

OFICIO N° 5423/

ANT.: Solicitud de Información de la Srta. Jessica Matus, de fecha 04 de diciembre de 2013. Ingreso CT001T0000363 (S559-2013)

MAT.: Responde Solicitud de Información.

SANTIAGO, 23 DIC. 2013

A : SRTA. JESSICA MATUS

DE : RAÚL FERRADA CARRASCO, DIRECTOR GENERAL
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

Mediante la presente, me dirijo a Ud. con el objeto de dar respuesta a su solicitud de información pública presentada ante este Consejo el día 04 de diciembre de 2013, requiriendo el informe contratado al experto Héctor Hernández Basualto, relativo a la situación de los tipos penales de revelación de secreto por empleados públicos de cara a la Ley de Transparencia y el artículo 8º de la Constitución Política de la República, y el informe emitido en el marco de la consultoría prestada por la empresa "Balbontín, Linazasoro, y Compañía Limitada", acerca del sentido y alcance de las expresiones "seguridad de la Nación" e "interés nacional" que emplean los numerales el 3 y 4 del artículo 21 de la Ley de Transparencia.

Dando respuesta a vuestra solicitud de información, adjunto se remiten los informes requeridos.

Sin otro particular, se despide atentamente,



RAÚL FERRADA CARRASCO
DIRECTOR GENERAL
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

CAU/JLCH/IBM
DISTRIBUCIÓN:

1. Sra. Jessica Matus; correo electrónico:
2. Archivo UPC

La "seguridad de la Nación" y el "interés nacional" como límites a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado

Jorge Correa Sutil *

I.- Presentación, objetivos del presente informe y anuncio de su contenido.

A.- Objetivos y contenido del presente informe.

El Consejo para la Transparencia (en adelante también el Consejo) me ha solicitado un informe cuyo objeto es precisar el sentido y alcance de las expresiones "seguridad de la Nación" e "interés nacional" que emplean los numerales 3 y 4 del artículo 21 del artículo primero de la Ley N° 20.285, (en adelante Ley de Transparencia o Ley 20.285, pues la referencia será siempre hecha a su artículo primero), siguiendo en ello a lo dispuesto por el artículo 8° de la Carta Fundamental, y que el Consejo está llamado a aplicar en los casos que se le presentan. Para examinar el sentido y alcance que debe otorgarse a los términos señalados, se me ha pedido acudir a los elementos clásicos de interpretación de las normas jurídicas y especialmente a las fuentes que más adelante se consignan.

El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución establece que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utiliza, para agregar luego que sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos cuando la publicidad afectare, entre otros, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Por su parte, el artículo 21 de la ley 20.285, reitera las únicas cinco causales de secreto o reserva en cuya virtud se puede denegar total o parcialmente el derecho a la información y alude a la seguridad de la Nación y al interés nacional en los siguientes términos:

* El autor es abogado y profesor de Derecho en la Universidad Diego Portales.

*El presente informe contó con la colaboración del Licenciado en Ciencias Jurídicas, don George Lambeth Vicent, quien realizó valiosa actividad de búsqueda y fichaje de información.

Artículo 21.- Las únicas causales de secreto 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.

4 Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país”.

Como puede apreciarse, la ley recién referida, que será objeto de análisis detenido más adelante, ha establecido casos específicos en que “particularmente” deben entenderse afectados el interés nacional y la seguridad de la Nación, aunque sin entregar una lista taxativa ni definir lo que debe entenderse por los estos términos que emplea la Carta Fundamental y que ella reitera.

Determinar un significado de las dos causales en virtud de las cuales se puede decretar el secreto o reserva¹, constituye una tarea de enorme relevancia y urgencia, particularmente para el Consejo, el que deberá resolver disputas acerca de si determinada información se hace o no pública, sobre la base de aquilatar si su publicidad afecta o no a algunos de estos bienes jurídicos.

Decimos que la tarea es relevante y urgente, pues estimamos que una disputa se resuelve conforme a derecho cuando los que confrontan sus posiciones encuentran un lenguaje prescriptivo común,

¹ Esos mismos términos y otros análogos son empleados en varias otras normas constitucionales, que serán citadas, para examinar si pueden ayudar a determinar su significado en éstas. Su incorporación como causales que legitiman el secreto o reserva de información en poder de órganos del Estado ocurrió una década atrás, como parte de la llamada agenda de probidad y transparencia, al dictarse la Ley 19.653, de 14 de diciembre de 1999, que incorporó un nuevo artículo 11 bis a la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

previamente establecido y dotado de alguna autoridad, al que someten sus diferencias. En este caso, el lenguaje son los dos conceptos que se nos ha pedido comentar. Para ser derecho, el lenguaje al que se somete una disputa debe tener un significado mínimo que sea común a las partes que contienden. Tan sólo de ese modo decimos que es el derecho el que resuelve el problema. Así, en la medida en que las expresiones "seguridad de la Nación", e "interés nacional" refieran a quien escuche o invoque tales vocablos a un mismo contenido común, querrá decir entonces que el derecho ha establecido excepciones al libre acceso a la información de contornos definidos y de común significado. Por el contrario, en la medida en que esos conceptos carezcan de un significado común para la audiencia que los escucha o para quienes los invocan, no será el derecho sino el criterio discrecional de quien los emplea con cierto grado de autoridad, el que determinará cuál es en verdad el límite a la publicidad de los actos y resoluciones públicas.

Los conceptos indeterminados, particularmente cuando son relativamente recientes en un ordenamiento jurídico,² obligan a las autoridades llamadas a dotarlos de significado a emplear altos grados de discreción en los casos precisos que deben resolver conforme a ellos. Esa discreción permite la crítica de que el derecho que rige resulta imprevisible, cuestiona la autoridad de quien impone particulares obligaciones en su nombre, pues se le acusará de hacerlo no en nombre de un derecho sustantivo que preexiste, sino sólo de una competencia jurídica y de su particular entendimiento del concepto indeterminado, y permite además –y por lo mismo– criticar que el derecho (las concretas obligaciones y derechos en el caso) vienen a surgir recién en los fallos, con posterioridad a las conductas y por ende retroactivamente.³ En nuestro medio hay quienes incluso han sostenido que cuando un juez o intérprete se encuentra con un

² A pesar de la década anotada en la nota anterior, la doctrina y jurisprudencia no han hecho aportes sustanciales, como veremos, respecto al significado que debe darse a estos términos.

³ Ronald Dworkin, es quien más claramente ha formulado estas críticas a la noción del positivismo y del realismo de que los jueces, al interpretar, ejercen una discreción en sentido fuerte. Véase particularmente el capítulo II de su libro "Los derechos en serio".

concepto genérico y que es él mismo quien debe darle contenido y significado en base a sus concepciones, entonces no actúa como un tercero imparcial que resuelve conforme a derecho.⁴

Ya desde el debate parlamentario en que estos conceptos se incorporaron a la Carta Fundamental y a la Ley 20.285, sus propios autores reconocieron el carácter impreciso y de significado abierto de los dos términos que nos ocupan, lo que la doctrina ha reiterado también innúmeras veces. El Senador Hernán Larraín, uno de los dos autores de la Moción en que se originaron las modificaciones legales que motivan este informe, lamentó la vaguedad de estas limitaciones, haciendo ver la desventaja que ello representaba, al punto de afirmar que hacían "imposible dar cumplimiento a la publicidad de las correspondientes actuaciones".⁵ El entonces Senador José Antonio Viera-Gallo destacó también la vaguedad de la norma en el debate parlamentario, reconociendo que "obviamente, los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional son más vagos."⁶ Otros senadores destacaron también el mismo carácter vago e impreciso de estas causales.⁷

Varios autores que han debido enfrentarse a los dos conceptos limitativos del acceso a la información que nos ocupan, los han caracterizado y destacado también como términos amplios y difusos, haciendo ver la dificultad que ello representa para la aplicación constitucional y de la ley 20.285. Así, por ejemplo, Miguel Ángel Fernández, al testimoniar como experto ante la Corte Interamericana

⁴ Me refiero a Fernando Atria y a su libro, aún en preparación, llamado Las Formas del Derecho, alguno de cuyos capítulos han circulado para discusión en foros académicos

⁵ En el Diario de Sesiones del Senado, Sesión 7º de 14 de abril de 1998 consta que, luego de referirse a los derechos de las personas, las funciones de los órganos, la seguridad de la Nación y el interés nacional habría manifestado las siguientes expresiones,: "desgraciadamente estas limitaciones implican una desventaja muy grande, ya que su vaguedad o generalidad hacen imposible dar cumplimiento a la publicidad de las correspondientes actuaciones."

⁶ Intervención en el primer trámite constitucional de la reforma constitucional al artículo 8, legislatura 349, Sesión de fecha 11 de junio de 2003.

⁷ Ver por ejemplo la intervención de los senadores Ávila y Espina en la misma Sesión referida en la nota anterior.

de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso Claude⁸ señaló "... la problemática a la cual se encuentra el derecho de acceso a la información pública al existir causales de reserva con contenido tan amplio y difuso como lo son, por ejemplo, el interés nacional y la seguridad de la Nación."⁹ La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó la vaguedad de estos conceptos como una dificultad seria para la debida garantía de la vigencia del derecho de acceso a la información pública en Chile, reconociendo los avances legislativos, pero criticando que "las excepciones previstas en la ley [...] confieren un grado excesivo de discrecionalidad al funcionario que determina si se divulga o no la información"¹⁰.

⁸ Aquí y en el resto del texto aludiremos como caso Claude, a la causa caratulada Claude Reyes y otros vs Chile, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallo de 19 de septiembre de 2006. En él aparecen como requirentes además de Claude Reyes los señores Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero, quienes demandaron al Estado de Chile en virtud de haberseles negado información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa Forestal Trillium y su proyecto Río Cóndor en la Patagonia chilena. Al igual que en un número significativo de los casos líderes en materia de acceso a la información, se trataba de obtener antecedentes respecto de un proyecto que los requirentes pretendían impugnar desde un punto de vista medio ambiental. La sentencia será objeto de análisis en varios otros acápite del presente informe.

⁹ Otro tanto puede encontrarse en varios de los artículos contenidos en la publicación titulada "Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile", Ximena Salazar Álvarez y Verónica Bustos Vial, editores. Fundación Pro Acceso, Santiago, Junio de 2008. En ese texto, a vía ejemplar, Moisés Sánchez señala 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. (Página 23). El mismo Miguel Ángel Fernández, en esta publicación, se refiere a estas dos expresiones como "jurídicamente abiertas o indeterminadas". (página 44). Tello, Cerna y Pavón señalan que "las causales constituyen "conceptos jurídicos indeterminados" cuyo contenido y extensión requiere ser delimitado para su aplicación al caso concreto. (Cristóbal Tello, Marcelo Cerna y Andrés Pavón: "Acceso a la Información Pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia", publicado en Anuario de Derechos Humanos 2009, que publica el Centro del mismo nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pág. 197).

¹⁰ Así lo consigna el parágrafo 58 d) del fallo de la Corte Interamericana, cuyo texto es el siguiente "el Estado de Chile ha realizado un serie de modificaciones legislativas; sin embargo [,...] estas no garantizan de forma efectiva y amplia el acceso a la información pública.". Si bien esa crítica estuvo dirigida a la discrecionalidad funcionaria que, a la fecha en que emite su dictamen la Comisión, consignaba la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, resultaría hoy aplicable a estos mismos funcionarios y al propio Consejo para la Transparencia, a

Encontrar elementos que permitan dotar de significado más denso y preciso a los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional, constituye entonces un imperativo, pues sólo a partir de contar con un mayor densidad de contenido de los dos términos que nos ocupan, podrá afirmarse que existe derecho y no pura discreción en estas dos causales que habilitan la reserva de la información pública. Muchos de quienes han destacado la vaguedad e imprecisión de estas dos causales manifiestan que es la jurisprudencia la encargada de dotarles de significado, lo que hace aún más relevante la tarea interpretativa que debe de acometer el Consejo.¹¹

Un mecanismo para dotar de significado más preciso a los dos conceptos genéricos que hemos señalado consistiría en que legislador pudiere precisar sus contornos. Es lo que ha hecho parcialmente el artículo 21 de la ley 20.285, al disponer, como hemos visto, ciertos casos, en los cuales deben considerarse particularmente afectadas esas dos causales. También encontramos precisiones hechas en otras leyes que ordenan el secreto o reserva de determinadas clases de actos o documentos, las que han sido expresamente validadas por el artículo 1º transitorio de la ley 20.285, a condición que establezcan el secreto o reserva por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política.¹² Sin embargo, el carácter no taxativo de estas causales, su contenido también difuso e indeterminado, la reiteración de los términos genéricos de la Carta Fundamental, sin añadirles calificación o caracterización alguna, además de algunos otros problemas que analizaremos más adelante, hacen que estos casos especiales tampoco ayuden mucho a dar significado sustancial a los

menos que existieran leyes que mediaran, precisando, el significado de las expresiones contenidas en el artículo 8º de la Carta Fundamental.

¹¹ Así, por ejemplo, Miguel Ángel Fernández, en la publicación referida en la nota 9 que antecede (2008) señala refiriéndose a las dos causales que nos ocupan: "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." (Pág. 44).

¹² En razón a lo dispuesto en el artículo 4º transitorio de la Constitución debe entenderse que estas leyes cumplen con el requisito de quórum calificado que les exige el artículo 8º de la Carta Fundamental.

términos referidos, que el Consejo ha debido y seguirá teniendo que aplicar en casos determinados.

B. Fuentes a las que se recurrirá con el objeto de ayudar a determinar el sentido y alcance de ambos conceptos.

Para intentar dar un contenido más sustantivo a las expresiones “seguridad de la Nación” e “interés nacional”, se me ha pedido emplear los elementos clásicos de interpretación de las normas jurídicas, recurriendo, en consecuencia, para determinar su sentido y alcance, al propio significado lingüístico de las normas constitucionales y legales que las establecen, a sus conexiones lógicas con el contexto y sistema normativo, con los cuales han de encontrar sentidos armónicos, a la historia fidedigna de su establecimiento, a sus fines y a los principios generales del derecho. Habremos también de acudir a la doctrina, a la jurisprudencia y al derecho comparado.

La literatura chilena especializada, que suele adelantarse a la misma jurisprudencia y ayudar a construir los significados jurídicos, es, en el caso que nos ocupa, bastante escasa. La que existe ha lamentado con frecuencia, como hemos dicho, la vaguedad de estos términos, ha señalado los riesgos que ello representa, ha destacado casi unánimemente que habrá de ser la jurisprudencia la que, caso a caso, tendrá que ir dando significado a estos términos y, en un caso, ha hecho valiosas contribuciones al poner estas causales en el contexto sistémico del derecho que limitan, con lo cual ha delineado los estándares de argumentación y prueba que deben concurrir a su respecto; pero esos comentarios doctrinarios son hartos más escasos en materia de definir el sentido y alcance de los términos que nos ocupan.¹³

¹³ Nos referimos especialmente tres artículos contenidos en el libro “Reforma Constitucional”. Francisco Zúñiga, coordinador, Editorial Lexis Nexis, cuales son los contenidos en el capítulo VII (Probidad y transparencia), y que llevan por título “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8º, inciso 2 de la Constitución, de Miguel Ángel Fernández González; Reformas Constitucionales para la Administración de Osvaldo Garay Opazo, y Principio de Prohibición y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: Alcances de la nueva Constitución de 2005, de José Antonio Ramírez. También resulta relevante la obra colectiva “Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile”; 2008, citada en nota 9.

El ejercicio que habremos de acometer se vería severamente limitado y empobrecido si se limitara a un mero examen semántico acerca del significado de las expresiones "seguridad de la Nación", "interés nacional" y demás contenidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia. Para atribuir un sentido a las normas a examinar, para entender su finalidad, resulta de la mayor importancia situarlas como lo que son: una limitación al acceso a la información de los órganos públicos. Entender que es lo que se está limitando y aplicar un estatuto institucional que es común a otras limitaciones de su especie, será objeto de particular análisis, especialmente en el apartado III que sigue.

La historia legislativa, que desde luego también iré refiriendo, dedicó poco debate que nos pueda ayudar a entender un significado sustantivo de estos términos.

Los elementos lógico y sistemático de interpretación nos darán alguno auxilio, particularmente, como se ha dicho, al entender estas

Asimismo, hemos consultado el artículo de Jorge Contesse S.: "La Opacidad del Administrador y la Indulgencia Judicial: Jurisprudencia y Práctica sobre Acceso a la Información Pública en Chile."; en "La Libertad de Expresión en Chile, Felipe González, editor, Universidad Diego Portales, 2006; el artículo de Domingo Hernández Emparanza titulado "Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: Regionalización, probidad y publicidad de actos, publicado en la obra colectiva: La Constitución reformada de 2005, Humberto Nogueira, editor, Librotecnia, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales Santiago, 2005, y el artículo de Cristóbal Tello, Marcelo Cerna y Andrés Pavón, (2009), que ya ha sido citado. En ninguno de esos textos, sin embargo, los autores se extienden en el significado de estos términos. De hecho, Miguel Ángel Fernández es quien trata más extensamente esta cuestión en la publicación de Pro Acceso, de páginas 36 y siguientes. Con todo, su referencia a la causal de afectar el interés nacional o la seguridad de la Nación sólo ocupa una carilla, la de página 44, la que prácticamente se emplea por completo en la transcripción de las partes pertinentes de un fallo de la Corte Suprema de julio de 2007, relativo a la reserva de cierta actuación del gobierno de Chile en foros internacionales. Quienes más extensamente han aludido a esta cuestión son Gonzalo García y Pablo Contreras "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. Con todo, este texto alude más a cuestiones relativas a lo que debe argumentarse y acreditarse en caso de ser invocada la causal de seguridad nacional, que propiamente a darle un contenido a ella. En ambos aspectos el artículo será referido con frecuencia más adelante. Como puede verse en la nota anterior, hay autores que consideran que, al margen de la jurisprudencia, carece de sentido el esfuerzo por definir los dos conceptos que nos ocupan.

causales como limitantes, a las que se aplica un estatuto común a otras figuras jurídicas de su especie, y también en cuanto las expresiones a las que intentaremos dar significado son empleadas, en términos idénticos o muy similares en otras disposiciones de la misma Constitución.

La jurisprudencia nacional, internacional y alguna extranjera también será examinada. Mientras la materia fue regida únicamente por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la jurisprudencia nacional, vía recurso de amparo especial ante los tribunales ordinarios de justicia, no tuvo que enfrentarse a ninguna causa cuya solución exigiera dar significado a estas expresiones, aunque la de interés nacional fue parcialmente desarrollada en un fallo que será analizado.¹⁴ La jurisprudencia del Consejo para la Transparencia es rica en haber esbozado ya el modo y lógica con que serán empleadas estas causales, particularmente en cuanto a la necesidad de acreditar daños y balancear estos en contra de los beneficios de la publicidad, aún cuando –como argumentaremos– no haya expuesto sino parcialmente las razones y el resultado de esa ponderación en los casos en que lo ha anunciado.¹⁵

¹⁴ Los fallos que registramos para este período son los siguientes: Olmedo con Director de Aduanas, Rol N°394-2000, del 3° Juzgado Civil de Valparaíso; Moral con Superintendencia de Energía y Combustibles, Rol N°2755-2002, del 25° Juzgado Civil de Santiago; Bartucevic con Intendencia Regional, Rol N°796-2001, del 5° Juzgado Civil de Valparaíso; Claude con Banco Central, Rol N°19-2003, del 7° Juzgado Civil de Santiago; Claude con CONAF, Rol N°4173-2000, del 29° Juzgado Civil de Santiago; Baquedano Muñoz con Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, ROL N° 3019-01, del 30 Juzgado Civil de Santiago; Manssur Nazal y otros con S.A.G; Vigneaux con Contraloría General de la República, ROL 32-2002, del 23° Juzgado Civil de Santiago; Morales con Subsecretaría de Bienes Nacionales, del 12° Juzgado Civil Santiago, ROL N° 3673-01, y Casas con Director de Aduanas. ROL N° C-3767-2004, del 3er. Juzgado Civil de Valparaíso ROL N° 755-2005, Corte de Apelaciones de Valparaíso.

¹⁵ Respecto al test de daños, pueden citarse especialmente la causas de amparo A 19, A 39 y especialmente A45, todas de 2009. Esta última tuvo que decidir acerca del acceso a información de Carabineros relativa al resguardo de personas importantes. En ella, sin embargo, no aparece mayor desarrollo conceptual de la seguridad de la Nación, aunque sí una forma de tratar lo dispuesto en el artículo 436 del Código de Justicia Militar que trataremos más adelante.

Si el panorama jurisprudencial y doctrinario nacional no son de ayuda decisiva en la definición de los conceptos, la doctrina y jurisprudencia internacional y extranjera resultan bastante sustantivas, particularmente la de los Estados Unidos de Norteamérica, que tiene la legislación más antigua e influyente, particularmente entre los países anglosajones, en materia de acceso a la información pública, misma que ha sido objeto de abundante litigación. Recurriremos bastante a ella, no porque sostengamos que ella puede resultar vinculante para Chile, sino por que reconocemos su utilidad. Nuestro país no ha inventado ni el derecho de acceso a la información pública, ni el sistema democrático al que sirve, ni ha vivido en soledad, ni antes que otros países la necesidad de abrir el acceso a la información pública para mitigar los riesgos de corrupción, permitir el control ciudadano sobre el poder político y asegurar una democracia más deliberativa y rica. La manera en que otros países han pensado y entendido el desafío al que este texto se refiere, resulta entonces de utilidad para iluminar lo que nuestras autoridades, con su propia autonomía y discernimiento, habrán de resolver en el contexto de los particulares casos que se le presenten. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v Chile*,¹⁶ si bien no alude ni se refiere a ninguno de los dos conceptos que nos ocupan, será de gran utilidad pues aporta valiosos (si no vinculantes) elementos acerca del modo como deben ser tratadas éstas y las restantes causales que limitan el acceso a la información.

El trabajo no se ordenará según se vaya acudiendo a estas fuentes, sino que todas ellas se harán confluir en el orden temático que se detalla a continuación.

C. Estructura del presente informe.

A continuación de este apartado introductorio, destinaremos el siguiente (II) a referirnos a dos aspectos que serán excluidos o parcialmente tratados y que pueden ser de capital importancia a la hora de resolver casos conforme a las dos causales que nos ocupan. Se trata de la cuestión de la reserva de legalidad y el de la teoría de la argumentación que ha de servir de base para la aplicación de estas

¹⁶ Nos referimos al caso *Claude Reyes y otros vs Chile*, referido en la nota 8.

causales. En el apartado III que le sigue, habrán de tratarse algunos aspectos comunes a ambas causales que legitiman el secreto o reserva. En él se argumentará que ellas no pueden ser entendidas como categorías absolutas; esto es, sostendremos que no basta con que determinada información se refiera, aluda o concierna a la seguridad de la Nación, al interés nacional o a los conceptos más específicos empleados por el artículo 21 de la ley 20.285, para justificar su secreto o reserva, aunque existen algunos casos especiales en esta materia, que también serán analizados al tratar cada uno de ellos. Hecho lo anterior, el apartado IV tratará de la "seguridad de la Nación", "defensa nacional", y "la mantención del orden y de la seguridad pública", a que se refiere el numeral 3 del artículo 21 de la ley 20.285, con el afán, como hemos señalado, de contribuir a determinar el sentido y alcance de la causal genérica que nos ocupa. El capítulo V intentará, por su parte, discernir el sentido y alcance que ha de darse al concepto de "interés general de la Nación", que emplean tanto el artículo 8º de la Carta Fundamental como el 21 de la ley 20.285, y al hacerlo, aludirá a los términos "salud pública", "relaciones internacionales", e "intereses económicos" o "comerciales del país" contenidas en el numeral 4 del artículo 21 ya referido. Termina este informe con un apartado VI, de reflexiones finales.

II. Aspectos relevantes en la determinación del significado de los conceptos que serán excluidos o tratados someramente en este trabajo.

A. La cuestión de la reserva legal y el de la constitucionalidad de diversas normas legales que establecen reserva, incluido el artículo 21 de la Ley 20.285.

La Constitución establece una reserva de ley particularmente reforzada para establecer los casos en que, fundándose en las causales que ella misma establece, entre las cuales se encuentran las dos que nos ocupan, permitan el secreto o reserva de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, de sus antecedentes o de sus procedimientos.¹⁷ Tal reserva de ley parece haber sido la finalidad principal que se persiguió al elevar el principio de probidad y la disposición de que los actos y resoluciones de los órganos del Estado eran públicos, con ciertas excepciones, desde el rango legal en que se ubicaron en 1999, hasta la jerarquía constitucional en que fueron recogidos a partir de la reforma constitucional de 2005.¹⁸ La reserva

¹⁷ Decimos particularmente reforzada, en primer lugar, porque el mismo texto del artículo 8º constitucional exige que se trate de una ley de quórum calificado; esto es, de aquellas que se aprueben por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Miguel Ángel Fernández (2005, op. cit.), ha argumentado, a mi juicio de manera convincente, que, en la medida en que las leyes que establezcan reserva constituirán una norma especial y excepcional respecto de la publicidad establecida en la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, dichas excepciones tendrán, por ese motivo, que tener la jerarquía de leyes orgánicas constitucionales, con la consiguiente exigencia del quórum aún mayor. Además, en la medida que entendamos que el acceso a la información como un derecho fundamental (cuestión que se analizará en el capítulo III del informe), la reserva legal del artículo 8º viene a reforzar la reserva general de legalidad establecida por el numeral 26 del artículo 19 para cualquier regulación, complementación o limitación de una garantía constitucional.

¹⁸ La reforma constitucional al artículo 8º fue precedida, en cuanto a su contenido, por lo dispuesto en la Ley Nº 19.653 de 14 de diciembre de 1999, cuyo artículo primero, Nº7, incorporó un nuevo artículo 11 bis a la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado. En el texto de ésta, al igual que en el del artículo 8º de la Constitución, aunque en aquel sólo aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado, se estableció también el principio de probidad. En el inciso tercero de la norma se declaró, de manera análoga al actual artículo 8º de la Constitución que: "Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.". Lo que es más importante, el inciso décimo primero de esa norma aludió ya, en los mismos términos que emplea la actual Constitución, a la seguridad de la

legal –que aparece claramente establecida en la Carta Fundamental– ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional.¹⁹ Esa misma reserva legal ha sido calificada por la doctrina como “la transformación

Nación y al interés nacional como dos de las “únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos”. La norma en cuestión contenía múltiples diferencias con el actual artículo 8º constitucional, una de las cuales –tal vez la más importante, era que aquella permitía denegar la entrega de los documentos en virtud de disposiciones reglamentarias; mientras el artículo 8º autoriza a hacerlo sólo a una ley de quórum calificado. Al alero de la norma legal se dictaron múltiples normas infra legales autorizando el secreto o reserva, particularmente el D.S. N°26 de 7 de mayo de 2001 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia. La reforma Constitucional motivó, desde luego la derogación formal del D.S. referido (mediante Decreto Supremo N°134 de 2006); y ha implicado también la declaración de inaplicabilidad del artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración, precisamente por permitir la reserva a través de normas infra legales (sentencia Rol 634 de 2007 del Tribunal Constitucional). (Para una relación histórica de la evolución desde 1990 al 2009, puede consultarse el artículo de Tello, Cerna y Pavón, 2009, ya citado).

