”, en *Anuario de Derechos Humanos* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, N°5).

VARAS, Augusto y AGÜERO Felipe (1984): *El proyecto político militar* (Santiago, Flacso).

VEGA, Francisco (2007): “El Principio de Publicidad después de la Reforma Constitucional de 2005”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69).

VERDUGO, Mario; PEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (2002): *Derecho Constitucional*, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

VIERA-GALLO, José Antonio (2008): “Un Cambio Cultural”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).

VIVANCO, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, 2ª ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, T. II).

VIVANCO, Ángela (2008): “Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado: Una Normativa para Chile”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 35, N° 2).

WONG, Garreth (2000): “Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality”, en *Public Law* (2000).

ZAPATA, Patricio (2008): *Jurisdicción Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ZIMMERLING, Ruth (1993): “El Mito de la Opinión Pública”. En *Doxa* (Vol. 14).