La historia fidedigna del establecimiento del artículo 8º de la Constitución contiene varios testimonios que reflejan que la reserva legal fue uno de los principales propósitos buscados por la norma. Así, por ejemplo, en la discusión en particular en el primer trámite constitucional en el Senado, el Senador Viera-Gallo destacó que sería el Congreso, en cada caso, el llamado a calificar la causal de interés nacional contenida en la Carta Fundamental: “ahora, el interés nacional es quizá lo que pudiera resultar más vago. Empero, con ello se hace referencia a cierto bien común **que el Parlamento** habrá de poner en cada caso.”. En la misma sesión el Senador Gazmuri argumentó que: “La Constitución establece un marco general, que es la plena transparencia, y **después encarga a la ley las excepciones. Pero estas, a mi juicio deberían ser lo más precisas posibles,...**”. Otro tanto manifiesta el Senador Espina en la misma Sesión. El Ministro del Interior de la época, José Miguel Insulza, según consta del primer informe de la Comisión de Constitución del Senado, hizo ver que la proposición “**cautela adecuadamente el secreto o la reserva en que deben mantenerse ciertos documentos y actuaciones, al confiar a la ley los casos en que ello es procedente.**”. Miguel Ángel Fernández, académico que participó activamente en el proceso legislativo señaló (Pro Acceso, 2008, pág. 91) que la reserva legal aparecía como la causa probable de la reforma constitucional.

¹⁹ Así ocurre en la sentencia del caso Casas Cordero de 2007, Rol 634, particularmente en los considerandos décimo y vigésimo sexto a vigésimo octavo. En el considerando vigésimo séptimo se dijo que “la preocupación del Constituyente por evitar que un margen demasiado amplio de comprensión de las causales de secreto o reserva en el acceso a la información que obra en poder de los Órganos del Estado anulara la plena vigencia de la publicidad que se estaba consagrando como regla general, **llevó a confiar sólo al legislador de quórum calificado la precisión del contenido y alcances de las causales constitucionales de secreto o reserva.**”.

radical²⁰; el fin del “ancien regime” en materia de acceso a la información²¹ y como aquello que, haciendo el paralelo con la expropiación, permite distinguir entre las causales, establecidas en la Carta Fundamental y los casos, más específicos que debe de desarrollar la ley.²²

El derecho internacional ha venido estableciendo de un modo cada vez más enfático, claro y definitivo la misma exigencia de que sólo la ley y ninguna otra fuente de normas jurídicas es la que debe establecer, con cierta especificidad, los casos en que puede guardarse reserva de documentos producidos o en poder de entes públicos.²³ Así,

²⁰ Así lo declaró como experto en el caso Claude ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el abogado Carlos Carmona, quien tuviera relevante participación en la elaboración de estas normas como Director Jurídico del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

²¹ Esta calificación fue hecha por Jorge Contesse (2006, op. Cit, pág. 197). Anteriormente el autor subraya la reserva legal como la reforma más sustantiva de la constitucionalización del principio. En sus palabras y exclamaciones: La norma que se introduce explicita el principio de probidad para todos los órganos del Estado y, además, dispone expresamente que es la ley (de quórum calificado) -¡y no el Reglamento!- la que podrá establecer los casos de reserva o secreto de algunas actuaciones, ... “. Enseguida agrega “...esta importante reafirmación del principio de reserva legal, cuya inobservancia ha significado la merma del acceso a la información pública , ...” (Contesse, 2006, oop.cit., página 183).

²² La diferencia entre causales y casos de reserva es expuesta por Miguel Ángel Fernández (Pro Acceso 2008, páginas 41 y 42), quien señala que la diferencia no es puramente semántica, sino que tiene importantes repercusiones jurídicas. Argumenta que las causales constitucionales “consisten en el fundamento en virtud del cual el legislador... declara que ciertos o determinados actos, sus fundamentos o sus procedimientos son secretos.”; mientras los casos “son las declaraciones **precisas** formuladas por el legislador, fundado en una o varias de las cuatro causales constitucionales,...”.

²³ El artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el principio de reserva legal para cualquier restricción al goce y ejercicio de los derechos y libertades que ella misma reconoce. El artículo 13 reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, añadiendo que “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. El párrafo 2 del mismo artículo 13 reafirma la reserva legal, al disponer que las responsabilidades ulteriores al ejercicio de este derecho deben estar expresamente fijadas por la ley. El principio de reserva legal para las limitaciones que puedan establecerse al acceso a la información fue reafirmado por el principio 4 de la Declaración sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana en el año 2000. El 18 de junio recién pasado, 12 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa suscribieron la Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales, disponiendo en su artículo 3 que las limitaciones a este derecho debían encontrarse **precisamente establecidas en la ley**. (“Each Party may limit the right of Access to official documents. Limitations

por lo demás hubo de recordárselo al Estado de Chile la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien, en el caso Claude, en primer lugar, registró el criterio de la Comisión en el sentido que “Las restricciones al derecho a buscar, recibir y divulgar información deben estar expresamente establecidas por ley.”; para luego enfatizar que lo exigido es que la causal estuviese establecida en una ley en sentido estricto.²⁴

Múltiples tratados internacionales, convenciones y recomendaciones de reputados órganos internacionales reiteran la misma necesidad de que las causales de reserva se encuentren expresamente establecidas por ley.²⁵

shall be set down precisely in law, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim of protecting: ...”). En el plano del derecho comparado en América Latina la Constitución colombiana de 1991 (artículo 74) y la peruana de 1993 (artículo 2) exigen también que los casos de secreto o reserva se encuentren establecidos en la ley. Estados Unidos de Norte América, el país pionero en regular el libre acceso a la información pública ha establecido las causales de reserva en la ley, a partir de 1966, en que dictó el “Freedom of Information Act. (F.O.I.A.).

²⁴ El considerando 89 enfatiza que la reserva legal es un “medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público.”. Agrega que “dichas leyes deben dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”. La Corte recuerda su jurisprudencia anterior para dejar una vez más establecido que “no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, ...”

²⁵ Véase, por ejemplo, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana en el año 2000. También el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos exige que las restricciones al derecho a la información estén establecidas en la ley. En el inciso primero de la referida norma se garantiza la libertad de expresión, incluyendo el de recibir e impartir información. El inciso segundo, considerando que el derecho conlleva deberes y responsabilidades, dispone que su ejercicio puede quedar sujeto a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, las que deben estar establecidas en la ley, resultar necesarias en una sociedad democrática y estar puestas en interés de la seguridad nacional y otros bienes que taxativamente enumera. La Corte Europea de Derechos Humanos aplica consistentemente la obligación de que la restricción se encuentre establecida en la ley. Más precisamente sobre el punto, puede revisarse también la Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales, suscrita por países Europeos en 2009. Entre las recomendaciones de organismos internacionales sobre la necesidad de reserva legal, la “Comisión de Venecia”, órganos de prestigio y relevante influencia en la construcción y consolidación del Estado de Derecho en los países de Europa del Este emitió una recomendación ante consultas que se le formularan en 1998 por el Comité de Asuntos Legales de la Asamblea del Parlamento Europeo, en la que estableció que las excepciones (referidas a seguridad) debían quedar establecidas

En consecuencia, debe de ser la ley y sólo la ley la que establezca los casos en que puede mantenerse en reserva o secreto un determinado acto o resolución de un órgano público, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. De ello se siguen tres órdenes de consecuencias de vital importancia para el tema que abordamos, cuyo tratamiento ha sido excluido del presente informe, conforme a sus términos de referencia: La primera es que resulta posible y deseable que los términos a los que intentamos dar significado, sean desarrollados por el legislador, quien así los dote de mayor significado, al precisarlos en la ley. De ocurrir aquello, este intento doctrinario podría quedar desfasado. La segunda consecuencia que se sigue de la reserva legal es que queda abierta la hipótesis de que el Consejo no acepte la invocación directa de la Carta Fundamental como fundamento para denegar el acceso a información y exija, ante un reclamo, la invocación de una norma legal que justifique la negativa de la autoridad a entregar la información solicitada. La tercera es la posible alegación de un vicio de inconstitucionalidad del artículo 21 de la Ley 20.285 y de otras normas que no determinen con suficiente especificidad los casos de secreto o reserva, fundados en las causales establecidas en la Carta Fundamental. Trataremos cada uno de estas cuestiones con el sólo propósito de que quede especificado a que aluden, pues, como se ha dicho, el tratamiento, análisis y recomendaciones respecto de ellas ha quedado excluido de los términos de referencia del presente informe.

Más allá de si resulta exigible, es a lo menos, posible y deseable que el legislador defina, o especifique, a nivel legal, lo que los jefes de servicios públicos, jueces y demás operadores del derecho deben, de un modo vinculante, entender por las dos causales constitucionales que nos ocupan. De alguna manera, aunque muy parcialmente, eso ha sido hecho en el artículo 21 de la Ley 20.285. En la medida que ello ocurra, se cumplirá de mejor manera el propósito constitucional de regulación legal, disminuirá el nivel de discreción que hoy persiste y

de manera clara y concisa en la ley: "rules concerning internal security services should be laid down in the legislation or even in the constitution; at any rate, the legal basis should be clear and concise as to their tasks and in harmony with the constitution and the international obligations, in particular those on human rights protection; ..."

que resulta dañino para la vigencia del Estado de Derecho y, lo que aquí se establezca, quede superado por decisiones legislativas, mismas que, con mayor propiedad y legitimidad democrática, están llamadas a realizar la tarea que se intenta en este trabajo.

A la luz del artículo 8º de la Carta Fundamental, resulta evidente que ninguna norma legal, ni menos infra legal o resolución de autoridad pública, podría ordenar el secreto o reserva de un acto o Resolución, antecedente de la misma o procedimiento, fundándose en una causal diversa a las que taxativamente señala la Carta Fundamental y reitera el artículo 21 de la Ley 20. 285, entre las que se encuentra la seguridad de la Nación y el interés nacional. Igualmente parece claro a este informante, aunque naturalmente ello es más argumentable –lo que no se hará aquí– que queda prohibido a un jefe superior de un órgano o servicio fundar la negativa a entregar la información que se le solicita, fundado sólo y directamente en la causal constitucional, sin mediarla en un caso dispuesto por una ley que, a lo menos, tenga, de manera real o ficta, el carácter de ley de quórum calificado. El problema puede ser más teórico que real, toda vez que el artículo 21 de la Ley 20. 285 reitera, en los mismos términos, las cuatro causales que están en el artículo 8º de la Carta Fundamental, sin perjuicio de añadir ciertos casos en que particularmente deben de entenderse afectados los bienes que la Constitución trata de proteger con la reserva. A través de este precepto legal, entonces, la Administración podría argumentar que se encuentra formalmente cumplido el requisito constitucional de que el caso se encuentre dispuesto por una ley de quórum calificado, aunque, en los hechos, esa Ley no precise, sino que reitera, la causal constitucional. De ese modo, el Consejo para la Transparencia se verá en la obligación de determinar el sentido y alcance de los dos términos que ocupan el presente trabajo.

La tercera cuestión que arranca de la reserva legal establecida por la Constitución consistiría en discernir posibles vicios de inconstitucionalidad en el propio artículo 21 de la Ley 20.285, los que podrían fundarse sosteniendo que lo que hace ese precepto es delegar en el Jefe Superior del Servicio (aunque con control posterior del Consejo y judicial), la decisión de determinar una materia que la Carta

Fundamental reserva tratar sólo al legislador, evento en el cual, conforme a una invariable y prolongada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el legislador está obligado a regular la materia reservada con suficiente determinación y especificidad, pudiendo sólo delegar en normas infra legales, aspectos de minucia o detalle, pues de lo contrario, se burla la reserva legal hecha por la Carta Fundamental.²⁶ De cuestionarse con éxito la constitucionalidad de la norma, traería aparejada la necesidad de que la ley regulara con determinación los casos en que se vieran afectados la seguridad de la Nación y el interés nacional antes que se tuvieran que seguir interpretando esas causales genéricas, pues sería exigido que sea el legislador quien defina estos términos con "suficiente especificidad y determinación.". A todo evento, no corresponde al Consejo llevar a cabo esta tarea, proceso que, de ocurrir, puede ser presenciado por éste en una función de mero espectador, no obstante las consecuencias que podrían derivarse para su quehacer.

B. Cuestiones más específicas acerca de los estándares de argumentación y prueba que cabe exigir respecto de estas y otras causales.

Un modo muy relevante y decisivo de acotar los casos de secreto o reserva consiste en determinar no tanto lo que significa cada una de las causales, como las que nos ocupan, sino en establecer la magnitud de los daños o modos en que esos bienes o valores deben ser afectados por la publicidad de los antecedentes en cuestión; el grado de probabilidad o certeza con que se acredite que ese daño ocurrirá y la proporcionalidad que exista en el caso determinado entre el daño real o probable para la seguridad o el interés nacional que se ha argumentado o acreditado y el daño que se hace a la publicidad y los principios y valores que la sustentan al negar la información de que se trata.

²⁶ La doctrina reseñada se encuentra establecida en múltiples sentencias, entre las cuales cabe mencionar los siguientes fallos: Rol 325, considerandos 40 a 47; Rol 370, considerando 11 y siguientes, particularmente el 32; Rol 388; Rol 480 considerandos 14, 20 y 21. Más recientemente el mismo criterio ha sido reiterado en una saga de causas de legalidad tributaria, por ejemplo, la Rol 1234, considerandos 19 a 27.

Como veremos, el modo de razonar que se ha esbozado, esta "teoría de argumentación", con matices y estándares de exigencia de argumentación y prueba diversa, es contemporáneamente usada universalmente para decidir los casos en que debe resolverse la legitimidad del secreto o reserva de cierta información. Esta manera de aproximarse a los casos no es el objeto de este trabajo, sino el significado de los dos conceptos referidos.

Con todo, el Capítulo III que sigue estará destinado a discernir si un examen de esta naturaleza debe o no ser verificado cuando se discutan casos ante el Consejo para la Transparencia y si éste debe o no emplear este modo de razonar para decidirlos. Abordar esta cuestión resulta ineludible, pues, como se dirá, podrían aquí enfrentarse dos tesis contrapuestas que resultan decisivas al asunto que nos ocupa: La primera, consistiría en sostener que basta con que un acto, resolución o antecedente se refiera o concierna a la seguridad de la Nación, la defensa nacional, la mantención del orden o la seguridad públicos, la salud pública, las relaciones internacionales o los intereses económicos o comerciales del país para que se encuentre justificado su secreto o reserva. La segunda tesis consiste en exigir, como requisito para el secreto o reserva, que hayan elementos suficientes para convencer, con algún estándar de certeza que habrá de precisarse, que la publicidad afectará negativamente o dañará, en alguna magnitud, que también habrá de determinarse, la seguridad de la Nación o el interés nacional y que los bienes en cuestión habrán de ponderarse conforme a un determinado ejercicio de proporcionalidad.

Discernir cuál de las dos tesis debe seguirse, cuál de las dos lógicas debe adoptarse es el objeto principal del apartado que sigue. Hasta allí, el problema será abordado. No se tratarán, en cambio, las muchas cuestiones acerca de los estándares argumentativos y de prueba, así como las muchas cuestiones de teoría de la argumentación que se abren en cuanto uno decide adoptar la segunda de las tesis esbozadas en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, si el antecedente que se trata de reservar o de hacer público concierne o se refiere a la defensa nacional o a la mantención del orden público, ¿debiera presumirse o acreditarse que su publicidad afecta la seguridad de la Nación? Si se opta por lo segundo, ¿cuál es el estándar de certeza

exigible acerca de la afectación de ese valor para mantenerlo en reserva? ¿Basta la afirmación de la autoridad de que tal daño se producirá o cabe exigir antecedentes objetivos que permitan presumirlo con un mínimo de plausibilidad, con un cierto margen de probabilidad o más allá de toda duda razonable? Si basta la afirmación de la autoridad, ¿cuán específica debe ser esta en la descripción de los daños probables? ¿Se necesita que la afectación sea de una cierta magnitud? ¿El riesgo de daño debe ser potencial o actual? ¿Debe ser la reserva o secreto el único medio posible para proteger la seguridad de la Nación o basta con que muestre cierta idoneidad? ¿Cabe exigir que la reserva que se pretenda no produzca daños a la publicidad que no sean los estrictamente necesarios? Si hemos de balancear la proporcionalidad de beneficios y daños, ¿cómo ha de calcularse el peso relativo de cada uno?²⁷ ¿Es ese un juicio que corresponda hacer a un “tercero imparcial”? Estas y muchas otras cuestiones que surgen en cuanto uno acepta que debe hacer un test de daños o un examen de proporcionalidad quedarán fuera del análisis de este trabajo, en conformidad a los términos de referencia que se acordaron, sin perjuicio de algunas menciones particulares a alguna causal, en cuanto presente, en el derecho comparado o internacional, algún estándar argumentativo especial y diverso a las restantes causales.

²⁷ Sobre el valor del derecho de acceso a la información para la democracia y la dignidad humana se han escrito múltiples artículos. Un resumen de los argumentos puede encontrarse en el fallo de la Corte Interamericana en el caso Claude, particularmente, párrafo 84.

III. Aspectos comunes a las dos causales que deben incidir en el significado que se dé a sus términos.

A. La regla constitucional requiere que la seguridad de la Nación o el interés nacional sean “afectados”. Consecuencias de esta regla.

Para determinar el sentido y alcance de las dos causales que nos ocupan, no basta con hacer un mero examen semántico acerca del significado de sus términos.²⁸ Como ha determinado hace mucho la hermenéutica jurídica y ha recogido invariablemente nuestra jurisprudencia, no es del significado aislado de cada uno de los términos de donde se ha de obtener el sentido de una norma, sino de todo el precepto, y de la inserción armoniosa del mismo en el conjunto mayor del que forma parte. Partiremos por las conexiones lógicas más inmediatas.

El artículo 8° de la Carta Fundamental que consagra los dos conceptos cuyo sentido debemos abordar, antes de declarar como públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen, establece, en el inciso primero de esa misma disposición, el cumplimiento de la probidad como un **principio** de las funciones públicas, el que obliga a sus titulares. Es de aceptación general que los principios constituyen “mandatos de optimización”, que obligan a los órganos del Estado a alcanzarlos en el mayor grado jurídico y fáctico posible, al punto que su realización sólo admite limitarse en la realización de otros fines o valores igualmente valiosos para el derecho.²⁹

²⁸ Máxime en un caso como éste en que tales definiciones nos remiten a conceptos igualmente indeterminados, tanto por la imposibilidad de definir con precisión cada uno de sus componentes, como por la vaguedad combinatoria que se verifica entre tales elementos, y por la inescapable carga emocional o ideológica a la que ellos refieren.

²⁹ Esta concepción deriva principalmente de la obra de Robert Alexy, fundamentalmente de su libro: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducida al castellano por Carlos Bernal Pulido y publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007 y reseñada nuevamente en el texto del mismo autor denominado “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, del mismo traductor y centro editorial.

En segundo lugar debe anotarse que, conforme al tenor expreso del artículo 8° de la Constitución, tanto la “seguridad de la Nación”, como “el interés nacional” se constituyen en causales que legitiman la reserva o secreto cuando la publicidad de los actos o resoluciones les “**afectare**”. El artículo 21 de la Ley 20.285, por su parte, reitera esta misma noción en sus numerales 3 y 4, al disponer que las únicas causales de secreto de reserva, en virtud de las cuales se puede denegar total o parcialmente el acceso a la información, se verifican “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento **afecte** la seguridad de la Nación,... o “el interés nacional”.

En consecuencia, y por expreso mandato de la Constitución y de la ley, no basta con que el acto o resolución de que se trate concierna o se refiera a la seguridad de la Nación o al interés nacional, sino que resulta indispensable que estos valores o bienes resulten afectados por la publicidad, para poder legitimar el secreto de reserva. El vocablo afectar contenido en ambos preceptos, exige un menoscabo o daño a los dos bienes jurídicos en comento, pues carecería de todo sentido argumentar que deban mantenerse en secreto o reserva documentos o actos cuya publicidad beneficiara o realizara el interés nacional o la seguridad de la Nación.

Lo dicho, como veremos, hace imposible sostener la vigencia de lo dispuesto en normas que determinan el secreto o reserva de documentos por referencia a la materia de que tratan y con entera prescindencia del daño que su publicidad pueda irrogar a la seguridad de la Nación o al interés nacional, como es el caso del artículo 436 del Código de Justicia Militar, al menos en su encabezado. Esa es, por lo demás, la conclusión de los pocos autores que han analizado el sentido y alcance del precepto.³⁰

Tan sólo dos casos parecen constituir excepción a lo que hemos concluido, en razón de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 20.285 (como siempre en su artículo primero). El análisis que debemos hacer de esta norma recomienda transcribirla. En los incisos

³⁰ Nos referimos especialmente al texto de García y Contreras (2009, ya citado), que nos ha parecido especialmente convincente en las razones que da para ello. Es también la conclusión de Tello, Cerna y Pavón, 2009, ya citado)

primero y segundo ella alude a los plazos en que debe mantenerse en secreto un antecedente. Así, luego de establecer dos reglas generales respecto de aquellos que una ley de quórum calificado declare secretos y de cinco años prorrogables para otros, los que resultan harto difíciles de distinguir de los anteriores,³¹ establece la siguiente excepción:

“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 aquellos 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.”*

No nos detendremos en la interpretación general de este precepto, pues la duración del secreto o reserva no constituye el objetivo de este estudio. Sin embargo, la norma debe ser referida en cuanto alude, en unos casos sí, y en otros no, a la necesidad de daño para reservar indefinidamente un documento. Como puede apreciarse del encabezado, el listado que se incluye entre las letras a) y d) deben mantenerse en reserva indefinida sólo “si su conocimiento o difusión pueda afectarles, lo que es un argumento más para entender que la Ley 20.285 ha establecido un sistema que, interpretado, en su conjunto, exige a quien debe resolver la reserva de un texto, apreciar el daño que su divulgación pueda producir. Sin embargo, “*los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica,*” se encuentran tratados fuera del

³¹ En efecto, del momento en que, por disposición de la Constitución sólo una ley (de quórum calificado) puede establecer la reserva de un acto o Resolución, no se ve cómo va a haber un caso distinto al de la regla del inciso primero y que caiga en la del inciso segundo. El único modo de hacer alguna inteligencia del precepto sería la de entender que los casos a que alude el inciso primero son aquellos que probablemente nunca existirán en que la ley declare secretos o reservados no una clase de documentos, sino algunos específicos y determinados, pues, en tal evento, no se requeriría la participación de otra autoridad para determinar su secreto o reserva y el caso quedaría excluido de la regla del inciso segundo del artículo 22.

listado, antes de las expresiones causar daño, lo que sólo podrían entenderse como la decisión legislativa de que tales documentos se mantengan indefinidamente en reserva al margen de que su divulgación cause o no daño.

Podría discutirse si al regular de esta manera la reserva indefinida, al margen de que existan daños que alguien pueda apreciar, esta norma es constitucional, en condiciones que el artículo 8° exige al legislador apreciar que la seguridad de la Nación se encuentre afectada. No nos parece débil el argumento a favor de la constitucionalidad del precepto, en el sentido que el legislador estima que siempre la divulgación de la planificación militar o la estratégica en el campo de la defensa va a dañar la seguridad de la Nación, sin necesidad de que alguien, examinando documentos específicos, haga esa apreciación. Más allá de esta discusión de constitucionalidad, que no nos parece corresponda al Consejo, el sentido de la regla legal, determinado por su composición sintáctica ya examinada, lleva a concluir que los actos y documentos que establezcan la planificación militar o estratégica en el campo de la defensa deben reservarse (indefinidamente) sin necesidad de apreciar los daños que su divulgación pueda producir.

Respecto de todos los demás casos, el artículo 22 no hace sino confirmar la obligación de que quien decreta la reserva o secreto de un documento y de quien examina esa decisión de apreciar el daño que su conocimiento puede causar.

Así, el lenguaje de la Constitución y de la ley llevan necesariamente a concluir que la publicidad o difusión de los documentos o resoluciones sólo podrá mantenerse en reserva cuando, con cierto estándar de probabilidad o certeza, pueda afirmarse que su divulgación dañará, de un modo más o menos específico y en un determinado grado o magnitud a la seguridad de la Nación o al interés nacional, lo que nos remite a lo que en la doctrina y el derecho comparado ha dado en llamarse el "test de daños".

Ni la Constitución ni la ley establecen la magnitud que debe tener el daño a los bienes jurídicos en comento para legitimar el secreto o

reserva, aunque si los establece, en algunos casos –en el artículo 22 de la Ley 22.085- para efectos de la duración de ese secreto, lo que examinaremos a propósito de los estándares en cada causal. Tampoco se refiere al grado de probabilidad del daño que resulte exigible para decretar el secreto o la especificidad y prueba con que debe alegarse. La falta de estas calificaciones ha motivado a algunos autores a criticar la norma, estimando que lo que ella consagra es que basta con que el bien sea afectado en cualquier grado para que proceda la reserva.³² No compartimos tal perspectiva, particularmente porque siendo la expresión “afectar” una esencialmente graduable, su falta de precisión legislativa deja la determinación del quantum al intérprete y no lo fija en el mínimo. En segundo lugar, porque la tesis de que basta la afectación resulta incompatible con un test de proporcionalidad, como el que se sostendrá debe hacerse en el numeral que sigue. Tampoco establece el derecho vigente si ese daño debe ser actual o basta con que sea potencial. Todo esto requiere ser definido por el legislador o, en subsidio, caso a caso, por la jurisprudencia, aunque estableciendo, en cada uno de esos casos, estándares más o menos generales que hagan previsible el derecho vigente. Ya se ha señalado en el apartado anterior (II) que el presente trabajo no entrará a definir esas cuestiones. Lo que cabe concluir, de manera inequívoca, sin embargo, es que esos estándares como la magnitud, probabilidad, especificidad y prueba del daño requieren ser establecidos como requisito para la vigencia efectiva de un Estado de Derecho que se rige por normas comunes de contenido más o menos cierto.

³² Nos parece que esa es la posición que adopta Moisés Sánchez en la publicación de *Pro Acceso* (Op. Cit., 2008) cuando señala en página 23: “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 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 negativa.**” (Énfasis añadido).

Las normas que venimos comentando tampoco indican si quien debe juzgar la magnitud o prueba del daño y las demás cuestiones indicadas es el jefe superior del órgano o servicio que dispone de la información o si debe hacerlo el Consejo para la Transparencia o los Tribunales Superiores de Justicia al revisar las resoluciones de éste. Sin embargo, al disponer el artículo 33, letra b) que el Consejo está llamado a resolver, fundadamente los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados en conformidad a esta ley, resulta indudable que es el Consejo y ulteriormente las Cortes, quienes, en sus resoluciones fundadas habrán de determinar la magnitud del daño y la prueba del mismo que resultarán exigibles para determinar el secreto o reserva de un acto o resolución, a menos que una ley haya definido previamente alguno de estos aspectos, lo que no ha ocurrido hasta la fecha.

El Consejo para la Transparencia ha establecido ya en fallos reiterados que, para legitimar la reserva, debe acreditarse un daño a las causales de los artículos 21 de la Ley de Transparencia y 8° de la Carta Fundamental y ha señalado que ello debe ser probado por la autoridad que alega la excepción pues, dado que de ella dependen la extinción de un deber general de entregarla, “la carga de la prueba corresponderá a quien alega su ocurrencia...”.³³ No hemos

³³ Los considerandos 5 y 6 de la decisión N°A39-09, que estableció esta carga de la prueba señalan textualmente: 5) Que la circunstancia de referirse el requerimiento a un elevado número de actos administrativos ha sido invocada, pero no acreditada por el Subsecretario. A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario. Por lo mismo, la falta de prueba que respalde esa afirmación llevará a rechazar esta alegación. A mayor abundamiento, como la petición está circunscrita a los vínculos entre una SEREMI específica y dos particulares determinados no parece plausible que la autoridad regional ignore si estos vínculos existen.

6) Que según el Reglamento de la Ley, la distracción indebida de los funcionarios supone que la satisfacción del requerimiento les exija —la utilización de un tiempo excesivo, considerando su jornada de trabajo, o un alejamiento de sus funciones habituales|| (art. 7° N°1 c). Tal como en el caso anterior esta circunstancia extinguiría la obligación de entregar la información y, por lo mismo, corresponde que sea probada por quien la alega. A este respecto el Subsecretario se limita a afirmar que —para recopilar toda la información solicitada se necesitaría personal dedicado exclusivamente a esta labor||, descuidando así sus tareas habituales. Sin embargo, y atendido lo señalado en el párrafo precedente, este Consejo estima insuficiente esta pura alegación para dar por acreditada esta causal.

encontrado fallos que establezcan, de un modo más o menos general, el estándar que habrá de aplicar el Consejo en materia de probabilidad de ocurrencia del daño, ni acerca de la magnitud del mismo, salvo en cuanto se efectúan algunos test de proporcionalidad, que serán mencionados más adelante. Tan solo en un voto disidente del presidente del Consejo hemos encontrado consignada la exigencia de que para acreditar la afectación a la o las causales constitucionales de secreto o reserva, la misma debe ser cierta, probable y específica.³⁴ En cuanto a la existencia de un daño, la decisión del amparo A45-09 aparece como especialmente enfática. En su razonamiento 6) se afirma que **“no basta la mera relación entre la información solicitada y la causal constitucional sino que, además, debe demostrarse que la publicidad de aquella afecta al bien jurídico que el art. 8° admite proteger por ley de quórum calificado.”**. (Énfasis añadido). Más adelante agrega que para determinar tal cuestión se hace necesario aplicar lo que la doctrina comparada denomina un test de daño, el que termina explicando en los mismos términos y sin distinguirlo de la cuestión de la proporcionalidad o peso relativo entre bien jurídico que legitima la causal de excepción y los beneficios que representa el libre acceso a la información.³⁵ Más allá de este tratamiento indiferenciado, lo importante de subrayar aquí es que el Consejo para la Transparencia ha establecido ya una jurisprudencia reiterada concordante con lo que venía exponiéndose en este capítulo; esto es, que no basta con que la información de que se trate concierna o se refiera a un determinado campo, sino que la eventual reserva depende de la afectación o daño del bien jurídico establecido como causal de la misma. Es de esperar que los

El mismo criterio aparece reiterado en el considerando 7) de la decisión de amparo A19-09 de 7 de julio del presente año.

³⁴ Nos referimos al voto disidente del Presidente del Consejo, don Juan Pablo Olmedo en la decisión A45-09 de 28 de julio de 2009. Las expresiones “cierto” y “probable” contenidas en ese voto nos confunden, pues tienen apariencia de ser contradictorias. Ambas parecen aludir al grado de probabilidad de verificarse el daño y contener exigencias diversas.

³⁵ El trato indiferenciado de la cuestión de la existencia, probabilidad de ocurrencia y magnitud del daño, por una parte, con la de pesar ese daño probable con los beneficios de la libertad de información parece radicar en la influencia del texto de López Ayllón y Posadas (2007, ya citado), que aparece referido en el considerando 8° del fallo y que llama test de daños a ambas cuestiones.

estándares respecto a este “test de daños” puedan desarrollarse de un modo consistente en el futuro.

B. Se trata de causales que permiten limitar el ejercicio de un derecho fundamental. Consecuencias de lo anterior.

Un segundo ejercicio fundamental para determinar el sentido y alcance de los términos que nos ocupan consiste en determinar a qué hacen excepción estas causales. Algunos autores chilenos destacan que ellas permiten establecer excepciones al ejercicio de un derecho fundamental y sacan de ello relevantes conclusiones.³⁶ Otros han llamado la atención y lamentan que el acceso a la información no haya sido consagrado como un derecho fundamental, de aquellos contenidos en el artículo 19 de la Carta Constitucional.

Discernir esta cuestión resulta fundamental, pues si las causales que nos ocupan constituyen limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental, la determinación de su sentido y alcance debe de hacerse recurriendo a la hermenéutica aplicable a esta clase de limitaciones. Entre ellas, y desde luego, debe tenerse presente que, el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, además de exigir que las limitaciones estén establecidas en preceptos legales, dispone que ellas “no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo, en jurisprudencia reiterada e invariable que estas limitaciones deben ser razonables y prudentes y, al menos desde el año 2006 a la fecha, ha sometido constantemente estas limitaciones a test de proporcionalidad, siguiendo con ello una doctrina que tiende a imponerse universalmente.³⁷

Existen muchas y buenas razones para sostener que el acceso a la información emanada de órganos del Estado constituye un derecho fundamental, tanto desde el punto de vista de su íntima vinculación

³⁶ Especialmente García y Contreras (Op. Cit., 2009). También en el artículo de Tello, Cerna y Pavón, 2009, ya citado.

³⁷ Entre los fallos anteriores a 2006 que exigían la razonabilidad y la prudencia a los preceptos legales limitativos de derechos fundamentales, pueden citarse Roles 226 y 280. Entre los fallos que aplican inequívocamente el test de proporcionalidad, cabe mencionar los siguientes roles 728, 1046, 1061, 1141, 1215, 1253, 1262, 1279 y 1345.

con el ejercicio de la libertad de expresión como por constituir un supuesto indispensable de la llamada "democracia deliberativa". Sin embargo, más importante que las razones que podamos dar en este texto, es consignar que el Tribunal Constitucional, en sentencia unánime del año 2007, lo ha definido como un derecho fundamental "implícito" en el texto Constitucional, en el caso Casas Cordero, rol 634. Así queda claro de los considerandos 9° y 10° de ese fallo, que se transcriben parcialmente a continuación:

"NOVENO: *Que el presente requerimiento **incide en un derecho –el de acceso a la información pública- cuyo reconocimiento constitucional no merece duda a la doctrina de los ius publicistas y tampoco a la jurisprudencia. ... En segundo término, porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada ...".***

Citando fallos anteriores, añadió que "Este mismo Tribunal ha sostenido que la libertad de informar incluye "el derecho a recibir informaciones" (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 20°). ... De esta manera, 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 y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía."

DÉCIMO: *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 Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundada en el artículo 13 de la Convención resolvió clara y enfáticamente, en el caso Claude que acceder a la información era un derecho consagrado en ese tratado internacional que versa sobre derechos humanos. Así, ese fallo

consignó, desde luego, las opiniones de la Comisión que lo destaca como un principio inherente al sistema democrático, un deber del Estado y un derecho (58). La Corte misma lo entiende inequívocamente como un derecho y establece al Estado como sujeto obligado al señalar que:

*"77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, **al estipular expresamente los derechos** a "buscar" y a "recibir" "informaciones", **protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado**, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el **derecho de las personas a recibir dicha información** y la obligación positiva del Estado de suministrarla, ... De 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." ³⁸*

En el considerando 79 y particularmente en el 84 la Corte trata este derecho, además, como un componente fundamental del ejercicio de la democracia" y un requisito indispensable para su funcionamiento. Citando una opinión consultiva de 1985, lo refiere también diciendo que: [...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática.

En verdad, luego de que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han definido el acceso a la información como un derecho fundamental resulta difícil seguir sosteniendo que el acceso a la información es, en el sistema jurídico chileno, una mera cuestión de probidad y de modernización estatal.

³⁸ Caso Claude ya citado. En nota al pié contenida en este considerando, el fallo de la Corte refiere al lector a los casos *López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 80; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 108-111.

Por lo demás, la doctrina es prácticamente unánime a este respecto, haciendo excepción tan solo la opinión de un profesor, que opinó con anterioridad a esos fallos, básicamente para enfatizar, como testigo pericial en un juicio, la debilidad que todavía tenía en Chile el libre acceso a la información pública.³⁹ En el plano europeo, si bien la Corte Europea de Derechos Humanos fue reacia, hasta fines de los 90, a derivar de la Convención Europea un derecho general de acceso a la información y datos en poder de la Administración, ha terminado por interpretar que el acceso a la información es un derecho consagrado en el artículo 10 de esa Convención, lo que constituye su jurisprudencia a lo largo de esta década.⁴⁰

³⁹ Nos referimos al testimonio dado por Tomás Vial ante la Corte Interamericana en el caso Claude, donde afirmó que, de acuerdo a los informes de las respectivas Comisiones del Senado y la Cámara, la reforma del artículo 8 de la Constitución Política "se entendió [...] simplemente [como] elevar a rango constitucional lo que ya [se encontraba] contemplado en los artículos 13 y 15 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración [de] 1999". En la discusión parlamentaria "nunca se h[izo] mención a la existencia de un derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos". Más adelante agrega "... que si bien la reforma constitucional representa un avance desde el punto de vista de asegurar el acceso a la información, no contempla un deber positivo por parte del Estado y, por ende, no se constituye en derecho subjetivo. Al no constituirse como derecho constitucional, surge un conflicto al ponerlo en balanza con otros derechos que sí tienen rango constitucional y que tendrían prioridad sobre el acceso a la información. Igualmente, al no ser un derecho constitucional, el Estado no se ve en la obligación constitucional de "promoverlo ni de crear condiciones para su debida protección".

Los restantes autores que se han referido al tema, si bien han lamentado algunas limitaciones a este derecho, le han dado tratamiento de tal, como hemos referido en citas anteriores. Particularmente enfático en esta materia es el artículo de Gonzalo García y Pablo Contreras (2009, ya citado), quienes critican incluso la timidez de Tribunal Constitucional en el fallo Casas Cordero y definen el acceso a la información como un derecho fundamental adscripto y no como uno implícito.

⁴⁰ La reticencia a reconocer que el acceso a la información era un derecho general se manifestó primero en el caso Leander vs. Suecia, fallado el 26 de marzo de 1987. En 1999, en el caso Loiseau v. Francia señaló que "it is difficult to derive from the Convention a general right of access to administrative data and documents.". (Nº46809/99, ECHR 2003-XII). Como lo refirió en un reciente fallo en que el reconocimiento del derecho resulta abierto y claro, el cambio jurisprudencial hacia una interpretación más amplia del derecho a recibir información y el reconocimiento de un derecho de acceso a ella, contenido en el artículo 10 de la Convención, se habría producido en el caso Sdruzeni Matky contra la República Checa, fallado en julio de 2006. La sentencia reciente a que aludimos, y donde el derecho aparece claramente reconocido, en frases tales como "The Court has consistently recognised

Si el acceso a la información es un derecho fundamental y la publicidad un principio, entonces no puede ser afectado en su esencia y los casos específicos de limitaciones que sean objeto de resoluciones fundadas deben examinar la procedencia de las limitaciones conforme a un test de proporcionalidad en que se verifique la adecuación de la limitación, su necesidad y se pesen los daños y beneficios que, en cada caso, se infieran, con la reserva o la publicidad al principio del libre acceso a la información o a la seguridad de la Nación o al interés nacional.

Derivamos del sentido mismo de la Carta y no de una disposición expresa de la ley la necesidad de hacer un balance de proporcionalidad de los bienes en juego, uno de los cuales estará constituido por el daño eventual que la publicidad del documento vaya a producir a alguno de los bienes señalados como causales de excepción, el que habrá de ser pesado contra los beneficios que la divulgación produce al libre acceso a la información y los bienes que ella produce. Si es la Constitución la que lo exige, entonces no es argumento en contrario que la indicación sustitutiva del Ejecutivo en la Ley de Transparencia, haya eliminado cierto lenguaje que estaba en la Moción inicial que exigía expresamente hacer este test de proporcionalidad, al disponer que sería lícito restringir la entrega de un documento o antecedente solicitado "sólo si el peligro de daño sobrepasa el interés público que promueve la transparencia y publicidad de los actos y documentos de la Administración."⁴¹

Reiteremos que la única excepción a esta regla radica en los actos y documentos que establezcan la planificación militar o estratégica en el ámbito de la defensa nacional, en razón de que su secreto o reserva indefinida ha sido decretada por el legislador al margen de la afectación a cualquier valor, en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 20.285.

that the public has a right to receive information of general interest", es el de 14 de abril de 2009, en el caso *Társaság A Szabadságjogokért v. Hungría*.

⁴¹ Primer Trámite Constitucional en el Senado de la Moción Parlamentaria de los Senadores Jaime Gazmuri Mujica y Hernán Larraín Fernández. Sesión de fecha 04 de enero, 2005. Cuenta en Sesión 23, Legislatura 352.

Una vez más, ni la Carta Fundamental ni la ley disponen reglas o parámetros para la aplicación de este test de proporcionalidad. Así, por ejemplo, no establecen si basta con que la reserva sea un medio idóneo para la protección de la seguridad o interés nacional o si debe resultar exigible que se constituya en el único medio necesario. Tampoco establece la Constitución o la ley si el juicio de proporcionalidad habrá de exigir que la limitación no dañe innecesariamente el libre acceso a la información o si, en cambio, habrá de medírsele por el estándar más exigente de ser la medida menos dañina entre todas las disponibles. Menos se encuentra en la Constitución o en la ley el peso relativo que ha de asignarse, en cada caso a los valores de la seguridad de la Nación, al interés nacional y a la publicidad y transparencia de los actos públicos.

Parece innecesario argumentar por qué, para poder hacer esta evaluación de proporcionalidad, el Consejo debe revisar (reservadamente) la documentación que se trata de hacer pública, pues resulta difícil pensar que se pueda evaluar la magnitud de daños y beneficios si es que no se conoce la información cuya publicidad o secreto debe de producir los efectos que se alegan. Ello puede implicar una cantidad significativa de trabajo. Un camino previo e intermedio, puede consistir en exigir que las razones que invoque el órgano del Estado para sostener que la publicidad del acto fuere a producir un daño a la seguridad de la Nación o al interés nacional tengan suficiente especificidad; esto es que la exigencia para la reserva no se satisfaga con afirmaciones genéricas de que la publicidad vaya a dañar esos valores, sino que se exija una exposición circunstanciada de la manera y la magnitud en que se va a producir este daño. En la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norte América –como veremos al tratar de la seguridad de la Nación- esta exigencia ha jugado una función fundamental, al rechazarse las pretensiones de reserva que no aparecen fundados en explicaciones específicas acerca del modo en que ese valor quedará dañado.

Reiteramos que las cuestiones señaladas en el acápite anterior no serán objeto de estudio en el presente informe y que ellas indudablemente deberán ir siendo desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia y de los tribunales que revisen sus

decisiones, a menos que el legislador intervenga para establecerlas en algún grado. Valga una vez más afirmar como conclusión que, en la interpretación de los dos conceptos que nos ocupan habrá necesariamente de confluir, no sólo un test de daño, sino también un juicio prudencial de proporcionalidad.

Por lo demás, la tesis que venimos sosteniendo ha sido ya enfáticamente consagrada en los fallos del Consejo para la Transparencia y particularmente explicada y justificada en uno de ellos. Nos referimos al amparo A45-09. En él, como hemos señalado, aparecen consagrados, como si fueran una misma cosa, la necesidad de acreditar daños (con una determinada probabilidad y magnitud) al bien jurídico que constituye la excepción, con la cuestión de ponderar esos daños con los beneficios que, en el caso, conlleve el libre acceso a la información. Más allá de esta confusión de cuestiones distinguibles, el Consejo fundó en doctrina nacional y extranjera la noción del juicio de proporcionalidad y afirmó la necesidad de efectuarlo, tanto en la doctrina de la Corte Interamericana del caso Claude que lo estableció expresamente, como en la reiterada jurisprudencia seguida por el Tribunal Constitucional, cuando se trata de limitar el ejercicio de un derecho fundamental. Basándose precisamente, al igual como lo hemos argumentado en este acápite, en el hecho de estar frente a una limitación a una garantía constitucional, el Consejo consagró la necesidad de un juicio de proporcionalidad en los siguientes términos: "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."⁴²

El Consejo para la Transparencia no sólo ha endosado la necesidad de un test de proporcionalidad, sino que ha fundado en el balance de

⁴² La cita corresponde al considerando 10) del fallo A45-09 las referencias anteriores se encuentran en los considerandos 8 y 9 de igual decisión.

bienes y daños algunas de sus decisiones. Sólo nos cabe lamentar que en esos fallos el Consejo se haya limitado a anunciar el resultado de este juicio de ponderación o balance entre los bienes en juego y a señalar como es que se encuentra presente y debe ser valorado aquel que termina por favorecer, pero sin explicitar propiamente todos los beneficios y daños en juego e indicar las razones por las cuales la balanza se inclina en uno u otro sentido.⁴³ De ese modo, la jurisprudencia nos ha privado de criterios más generales acerca de cómo van a balancearse efectivamente los bienes en tensión en el caso determinado, lo que hace muy difícil prever la jurisprudencia futura y así entender cual sea el derecho vigente.

C. Se trata de excepciones. ¿Qué alcance puede darse a la llamada "interpretación restrictiva" de las mismas?

La regla general es la de la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos. Las excepciones sólo pueden estar establecidas en una ley de quórum calificado cuando la publicidad afecte, entre otras, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Así, tanto en el inciso segundo del artículo 8 de la Constitución, como en el artículo 21 de la Ley 20.285, los conceptos que nos ocupan constituyen causales en las que pueden fundarse excepciones a la regla general de la publicidad, misma que pretende dar cumplimiento al principio de probidad.

⁴³ Nos referimos, por ejemplo, al propio fallo del Amparo A-45 de 2009 y al amparo A19-09. En este último, por ejemplo, la falta de razonamientos explícito son sustituidos por la calificación de que los beneficios son "evidentemente" mayores en una opción que en otra. El considerando 8º que contiene esta calificación es del siguiente tenor: "Que la primera causal invocada es que la comunicación, conocimiento o publicidad de la información solicitada podría afectar el interés nacional, en particular los intereses económicos del país. Sin embargo, la información solicitada se refiere a la situación del desempleo en el país y a la forma de medirlo, de manera que el beneficio público de conocer dicha información es evidentemente mayor que el daño que se puede causar con su divulgación. En efecto, este Consejo Directivo no ve cómo la publicidad de estos datos podría afectar el interés económico del país y, como consecuencia, el interés nacional, según afirma la respuesta del traslado, por lo que no da por acreditada de manera fehaciente tal circunstancia.". En verdad, si el Consejo estimaba que la publicidad de los antecedentes no producía daño alguno al interés nacional, no se explica como se puede balancear algo contra una cuestión que no existe. No aparecen explicados tampoco el beneficio público que produce el conocimiento de la información.

De ese modo, los términos que nos ocupan son causales fundantes de excepciones. Siguiendo un asentado principio que rige la interpretación jurídica las excepciones a las reglas generales, máxime cuando ellas constituyen limitaciones a derechos fundamentales, deben interpretarse restrictivamente. Lo señalado se reafirma en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, letra b) y d). El primero consagra la libertad de información como un principio y el acceso a la información como un derecho, reiterando que las únicas excepciones a ello deben estar establecidas en leyes de quórum calificado, mientras el segundo dispone que la administración debe proporcionar la información en los términos más amplios posibles, "excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales."⁴⁴ De ese modo, queda reiterado que las excepciones deben extenderse sólo hasta donde resultan inequívocas. Otro tanto podría argumentarse a propósito del principio de divisibilidad, consagrado en la letra e) de igual disposición, que refleja también el principio de que a las excepciones no cabe darles un alcance mayor que aquel al que estrictamente se apliquen.

La invocación de la máxima de la interpretación restrictiva suele ser empleada como un argumento retórico en el foro judicial sin que se logre determinar con precisión que significa una interpretación restrictiva y hasta donde debe alcanzar la restricción. Por mi parte, estimo que este uso retórico sirve de poco, a menos que en un caso preciso y determinado compitan una interpretación más amplia y otra más restringida que conduzcan a resultados diversos.⁴⁵

⁴⁴ En verdad debió decir las excepciones legales dictadas en conformidad a la Constitución, pues la ley no puede establecer excepciones además, o al margen de la Carta Fundamental. .

⁴⁵ Por lo demás, no debiéramos olvidar lo dispuesto por el artículo 23 del Código Civil que señala que "lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación."; añadiendo que "la extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.". No es del caso entrar aquí al debate acerca de si esta regla de interpretación de rango legal puede servir para fijar el sentido de una disposición constitucional o si ella debe o no aplicarse al derecho público. Más allá de estos debates, lo que quiero destacar es el carácter "resbaloso" de los conceptos de interpretación extensiva y restrictiva, mismos que pueden entenderse en sentido más o menos extenso, estricto o restringido.

Lo que si cabría destacar aquí es que siendo los términos que nos ocupan causales fundantes de reglas excepciones, no cabría presumir su concurrencia. Con esto quiero decir que quien esté llamado a juzgar si la publicidad de un acto o resolución puede o no afectar la seguridad de la Nación o el interés nacional deberá hacer descansar en quien argumenta la concurrencia de esta causal excepcional el peso de la argumentación y de la prueba. En caso contrario, en el evento de presumirse que concurren estas causales, la regla general ya no sería la publicidad, sino la reserva.

El criterio que aquí sostenemos constituye ya jurisprudencia reiterada por el Consejo desde que en el Amparo a-39 de junio de 2009 estableció que "A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario.", argumento que le sirvió para resolver que la información debía publicarse.⁴⁶

Al igual que en los dos casos anteriores no entraremos en este informe, por no ser su objetivo, a determinar el estándar de convencimiento que debe alcanzar quien argumente la probabilidad del daño a alguna de estas causales. Así, por ejemplo, no analizaremos si basta con que el convencimiento alcance grados razonables de probabilidad de daños para la seguridad de la Nación o el interés nacional o si, en cambio, debe acreditarse, con elementos objetivos y más allá de toda duda razonable que estos bienes jurídicos serán dañados por la publicidad de los actos o resoluciones. Nos basta con dejar sentado que, a falta de definiciones legales más precisas será el Consejo y los Tribunales que revisen sus decisiones, quienes habrán de definir estos estándares y hacer votos para que ellos sean establecidos de un modo consistente y claro, de manera tal que el derecho aplicable resulte previsible.

En consideración a lo dicho debemos entender entonces que, además del test de daños y del juicio de proporcionalidad, quien

⁴⁶ La cita corresponde al razonamiento 5). La doctrina fue reiterada en el Amparo 19 del mismo año.

aplique estas dos causales deberá, para decretar el secreto o reserva, exigir ser convencido de que ellas concurren.

D. ¿Qué son los casos especiales del artículo 21 de la Ley 20.285 en relación a las causales establecidas en la Constitución?

El artículo 21 de la Ley 20.285, al que tantas veces nos hemos referido, establece algunos casos particulares en que debe entenderse afectada la seguridad de la Nación el interés nacional. En el primer caso, la norma alude a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública. Para el interés nacional, la norma refiere a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

¿Cómo debieran entenderse estos casos particulares que la ley menciona? ¿Basta con que un documento se refiera a la salud pública para que el intérprete entienda afectado el interés nacional? ¿Podría el interés nacional ser invocado al margen de estos casos en que la ley lo considera particularmente concernido?. Si además de referirse a la salud cabe exigir que se argumente y acredite una afectación del interés nacional, ¿Qué le agrega la ley a lo que ya está en la Carta Fundamental?

Para poder entender la función que han de cumplir los casos del artículo 21 en la argumentación de un conflicto acerca de la publicidad o reserva de un acto determinado, y el modo en que han de ayudar a fijar el sentido y alcance de las causales constitucionales, resulta necesario repasar el elemento sintáctico de las normas constitucionales y legales que nos ocupan y los consagran.

Desde luego, como ya hemos señalado, el artículo 8° de la Ley Fundamental establece una reserva legal reforzada, disponiendo que la única fuente normativa que puede establecer el secreto o reserva es una ley de quórum calificado.⁴⁷ La seguridad de la Nación y el interés nacional son, en ese precepto, bienes cuya afectación legitiman que el legislador pueda establecer el secreto o reserva. En esa disposición,

⁴⁷ Como ya se ha reseñado, existen buenas razones para sostener que estas leyes tendrán que tener la jerarquía de orgánico constitucionales.

estas causales autorizan sólo al legislador y no a jefes de servicios u órganos públicos, al Consejo para la Transparencia o a los tribunales de justicia a fundar el secreto o reserva de actos o resoluciones determinados.

El artículo 21 de la Ley 20.285 tiene una estructura diversa. Su encabezado dispone 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: ..." Dicho eso, el numeral 3 del precepto reitera como causal, "Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, ...", mientras en el numeral 4, y con igual encabezado, dispone: "Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, ... ". Nos parece que, hasta aquí, el precepto legal no cumple una función puramente reiterativa de la Carta Fundamental. Como dijimos, ésta sólo habilita a la ley a determinar el secreto o reserva de actos o Resoluciones cuya publicidad puede afectar las causales constitucionales. Esta es una ley, que obviamente no puede estar habilitando a la misma ley. La norma señala que estas son (las únicas) causales en virtud de las cuales "**se podrá** denegar total o parcialmente el acceso a la información". La norma no señala quien o quienes son los habilitados para denegar el acceso a la información, pero lo dispuesto en los artículos 14, 24 y 28 de la misma Ley, hacen inequívoca la respuesta: los habilitados por la Ley para denegar la publicidad de la información fundado en estas causales son, en primer lugar, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido de ella, el Consejo para la Transparencia, conociendo de un reclamo, conforme a su competencia y la Corte de Apelaciones, conociendo de un reclamo de ilegalidad en contra de la resolución de éste.

De ese modo, el artículo 21 de la Ley 20.285 ha transformado, sin hacer especificación alguna, las causales habilitantes de normas legales en causales habilitantes de decisiones administrativas, cuasi judiciales o judiciales. Ya hemos dicho que esta carencia de especificidad y determinación por parte de la ley la hace pasible de crítica de inconstitucionalidad. Con todo, y mientras la norma legal del artículo 21 mantenga su vigencia, debemos entender que la seguridad

de la Nación y el interés nacional son causales cuya afectación o daño habilitan a las autoridades administrativas y al Consejo para decretar el secreto o reserva y hacen necesario su definición por la vía jurisprudencial.

Los numerales 3 y 4 agregan ciertos casos particulares y es acerca del sentido de ellos que interesa razonar ahora. Ello nos obliga a consignar una vez más el lenguaje preciso del artículo 21. En sus numerales 3 y 4, como hemos reiterado tantas veces, se dispone:

“Artículo 21. Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la conformación 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.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.”

Es del caso examinar ahora el significado de las expresiones **“en especial si se refiere[n] a ...”** . Si entendiéramos que es la información la que debe referirse a esos campos o materias, esos casos constituyen áreas a las cuales la información debe concernir. Distinto significado tendría la expresión si la defensa, mantención del orden público y demás especificaciones aludieran a bienes que deben resultar particularmente dañados, pues en tal caso, el test de daños debiera efectuarse no respecto a las causales genéricas de seguridad de la Nación e interés nacional, sino a las más específicas contenidas en los numerales del artículo 21. Nos parece que la expresión “si se refiere[n] a”, por su ubicación en la frase alude a la información y no al daño.

Así, al igual como ocurre en el derecho comparado, la defensa nacional, la mantención del orden y la seguridad públicas son, en relación a la seguridad de la Nación, casos en que de referirse los antecedentes a esas áreas, particularmente debe considerarse afectada la seguridad de la Nación por la publicidad de un acto o resolución referido a ellos. En consecuencia, cuando un acto o resolución se refiera a la defensa nacional, o a las demás cuestiones mencionadas, debe considerarse particularmente que su publicidad puede afectar la seguridad de la Nación. Otro tanto dice la salud pública y demás mencionadas en el numeral 4 respecto al interés nacional.

La expresión “particularmente” hace equívoca la inteligencia del precepto y permite preguntarse: ¿Basta con que un antecedente se refiera a la defensa nacional para que se deba considerar afectada la seguridad de la Nación? Nos parece que la respuesta es negativa, pues la Carta Fundamental no permite establecer casos de reserva o secreto sino cuando se afecte la seguridad de la Nación (o las demás causales), lo que obviamente no ocurre con todo antecedente que se refiera a la defensa nacional. Nos basta un ejemplo para probar lo señalado: Una resolución que ordena la compra de calcetines a los soldados hombres de un regimiento o medias al personal femenino del mismo, para presentarse al desfile del 19 de septiembre, o la factura que da cuenta de la misma se refiere o alude a la defensa nacional, pero es igualmente obvio que su divulgación no afecta o daña la seguridad de la Nación. De igual modo, un estudio acerca del aumento de la obesidad en Chile concierne o se refiere a la salud pública, pero no puede entenderse que su divulgación afecte (negativamente) el interés de la Nación. Ni siquiera, como prueban estos ejemplos, cabría presumir que la publicidad de un antecedente afecte el interés nacional, por el sólo hecho de referirse a la salud pública.

En consecuencia, que un acto o Resolución pertenezca a un campo de los indicados en el artículo 21 de la Ley de Transparencia no exime la verificación de un test de daños ni un ejercicio de ponderación. Estimamos, en consecuencia, que los casos que detallan los numerales 3 y 4 del artículo 21 de la Ley de Transparencia sólo pueden interpretarse de un modo conforme a la Carta Fundamental

(obligación de todo intérprete), si es que no se les considera como áreas, campos o materias que, por el sólo hecho de referirse a ellas los antecedentes en cuestión, deban ser considerados reservados, al margen de todo juicio de daños a la seguridad o interés nacional. La interpretación contraria haría caer estos preceptos en abierta inconstitucionalidad, como ha constatado Olmedo, al referirlos en esos términos.⁴⁸

Interpretar el precepto en sentido contrario iría, además, en contra del razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude y haría al país pasible de una nueva sentencia condenatoria, pues en él ese Tribunal razonó que: "... la restricción no sólo debe relacionarse con uno de [los] objetivos [legítimos que la justifican], sino que también debe demostrarse que la divulgación **constituye una amenaza de causar sustancial perjuicio a ese objetivo y que el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información**".⁴⁹

Si los casos especiales, expuestos en términos de sectores del quehacer estatal mencionados en los numerales 3 y 4 del artículo 21 no permiten concluir siempre y necesariamente que la divulgación de un antecedente referido a ellos afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional, ¿qué agregan esos casos a los conceptos genéricos que particularizan? ¿Qué otro significado debemos dar a la expresión "particularmente"? En los Estados Unidos de Norte América, país pionero en la regulación del acceso a la información y que ha influido decisivamente en la configuración del pensamiento doctrinario y de

⁴⁸ Nos referimos al artículo publicado por Juan Pablo Olmedo en Pro Acceso (Op. Cit. 2008), quien poniendo especial énfasis en la cuestión de la reserva permanente, afirma la inconstitucionalidad del precepto, en el entendido que lo que él dispone es que basta que los antecedentes se vinculen a la seguridad de la Nación para que deba decretarse su reserva. Sus palabras exactas, contenidas en la página 15 del texto referido son las siguientes: "La hipótesis de reserva temporal indefinida de acceso a información pública vinculada a la seguridad nacional, afecta en términos absolutos el derecho de acceso a información, no tiene correlativo en el derecho internacional o comparado y es una infracción al artículo 5, 8 y 19 N°12 de la Constitución Política y al artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos."

⁴⁹ Parágrafo 58 del fallo Claude

sistemas internacionales y comparados en muchos países,⁵⁰ particular, aunque no únicamente en el mundo anglosajón, la norma de rango legal, el Freedom of Information Act, (en adelante FOIA)⁵¹ que data de 1966, contempla, por si mismo, 9 causales de reserva, habilitando una orden presidencial, (Executive Order)⁵² que ordena la publicidad de los documentos, a menos que afecten, en un determinado grado que determina la severidad de la reserva **y siempre que, además,** concierna a un listado de materias, que cada Presidente de ese país ha ido estableciendo en sus respectivas "Executive Orders."

Si siguiéramos esta lógica, contenida con claridad en el derecho de los Estados Unidos de Norte América, según lo reseñado, tendríamos que afirmar que lo que hace el artículo 21 es establecer requisitos copulativos, los que deben verificarse para determinar el secreto o reserva de un documento: En primer lugar, que la publicidad del mismo afecte o dañe la seguridad o el interés nacional y que, además se refiera a la defensa nacional o a alguna de las demás categorías que detallan los numerales 3 y 4. Nos parece que esta inteligencia del precepto sería buena y conveniente para resguardar el

⁵⁰ Así lo reconocen, por ejemplo, Sergio López-Ayllón y Alejandro Posadas, en su artículo: 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 de 2007, página 25.

⁵¹ El texto legal data de 1966 y ha sido reformado sustancialmente en 1974, en que se disminuyeron e hicieron más precisas las excepciones. En 1986 se incluyeron causales para proteger la actividad de cumplimiento de obligaciones jurídicas (law enforcement). En 1996, la reforma tuvo por objeto incorporar la necesidad de dar acceso a información electrónica y en 2003, como reacción a los ataques del 11 de septiembre, se vedó el acceso de información hecha por gobiernos extranjeros o sus representantes. La última reforma, hecha el 2007, abordó cuestiones procesales. En esta legislación se establecen reglas de la llamada transparencia activa y pasiva. Desde luego, su principio básico es el del libre acceso a la información, haciendo excepción sólo aquellos antecedentes o su partes o componentes que hayan sido debidamente reservados, siguiendo alguno de los criterios establecidos en una orden del Presidente, en conformidad a una o más de las causales de reserva contempladas en la propia ley.

⁵² Estas aparecen definidas en la literatura jurídica de un modo análogo a lo que es nuestra potestad reglamentaria del Presidente de la República. (Véase, por ejemplo, <http://www.thisnation.com>. o http://topics.law.cornell.edu/wex/executive_power. Las órdenes ejecutivas sobre reserva de información vienen dictándose desde el gobierno de Harry Truman.

valor de la publicidad y el principio de probidad. Sin embargo, el lenguaje del artículo 21 no conduce claramente a entenderlo así, pues en él, referirse a estas materias no está establecido como un requisito adicional al de la afectación del valor seguridad o interés nacional, sino como casos en que “particularmente” deben entenderse afectados esos bienes. Ese buen entendimiento parece requerir de una reforma legal, en que los casos ya no sean presentados como áreas en las cuales particularmente deben entenderse afectados los bienes valiosos que la reserva trata de resguardar, sino como las únicas áreas a las cuales un documento puede pertenecer para entrar a considerar luego un posible daño a los bienes valiosos establecidos como causales de reserva en la Carta Fundamental.

Tampoco el listado de los números 3 y 4 se encuentra establecido como uno taxativo de materias, al margen de las cuales no sería posible argumentar que se encuentre afectada la seguridad de la Nación o el interés nacional. La expresión “particularmente” hace imposible interpretarlo así.

No nos queda más que entender que los casos que listan los numerales 3 y 4 del artículo 21 no tienen la función de añadir una exigencia temática al daño o establecer exclusiones, sino la más modesta de auxiliar la argumentación en los casos en que se invoque que la publicidad dañaría la seguridad de la Nación o el interés nacional. Si se alega que un documento se refiere a una de estas áreas, entonces debe facilitarse la convicción de que pueda afectar la seguridad de la Nación o el interés nacional y, a contrario sensu, deben exigirse estándares argumentativos más altos cuando se alegue un daño a esos bienes, sin que el antecedente se refiera a alguna de esas áreas o materias.

E. Lecciones del derecho internacional y comparado.

Lo que hemos concluido en los 4 acápites que anteceden (A, B, C y D) es que para dar por establecido un caso de secreto o reserva por aplicación de las causales de seguridad de la Nación o interés nacional, es necesario, en primer lugar, no sólo que la información de que se trate concierna a uno de estos dos bienes, sino que además debe

dañarlos o afectarlos negativamente en alguna magnitud y con alguna especificidad que habrá de ser determinada, daño que no cabe presumir, sino que debe ser acreditado por el Estado que tiene alguna probabilidad de ocurrir, hasta satisfacer un estándar de convicción que también habrá de determinarse. Hemos afirmado también que debe hacerse un test de proporcionalidad entre los daños que la publicidad provoca a alguno de los bienes establecidos en la Constitución y el perjuicio que el secreto causa al libre acceso a la información y al principio de publicidad. Por último, hemos argumentado que no basta con que la información concierna o se refiera a alguna de las cuestiones especialmente señaladas en los numerales 3 y 4 del artículo 21, sino que, además, debe acreditarse, en cada caso, un cierto nivel de daño probable a la seguridad de la Nación o al interés nacional. Estas conclusiones no sólo se desprenden del sentido y alcance de la norma constitucional y legal que se ha examinado en los acápite anteriores, sino que además constituye una exigencia del derecho internacional de los derechos humanos y es el camino que siguen otras legislaciones comparadas, según pasamos a demostrar.

1. La necesidad de un daño real o potencial, de cierta magnitud y que se prevea como probable en conformidad a un determinado estándar de convicción.

Con respecto a la necesidad de que se acredite un daño a la seguridad de la Nación o al interés nacional en el sistema jurídico chileno, la Corte Interamericana, en el caso Claude, ha afirmado no sólo la necesidad de que así ocurra, sino que además ha señalado que ese daño debe ser sustancial y que corresponde al Estado acreditarlo, además de exigir que el bien dañado, que habilita la restricción de la información, se corresponda con alguna de las causales establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el fallo aludido, se consignó, desde luego, en el considerando 58 c), el criterio de la Comisión en el sentido que “la carga de la prueba corresponde al Estado, el cual tiene que demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión”. Más adelante agregó que “ello significa que la restricción no sólo debe relacionarse con uno

de [los] objetivos [legítimos que la justifican], sino que también debe demostrarse que la divulgación constituye una amenaza de causar substancial perjuicio a ese objetivo.” La Corte endosó este criterio. .En efecto, en el considerando 93, luego de observar, en el 92, que en “una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación”, sentenció que, como consecuencia de ello,: “93. Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos.”

Otros pactos y declaraciones internacionales recientes exigen también que la reserva sólo sea decretada cuando se puedan verificar daños que tengan determinada entidad e inminencia. Así, la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de octubre de 2000, exige que las excepciones al derecho de acceso estén establecidas en la ley y que exista un peligro real e inminente que la amenace en una sociedad democrática.⁵³

En los Estados Unidos de Norteamérica, la FOIA establece la seguridad nacional como una de las excepciones que permiten mantener en secreto o reserva un determinado antecedente, que haya sido así clasificado adecuadamente, conforme a una orden presidencial en ese sentido. El lenguaje que emplea es que el secreto sólo puede decretarse “en el interés de la defensa nacional o de la política exterior”⁵⁴, dando así a entender que la seguridad nacional sólo puede debilitarse cuando se debilita, a su vez, alguna de estos dos quehaceres a través de los cuales se defiende la seguridad nacional. La orden presidencial actualmente vigente, emanada del presidente

⁵³ Literalmente el Principio 4 señala: “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 para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.”

⁵⁴ Nos referimos a la sección b (1) (a) que dispone que “this section does not apply to matters that are- (1) (A) specifically authorized under criteria established by an Executive Order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order:”.

Bush, y que a la fecha de este informe se encuentra en revisión pero no modificada, es aún más específica para determinar la necesidad del daño. En esta materia no difiere mayormente de sus antecesoras. La orden permite clasificar como secreto o confidencial un documento en niveles distintos precisamente según el grado de daño que razonablemente puede esperarse que la circulación del documento produzca a la seguridad nacional. Así, se ordena la clasificación como "top secret" de aquella información cuya divulgación pueda razonablemente esperarse que cause un **daño excepcionalmente grave** a la seguridad nacional. Como secretos deben clasificarse aquellos antecedentes cuya divulgación pueda esperarse razonablemente que cause **serios daños a la seguridad nacional**. Por último, como confidencial, debe tratarse aquella información cuya divulgación pueda esperarse razonablemente que **cause daño** a la seguridad nacional.⁵⁵ Como puede apreciarse, en el sistema norteamericano, al menos en el caso de la seguridad nacional el secreto o reserva sólo puede determinarse cuando razonablemente se pueda esperar un daño, la magnitud del cual determina los niveles de confidencialidad o secreto.

En el derecho europeo, la necesidad de un daño es también consignada en diversos cuerpos normativos nacionales y tratados internacionales. Desde luego, el artículo 10 de la Convención Europea

⁵⁵ El lenguaje específico de la sección 1.2 de la Executive Order 13.292 de George Bush establece lo siguiente: "Classification Levels. (a) Information may be classified at one of the following three levels:

(1) "Top Secret" shall be applied to information, the unauthorized disclosure of which reasonably could be expected to cause exceptionally grave damage to the national security that the original classification authority is able to identify or describe.

(2) "Secret" shall be applied to information, the unauthorized disclosure of which reasonably could be expected to cause serious damage to the national security that the original classification authority is able to identify or describe.

(3) "Confidential" shall be applied to information, the unauthorized disclosure of which reasonably could be expected to cause damage to the national security that the original classification authority is able to identify or describe. "

de Derechos Humanos consagra, en su inciso primero, la libertad de expresión, incluyendo el derecho a recibir y entregar información. El inciso segundo de esa misma disposición, reconociendo que el derecho conlleva deberes y responsabilidades, permite sujetarlo a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones que estén prescritas en la ley y sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la prevención de delitos o desórdenes, la defensa de la salud, la moralidad y otros bienes.⁵⁶ Como se desprende de ese lenguaje y ha sostenido la reiterada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, es necesario que concurran tres requisitos para legitimar la restricción, entre los que se encuentran que la medida haya sido adoptada en interés de alguno de los bienes señalados en el precepto, el que, consecuentemente debe resultar dañado por la divulgación de la información.⁵⁷

La “Convención sobre acceso a documentos especiales” suscrita ya por una docena de Estados europeos, luego de reconocer el derecho de las personas a acceder a la información, establece que las limitaciones deben estar precisamente establecidas en la ley, ser necesarias en una sociedad democrática y ser proporcionadas **a la finalidad de**

⁵⁶ Article 10 – Freedom of expression 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

⁵⁷ Un resumen de la jurisprudencia de la Corte acerca de este derecho aparece referida en el fallo de 14 de abril de 2009, en el caso *Társaság A Szabadságjogokért v. Hungría*.

proteger, entre otras a la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales.⁵⁸

Las normas que regulan el acceso a documentos de los órganos de la Unión Europea, tales como el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, que, de manera sistemática fueron aprobados el 2001, establecen también la necesidad de daños, aunque con lenguaje diverso según las distintas causales. Así, para el caso de la seguridad pública, la defensa y asuntos militares y las relaciones internacionales, la norma, contenida, en el artículo 4 de la Regulación 1049/2001, conocida como FOI, establece que las instituciones denegarán acceso a sus documentos allí donde la divulgación vaya a minar o deteriorar (“undermine”) la protección de un interés público relativo a la seguridad pública, defensa o asuntos militares, las relaciones internacionales o la política económica de la Comunidad o de un país miembro. En otros casos se exige de severos daños, como cuando se afectan los procesos de toma de decisiones de órganos de la Comunidad.⁵⁹

En las legislaciones domésticas de los países de Europa el panorama es análogo. Así por ejemplo el artículo 105 de la Constitución Española de 1978 establece como causal de reserva que se afecte “a la seguridad y defensa del Estado”, además de otros valores o bienes. Inglaterra, con una legislación de 2005 conocida como Freedom of Information Act 2000, en adelante FOIA 2000, exige también verificar la existencia de daño o perjuicio (prejudice)⁶⁰ en contra de determinados bienes, entre los que incluye la seguridad nacional, las relaciones internacionales y la defensa nacional. En el

⁵⁸ Article 3 – Possible limitations to Access to official documents 1 Each Party may limit the right of Access to official documents. Limitations shall be set down precisely in law, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim of protecting: a) national security, defense and international relations; ... ”

⁵⁹ La información ha sido tomada de: “The EU Court System and Freedom of Information” Compilado por Steve Peers, Professor of Law, Human Rights Centre, University of Essex. Disponible en Freedom of information in Europe <http://www.statewatch.org/foi/foi.htm>

⁶⁰ En la guía de la oficina del Comisionado a cargo de los temas de información, (Exemption Guidance of the Information Commissioner Office), disponible en <http://www.ico.gov.uk>, se establece que la expresión prejudice que emplean la mayoría de las excepciones, será tratada como sinónimo de “harm” o “damage”.

caso de la seguridad nacional, la excepción, como veremos más adelante, exige que el secreto se haga con el propósito de salvaguardar la seguridad. Los únicos casos en que no se necesita probar perjuicios para denegar la información corresponden a aquella información que se ha tenido en poder de la autoridad con el sólo propósito de conducir investigaciones y procedimientos. En éste caso, también procede efectuar un test de ponderación, que consiste en identificar el interés público involucrado en la divulgación de la información y medir su peso en contra de los beneficios que representa su reserva.⁶¹ Resulta muy interesante desplegar algunos detalles contenidos en la legislación inglesa respecto de los daños, pues ella explica cuestiones con inusual nivel de precisión. Desde luego, el texto guía de la oficina del Comisionado para Asuntos de Información⁶², señala que la autoridad pública es quien debe demostrar el efecto dañino que produciría la divulgación de la información. Aplicando este criterio, los Tribunales anotaron, en un caso en que se discutía la posibilidad de hacer pública información que se había considerado para involucrarse en la guerra de Irak, que ante el hecho que el gobierno no había presentado pruebas para acreditar el daño que alegaba, la alegación perdía peso. Al argumentar así, la Corte inglesa razonó, con bastante sabiduría, que las opiniones adquirirían su autoridad según el peso del razonamiento en que descansaban y luego hizo ver que ello dependía, a su vez de la evidencia que sustentaba el razonamiento.⁶³ En segundo lugar, la misma guía de la oficina del Comisionado para la información pública avanza definiciones en cuanto a la probabilidad del daño, según los

⁶¹ Así aparece en el libro guía de la oficina del comisionado para la información: (Exemption Guidance of the Information Commissioner Office), disponible en <http://www.ico.gov.uk>.

⁶² Ibid.

⁶³ El pasaje del caso Irak al que aludimos es el siguiente: "However, that is just one of a number of factors that we must evaluate and we believe that we would risk distorting our assessment of the overall balance to be achieved if we started from the premise that its very existence had particular inherent significance. The opinion, like any opinion, draws its authority from the reasoning that lies behind it. The assistance it may have provided was very substantially reduced by the fact that no evidence was placed before us as to it's the form or content, let alone any reasoning that it may have contained." Disponible en: http://www.informationtribunal.gov.uk/Documents/decisions/fco_decision_website.pdf.

diversos términos en que la consagra la propia legislación. Así, cuando ella señala que la divulgación es “likely to prejudice” la Guía explica que las probabilidades de que se produzca el daño deben ser mayores que una mera hipótesis, que no basta con una especulación o una opinión, sino que la autoridad debe proveer alguna evidencia a partir de la cual se pueda concluir que existe esa probabilidad. Más adelante reitera que debe existir evidencia de que la divulgación de la información en cuestión represente una amenaza real y específica. Cuando el lenguaje legal es que la divulgación vaya a perjudicar (“would prejudice”), el test –conforme explica la Guía- ha de ser de que la probabilidad de ocurrencia del daño debe ser al menos mayor que la probabilidad de que ello no ocurra, sin necesidad de que ella vaya a producirse más allá de toda duda razonable. Una tercera cuestión que, sobre el daño aparece reglamentada en la misma guía a la que venimos aludiendo, es la relativa a la magnitud del daño. En ella se señala que aunque los perjuicios no deben ser sustanciales, la Comisión espera que sean más que triviales

López-Ayllón y Posadas, luego de estudiar experiencias comparadas, especialmente las de los Estados Unidos de Norteamérica, Irlanda y México señalan que: “generalmente se concede que no basta que un documento verse, por ejemplo, sobre la seguridad nacional para que este pueda ser automáticamente reservado del conocimiento público. Se tiene que demostrar además que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño específico al valor jurídicamente protegido.”. Estos autores no distinguen esta prueba del daño con la cuestión de la ponderación relativa de ese daño con el bien de la publicidad. Así, agregan a reglón seguido lo siguiente: “En otras palabras, se requiere de una ponderación de los valores en conflicto – en este caso publicidad contra seguridad- para poder determinar de manera cierta que la primera pone en riesgo la segunda y que por ello procede una reserva temporal del documento. A este análisis se le conoce como “la prueba de daño.” “.⁶⁴ Los mismos autores enseñan que en la legislación mexicana de 2002, varias, aunque no todas las causales de reserva no se aplican de manera automática, “sino que se

⁶⁴ López-Ayllón y Posadas, Op. Cit, 2007, pág. 23.

requiere una condición adicional: la reserva procede sólo si se “compromete” la seguridad nacional, o se “menoscaba” la conducción de las negociaciones internacionales o se “daña” la estabilidad económica.”.⁶⁵

Como puede apreciarse, en todos y cada uno de los sistemas referidos las excepciones no se constituyen por el hecho que los antecedentes o documentos que se refieran a una determinada materia, sino en el afán de proteger un determinado bien que resultaría dañado por la publicidad del texto, daño que debe acreditarse por quien lo alega y alcanzar determinados estándares de probabilidad de ocurrencia, especificidad y magnitud.

2. Necesidad de ponderar los daños y beneficios que provoca la publicidad o la reserva de la información.

En que lo que atinge al test de proporcionalidad el derecho internacional y comparado es igualmente claro en exigirlo.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Claude, luego de exigir al Estado la demostración de que la divulgación constituya una amenaza de causar un perjuicio substancial al objetivo legítimo, en la consideración ya citada, agregó la exigencia de que “el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información.”; aludiendo de manera inequívoca entonces a la necesidad de realizar un test de proporcionalidad.⁶⁶ Más claro aún es el lenguaje empleado en el párrafo 90 de ese mismo fallo y que textualmente estableció: “90. En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana.”, consagrando así el sub principio de adecuación. Añadió luego en el considerando 91 la exigencia de llevar a cabo el sub test de necesidad, al establecer que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo [el bien que legitima la reserva], debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.”. Inmediatamente a continuación remató reiterando la exigencia de hacer el test de proporcionalidad, al establecer que “la

⁶⁵ Ibid. Página 51.

⁶⁶ Parágrafo 58c).

restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de este legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.”.

De ese modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido a los Estados Americanos restringir el acceso a la información mediante juicios prudenciales acerca del daño, la necesidad de la reserva y la ponderación entre bienes que, en términos que consagran expresamente del test de proporcionalidad.

La jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, al menos en el caso de la seguridad nacional, somete las medidas restrictivas a cuatro test o estándares que, en definitiva, y como serán detallados más adelante, se asemejan a un test de proporcionalidad. Estos requisitos, que han sido reiterados en abundante jurisprudencia consisten en que los tribunales exigen que objetivamente la reserva pase los test de razonabilidad, buena fe, especificidad y plausibilidad.⁶⁷

En Europa, y como ya hemos anotado, la Convención Europea de Derechos Humanos, interpretada por la Corte, exige no sólo que las restricciones al libre acceso a la información se encuentren prescritas en una ley, sino además que persigan alguno de los legítimos intereses contenidos en el inciso segundo del artículo 10 de la Convención y que sean necesarios a una sociedad democrática.⁶⁸ Este último requisito sólo es posible de apreciar en una evaluación ponderada de los bienes en juego. La Corte Europea ha agregado, al menos en casos en que la información es solicitada por entidades que ejercen crítica social, como la prensa y algunas ONG, que el examen de la concurrencia de causales que hacen necesaria la reserva a la democracia debe ser

⁶⁷ Véase por ejemplo el caso *ACLU v./ DOJ*, 321 F. Supp. 2d 24, 35 (D.D.C. 2004).

⁶⁸ En el párrafo 9 del fallo de la Corte de 14 de abril de 2009, en el caso *Társaság A Szabadságjogokért v. Hungría*, se establece: “The Court reiterates that an interference with an applicant's rights under Article 10 § 1 will infringe the Convention if it does not meet the requirements of paragraph 2 of Article 10. It should therefore be determined whether it was “prescribed by law”, whether it pursued one or more of the legitimate aims set out in that paragraph and whether it was “necessary in a democratic society” in order to achieve those aims.”.

estricta, atendido a que la reserva desalienta a aquellos que practican la necesaria crítica social.⁶⁹

Por su parte, y como también se ha referido, la Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales suscrita por varios países europeos, establece que las posibles limitaciones al acceso a documentos oficiales puede ser limitada por los estados a condición que tales limitaciones estén precisamente establecidas en la ley, sean necesarias a una sociedad democrática y **resulten proporcionales** a la finalidad de proteger, entre otras a la seguridad nacional, la defensa o las relaciones internacionales. Para dejar aún más clara la necesidad de una ponderación de los valores en juego, ese mismo precepto agrega que, aunque haya daño, la excepción no debe aplicarse si existe un interés superior en la divulgación del antecedente.⁷⁰

Los tribunales de la Unión Europea que resuelven reclamos sobre el acceso de documentos de los órganos de la Comunidad han establecido, desde sus primeros fallos, en 1995, la necesidad de

⁶⁹ En el mismo caso contra Hungría recién citado, la Corte, en el párrfo 15 razonó: In any event, the Court notes that "the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him" (*Leander, op. cit.*, § 74). It considers that the present case essentially concerns an interference – by virtue of the censorial power of an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog, like the press, rather than a denial of a general right of access to official documents. In this connection, a comparison can be drawn with the Court's previous concerns that preliminary obstacles created by the authorities in the way of press functions call for the most careful scrutiny (ver *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 66, ECHR 2004-VI). The Court considers that obstacles created in order to hinder access to information of public interest may discourage those working in the media or related fields from pursuing such matters. As a result, they may no longer be able to play their vital role as "public watchdogs" and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected (ver, *mutatis mutandi, Goodwin v. the United Kingdom*, judgment of 27 March 1996, *Reports* 1996-II, p. 500, § 39).".

⁷⁰El numeral 2 de ese artículo 3º agrega: "Access to information contained in an official document may be refused if its disclosure would or would be likely to harm any of the interests mentioned in paragraph 1, unless there is an overriding public interest in disclosure.".

balancear los intereses en juego,⁷¹ añadiendo que las causales de excepción deben ser estrictamente interpretadas.⁷²

Entre los países que hemos podido consultar, tan sólo Inglaterra excluye la necesidad de un test de proporcionalidad en algunos casos excepcionales y calificados, lo que le ha valido múltiples críticas.⁷³ Entre ellos, se encuentran situaciones como que la información ya esté disponible por otras vías y otras más sustantivas. Entre estas últimas, cabe anotar, para los efectos de este trabajo, que si bien la información de seguridad nacional requiere ser ponderada respecto del interés público comprometido en la divulgación de la información, no lo necesita la información proporcionada o relacionada a órganos que tratan materias de seguridad.⁷⁴ Salvo estos casos de excepción calificada, en ese país, la regla general es que el funcionario requerido, además de verificar si la información pertenece a una categoría que permita su reserva, identifique si hay igualmente un interés público comprometido en la divulgación de la información y pondere el peso relativo de cada uno.⁷⁵ La guía de la oficina del Comisionado para la

⁷¹ Ver caso Carvel v. Council (T-194/94 [1995] ECR II-2765. Aparece citado en: "The EU Court System and Freedom of Information" Compilado por Steve Peers, Professor of Law, Human Rights Centre, University of Essex. Disponible en Freedom of information in Europe <http://www.statewatch.org/foi/foi.htm>

⁷² Así en el caso World Wildlife Fund v. Commission, (T-105/95 [1997] ECR II-313.

⁷³ Entre los críticos, Rodney Austin trata la legislación como un lobo vestido de oveja y señala que sus excepciones son las más amplias de cualquier país democrático. Sus palabras exactas en inglés son las siguientes: "[I]n this authors view the Act is a brilliant piece of trompe l'oeil, a sheep in wolf clothing. It purport to provide a legally enforceable individual right of access to governmental information subject only to specified and justifiable exemptions (...) First the range of exemption is far wider and more extensive than any other statutory freedom of information regime in any comparable democratic state. Many of the exemption are absolute, requiring no proof, other than wide, conclusive, discretionary ministerial certification, of identifiable harm to national or public interest, and even the qualified exemptions are subject to a test of simple prejudice which is relatively easy to satisfied." Austin, Rodney. *Freedom of Information: A sheep in wolf's clothing? en The Changing Constitution*. Ed John Lowell, Dawn Oliver. Oxford University Press. Sixth edition 2007. Páginas 397 -398.

⁷⁴ No nos fue posible encontrar explicaciones doctrinarias o jurisprudencia que explicara el alcance de esta excepción. En el lenguaje de la FOIA 2000 la excepción es "Information supplied by, or relating to, bodies dealing with security matters.

⁷⁵ The public interest test requires an institution to determine whether the public interest in withholding the exempt information outweighs the public interest in

Información Pública señala, en primer lugar que el interés público en la publicidad equivale a algo que sirva a los intereses del público y agrega que, para llegar a una decisión, la autoridad pública debe balancear cuidadosamente factores opuestos, basándose en las particulares circunstancias del caso, para concluir que allí donde los factores resulten equilibrados, la información debe ser divulgada. De ese modo, queda establecido el importante principio de que, para mantener en reserva un documento, las razones no deben ser equivalentes, sino superiores a aquellas que puedan darse en beneficio del libre acceso.⁷⁶ Una de las cuestiones más interesantes que agrega esta guía inglesa son el tipo de razones que típicamente pueden pesar a favor de la divulgación o de la reserva. Entre las primeras, anotan, por ejemplo los argumentos generales a favor de promover la transparencia, la rendición de cuenta, y la participación; la capacidad de la divulgación de enriquecer la calidad de la discusión pública y del proceso de toma de decisiones; las circunstancias de que la información requerida pueda referirse a dineros públicos; que la información ya tenga alguna antigüedad; el hecho de que la información haya conducido a decisiones públicas y cuanto de ella ya se encuentre disponible entre la opinión ciudadana, y el impacto benéfico que la divulgación pueda tener en el grueso público. Entre los argumentos que la guía mencionada como capaces de pesar a favor de la mantención de la reserva se encuentran la probabilidad y severidad de los daños que la divulgación podría producir; el significado y

releasing it, by considering the circumstances of each particular case and the exemption that covers the information. The balance will lie in favour of disclosure, because information may only be withheld if the public interest in withholding it is greater than the public interest in releasing it, for example where disclosure of institutional information would harm a police investigation.

⁷⁶ *The term "the public interest" is not defined in either the FOIA or the EIR. However something which is "in the public interest" may be summarised as something which serves the interests of the public. The public interest test entails a public authority deciding whether, in relation to a request for information, it serves the interests of the public either to disclose the information or to maintain an exemption or exception in respect of the information requested. To reach a decision, a public authority must carefully balance opposing factors, based on the particular circumstances of the case. Where the factors are equally balanced, the information must be disclosed.* Cita tomada de <http://www.ico.gov.uk>,

sensibilidad de los bienes jurídicos que podrían quedar afectados; la importancia de un espacio seguro en que el gobierno y los funcionarios puedan formular y debatir materias lejos del escrutinio público, y la necesidad de no inhibir la franqueza y el candor en el proceso de toma de decisiones, especialmente al interior del gobierno.

Ya hemos visto como autores que hacen estudios comparados de legislaciones en materia de acceso a la información constatan que el test de proporcionalidad al que venimos aludiendo es la regla aceptada en otras legislaciones.⁷⁷

F. Necesidad de establecer estándares de argumentación y de prueba.

Si fuere correcto lo que hemos argumentado a lo largo de este capítulo, la interpretación de los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional habrá de depender, de un modo importante, de los estándares que vaya estableciendo la ley o, en su defecto, la jurisprudencia, para dar por objetivamente acreditado un daño a esos valores, lo que nunca cabría presumir, a lo menos por parte de la jurisprudencia. En segundo y tercer lugar, el alcance de estos valores estará determinado, además de por un estándar de prueba, por el grado de especificidad y el de probabilidad de ocurrencia del daño identificable; y, de modo muy importante, en cuarto lugar, por la magnitud del daño esperado, que se considere debe concurrir para legitimar el secreto o reserva de la información.

De igual modo el concepto de seguridad de la Nación e interés nacional quedarán fijados en algún preciso grado de afectación posible, en la medida que la legislación o la jurisprudencia, en subsidio determinen los grados de adecuación y necesidad que tenga la medida restrictiva de la información, y, asimismo, y por último, por la forma en que estos dos valores o bienes sean pesados o ponderados con el del libre acceso a la información.

En razón de la legitimidad democrática del legislador, resultaría deseable que la ley avanzara en la fijación general de los estándares

⁷⁷ López-Ayllón y Posadas. Op. Cit. Véase la cita contenida en el numeral anterior de este mismo apartado.

señalados, aunque no existen iniciativas ni señales de que ello vaya a ocurrir en el futuro próximo. Después de la mala experiencia con la excesiva regulación de causales que hizo el Decreto Supremo N°26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, es improbable que el Ejecutivo dicte alguna instrucción de carácter general fijando estos estándares para que los órganos públicos de su dependencia pudieran interpretar los criterios de afectación o daño y luego hacer el balance de proporcionalidad de un modo uniforme. Podría resultar de interés que, una vez que el Consejo cuente con criterios más o menos asentados en su jurisprudencia, pudiera, haciendo uso de su facultad de dictar instrucciones generales vinculantes a los órganos de la Administración del Estado, fijar esos criterios de un modo que acote la discreción de esos entes y la suya propia en materia de apreciación del daño y balance de bienes en juego.⁷⁸

G. Conclusiones de este apartado III.

- A partir de un análisis semántico, sintáctico, lógico, sistemático y teleológico de los artículos 8° de la Carta Fundamental y 21 de la Ley de Transparencia, creemos haber demostrado, en primer lugar, que para legitimar un caso de secreto o reserva por aplicación de las causales de seguridad de la Nación o de interés nacional, es necesario no sólo que la información de que se trate concierna a uno de estos dos bienes, sino que además debe dañarlos o afectarlos negativamente, en alguna magnitud y con alguna especificidad que habrá de ser determinada, cuestión que ya aparece asentada en la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, aún cuando no hemos encontrado en ella estándares precisos ni acerca de la especificidad ni de la magnitud, cuestión

⁷⁸ La facultad normativa del Consejo está contenida en el artículo 33 del artículo primero de la Ley 20.285. A juicio del autor de este informe, no resulta razonable en un sistema democrático que consagra un régimen presidencial, que los órganos de la Administración del Estado se vean sometidos a instrucciones generales de autoridades distintas al Presidente de la República, particularmente cuando esas no son electas. Esas razones no convencieron al Tribunal Constitucional y constituyeron un voto minoritario de Raúl Bertelsen y del autor de este texto, entonces integrante del TC. Salvada mi opinión, es indudable que luego del fallo el Consejo debe entender que el ejercicio de esta facultad no resulta contrario a la Constitución.

que surge como un desafío para dar sustancia, y con ello previsibilidad, al derecho que nos rige. El legislador no aparece atento a esta necesidad, lo que hace recaer la responsabilidad en la jurisprudencia y eventualmente en la potestad normativa del Consejo.

- Igual análisis nos ha llevado a concluir, en segundo lugar, que no es posible presumir la ocurrencia de ese daño, sino que debe ser acreditado por el Estado que tal afectación tiene alguna probabilidad de ocurrir. El Consejo ha adoptado ya esta tesis. El desafío es entonces ir determinando un estándar de probabilidad de ocurrencia del daño; tal vez primero por la vía jurisprudencial, y una vez asentado, por la vía normativa.
- Hemos afirmado también, en tercer lugar, que la inteligencia de las normas, particularmente la consideración de estar frente a la limitación al ejercicio de un derecho obliga, como cuestión conceptualmente distinta de las dos anteriores, a sopesar, balancear o ponderar el daño probable que se ha identificado la publicidad produciría para la seguridad de la Nación o el interés nacional, con los beneficios que, concretamente en cada caso, la publicidad de los mismos produciría para aquellos bienes que ella hace posibles. Al igual que en los casos anteriores, este test exige determinar los grados de adecuación y necesidad de la reserva y desarrollar específicos acerca de los beneficios y daños que han de ser sopesados y modos de hacerlo; y, sobretodo, exige exponer, en cada decisión, las razones que se han sopesado y los factores que han inclinado la balanza en una u otra dirección. Mientras ello no se vaya configurando en criterios más o menos predecibles e invocables, el test de proporcionalidad no pasará de ser un nombre, tras el cual sólo habrá un ejercicio de discreción poco compatible con un Estado de Derecho.
- Sólo hacen excepción a esta necesidad de evaluar un daño que debe especificarse y acreditarse por quien lo alega y de sopesarlo en contra de los beneficios que representa, el acceso a la información de los actos y documentos que establecen la planificación militar o estratégica, en el ámbito de la defensa

nacional, cuya reserva indefinida aparece decretada por el propio legislador al margen de la afectación de ningún valor.

- El derecho internacional y comparado nos muestra que estos test de daños y de balanceo o ponderación tienen ya una asentada tradición, en la que han sido justificados en el hecho de ser el acceso a la información un derecho fundamental de la persona y un componente esencial de la democracia. En consecuencia, aceptar la necesidad de ambos no sólo se deriva de una correcta interpretación de las normas constitucionales examinadas, sino además una exigencia para el Estado de Chile. De esa tradición pueden tomarse valiosas ideas –algunas de las cuales se han consignado en el desarrollo de este apartado- para ir determinando los estándares de probabilidad, especificidad, magnitud y prueba del daño, así como para los sub criterios de adecuación, necesidad y ponderación en sentido estricto, que entraña el ejercicio de balancear los bienes en juego.
- Hemos intentado entender la función que debieran jugar los conceptos más particulares contenidos en los numerales 3 y 4 del artículo 21 de la Ley de Transparencia. Descartamos, fundamentalmente por la estructura sintáctica del precepto, que ellos puedan ser considerados como bienes cuyo daño pueda justificar la reserva. Nos parece que ellos aluden a campos o áreas de pertenencia de la información. Sin embargo, el lenguaje de la norma no hace posible entender, como en el resto de los sistemas comparados, que la pertenencia de la información a esos campos se constituya como un requisito copulativo que se sume al del daño al bien o valor de la seguridad o el interés nacional. Menos puede estimarse, en el derecho chileno, que el listado sea taxativo y tampoco que la mera pertenencia del antecedente a esas áreas sea suficiente para acreditar daño en caso de divulgación. Todo ello nos ha llevado a entender que la función de esas materias en el razonamiento que se haga conforme a derecho para determinar la publicidad o reserva de un antecedente es modesta y auxiliar y no constituye más que un antecedente argumentativo que hace más probable estimar que la publicidad de antecedentes referidos a esos

campos puedan efectivamente dañar los bienes constitucionales de la seguridad de la Nación o del interés nacional.

IV. El Sentido y Alcance del Concepto de “seguridad de la Nación” y la de algunos casos de reserva contemplados en la ley en conformidad a ella.

En este apartado procuraremos entregar elementos para determinar el sentido y alcance del concepto de “seguridad de la Nación” que emplean los artículos 8 de la Carta Fundamental y 21, número 3 de la Ley 20.285. Al efecto, seguiremos tres métodos: el primero tendrá por objeto revisar el significado que el término ha tenido en la historia fidedigna del establecimiento de esas normas, en la jurisprudencia y en la doctrina, tanto en cuanto se emplea en los preceptos citados, como, en términos más o menos análogos, en otras normas de la Constitución Política. Veremos que este camino no nos permite avanzar demasiado o nos conduce a un debate ideológico que no puede resolverse sin tomar partido por una determinada concepción. En segundo lugar, acudiremos a los “campos” o áreas a los cuales típicamente pueden pertenecer los antecedentes o documentación que, de hacerse públicos, tienen aptitud de afectar la seguridad de la Nación, tanto en el derecho nacional, como en el comparado. A propósito de ello analizaremos sucintamente la situación en que ha quedado lo dispuesto en el artículo 436 del Código de Justicia Militar después de la dictación del artículo 8º constitucional. En tercer y último lugar, y en atención a que el significado del concepto que nos ocupa ha de construirse siempre en equilibrio tensionado con otros valores constitucionales, particularmente con el del libre acceso a la información, volveremos sobre las cuestiones tratadas en el apartado III, que antecede, no para reiterarlas, sino para referir algunos estándares y criterios argumentativos que el derecho comparado ha establecido específicamente para causales idénticas o análogas.

A. Significado que se ha dado a la expresión en el derecho chileno.

Como ha quedado consignado en el apartado I que antecede, la doctrina referida al libre acceso a la información reitera, casi unánimemente, que el concepto de seguridad nacional es uno abierto o indeterminado. Algunos autores subrayan que es la jurisprudencia la que precisamente habrá de ir otorgando significado a esta expresión,

lo que no ayuda a la tarea que ahora acometemos.⁷⁹ Dificulta aún más la interpretación de este concepto la carga ideológica que el mismo conlleva, pues bajo el término análogo de "seguridad nacional", una ideología surgida en Francia e impulsada por círculos de formación castrense durante la guerra fría en los Estados Unidos, influyó decisivamente en sustentar ideológicamente a una serie de regímenes militares de América Latina en la lucha contra el marxismo, lo que significó violaciones masivas a los derechos humanos.

La historia fidedigna de la introducción de este concepto como limitante al acceso a la información no arroja mayores luces, pues salvo por dos referencias, no hemos encontrado pronunciamientos que nos ayuden a dotar de significado sustantivo al concepto. La primera de ellas corresponde al Senador Viera Gallo, quien, en la reforma constitucional, entendió la seguridad como referida a cuestiones relativas a labores de inteligencia, sin que esa opinión tuviera adhesión en el debate posterior, como para dar al concepto ese limitado alcance. La segunda se produjo en la discusión de la Ley de Transparencia y provino de los diputados, con el objeto de reducir los aspectos de orden público interno a aquellos destinados a enfrentar actividades subversivas y hostiles al régimen democrático y constitucional. Desgraciadamente este alcance, hartó más claro que el concepto genérico de orden público que resultó aprobado, se perdió en cuanto el Ejecutivo hizo su indicación sustitutiva.⁸⁰ La segunda debe ser

⁷⁹ Así por ejemplo los trabajos de Olmedo y Sánchez, publicados en Pro Acceso (2008); el de Tello, Cerna y Pavón (2009); los de Jorge Constesse y el de García y Contreras (2009), ya referidos. Tan sólo este último avanza en la significación del término. Quien más enfáticamente destaca que es la jurisprudencia quien debe desarrollar este concepto es Miguel Ángel Fernández en el artículo publicado en Pro Acceso (2008) (página 44).

⁸⁰ Nos referimos a una opinión del Senador Viera-Gallo en la discusión en Sala en el primer trámite constitucional de la Reforma Constitucional quien, en Sesión de fecha 11 de junio de 2003, señaló: "Obviamente los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional son más vagos. Pero la seguridad de la Nación dice relación a todo el sistema de inteligencia. ¿Quién podría argumentar que la inteligencia de un país debe ser pública, o sea, que se sepa cuales son los espías -si los tenemos-, quiénes los informantes? Sería ridículo.

La segunda referencia alude al informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, del que se dio cuenta en la Sesión 35 de 8 de mayo de 2007, en el que surge la idea de precisar o al menos, poner casos en los cuales podría entenderse afectada la seguridad de la Nación, lo que fue luego

destacada, además, pues lo que propusieron los diputados no aludía tan sólo a materias a las cuales podía referirse la documentación, sino a casos de afectación a bienes más específicos, como lo eran la capacidad de defensa del país o los ya señalados de prevenir y evitar ciertas conductas más o menos precisas. Está lógica de haber listado componentes de la seguridad nacional, en vez de materias a las cuales podía aludir un documento, no volvió al debate después de la invitación sustitutiva del Ejecutivo que dio forma al actual artículo 21 de la Ley de Transparencia.

La jurisprudencia judicial anterior al funcionamiento del Consejo para la Transparencia tampoco otorgó un significado al concepto de seguridad de la Nación, término que ya estaba incorporado en la Ley 19.653 que reformó la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Si bien el Consejo para la Transparencia ha resuelto ya un caso que implicaba a la seguridad de la Nación, en el que encontramos una doctrina que afirma la necesidad de hacer un test de daños y de proporcionalidad, pero no definiciones sustantivas del término que ahora nos ocupa.⁸¹

Los autores que han tratado la seguridad de la Nación como una causal que legitima la reserva de documentación pública, aportan desigualmente a su conceptualización. La gran mayoría de ellos, como hemos señalado, se limita a constatar y no pocas veces a criticar el carácter abierto o indeterminado de este concepto. Quienes más densamente tratan la cuestión del significado que debe darse a este concepto son Gonzalo García y Pablo Contreras (2009). Es importante

recogido por la indicación sustitutiva del Ejecutivo y así incorporado al numeral 3 del artículo 21, sin discusión sustantiva que de cuenta de sus sentidos. La propuesta de los diputados era la siguiente: "La causal N°3, la que se refiere a afectar la seguridad de la Nación, la estimaron muy amplia y sugirieron precisarla refiriéndola a afectar la capacidad de defensa del país y a prevenir y evitar actividades subversivas y hostiles al régimen democrático y constitucional."

⁸¹ Nos referimos al fallo del Amparo A 45-09 relativo al personal de la sección de protección de personas importantes de Carabineros de Chile, único dictado a la fecha, en que aparecen implicadas cuestiones relativas a la seguridad de la Nación (además de la defensa de personas y el funcionamiento de ese cuerpo policial). Si bien a la fecha de este informe existen otras dos causas que involucran a ramas de la Defensa Nacional y donde están invocadas la seguridad de la Nación, esas causas no están todavía falladas.

rescatar aquí dos órdenes de razonamiento que hacen a este respecto. En primer lugar, siguiendo la doctrina comparada más influyente en Europa continental y en países anglosajones, especialmente el buen resumen que de ella hace el español Ferreres Comella,⁸² destacan que el carácter abierto y controvertido del concepto de seguridad de la Nación obliga a un ejercicio evaluativo, complejo, argumentativo y de función dialéctica, lo que reconduce a estos autores a la cuestión de los métodos argumentativos, de los que ha dado cuenta este informe en el apartado III que antecede. Por esa vía, postulan la necesidad de hacer un test de daños y de proporcionalidad, afirmando, de manera coincidente con lo señalado en este texto que: "En general, no es toda la defensa nacional ni todo tipo de asuntos relativo a las relaciones exteriores las que están sujetas a esta reserva o secreto. Más bien todo lo contrario. 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.** Es la única forma de conectar la limitación de este derecho fundamental con el respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto."⁸³ Hemos destacado en negrillas el párrafo que da cuenta de la severidad con que estos autores postulan debe hacerse el balance. En el texto aparece bien fundada esta disposición a pesar significativamente el libre acceso a la información a partir de la relevancia que le asignan a este derecho.

Compartimos con la cita recién referida que el problema no consiste tanto en determinar los límites conceptuales de este bien o valor, en cuya construcción el juez debe emplear discreción, sino sobre todo en establecerlo, caso a caso, en un equilibrio tensionado y ponderado con la libertad de acceso a la información. No obstante, entendemos que ello no basta, pues el método no dice nada acerca de qué es lo que debe quedar severamente dañado, ni establece cuales son los bienes que debe de ponderarse en relación con el libre acceso a la

⁸² Victor Ferreres Comella, Justicia Constitucional y Democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

⁸³ García y Contreras, op. Cit., 2009, página 147

información. Se necesita igual entonces razonar acerca del significado de este concepto, al interior de la institucionalidad del que forma parte.

Además de las orientaciones de metodología argumentativa, García y Contreras avanzan también en el significado sustantivo del concepto de seguridad de la Nación. En la nota 54 de su trabajo sostienen que el concepto de "seguridad de la Nación" se diferencia del de seguridad nacional. Afirman, aunque expresamente reconocen no poder sostener la diferencia en referencias precisas, que este lenguaje fue diferenciado intencionalmente. A partir de ello sacan como primera consecuencia de esta diferencia "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 2º de CPR como atribución general de las potestades del Presidente de la República como Jefe de Estado con un régimen presidencial". En segundo lugar señalan que este lenguaje obliga a comprender el concepto de "seguridad de la Nación" como parte de la institucionalidad democrática, lo que estiman demostrado por el idéntico lenguaje que emplea la causal de juicio político, contenida en el número 2 del artículo 52 de la Constitución. Más adelante argumentan que "Esta interpretación reseñada es la sostenida por Alejandro Silva Bascuñán, principal tratadista de la Constitución de 1925, a quien citan en los siguientes términos: "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)...".

Como puede apreciarse de la cita referida, una de las pocas argumentaciones que hemos encontrado en la doctrina respecto del significado sustantivo de la expresión "seguridad de la Nación", como causal de limitación del acceso a la información, nos invita, con algunos argumentos de texto y de interpretación lógica y sistemática a

entender tal concepto alejándonos de aquel que influyó en la Constitución de 1980, como es el de "seguridad nacional", con toda la carga ideológica que el conlleva. Quisiéramos, desde un punto de vista político, concordar enteramente con García y Contreras, pero el camino no es fácil. Desde luego, puede y debe aceptarse como relevante el argumento de la diferencia lingüística: Lo que permite limitar el acceso a la información no es el término ideológico de la seguridad nacional, sino el de seguridad de la Nación. Sin embargo, y como ellos mismos reconocen, no tenemos antecedentes acerca de las intenciones que haya habido tras esta diferencia terminológica y que alcance podamos darle. Hasta allí, aunque con esa dificultad, podemos adherir a su postura, especialmente por cuanto no es la intención del legislador lo que obliga, sino sus términos y los que empleó (seguridad de la Nación) son ciertamente distintos a los de seguridad nacional. Sin embargo, nos parece que cuando estos autores nos invitan a entender el término de seguridad de la Nación a la luz de las atribuciones presidenciales contenidas en el artículo 24 de la Carta Fundamental, no hacen más que abrir una nueva "Caja de Pandora", de ilimitados contornos. En efecto, si bien es cierto que la referencia al artículo 24 de la Carta Fundamental reconduce el concepto a uno acorde a la democracia, no es menos cierto que extiende su ámbito a contornos amplísimos, si se tiene presente que, bajo los conceptos de conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, los Presidentes de Chile han desarrollado políticas económicas, sociales y culturales de vastísimo alcance que sería extraño vincular ya con la seguridad de la Nación, a menos que entendamos que este concepto abarca todas esas múltiples áreas que aceptamos en la esfera competencial del Ejecutivo.

Si nos alejamos de la doctrina referida a la seguridad de la Nación como limitante del libre acceso a la información pública, la literatura es bastante más abundante, aunque para referirse a un término diverso, cual es el de la seguridad nacional. Si bien podríamos, con García y Contreras, sostener que la diferencia semántica nos permite alejarnos de este término y del debate que conlleva, la falta de antecedentes jurídicos ciertos acerca del sentido que puede darse a esta diferencia y, sobretudo el vacío conceptual del vocablo "seguridad

de la Nación”, nos llevan a sostener que este alejamiento es aún una opción jurídicamente abierta y no un camino necesario y, aun que lo fuera, la cercanía entre ambos términos y la falta de doctrina respecto del empleado en el artículo 8º, hacen conveniente hacer alguna referencia breve al término de seguridad nacional. En su derredor, encontramos dos órdenes de literatura doctrinaria, una que se corresponde a los esfuerzos político-castrenses por introducir una ideología que les permitiera intervenir abiertamente en política, fundamentalmente para combatir el marxismo y aquella que se le opuso, por una parte, y, por la otra, una más jurídica hecha por los constitucionalistas para explicar el concepto de seguridad nacional en la Carta de 1980, y que es, como veremos, fuertemente tributaria de la anterior.

No aludiremos mayormente al debate político generado por el militarismo en los 60 y 70, pues lo entendemos como una ideología que, si bien permeó la Carta Fundamental que nos rige, no permanece como un referente valórico en la actual democracia. Como de manera lúcida la trata Alejandro Silva, ella es una ideología de un grupo de presión,⁸⁴ mismo que, a nuestro juicio, ya no está ni en disposición ni en condiciones de reiterar sus pretensiones de poder político, aún cuando hayan logrado dar un significado amplio al término que sirvió de marco ideológico a sus empeños. Este autor nos dice que “Bajo tal concepto, se ha pretendido [debemos entender que el militarismo ha pretendido]... unificar en torno de la misión de las Fuerzas Armadas, lo esencial de los fines básicos del Estado.”^{85, 86}

⁸⁴ En su obra Tratado de Derecho Constitucional, Alejandro Silva, (Editorial Jurídica de Chile). posterga su tratamiento entre las Bases de la Institucionalidad, anunciando que lo hará al referirse a la limitación al ejercicio de algunos derechos, como lo son la libertad de enseñanza. Sin embargo, allí vuelve a eludir el tema, refiriéndolo a su Tomo II, en que lo trata a propósito de las Fuerzas Políticas, como una ideología del militarismo, mismo que aborda como un grupo de presión. También el concepto aparece el Tomo IX, a propósito de las Fuerzas Armadas y de Orden en la Carta Fundamental.

⁸⁵ Alejandro Silva, op.cit., Tomo II, página 124.

⁸⁶ Para una reseña acerca del significado de la doctrina de la seguridad nacional, puede consultarse la obra de Augusto Varas y Felipe Agüero El Proyecto Político Militar, FLACSO, Santiago, 1984. Una influyente obra que no intentó reducir el concepto de seguridad nacional, sino incorporarle como parte constitutiva la defensa de los derechos humanos se encuentra en el libro de Hernán Montealegre, “La

La tensión ideológica a que hemos aludido tuvo influencia cierta en quienes fueron convocados por los militares para hacer propuestas para la elaboración del actual texto constitucional, mismo que lo incorporó en diversas partes de él.⁸⁷ La Comisión Ortúzar dejó además constancia de que "la seguridad nacional de los Estados modernos tiene especial trascendencia, ya que ella, en su más amplio sentido no sólo comprende la defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional, sino que también el desarrollo del país, una Nación vigorosamente desarrollada está en mejores condiciones para precaver o superar con éxito las situaciones de emergencia que puedan afectarla."⁸⁸ En la cita referida puede apreciarse que, bajo este concepto de seguridad nacional ninguno de los fines del Estado y ningún ámbito del quehacer público quedan fuera del ámbito del concepto que nos ocupa.

La doctrina constitucional no ha construido un concepto jurídico propio de seguridad nacional, sino que más bien refleja el impacto del debate político y titubea acerca de cómo incorporar este término a una institucionalidad democrática, cuestión claramente difícil, pues, como enseña Alejandro Silva, el concepto no tuvo que ver con ella, sino con el afán de capturar el poder para un grupo de presión y sus intereses políticos (anti marxistas) y corporativos. Un ejemplo de ello es el

Seguridad del Estado y los Derechos Humanos", publicado por Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1979. Señala este autor que: "[L]a seguridad de un Estado es su capacidad para afirmar su identidad fundamental en el tiempo y el espacio. Para lograr esto, el Estado debe proteger jurídicamente la identidad básica de cada uno de sus elementos constitutivos. Desde ese punto de vista, un Estado es seguro cuando cada uno de sus elementos integrantes lo es. Para el territorio, su seguridad consiste en su integridad; para el gobierno, en su estabilidad; para los habitantes, en la intangibilidad de sus derechos humanos fundamentales. Un Estado es, pues, seguro cuando es capaz de dar protección jurídica a la integridad de su territorio, a la estabilidad de su gobierno y a la intangibilidad de los derechos humanos de sus habitantes, respectivamente amenazados por la guerra, la insurrección y la violación" (página 350).

⁸⁷ Alejandro Silva señala que el concepto aparecía mencionado 12 veces en el texto original de la Constitución de 1980, sin contar las menciones que se hacen al Consejo de Seguridad Nacional. Alejandro Silva Bascuñán. "Las Fuerzas Armadas en la Constitución". *Revista de Derecho Público*. Universidad de Chile. Santiago N° 39 – 40. Vol. 1986.p137.

⁸⁸ Tomada de la transcripción que de ella hace Alejandro Silva Bascuñán en su obra *Tratado de Derecho Constitucional*, ya citada, Tomo IV.

tratamiento que le brinda José Luis Cea, quien aborda el concepto de seguridad nacional a propósito de las bases de la institucionalidad, como uno de los deberes del Estado, contenidos en el artículo 1º, inciso primero. A su juicio este concepto "es extenso porque en el se comprende la defensa de la integridad territorial y también del desarrollo del país, en sus más variados aspectos"⁸⁹. Ello le lleva a avalar el concepto amplio impulsado por el militarismo, mismo del que difícilmente escapa alguna esfera de lo público. Para hacerlo compatible con la democracia, Cea no intenta reducir el concepto, sino que argumenta que la única acepción legítima del mismo consiste en entenderlo "dentro del bien común, como un concepto que lo integra y se somete a él". Enfatiza esa misma idea este autor señalando que comprender la seguridad nacional "fuera de estos límites trae como consecuencia apartarse de los presupuestos del orden democrático constitucional y, en definitiva, erigir a la seguridad nacional en una noción peligrosa e inconciliable con el Estado de Derecho y la paz internacional."⁹⁰

Enrique Evans enseña que "el concepto de seguridad nacional, según, el significado natural que puede darse a su tenor literal implica seguridad de la Nación y seguridad del Estado, que la representa.". Agrega que la seguridad tiene dos frentes: "el externo, en que puede verse afectada por la guerra y por la agresión militar, o por una agresión económica de tal entidad que ponga en riesgo el normal desarrollo de la vida colectiva; en el frente interno, la seguridad nacional se encuentra comprometida en los casos de tensión extrema o de pugna entre gobernantes y gobernados, traducida en situaciones de insurrección o rebelión o de alzamientos revolucionarios."⁹¹. Luego de estos conceptos, que ciertamente permiten dibujar contornos, aunque no sean muy precisos y entender los alcances del término de un modo compatible con la democracia, este mismo autor reconoce que el concepto no sólo parece apuntar a esas realidades, sino a otras que pudieran desembocar en una situación real de amenaza a la seguridad;

⁸⁹ José Luis Cea Egaña, Derecho Constitucional Chileno; tomo I; ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, página 189

⁹⁰ Ibid, páginas 193

⁹¹ Enrique Evans de la Cuadra; Los derechos constitucional; Tomo I, editorial Jurídica, 1999, página 298.

pues, de otro modo, no logra explicarse que el término aparezca como un límite a la libertad de enseñanza, de asociación y a la libertad económica. Así, este autor termina por aceptar que el constituyente de 1980 "ha concebido la seguridad nacional como el conjunto de exigencias de la organización social y de cautelas jurídicas que garanticen la inexistencia de riesgos y de conflictos que conduzcan o puedan conducir a un deterioro de la normalidad en lo externo y en lo interno"

Verdugo, Pfeffer y Nogueira parafrasean o copian el mismo concepto que da Enrique Evans al tratar la expresión a propósito del Consejo de Seguridad Nacional.⁹²

Alejandro Silva Bascuñán, como hemos dicho, nos parece especialmente lúcido en reconocer que el concepto es uno ideológico, que tuvo por objeto avanzar el ideario del militarismo, pretendiendo abarcar en su esfera a todos los fines del Estado. Es posible que, por ese motivo, no haya tratado el término como elemento del derecho constitucional vigente, sino dentro del militarismo, como cuestión ideológica de un grupo de presión. Para mayor énfasis del carácter anti democrático de la noción, señala que la idea de bien común que avanza esta doctrina no es "la que surge del seno de la sociedad gobernada, sino aquella que ha de convenir a las definiciones y contenidos apoyados por la ciencia militar y sujeta a la descripción específica expuesta por los voceros castrenses a cargo del mando político o que lo pretenden."⁹³ En otro tomo de su obra, agrega que esa noción "se hace difícil armonizarla y compatibilizarla con la esencia misma de la democracia."⁹⁴ Luego de exponer esta noción propia del

⁹² Mario Verdugo Marincovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá; Derecho Constitucional: Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2002, página 350

⁹³ Alejandro Silva, op. cit., página 124.

⁹⁴ En el Tomo IX y refiriéndose al concepto ideológico que surgió del militarismo, el mismo autor señala que "La unidad del Estado, tomada en el sentido de la "unidad nacional", entendida por los militares en torno a su idea particular de la seguridad del cuerpo político, se hace difícil armonizarla y compatibilizarla con la esencia misma de la democracia.". Antes que eso, y explicando la amplitud del concepto, el autor lo describe así: "La estrecha vinculación entre la defensa y la seguridad nacional fue generando el doble efecto de que, por un lado, a este último concepto se dio, por los expositores militares, una amplitud que llegó a abarcar la definición y el manejo de todos los valores de la vida nacional, a cuya realización

militarismo, destacando su amplitud y señalando su incongruencia con la tesis democrática, el autor hace un esfuerzo por comprender el concepto en un esquema constitucional aceptable, no a través de limitar su significado, sino abogando por que sea la ciudadanía y los gobiernos civiles y democráticos los que lo definan y no los militares. Así, lejos de intentar una reducción del alcance del término, reconoce como un aporte constructivo y valioso esta amplitud, pues, a su juicio, las transformaciones de las tareas de defensa de la autonomía y defensa de cada Estado, “no pueden ejecutarse sin antes admitir que en ellas juegan innumerables factores que antes no habían sido tomados en cuenta o cuya influencia no se había aún observado.”.⁹⁵ Años más tarde, al escribir el Tomo IX, ya en plena democracia, el mismo autor reitera lo valioso que tiene el concepto amplio de seguridad nacional, a condición que quede sometido al de Bien Común, bajo definición democrática: “Si se prescinde del contenido ideológico propuesto por los expositores militares, queda, sin duda, en pie, como un aporte constructivo, indiscutible y valioso, entender por “seguridad nacional” la representación y síntesis de las hondas transformaciones producidas en las tareas destinadas a resguardar la autonomía e independencia de cada Estado, su seguridad exterior y la prevención y realización de su defensa ante los enemigos que lleguen a atacarla. Todas estas empresas no pueden ejecutarse sin reconocer que en ellas

propende la universalidad de los objetivos del Estado, ya a que, por otro lado, esos pensadores pusieron de relieve la responsabilidad de las Fuerzas Armadas en describir y buscar ellas mismas la realización de toda esa variedad de condiciones básicas a las cuales la defensa nacional se consideraba con razón íntimamente ligada.

La geopolítica y muchas otras ciencias auxiliares que se colacionaron en la literatura castrense, llevaron a entender el Estado –en el pensamiento militar– como un ser sustancial, provisto de cualidades y rasgos específicos, tras cuya afirmación y robustecimiento han de sacrificarse los integrantes de la sociedad política en busca de la concreción de valores que han de ser impuestos por un *poder nacional*, que persigue sus propios *objetivos nacionales*, encaminados todos primordialmente a fortalecer la *seguridad nacional*, de la cual depende la *defensa* del país. Lo internacional, lo económico, lo educacional, todas las energías llamadas a fortalecer el desarrollo interno del Estado, vienen a quedar así comprendidas y sumidas en el concepto de seguridad nacional, construido por las Fuerzas Armadas, según su propia visión, proyectado de tal modo que se transforma en una *ideología*, en una cosmovisión de la sociedad política toda, observada desde la mira especializada de la ciencia militar.” (Tomo IX, págs.. 250 y 251).

⁹⁵ Alejandro Silva. Op. Cit., Tomo II, página 125.

juegan innumerables factores que antes no habían sido debidamente considerados o cuya influencia no se había aún observados.”⁹⁶

Los esfuerzos de este influyente autor por “democratizar” el concepto, se centran entonces no en su alcance, sino en la cuestión de a quien corresponde definirlo: “reiterar nuestra opinión de que, en último término, es al pueblo, a la sociedad gobernada, titular de la soberanía ... a quien corresponde, en su aspecto medular, la adecuada definición de lo que es y de lo que impone la seguridad nacional. ... no es misión exclusiva de las Fuerzas Armadas definir y concretar lo que exige la seguridad nacional.”⁹⁷, lo que, más adelante, añade debe estar al servicio de la política exterior del país.

Como puede apreciarse la doctrina constitucional chilena no hace sino padecer el enorme debate ideológico que hubo y sigue habiendo tras ésta expresión, particularmente álgido cuando se incorporó a la Constitución de 1980. Si bien los autores abogan por hacer el concepto compatible con la teoría democrática, argumentando que su definición corresponde a instancias democráticas (Silva Bascuñán) o que debe supeditarse al bien común (el mismo Silva Bascuñán y Cea), no se animan a explicar a qué aspectos queda o debe quedar reducido o cuales deban ser sus alcances. Tan sólo Evans avanza una noción más precisa, que confina la seguridad nacional a los aspectos de agresión externa, consistente en una guerra u otra de análoga envergadura, o de alzamiento revolucionario en lo interno; aún cuando termina por renunciar a tal reducción, por ser ello incompatible con el uso de la noción como límite al ejercicio de diversos derechos.

Otro tanto acontece con otra literatura producida en democracia que intenta compatibilizar con esta teoría el concepto de seguridad nacional. Así, en el “Libro Blanco de la Defensa Nacional, puede apreciarse la amplitud que se otorga a la noción, y el intento de hacerla compatible con la teoría democrática sin reducir sus alcances. Señala este Libro: “La seguridad no se trata de ‘acciones’, sino de una ‘condición’ que se logra como producto de acciones orientadas a atenuar o eliminar ciertas vulnerabilidades. Estas acciones se realizan

⁹⁶ Alejandro Silva, Op. Cit. Tomo IX, página 253.

⁹⁷ Alejandro Silva. Op.cit., Tomo II, página 126.

en un amplio espectro de ámbitos, desde el desarrollo socioeconómico hasta la defensa propiamente tal, pasando también por el orden institucional de la República. En última instancia, es el grado de integración o cohesión de un pueblo, y la extensión y profundidad del consenso ciudadano en torno a sus objetivos nacionales, lo que constituye la base fundamental para el éxito de cualquier política de seguridad que se desee aplicar". Más adelante el mismo texto agrega: "La seguridad nacional no es sólo cuestión de policías y militares, sino también de desarrollo socioeconómico, de cohesión ciudadana, de institucionalidad, de distribución poblacional, de nivel cultural, etc. [...] En general, a mayor desarrollo y coherencia en el accionar de los distintos factores del Poder Nacional, mayor seguridad se puede lograr..."

Lo que quiero destacar es que, la doctrina constitucional y política producida en democracia, define el concepto de seguridad de la Nación desde el poder civil, de un modo compatible con la teoría democrática, pero igualmente en términos tan amplios, que no tiene prácticamente otros límites que los mismos de los asuntos públicos en una República democrática. Tal noción, para los efectos de lo que pretende este trabajo, equivale a renunciar al desafío, pues así construido el concepto de seguridad de la Nación podríamos entenderlo "afectado" con la publicación de todo antecedente público y entonces el límite sería, el mismo ilimitado y se transformaría en regla. El único modo de restringir este límite pasaría por fijar un concepto y un estándar de daño, que nos permitiera excluir algunos de los casos en que fuera invocada y establecer un test de proporcionalidad que nos permitieran sacrificar la seguridad en aras de un bien equivalente, como es el de la transparencia. En este evento, en rigor, el concepto de seguridad de la Nación nada añadiría al test de daño o al de proporcionalidad que se hiciera con otros conceptos igualmente vacíos de contenido, como el de bien común o interés social o estatal. Trataremos de alejarnos de esta hipótesis, en el entendido que la incorporación del concepto de seguridad de la Nación, como un bien específico a proteger mediante la reserva o el secreto, debe de encontrar un sentido y alcance específico que lo distinga de otros bienes públicos.

Sin que el concepto sea reducido a algo que tenga contornos, determinar lo que debe ser afectado para legitimar una restricción al acceso a la información resulta problemático. Es fácil de advertir que si el concepto, aún privado de los ribetes de militarismo que lo impulsaron, sigue cubriendo no sólo los aspectos defensa bélica o diplomática de la integridad territorial del país, para abracar “el desarrollo del país, en sus más variados aspectos”, al decir de Cea; “el conjunto de exigencias de la organización social y de cautelas jurídicas que garanticen la inexistencia de riesgos y de conflictos que conduzcan o puedan conducir a un deterioro de la normalidad en lo externo y en lo interno”, como señala Evans; “los innumerables factores que antes no habían sido debidamente considerados o cuya influencia no se había aún observado” , como sostiene Silva Bascuñán, o para incluir los más diversos ámbitos, desde el desarrollo socioeconómico hasta la defensa propiamente tal, pasando también por el orden institucional “o el grado de integración o cohesión de un pueblo, y la extensión y profundidad del consenso ciudadano en torno a sus objetivos nacionales,” , como reza el Libro Blanco de la Defensa, entonces el término es intercambiable por el de interés público o nacional y, en verdad no quiere decir más que “aquello que conviene al país”.

Una noción así de amplia equivale a entregar a su intérprete un amplísima discreción; y, lo que parece más grave, abrirle una puerta para que avance e imponga, contra principios democráticos, su propia concepción de lo que conviene al país. Decimos que ello implica una actitud contraria a la democracia, porque permite, a quien no ha sido elegido por voto popular, imponer su propia concepción de bien, rompiendo con la noción de igualdad política para resolver esas materias, hace que las decisiones de autoridad resulten imprevisibles, lo que atenta en contra de la seguridad jurídica, e implica que ellas no son la aplicación de un derecho que preexiste a los hechos, sino que surge sólo al momento de resolver, lo que hace que la decisión sea retroactiva en relación a las conductas, lo que también atenta contra principios democráticos de libertad humana (no es el derecho el que la limita, sino la discreción de una autoridad no elegida). Nos parece que evitar el riesgo señalado, se constituye en un deber jurídico a partir de la consagración de Chile “como una República democrática” y

de otros principios como el de la igual dignidad de toda persona, establecidos en la Carta Fundamental.

Mientras el legislador no defina el concepto de seguridad de la Nación a términos más acotados, resulta imposible evitar el riesgo señalado para quienes deben interpretar y aplicar este concepto tan indeterminado. Sólo parece posible aspirar a reducirlo.

Para reducir el riesgo, nos parece que una medida prudencial es acotarlo a su significado más cierto, evitando extenderlo a aquellas áreas en que su aplicación es incierta. Esta postura, a favor de una interpretación restrictiva del concepto de seguridad de la Nación, no descansa en el hecho de ser ésta una causal de excepción que legitima limitar el ejercicio de un derecho constitucional. Ya he señalado por qué esa tesis no me parece convincente, aunque la destaco por tener general aceptación. Abogo por una construcción mínima del concepto de seguridad de la Nación por estimar que, entre más abarque éste, más aumenta el campo de discreción de quien debe juzgar ateniéndose a él, discreción que, superados ciertos márgenes inevitables, me parece contraria a los valores democráticos que establece nuestra Carta Fundamental.

Si bien es cierto que indirectamente la seguridad de la Nación puede verse afectada por fenómenos económicos, sociales y culturales de diversa índole, ello no significa que el concepto aluda inmediatamente a ellos. ¿Qué aspectos quedan directamente aludidos cuando el derecho habla de proteger la seguridad de la Nación? Nos parece que ello conlleva la fortaleza bélica y de relaciones exteriores necesaria para que no se amenace la integridad territorial. Nadie podría discutir que si eso se ve amenazado, se afecta la seguridad de la Nación. Los aspectos de desarrollo económico, cohesión social y demás que, como hemos visto, autores que adhieren a la democracia, le adscriben al concepto, pero cuya definición exige participación de autoridades elegidas popularmente, son factores que inciden en la seguridad de la Nación, pero no lo hacen directa, sino indirectamente. En lo que toca a las cuestiones de orden y seguridad públicas mencionados en el numeral 3 del artículo 21, explicaremos por qué nos parece que deben despreciarse como una mera redundancia del legislador.

Entendemos el carácter polémico de lo que hemos postulado, y, por lo mismo, nos vemos impelidos a buscar otros modos de acotar el concepto que nos ocupa, más allá de las consideraciones acerca de la discreción y su tensión con la teoría democrática que hemos desplegado. Ello nos reconducirá a la cuestión de los ámbitos del quehacer nacional que más directamente se vinculan con la seguridad de la Nación. La legislación interna y particularmente el derecho comparado viene en nuestra ayuda. Decimos que particularmente lo hace el derecho comparado porque, como veremos, varios sistemas, particularmente el del país que, como potencia mundial y que prácticamente desde la Segunda Guerra Mundial, nunca ha dejado de tener tropas combatiendo en el extranjero, el país que más interés podría tener en ampliar el concepto de seguridad de la Nación como límite al acceso a la información, reduce ese concepto a dos aspectos: el de la defensa militar y el de las relaciones exteriores, y luego acota severa y estrictamente estos dos términos, al punto de listar taxativamente los campos o materias a que debe referirse un antecedente para que pueda siquiera considerarse que su divulgación dañe la seguridad nacional o de la Nación.

B. Criterios útiles para continuar construyendo el significado del concepto de "seguridad de la Nación". La cuestión de los tipos de información cuya divulgación pueden afectarla.

1. ¿Cuánto ayudan los "campos" indicados en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley de Transparencia y las reglas del artículo 22 a determinar cuándo la publicidad puede afectar la seguridad de la Nación?

Como hemos visto, el numeral 3) del artículo 21 de la Ley de Transparencia señala tres casos en que particularmente puede entenderse afectada la seguridad de la Nación; cuales son si la información se refiere a la defensa nacional, la mantención del orden público o de la seguridad pública.

El precepto es desafortunado desde muchos aspectos. En primer lugar, y como ya hemos anotado, porque a diferencia de legislaciones

compradas no señala que, además de la afectación o daño el antecedente debe referirse a alguno de estos tres campos, sino que dispone que la afectación debe considerarse particularmente cuando la información atañe a esas materias, provocando innecesarias dudas acerca de su alcance, particularmente a la hora de determinar si se trata de casos en que pueda presumirse esa afectación, inteligencia que parece avenirse con el lenguaje del texto, pero que hemos terminado por descartar por llevar a resultados del todo incompatibles con la Carta Fundamental. Esa materia ya ha sido tratada.

La redacción de la norma es también infeliz por el uso del término "particularmente", el que manifiesta que esta enumeración no es taxativa, cuestión que parece dejar entregada al intérprete la determinación de los restantes campos en que puede afectarse la seguridad de la Nación, lo que no es compatible con la Carta Constitucional que reserva sólo al legislador (y por mayoría calificada) determinar los casos en que será afectada la defensa de la Nación.

Una tercera cuestión criticable del precepto es que, aunque la enumeración no sea taxativa, cualquier modo de entender la defensa de la Nación incluye alguna información que no se verifica en el campo de la defensa, sino de las relaciones exteriores, cuya reserva puede resultar exigida para la defensa de la integridad territorial de la Nación. Piénsese por ejemplo en la divulgación de aspectos estratégicos de la defensa de límites en foros internacionales o para contrarrestar los esfuerzos que despliegan terceros países en aras de avanzar sus intereses en el mismo campo.

Por último, también juzgamos como un error de redundancia la alusión del numeral 3) a la seguridad y al orden públicos, pues no nos resulta posible dar significado alguno a estos términos que sea diverso a los casos ya incluidos, con mucho más propiedad y precisión en el numeral 1, letra a) del mismo artículo 21, que alude a los eventos en que la publicidad dañe o venga en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito. En efecto, la seguridad pública sólo puede entenderse afectada por la comisión de delitos comunes y el orden público por ilícitos que lo alteren. En esas condiciones, si ya el desmedro de la necesaria prevención,

investigación y persecución de tales ilícitos se encontraba contemplada como causal para mantener en reserva los actos y resoluciones cuya divulgación pudieren afectar esas capacidades de enfrentar delitos, ¿qué otra información podría estar aludida e este numeral 3 al mencionarse la mantención del orden y la seguridad públicas? No logramos avizorarlo.

Conforme al elemento lógico de interpretación, estimamos que la referencia a la defensa nacional, contenida en el numeral 3) en análisis, debe entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 101 de la Carta Fundamental, que remite directamente a las Fuerzas Armadas, las que, obedientes, no deliberantes y dependientes del poder civil, "existen para la defensa de la Patria y son esenciales para la seguridad nacional", según dispone el precepto aludido. Si estamos a las tareas que una democracia encarga a las Fuerzas Armadas para la "seguridad nacional", el concepto queda confinado fundamentalmente al significado que siempre tuvo antes de la irrupción de la doctrina del militarismo en la década de los 60 y 70, cual es, la tarea profesional de la defensa de la integridad territorial de Chile, por medio del despliegue bélico preventivo o actual. La referencia reafirma el sentido restringido de seguridad de la Nación por el que veníamos abogando.

También cabe examinar a este respecto lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 20.285. Recordemos que la disposición alude al tiempo que debe mantenerse en secreto o reserva un acto o documento que ha sido sometido a este régimen excepcional, y que, en su inciso tercero, ya transcrito en apartados anteriores, dispone, como regla excepcional, que la reserva debe de mantenerse indefinidamente, entre otros casos que interesa destacar aquí, cuando el acto o documento pertenezca al ámbito de la defensa nacional y su conocimiento pueda afectar la integridad territorial de Chile; la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites; la defensa internacional de los derechos de Chile, y la política exterior del país de manera grave. Como resulta fácil de imaginar, en cada uno de los campos mencionados, y especialmente en el primero relativo a la integridad territorial, el bien jurídico mediatamente afectado es el de la seguridad

de la Nación. Estos son casos entonces en que el legislador ha dispuesto un plazo de secreto o reserva, pero donde, al hacerlo, ha precisado que ellos son sub especies de la seguridad de la Nación, del interés nacional o de ambos. En este caso, el legislador ha sido claro de un modo que se echa en falta en el artículo 21, pues ha definido que la defensa nacional es el área a la cual el documento debe pertenecer y ha precisado una serie de bienes más específicos que los dos en análisis que, en caso de ser afectados, permiten decretar el secreto o reserva (de manera indefinida).

De ese modo, los artículos 21 y 22 de la Ley 20.285 refuerzan la interpretación mínima del concepto de seguridad de la Nación por la que abogamos como más conforme a una república democrática en la que rige un Estado de Derecho y no la discreción de quienes tienen el poder de decidir en nombre de conceptos indeterminados.

2. La situación en que ha quedado el artículo 436 del Código de Justicia Militar.

El artículo 436 del Código de Justicia Militar, introducido por la Junta de Gobierno, en noviembre de 1987, es, por la amplitud de sus términos, el candidato perfecto a ser invocado como causal de reserva de los actos y documentos relativos a la defensa nacional, ciertamente mucho más comprensivo y explícito que la Ley 20.285. Le transcribimos a continuación, para luego proceder a examinar cómo es que engarza con la cuestión en examen:

***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.”*

Desde luego, digamos que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° transitorio de la Constitución y primero transitorio de la Ley 20.285, debe entenderse que este precepto no ha sido derogado por no ser una ley de quórum calificado, requisito formal que se entiende cumplido, a condición que establezca secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Carta Fundamental. Al menos prima facie, resulta posible argumentar que el precepto establece secreto o reserva por la causal de la defensa nacional, que se encuentra establecida en el artículo 8° de la Carta Fundamental. No nos parece que éste sea problema de constitucionalidad que tiene el artículo 436 del Código de Justicia Militar, sino el que pasamos a referir.

El encabezado de la disposición que analizamos establece como secretos documentos bajo la sola condición de que su contenido “se relacione directamente con la seguridad del Estado, la defensa nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas...”. Aún suponiendo que todas estas causales pudieran entenderse dictadas en razón de la seguridad de la Nación, cuestión particularmente difícil de defender en lo que dice relación con la seguridad de las personas, el problema mayor de constitucionalidad que, a nuestro juicio, presenta el precepto es que determina la reserva por el sólo hecho de que el contenido de un documento se relacione directamente con un determinado bien jurídico, al margen y con entera independencia de que pueda afectarlo o dañarlo.

Como hemos argumentado, el artículo 8° de la Carta Fundamental exige al legislador, para que pueda determinar el secreto o reserva, que la publicidad del acto o Resolución afecte la seguridad de la Nación, y no que el documento se refiera a ellos. Hemos expuesto también la importancia de diferenciar entre estas dos cuestiones. Es distinto que un documento se refiera o concierna a una determinada materia a que afecten negativamente o dañen un bien jurídico. El cumplimiento del primer requisito es una cuestión más o

menos mecánica, propia de la catalogación o clasificación de un documento o acto, mientras la segunda implica un juicio de valor, para así apreciar el daño que se alega.

En el sentido indicado en el párrafo anterior, nos parece evidente que el precepto del artículo 436 del Código de Justicia Militar no cumple con el requisito de constitucionalidad que exige el artículo 8° de la Carta Fundamental, pues en el ni el legislador, ni autoridad o funcionario alguno quedan autorizados para apreciar si se encuentra afectada o dañada la seguridad de la Nación o si quiera la capacidad de la defensa nacional o amenazada o dañada la seguridad del Estado o el orden público interior. Por el contrario, la norma no admite esta apreciación estableciendo como suficiente que el contenido del documento se relacione directamente con estas materias.

A nuestro juicio el único modo de compatibilizar la norma de justicia militar que analizamos con la Carta Fundamental consistiría en interpretar que lo que este hace es simplemente establecer, en sus cuatro numerales, un listado de clases o tipos de documentos, respecto de los cuales debe luego enjuiciarse si afectan o dañan la seguridad de la Nación. Esa inteligencia del precepto lo haría compatible con el artículo 8° de la Carta Fundamental. El problema con esta inteligencia de la norma es que no se compadece con el claro tenor de su encabezado, al que, como hemos dicho, le es suficiente que el contenido del documento se relacione directamente con las cuestiones que enumera. En esas condiciones nos parece que ninguna interpretación de la norma que respete su propio tenor literal se aviene con la Carta Fundamental.

Tampoco nos parece posible admitir la constitucionalidad del artículo 436 del Código de Justicia Militar sobre la base de entender, como nos pareció posible hacerlo con los documentos que establezcan la planificación militar o estratégica, que establece el artículo 22° de la Ley 20.285, que es el propio legislador el que ha entendido que en todos los casos del artículo 436 del Código de Justicia Militar debe entenderse afectada la seguridad de la Nación. Esa argumentación no nos parece sostenible, pues implicaría pensar que el conocimiento público de cualquier documento que concierna a la defensa nacional o al orden público interno afecta la seguridad de la Nación. Ello resulta

simplemente absurdo, como hemos demostrado, a través de ejemplos, en otro acápite de este trabajo.

Para entender lo señalado, debe tenerse presente que la norma del Código de Justicia Militar, a diferencia de lo que hace la Constitución el artículo 21° de la Ley 20.285, no le entrega discreción a nadie para juzgar la afectación de nada. Obliga al secreto de los documentos por el sólo hecho de relacionarse su contenido directamente con las cuestiones allí indicadas. Introducirle algún grado de discreción implica procurar hacerlo compatible con el sistema que la Carta Fundamental establece, pero tal esfuerzo resulta –como hemos argumentado– contrario a los propios términos del artículo 436 del Código de Justicia Militar.

3. Los campos o materias en el derecho comparado.

Para otorgar un significado al concepto de seguridad de la Nación, vienen a nuestro auxilio algunas restricciones a que somete esta causal el derecho comparado. En primer lugar cabe considerar el sistema vigente en los **Estados Unidos de Norteamérica** que, como hemos señalado es uno de los más antiguos e influyentes del mundo. Como también hemos esbozado ya, la legislación contenida en la FOIA y en los “Executive Orders”, dictados en conformidad a ella, establecen, desde luego, la publicidad como regla general y, como una de las excepciones a ella el hecho que, de la revelación de los antecedentes pueda razonablemente esperarse un daño a la seguridad nacional, daño que debe poder ser identificado y descrito específicamente por la autoridad que lo alega. Hemos dicho ya también que la gravedad del daño determina el tipo de confidencialidad y su duración. La “Executive Order” hoy vigente define seguridad nacional como defensa nacional o relaciones internacionales de los Estados Unidos y la expresión daño a la seguridad nacional queda definida, consecuentemente, como daño a la defensa nacional o a las relaciones exteriores de los Estados Unidos a partir de la divulgación no autorizada de información, teniendo en

consideración aspectos como la sensibilidad, valor, utilidad y procedencia de la información.⁹⁸

Así, en ese país, que tanto más que el nuestro tendría que temer por su seguridad, la cuestión de la defensa nacional, no sólo exige de un daño específico que debe de poder identificarse por quien lo alega, sino que, además, es reducido sólo a los campos de la defensa y de las relaciones exteriores.

En los Estados Unidos de Norteamérica, para decretar la reserva de la información, no basta con que se acredite el daño a la seguridad de la Nación, en alguno de los dos campos ya referidos. Es necesario, además, que la información concierna a algunas de las ocho categorías que listamos a continuación.⁹⁹ Debe subrayarse entonces que en ese país al requisito de daño específico y de determinada entidad a la seguridad de la Nación, la que además debe poder explicarse específicamente, deben sumarse copulativamente como requisitos para la reserva, el hecho de que el documento concierna o se refiera a alguna materia en particular de la defensa o de las relaciones exteriores, las que pasamos a exponer. Al margen de ellas no puede alegarse un daño a la seguridad nacional y pretenderse la reserva o confidencialidad de un antecedente:

- **Planes militares sistemas de armas u operaciones.¹⁰⁰**

Esta causal ha permitido algunos fallos adversos a la pretensión de publicitar equipamientos militares, la capacidad de combate de

⁹⁸ Los dos conceptos están contenidos en las letras (j) e (y) de la Executive Order vigente, cuyo tenor en inglés es el siguiente: "(j) *Damage to the national security*" means harm to the national defense or foreign relations of the United States from the unauthorized disclosure of information, taking into consideration such aspects of the information as the sensitivity, value, utility, and provenance of that information. ... (y) "*National security*" means the national defense or foreign relations of the United States.

⁹⁹ En el idioma original la Executive Order hoy vigente, al igual que sus antecesoras dispone lo siguiente: information shall not be considered for classification unless it concerns:

¹⁰⁰ En el idioma original military plans, weapons systems, or operations

las tropas para ciertas batallas y la información sobre tropas extranjeras.¹⁰¹

▪ **La información sobre gobiernos extranjeros.**¹⁰²

Esta causal se encuentra definida por la misma Orden Ejecutiva vigente, de un modo que incluye aquella información provista al gobierno de los Estados Unidos por uno o más gobiernos extranjeros o una organización internacional, así como la información producida por el gobierno de los Estados Unidos relativa a o como resultado de acuerdos con un gobierno extranjero o de una organización internacional.¹⁰³ La jurisprudencia ha venido a explicar que esta causal debe aplicarse allí donde sea de temer que la divulgación de la información rompa promesas expresas de confidencialidad hechas a un gobierno extranjero o que debilite la disposición de cooperación de los gobiernos extranjeros, con los consiguientes efectos negativos en las relaciones exteriores, particularmente en cuanto a la confiabilidad de los Estados Unidos para continuar recibiendo información.¹⁰⁴

▪ **Actividades de inteligencia, incluyendo métodos y fuentes, así como criptología.**¹⁰⁵

Respecto de este punto la jurisprudencia ha sido particularmente enfática en negar el acceso a toda información directa o que pueda conducir a la identificación de personas que trabajan encubiertamente, como espías, o que proveen información de inteligencia, considerando que ello podría permitir

¹⁰¹ Ver casos Taylor v. Dep't of the Army, 684 F.2d 99, 109 (D.C. Cir. 1982); Tawalbeh v. U.S. Dep't of the Air Force, No. 96-6241, slip op. at 10-11 (C.D. Cal. Aug. 8, 1997); Pub. Educ. Ctr., 905 F. Supp. at 21, y Wash. Post Co. v. DOD, No. 84-2403, slip op. at 3 (D.D.C. Apr. 15, 1988).

¹⁰² En el idioma original foreign government information.

¹⁰³ Puede consultarse la definición en la letra (r) de la Executive Order vigente.

¹⁰⁴ Ver casos Peltier v. FBI, 218 F. App'x 30, 31 (2d Cir. 2007); Miller v. DOJ, 562 F. Supp. 2d 82, 102 (D.D.C. 2008), y Azmy v. DOD, 562 F. Supp. 2d 590, 600 (S.D.N.Y. 2008)

¹⁰⁵ En el idioma original intelligence activities (including special activities), intelligence sources or methods or cryptology.

actividades hostiles en su contra, aún cuando ya se encuentren inactivos.¹⁰⁶ Similar criterio ha servido para denegar información que directa o indirectamente pueda permitir descifrar antecedentes encriptados.¹⁰⁷

▪ **Relaciones exteriores o actividades de los Estados Unidos en el exterior, incluyendo fuentes confidenciales.¹⁰⁸**

Esta causal ha servido a la jurisprudencia para explicar que el acceso a los antecedentes debe de negarse cuando ella amenace el libre flujo de información entre los gobiernos o el trabajo mancomunado entre ellos. De igual modo ha servido para proteger la identidad de las personas que entregan información al gobierno de los Estados Unidos en países con los que este mantiene relaciones tensas.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Ver casos Schrecker v. DOJ, 254 F.3d 162, 166 (D.C. Cir. 2001); Jones v. FBI, 41 F.3d 238, 244 (6th Cir. 1994); Singh v. FBI, 574 F. Supp. 2d 32, 42-43 (D.D.C. 2008); Schoenman v. FBI, 575 F. Supp. 2d 136, 153, 156 (D.D.C. 2008); Cozen O'Connor v. U.S. Dep't of Treasury, 570 F. Supp. 2d 749, 774 (E.D. Pa. 2008); Azmy, 562 F. Supp. 2d at 599 (S.D.N.Y. 2008); Miller, 562 F. Supp. 2d at 105 (D.C.C. 2008); Rubin v. CIA, No. 01-CIV-2274, 2001 WL 1537706, at *3 (S.D.N.Y. Dec. 3, 2001); Schrecker v. DOJ, 14 F. Supp. 2d 111, 117-18 (D.D.C. 1998); Bassiouni v. CIA, 392 F.3d 244, 245 (7th Cir. 2004), y Wash. Post v. DOD, 766 F. Supp. 1, 7 (D.D.C. 1991).

¹⁰⁷ Ver casos McDonnell v. United States, 4 F.3d 1227, 1244 (3d Cir. 1993) y Gilmore v. NSA, No. C92-3646, 1993 U.S. Dist. LEXIS 7694, at *18-19, *22-23 (N.D. Cal. May 3, 1993).

¹⁰⁸ En el idioma original "Foreign relations or foreign activities of the United States, including confidential sources."

¹⁰⁹ Ver casos Peltier, 218 F. App'x at 31 (2d Cir. 2007); Bassiouni, 392 F.3d at 246 (7th Cir. 2004); Schoenman, 575 F. Supp. 2d at 153 (D.D.C. 2008); Miller, 562 F. Supp. 2d at 102-04, 107 (D.C.C. 2008); ACLU v. DOD, 389 F. Supp. 2d 547, 561 (S.D.N.Y. 2005); Wolf v. CIA, 357 F. Supp. 2d 112, 116 (D.D.C. 2004); Linn v. DOJ, No. 92-1406, 1995 WL 631847, at *26 (D.D.C. Aug. 22, 1995) y Keenan v. DOJ, No. 94-1909, slip op. at 9-11 (D.D.C. Dec. 16, 1997). Respecto de la información que pudiere identificar a quienes colaboran con los Estados Unidos desde países con los que se mantienen relaciones tenues o tensas, ver especialmente Wheeler v. DOJ, 403 F. Supp. 2d 1, 12 (D.D.C. 2005).

- **Materias científicas, tecnológicas o económicas relativas a la seguridad nacional, incluyendo la defensa contra el terrorismo internacional.**¹¹⁰

No hemos encontrado casos que nos ayuden a entender el alcance de esta causal.

- **Programas gubernamentales para proteger instalaciones o material nuclear.**¹¹¹

La jurisprudencia en esta materia incluye casos que han denegado el acceso a la información que reflejaría el tipo de ataques que se requerirían para hacer vulnerable una instalación nuclear.¹¹²

- **Capacidades o vulnerabilidad de los sistemas, instalaciones, infraestructura, proyectos, planes o servicios de protección relativos a la seguridad nacional, lo que incluye defensa contra el terrorismo internacional.**¹¹³

La jurisprudencia relativa a esta causal ha abarcado cuestiones variadas, que van desde planes de evacuación militar hasta antecedentes acerca de los dispositivos de seguridad de la limusina del Presidente de la República.¹¹⁴

¹¹⁰ En el idioma original: "Scientific, technological, or economic matters relating to the national security, which includes defense against transnational terrorism;"

¹¹¹ En el idioma original: "United States Government programs for safeguarding nuclear material or facilities;"

¹¹² Ver casos Weinberger v. Catholic Action of Haw., 454 U.S. 139, 144-45 (1981); Abbots v. NRC, 766 F.2d 604, 607 (D.C. Cir. 1985), y Loomis v. DOE, No. 96-149, 1999 WL 33541935, at *6 (N.D.N.Y. Mar. 9, 1999).

¹¹³ En el idioma original, "Vulnerabilities or capabilities of systems, installations, infrastructures, projects, plans, or protection services relating to the national security, which includes defense against transnational terrorism."

¹¹⁴ Ver casos Miller 562 F. Supp. 2d at 101 (D.D.C. 2008); Judicial Watch, Inc. v. DOT, No. 02-566, 2005 WL 1606915, at 8 (D.D.C. July 7, 2005); Pub. Educ. Ctr., Inc. v. DOD, 905 F. Supp. 19, 21 (D.D.C. 1995), y U.S. News & World Report v. Dep't of the Treasury, No. 84-2303, 1986 U.S. Dist. LEXIS 27634, at *3 (D.D.C. Mar. 26, 1986).

▪ **Armas de destrucción masiva.**¹¹⁵

En la definición de esta causal, respecto de la cual no hemos encontrado jurisprudencia, la Executive Order vigente incluye armas químicas, biológicas, radiológicas y nucleares.

Las legislaciones **canadienses e irlandesas** tienen listados similares a los señalados de los Estados Unidos, los que también aparecen como requisitos copulativos al daño.¹¹⁶ Al igual que en Estados Unidos, la legislación de Irlanda sólo contempla como únicas categorías de documentos que pueden dañar la seguridad a aquellos que se refieren a materias de defensa o de relaciones exteriores.

La **Convención Europea de Derechos Humanos**, en el inciso segundo de su artículo 10, ya transcrito en inglés en nota anterior, establece las causales en cuyo interés o protección pueden los Estados, en virtud de una ley, y siempre que sea necesario a la democracia, restringir la libertad de expresión, incluyendo el acceso a la información. En ella aparecen como cuestiones distintas la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública y la prevención de desórdenes y crímenes. En el tiempo que dispusimos para este trabajo, no encontramos fallos de la Corte Europea que explicaran alguno de estos conceptos o que permitieran distinguirlos.

En el caso de **Inglaterra** no parecen haber en la "FOIA 2000" campos o materias que queden relacionadas con la seguridad nacional. La Guía del Comisionado para Asuntos de Información que ya hemos mencionado, señala que el concepto de seguridad nacional no está definido en la ley y es capaz de una interpretación amplia. Añade que los intereses de la seguridad nacional no se limitan a la prevención directa de ataques militares o terroristas en el Reino Unido, sino que incluyen la seguridad de sus ciudadanos en el exterior, la protección de la constitución democrática, la operación efectiva de los organismos de

¹¹⁵ En el original weapons of mass destruction.

¹¹⁶ El listado de Canadá aparece mencionado por García y Contreras, Op.Cit., 2009, mientras que las categorías irlandesas pueden consultarse en el texto ya citado de López Ayllón y Posadas (2007), página 42 y siguientes.

seguridad y la colaboración con otros países en el combate al terrorismo.¹¹⁷

Como puede apreciarse, de los países examinados, salvo el caso inglés que acepta un concepto amplio de seguridad nacional, los demás restringen la posibilidad de mantener en reserva un antecedente en nombre de este valor, a materias específicas y constreñidas a la defensa diplomática o bélica de la integridad del país en contra de agresiones externas, sean estas militares o terroristas.

C. Criterios útiles para continuar construyendo el significado del concepto de "seguridad de la Nación", que emanan de los elementos lógico y sistemático de interpretación, los que conducen a la teoría de la argumentación.

1. Cuestiones ya establecidas como comunes a las dos causales.

Ya hemos concluido en el apartado III y no es del caso volver a desarrollarlo, que la noción misma de que la seguridad de la Nación sólo se constituye en causal que legitima la reserva cuando resulta afectada, se sigue necesariamente que no basta con que la información que se trata de publicitar o mantener en reserva diga relación o se refiera a cuestiones de seguridad de la Nación; sino que quien pretende la reserva debe identificar un daño más o menos específico y grave, que, con cierto grado de probabilidad, se siga de la divulgación de la información; el que, por su carácter excepcional, no cabría presumir, a lo menos por parte de la jurisprudencia. Sólo hacen excepción a estas regla los actos y documentos que establecen la planificación militar y estratégica de la defensa.

Dijimos también y no volveremos a ello, pero vale la pena registrarlo nuevamente, que la seguridad de la Nación será definida en

¹¹⁷ Los términos en inglés son los siguientes: "National security" is not defined in law but it is capable of a wide interpretation. The interests of national security are not limited directly to preventing military and terrorist attacks on the UK but include the safety of UK citizens abroad, the protection of our democratic constitution, the effective operation of national security bodies, and co-operation with other countries in fighting international terrorism. ". En <http://www.ico.gov.uk>.

cuanto a algún preciso grado de afectación posible, en la medida que se determinen los grados de adecuación y de necesidad que deba reunir la medida restrictiva de la información, y por último, por la forma en que este valor sea pesado o ponderado con el del libre acceso a la información.

Sostuvimos que todos los anteriores eran estándares comunes a la seguridad de la Nación y al interés nacional. A continuación revisaremos algunos criterios con que, en algunos casos relevantes del derecho comparado, esos estándares han sido aplicados específicamente a la seguridad de la Nación, del Estado o nacional, según los diversos sistemas mencionan el valor que quieren proteger en contra de divulgaciones que lo dañen.

2. Estándares argumentativos de esta causal en el derecho internacional y comparado.

Como ha quedado anunciado, se trata de destacar características específicas aplicables a la lógica argumentativa y carga de prueba cuando se invoca esta causal en el derecho comparado.

En los Estados Unidos de Norte América, como ya se ha dicho, las autoridades administrativas que pretendan mantener en secreto o reserva una información deben ser capaces copulativamente de:

a) Identificar que se encuentran “especialmente autorizados bajo alguno de los criterios establecidos en la Orden Ejecutiva (presidencial) para mantener el secreto, en interés de la seguridad nacional, entendida ésta sólo referida a la defensa o a las relaciones exteriores de los Estados Unidos;

b) Dar razones específicas para entender que los antecedentes han sido adecuadamente reservados bajo un criterio establecido en la Orden Ejecutiva (presidencial) que ordena la reserva;

c) Convencer que razonablemente pueda estimarse que la divulgación no autorizada de la información produzca daños en la seguridad nacional. Si se quiere pasar de la confidencialidad al secreto, debe acreditarse que esos daños probables serían excepcionalmente graves (top secret) o que, al menos se trataría de daños serios

(secret). De lo contrario, sólo cabría mantenerlos como confidenciales, y

d) Debe acreditar además que la información se refiera o concierna a algunas de las categorías aludidas en una Orden Ejecutiva (presidencial) vigente.¹¹⁸

Además de estos requisitos, establecidos en la legislación, la jurisprudencia ha establecido algunos parámetros argumentativos específicos para esta causal, que vale la pena registrar:

- **El criterio de la buena fe.** El más antiguo y persistente de los criterios de examen jurisprudencial,¹¹⁹ determina que la información debe haber sido reservada del conocimiento público en genuina defensa de la seguridad nacional, y no para proteger otros intereses particulares o encubrir acciones reprochables o ilícitas. La prueba de la mala fe corresponde a quien la alega, el debe mostrar al menos cierta evidencia tangible de su existencia. En razón de este criterio, se ha ordenado abrir información que se pretendía reservada en razón de seguridad nacional, cuando se acredita que se ha empleado como excusa para no entregar aquella documentación que toma tiempo encontrar o cuando todo lo que se quiere proteger son criterios archivísticos o por razones diversas a la que se invoca.

120

¹¹⁸ Las referencias a estos requisitos ya han sido hechas en notas que anteceden. Aluden todas a la FOIA (Sección B) y a la Executive Order dictada por George Bush, secciones 1.2. y 1.4.

¹¹⁹ Según López Ayllón y Posadas, (op. Cit. ,2007), habría sido la única exigencia jurisprudencial hasta 1978, en que se resolvió el caso Ray v. Turner por la Corte del Distrito de Columbia.

¹²⁰ Entre otros, esta causal aparece aplicada en los siguientes casos: Carney v. DOJ, 19 F.3d 807, 812 (2d Cir. 1994) ; Alley v. HHS, No. 07-0096, 2008 U.S. Dist. LEXIS 106884, at *19-20 (N.D. Ala. May 8, 2008); Trentadue v. FBI, No. 04-772, 2007 WL 2781880, at *2 (D. Utah Sept. 20, 2007); Citizens for Responsibility & Ethics in Wash. v. DOJ, No. 05-2078, 2006 WL 1518964, at *3-6 (D.D.C. June 1, 2006); Caton v. Norton, No. 04-439, 2005 WL 1009544, at *5 (D.N.H. May 2, 2005) Gilmore v. DOE, 33 F. Supp. 2d 1184, 1190 (N.D. Cal. 1998); Heily, 69 F. App'x at 174; Ruotolo v. DOJ, 53 F.3d 4, 11; Weisberg v. DOJ, 627 F.2d 365, 371 (D.C. Cir. 1980); El Badrawi v. DHS, 583 F. Supp. 2d 285, 299-301 (D. Conn. 2008) ; Kozacky & Weitzel, P.C. v. United States, No. 07-2246, 2008 WL 29779, at *19-20 (N.D. Ill.

La propia Orden del Ejecutivo vigente especifica ya, a partir de la jurisprudencia de la buena fe, que no debe reservarse información con el fin de encubrir violaciones a la ley, ineficacia o error en la administración pública con el propósito de evitar el desprestigio de personas, organizaciones o autoridades; con la intención de restringir la competencia, o con el fin de posponer la publicidad de información que no requiere protección por motivos de seguridad nacional.

- **Dar razones suficientes sobre daño específico.** Fundado en el propio lenguaje de la FOIA y de subsecuentes "Executive Orders", la jurisprudencia ha exigido, en aquellos casos que admite a tramitación y hace un examen "de novo" de la suficiencia de los criterios para mantener la reserva, que se le señale específicamente el daño que la divulgación del documento produciría a la seguridad nacional. En consecuencia, ha rechazado la pretensión de la Administración en aquellos casos en que se afirma "al bulto" y sin especificarlos, que la publicidad dañaría la defensa o las relaciones exteriores de los Estados Unidos, exigiendo descripciones de contexto, suficientemente particulares y elaboradas, que conecten razonada y suficientemente la publicidad de los documentos con los daños que se alegan y ello respecto de cada documento que se pretende mantener en reserva.¹²¹
- **Las razones deben ser objetivamente razonables y plausibles.** Las razones para mantener un documento secreto

Apr. 10, 2008), y Pa. Dep't of Pub. Welfare v. United States, No. 99-175, 1999 WL 1051963, at *3 (W.D. Pa. Oct. 12, 1999)

¹²¹ Entre otros casos que desarrollan o citan el criterio de la especificidad, ya sea para acoger o rechazar la publicidad, pueden verse: Ray v. Turner, 587 F. 2d 1187 (D.C. Cir. 1978); Rossenfeld v. DOJ, 57 F 3d 803,807 (9th Cir., 1995); Oglesby v. US. Dept. of the Army, 79 F3d 1172, 1179-84 (D.C. Cir., 1996); Camppbell v. DOJ., F3d 20, 31, 37 (DC. Cir. 1998; Halpern v. FBI, 181 F 3d 279, 293 (2d Cir.,1999); Schrecker v. DOJ, 217 F. Supp. 2d 29, 35 (D.D.C. 2002), *aff'd*, 349 F.3d 657 (D.C. Cir. 2003); SafeCard Servs. v. SEC, 926 F.2d 1197, 1200-02 (D.C. Cir. 1991); Goland v. CIA, 607 F.2d 339, 352 (D.C. Cir. 1978); Schoenman v. FBI, No. 04-2202, 2009 WL 763065, at *28 (D.D.C. Mar. 19, 2009), y Fla. Immigrant Advocacy Ctr. v. NSA, 380 F. Supp. 2d 1332, 1343 (S.D. Fla. 2005).

deben objetivamente pasar el test de la razonabilidad y resultar plausibles, según han afirmado los tribunales.¹²²

- **Deferencia.** Cumplidos los requisitos anteriores, los tribunales federales de los Estados Unidos han sido consistentes para sostener que no les corresponde sustituir el juicio experto de los agentes y funcionarios de seguridad del Gobierno en estimar la probabilidad de un daño a la seguridad nacional en caso de hacer público un antecedente determinado. Han dicho que estos funcionarios son los que, por su posición, están en mejores condiciones de ver el panorama (la película) completo. En consecuencia, sin perjuicio de revisar su criterio, dan un peso “alto y sustancial” al juicio de esos funcionarios que tienen responsabilidad en la materia, quienes, por lo mismo, se encuentran en una posición privilegiada y única para apreciar el daño; y que, en cambio, los jueces no están en situación de hacer juicios acertados en sustitución de los criterios de las agencias ejecutivas. Han sido también reacios a aceptar criterios de expertos, incluso de ex funcionarios de esas mismas agencias que no forman parte del Gobierno y que pretenden confrontar sus criterios.¹²³ Al justificar estos criterios deferentes, los tribunales han argumentado que este estándar de deferencia en la magnitud del interés comprometido y los riesgos potenciales involucrados.¹²⁴

¹²² El criterio es resumidamente recordado en el caso ACLU v. DOJ, 321 F. Supp. 2d 24, 35 D.C. Cir., 2004). Si seguimos a López Ayllón y Posadas, la saga se inicia con el caso Ray v. Turner, resuelto en 1978, en que se habría analizado, por primera vez, el mérito y la propiedad de la clasificación reservada efectuada por los funcionarios del Ejecutivo.

¹²³ El criterio aparece desarrollado en varios casos por las Cortes Federales, tales como: Spirko v. USPS, 174 F.3d 992,997 D.C.Cir., 1998; ACLU v. DOD, 406 F. Supp. 2d 330, 333 (D.D.C. 2006); Students Against Genocide v. Dep't of State, 257 F.3d 828, 837 (D.C. Cir. 2001) ; Halperin v. CIA, 629 F.2d 144, 148 (D.C. Cir. 1980); Bowers v. DOJ, 930 F.2d 350, 357 (4th Cir. 1991); Doherty v. DOJ, 775 F.2d 49, 52 (2d Cir. 1985); Taylor v. Dep't of the Army, 684 F.2d 99, 109 (D.C. Cir. 1982); Azmy v. DOD, 562 F. Supp. 2d 590, 597 (S.D.N.Y. 2008), y ACLU v. DOJ, 429 F. Supp. 2d 179, 188 (D.D.C. 2006). No hemos encontrado casos de testimonios de ex agentes que aparezcan despreciados. La referencia ha sido tomada de López Ayllón y Posadas, op.cit., 2007.

¹²⁴ Nat'l Sec. Studies v. DOJ, 331 F.3d 918, 928 (D.C. Cir. 2003), citando el caso CIA v. Sims, 471 U.S. 159, 179 (1985).

- **Daño Probable.** Los tribunales han aceptado como suficiente la amenaza de daño, aceptando que se trata de un juicio especulativo, que no necesita demostrar daño actual o inminente.¹²⁵

Ya hemos señalado que, en el caso de la **legislación inglesa**, la seguridad nacional constituye una causal de excepción, que requiere ser balanceada en relación a los beneficios que la divulgación pueda producir para el interés público y que, además, requiere una prueba de daños, salvo que se trate de información por o relativa a órganos encargados de asuntos de seguridad. Hemos anotado también que la reglamentación de esta causal exige que la excepción aparezca requerida con el propósito de salvaguardar la seguridad nacional; que la autoridad pública requerida es quien debe demostrar el efecto dañino de divulgar la información. Agregamos ahora que el estándar para juzgar la probabilidad del daño, exige al menos que las posibilidades de su ocurrencia sean mayores que la hipótesis contraria; que el daño no debe ser trivial, y que la autoridad pública debe suministrar evidencia de todo ello, no siendo suficientes opiniones meramente especulativas. De ese modo, valga subrayar, una vez más que para la legislación inglesa el secreto o reserva no procede simplemente porque la información se relacione con la seguridad nacional, sino que ella sea requerida, con los estándares ya anotados, para salvaguardarla. La guía del Comisionado para la Información Pública, ya citada anteriormente agrega que la expresión "requerida" quiere decir "razonablemente necesaria"; lo que implica un estándar inferior a vital, pero ciertamente superior a útil o conveniente. También reitera, en relación específica a esta causal que los funcionarios públicos deben mostrar evidencia de que la divulgación de la información en cuestión represente una amenaza "real y específica" a la seguridad nacional. Agrega esta misma guía que la explicación de los funcionarios públicos no debe ser tanta que exija o equivalga a la divulgación misma de la información en cuestión, pero que debe ser la máxima posible.

En un caso que afectaba la seguridad nacional, en que se trató precisamente de la posibilidad de conocer un borrador que aparecía

¹²⁵ Véase Halperin v. CIA, 629 F2d 144, DC Cir., 1980.

entre los antecedentes que habían conducido a Inglaterra a la guerra de Irak, y que terminó fallado a favor de su publicidad, la Corte precisamente aplicó los criterios que venimos señalando, subrayando, entre otros, la importancia que el caso habría tenido la falta de evidencia suministrada por el gobierno para sustentar la alegación de daño a la seguridad nacional. De igual modo, resulta interesante verificar como, en el caso, la Corte valoró el interés público en su conocimiento, fundado en la importancia del debate público acerca de las razones que habían llevado y podían continuar legitimando la presencia de tropas inglesas en la guerra en Irak.¹²⁶

En la **legislación Irlandesa**, el Freedom of Information Act de 1997 también contempla la seguridad nacional como causal de reserva de documentos. Al igual que en el caso de los Estados Unidos de Norte América, la legislación contempla una serie de numerales que especifican documentos que deben considerarse de seguridad nacional, pero ello sólo constituye el primer paso, pues quien niega acceso al documento debe “demostrar haber considerado la expectativa razonable a la seguridad del Estado, su defensa, las relaciones internacionales o las cuestiones relacionadas con Irlanda del Norte. Este perjuicio implica la determinación del daño potencial, como primer paso, y la evaluación de la expectativa razonable de que se produzca tal daño.”.¹²⁷ “Un tomador de decisiones debe primero identificar el daño potencial ... que protege la excepción ... y una vez identificado tal daño, considerar la racionalidad de cualquier expectativa de que el daño ocurra.”.¹²⁸ Como puede verse, al test de daño y ponderación, los Irlandeses han agregado criterios análogos a los de los Estados Unidos de Norte América respecto a la necesidad de acreditar un daño

¹²⁶ El caso, conocido como “Irak Case” se inició con un requerimiento de febrero de 2005 efectuado por el señor Christopher Ames, rechazado en mayo de ese año, reclamado ante el Comisionado para la Información el 9 de septiembre del mismo año y que resultó apelado el 30 de mayo de 2007. El fallo puede ser consultado en [http://www.informationtribunal.gov.uk/Documents/decisions/fco_decision_website.p](http://www.informationtribunal.gov.uk/Documents/decisions/fco_decision_website.pdf)
[df.](http://www.informationtribunal.gov.uk/Documents/decisions/fco_decision_website.pdf)

¹²⁷ López-Ayllón y Posadas, op. cit., 2007, página 42. En la página 41, los mismos autores informan que el test más habitual que debe pasar la probabilidad de ocurrencia del daño es el de una expectativa razonable de que la publicidad pudiera causar daño, pero que hay casos excepcionales que exigen de otros estándares.

¹²⁸ Ibid, página 45.

específico como probable y descomponiendo también la seguridad de la Nación en aspectos que, a diferencia de Chile, son tratados como un requisito copulativo y entre los que incluyen las relaciones internacionales y excluyen cuestiones de persecución criminal, sea de delitos comunes, como ocurre con la seguridad pública, sea que aludan a delitos de motivación política, como los que alteran el orden público.

En la legislación mexicana de 2002, el test de daño a la seguridad nacional, a la defensa o a las relaciones internacionales exige de elementos objetivos que den cuenta del daño, el que debe ser presente, probable y específico.¹²⁹

D. Conclusiones de este apartado IV.

- Construir un concepto de seguridad de la Nación es indispensable. Si bien el test de daños y el juicio de proporcionalidad pueden ayudar, ellos no resultan suficientes y, lo que es más importante, necesitan operar con una noción de seguridad de la Nación, pues esas cuestiones metodológicas no dicen nada acerca de qué es lo que debe quedar dañado, ni establecen cuales son los bienes que debe de ponderarse en relación con el libre acceso a la información. Se necesita igual entonces razonar acerca del significado de este concepto, al interior de la institucionalidad del que forma parte.
- Determinar los límites conceptuales de la “seguridad de la Nación” resulta particularmente problemático. La historia fidedigna del establecimiento de la norma no aporta mayores elementos. La literatura chilena que se refiere específicamente a estos términos empleados en el artículo 8° de la Carta Fundamental y en el numeral 3) del artículo 21 de la Ley 20.285 es escasa. Los esfuerzos de los únicos autores consultados que lo han abordado dan razones semánticas para alejarse de la noción de “seguridad nacional”; pero no logran construir un concepto de “seguridad de la Nación” que acote su significado.
- La doctrina constitucional más reputada o la oficial producida en democracia respecto del concepto de “seguridad nacional”

¹²⁹ López-Ayllón et al. op. cit. (2007), página 56.

argumenta convincentemente acerca de la necesidad de subordinar esta noción a la de bien común, mismo que debe ser definido por medios democráticos, pero reconoce la amplitud del concepto, abarcando cuestiones tales como el desarrollo económico y la cohesión social.

- Adherir al concepto que la doctrina, aún la democrática, ha dado al término “seguridad nacional” implica constituir una causal de reserva de tal amplitud que resulta intercambiable por el de interés público o nacional y, en verdad no quiere decir más que “aquello que conviene al país”, lo que equivale a entregar a su intérprete un amplísimo campo; y, lo que parece más grave, abrir una puerta para que avance e imponga, contra principios democráticos, su propia concepción de lo que conviene al país.
- Mientras el legislador no defina el concepto de seguridad de la Nación a términos más acotados, resulta imposible evitar el riesgo señalado para quienes deben interpretar y aplicar este concepto tan indeterminado. Sólo parece posible aspirar a reducirlo.
- La reducción del concepto, argumentada en base a los valores democráticos de igual dignidad de toda persona, seguridad jurídica y vigencia del derecho y no de la discreción, nos lleva a conceptualizarlo como afectación de la fortaleza bélica y de relaciones exteriores necesaria para que no se arriesgue la integridad del país frente a amenazas externas. Nos parece que los aspectos de desarrollo económico, cohesión social y demás que típicamente se le vinculan son factores que inciden en la seguridad de la Nación, pero no lo hacen directa, sino indirectamente y deben ser descartados.
- El concepto de defensa nacional aludido en el artículo 21 de la Ley 20.285, entendido en armonía con la Carta Fundamental, reafirma esta interpretación.
- En lo que toca a las cuestiones de orden y seguridad públicos mencionados en el numeral 3 del artículo 21, los juzgamos como una redundancia innecesaria de la Ley, pues en contra de esas cuestiones sólo puede atentarse con la comisión de delitos, materia

cuya prevención, investigación y persecución puede ameritar casos de reserva ya contemplados en el numeral 1, letra a) del artículo 21 de la Ley 20.285.

- No nos parece posible hacer una interpretación del artículo 436 del Código de Justicia Militar que sea, a la vez, fiel a sus propios términos y conforme a la Carta Fundamental.
- Si se busca en el derecho comparado, varios sistemas, particularmente el de los Estados Unidos de Norte América y con la sola excepción conocida del derecho inglés, exigen no sólo acreditar que la divulgación de los antecedentes dañe la seguridad nacional, sino además que los antecedentes refieran o pertenezcan a campos taxativamente determinados, únicos en los cuales es posible entender afectado ese valor. En los Estados Unidos, esos campos son únicamente algunos taxativamente enumerados relacionados con la defensa exterior y las relaciones exteriores. Análoga situación ocurre en el derecho irlandés.
- En el derecho de los Estados Unidos de Norte América, la reserva de un documento exige identificar que se encuentran especialmente autorizados bajo alguno de los criterios establecidos en la Orden Ejecutiva (presidencial) para mantener el secreto, en interés de la seguridad nacional, entendida ésta sólo referida a la defensa o a las relaciones exteriores de los Estados Unidos; dar razones específicas para entender que los antecedentes han sido adecuadamente reservados bajo un criterio establecido en la Orden Ejecutiva (presidencial); convencer que razonablemente pueda estimarse que la divulgación no autorizada de la información produzca daños en la seguridad nacional, la magnitud del cual determina el grado y duración del secreto, y además, acreditar que la información se refiera o concierna a algunas de las categorías descritas en la Orden Ejecutiva vigente. Fuera de estos 8 campos no es posible alegar siquiera que pueda ocurrir un daño a la defensa o a las relaciones exteriores y consecuentemente no puede decretarse el secreto o reserva en nombre de la seguridad nacional.

- En cuanto a los criterios argumentativos específicos a esta causal en el derecho comparado, hemos destacado la legislación de los Estados Unidos de Norte América, país en el que se exige que esta causal se invoque de buena fe, cuestión que se presume legalmente, y la Administración debe dar razones específicas, objetivamente razonables y plausibles sobre el daño probable que se alega. Cumplido lo anterior, los Tribunales han sido deferentes con las razones dadas por la Administración para juzgar la probabilidad de un daño a la seguridad, asignando a sus razones un valor alto y sustancial.
- Otros sistemas aportan igualmente criterios argumentativos aplicables a esta causal. Las instrucciones empleadas por el Comisionado inglés son particularmente ricas en establecer estándares de probabilidad y en especificar factores que debieran considerarse en el test de ponderación.

V. El interés nacional y los conceptos contenidos en el numeral 4) del artículo 21 como límites del derecho de acceso a la información.

El presente apartado busca atribuir un sentido y alcance a la expresión "interés nacional", que emplean los artículos 8º de la Carta Fundamental y 21, número 4) de la Ley de Transparencia, así como referirse al sentido que, en relación al anterior concepto, tienen los términos salud pública, relaciones internacionales e intereses económicos y comerciales del país, empleados en el mismo precepto legal citado. Para ello, el apartado se organiza del siguiente modo: En primer lugar, tratará el significado que la expresión "interés nacional" tiene en el derecho chileno, particularmente el que le ha atribuido la historia fidedigna de su establecimiento, la jurisprudencia y la doctrina referida a los 2 preceptos ya aludidos, así como la doctrina más influyente que ha tratado de explicar el alcance del mismo término en cuanto es usado en otras partes de la Carta Fundamental. En el apartado siguiente (B), se revisará si existe alguna causal análoga en el derecho comparado, cuyo tratamiento en él pueda ayudar a discernir su significado. Enseguida, bajo el epígrafe C, se abordará el auxilio que pueden prestar las materias o áreas a que se refieren en el numeral 4) del artículo 21 de la Ley de Transparencia y el sentido que pueden tener en relación al "interés nacional". El siguiente (D) se referirá en particular a cada una de las materias indicadas en el numeral 4) del artículo 21, procurando dar cuenta de lo que, sobre ellas haya dicho la jurisprudencia y la utilización que a ellas o a expresiones análogas, les han dado algunos sistemas comparados. Bajo la letra E se reseñarán, finalmente, algunas conclusiones.

No está de más recordar que esperamos que lo dicho en el apartado III sea de ayuda para acotar tanto este término como el de la seguridad nacional.

A. El concepto de interés nacional en el derecho chileno.

1. Historia fidedigna.

Al igual que en el caso de la seguridad de la Nación, el concepto de interés nacional fue incorporado como una causal de limitación al

libre acceso a la información sin mayor debate parlamentario acerca de su significado o alcance, ni la primera vez en que ello ocurrió, por medio de la Ley Nº 19.653, que consagró el principio de transparencia y, entre otras, esta limitación, respecto de la publicidad de los actos de la Administración del Estado en la Ley de Bases respectiva; ni cuando se reformó el artículo 8º de la Carta Fundamental; ni al dictarse la Ley 20.285. En toda la tramitación de estos tres cuerpos normativos hay varias alusiones que reconocen y manifiestan preocupación por el carácter abierto o indeterminado de esta y de otras causales, las que ya han sido referidas en el apartado III que antecede. Al incorporarlas en la reforma constitucional, estas aprehensiones por la vaguedad de la expresión fueron respondidas con palabras tranquilizadoras, en el sentido que sería el propio legislador quien señalaría los casos en que el acceso a la información podría limitarse en conformidad a esta causal.¹³⁰ Paradójicamente, nada de eso fue recordado por los legisladores al limitarse, en la Ley 20.285, a repetir esta vaga causal constitucional en la ley, transformándola de motivo genérico habilitante de legislación, función en la que podía justificarse su indeterminación, a caso de excepción legal que pueden y deben emplear diversos operadores jurídicos. Mientras el legislador no decida especificarla y la regla del artículo 21 permanezca vigente,¹³¹ las autoridades llamadas a interpretar esa norma gozan de una discreción que, por las mismas razones anunciadas en el acápite I A, y desarrolladas, a propósito de la seguridad de la Nación al finalizar el apartado IV A, sólo que ahora incluso en mayor grado, resulta difícil de compatibilizar con los ideales democráticos de soberanía popular, igualdad ante la ley y vigencia de un Estado de Derecho. Veremos si la jurisprudencia o la doctrina nos ayudan a dar un significado común al término y, por esa vía, disminuir tan negativos grados de discreción.

¹³⁰ Véanse las expresiones del Senador Viera Gallo y del Ministro del Interior transcritas en el Apartado II, letra A.

¹³¹ Repetimos, a propósito de esta causal, las dudas de constitucionalidad señaladas en la letra A el apartado II, en que señalamos que, conforme a la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional, lo que la Carta Fundamental reserva al legislador, debe ser tratado por éste con suficiente determinación y especificidad y no puede ser delegada su regulación, sin más, a fuentes infra legales, como lo son las decisiones particulares de los jefes de servicio que deben aplicar la norma, el Consejo para la Transparencia o los Tribunales Superiores de Justicia.

2. Doctrina.

La doctrina no ayuda mayormente en esta empresa. Desde luego, no hemos encontrado ningún texto que aspire a definir los contornos del término que nos ocupa, en cuanto es empleado como límite al libre acceso a los actos y resoluciones de los órganos del Estado. En efecto, entre quienes han escrito sobre el acceso a la información y sus límites, sólo hemos encontrado repetido una y otra vez el calificativo de que el interés nacional es un concepto indeterminado.¹³²

El mismo concepto es empleado en otras tres normas de la Constitución, mientras una cuarta menciona a los intereses generales de la Nación.¹³³ Nos referimos al numeral 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental, donde se faculta al legislador, cuando así lo exija el interés nacional, a prohibir alguna clase de trabajo; el numeral 23 del mismo artículo, en que nuevamente las exigencias del interés nacional habilitan al legislador (mediante ley de quórum calificado) a establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. La tercera situación en que aparece el término "interés nacional" es en el inciso tercero del artículo 19, número 24 de la Constitución, en que, una vez más, es tratado como una causal para que el legislador pueda disponer limitaciones o restricciones a un derecho, en este caso, la privación del de propiedad por medio de autorizar la expropiación. La expresión análoga de "intereses generales de la Nación" es, a su vez, utilizada en el inciso primero del numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, como una de las cuatro cuestiones que comprende la función social de la propiedad, misma que, en ese precepto, permite al legislador establecer limitaciones y obligaciones a ella. Como puede apreciarse, en los cinco casos en que la Constitución usa tan indeterminado e impreciso concepto es para habilitar al legislador y sólo a él (y en algunos casos sólo por mayoría calificada) a restringir o limitar el ejercicio de un derecho o a privar a

¹³² No es otra cosa la que puede encontrarse en los artículos señalados en nota 9 y 13. Tan sólo Miguel Ángel Fernández agrega algo más: un resumen del fallo de la Corte Suprema en la causa 1380-07, al que aludiremos más adelante.

¹³³ En el artículo 19, números 14 y 24, inciso séptimo se emplea la expresión "interés público", que no nos parece coincidente con el que ahora nos ocupa.

alguien del mismo. En ninguno de esos casos autoriza a autoridades no elegidas o subordinadas al legislador a disponer de un derecho individual en su nombre, como ocurre, a partir de su repetición en el numeral 4) del artículo 21 de la Ley 20.285, en que, en los hechos, permite a los jefes de servicio, al Consejo para la Transparencia y a las Cortes de Apelaciones a invocar tan genéricos términos para limitar el derecho de acceso a la información.

La doctrina sí ha tratado el concepto de interés nacional en cuanto aparece mencionado en las normas referidas, distintas al artículo 8º de la Constitución y 21 de la Ley 20.285. Como veremos, los esfuerzos parecen haberse encaminado a poner un límite negativo a las casi infinitas posibilidades de expansión del término, subrayando que, en su nombre sólo pueden invocarse los intereses generales de toda la población; aunque ni siquiera en esto es unánime la doctrina. La más influyente de estas obras parece ser la de Enrique Evans, por haber sido recogida y hecha suya por el Tribunal Constitucional en uno de sus fallos. En su libro, Evans parece plenamente consciente de la indeterminación del término y del consiguiente poder discrecional de quien puede emplearlo para limitar un derecho, y –suponemos por ese motivo– advierte, al tratar este concepto a propósito de la función social de la propiedad, que no puede servir para avanzar cualquier interés, sino los superiores de toda la comunidad, globalmente considerados. Vale la pena citar sus términos extensamente:

“No puede transformarse el concepto de intereses generales de la nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. ‘Los intereses generales de la nación’ expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden. Verificar la concurrencia de los elementos que hacen inobjetable una vinculación con los intereses generales de la Nación, implica apreciar, primero por el legislador y luego por los tribunales encargados de asegurar la supremacía constitucional, si existe una exigencia real y actual de la subsistencia, del

*desarrollo integral o del progreso de la Nación entera o un requerimiento de soberanía en lo económico, social o cultural. Para regular otros frentes de problemas que surjan en la sociedad civil, como los que señalamos al nombrar algunos bienes jurídicos no comprendidos en la concepción de 'intereses generales de la Nación', el legislador podrá adoptar otras medidas; pero nunca podrá, de manera jurídicamente inobjetable, asilarse en un pretendido interés general para gravar el dominio privado con obligaciones o limitaciones que el constituyente de 1980 quiso, deliberadamente, hacer procedentes sólo por vía muy excepcional."*¹³⁴

Cea, por su parte, también a propósito de la función social de la propiedad, nos dice que éste término comprende "cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto", aunque agrega –en lo que toma distancia de Evans, a nuestro juicio acertadamente- que aquello que beneficia al país en su conjunto puede "referirse a sectores de su población, áreas de actividad o zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él."¹³⁵

Como puede apreciarse, la doctrina no define más que en términos vagos, el concepto, anotando que los intereses nacionales deben de convenir a toda la comunidad y no sólo a una parte de ella, aunque la norma sí puede referirse –según algunos- a una parte de la población. Ningún autor de los más renombrados se anima a definir que sea aquello que convenga a la comunidad toda.¹³⁶ A nuestro parecer, hacen bien en no intentarlo, pues precisamente en una sociedad democrática, lo que conviene a la comunidad, sus intereses

¹³⁴ Enrique Evans, op.cit. , Tomo I, págs. 235 y 236.

¹³⁵ José Luis Cea, op.cit. Tomo II, página 538. En el plano político, compartimos con este autor que algo que demanda el interés general de la Nación puede beneficiar directamente sólo a un grupo, como cuando se usan los tributos para redistribuir los ingresos a favor de los más pobres.

¹³⁶ Además de los dos referidos en el texto, hemos revisado la obra de Verdugo, Pfefer y Nogueira, ya citada, y que, en esta materia, se limitan a parafrasear a Evans. El tratado, en 3 volúmenes, de Humberto Nogueira, "Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales", Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008, no ha abordado, hasta la fecha, el derecho de propiedad, ni trata esta causal en el derecho a la información. Alejandro Silva no ha tenido oportunidad de tratar esta cuestión en su Tratado de Derecho Constitucional, de los que ha publicado hasta el Tomo XII, inclusive, sin abordar aún las garantías constitucionales que pueden ser restringidas o limitadas por esta causal.

(superiores o inferiores) sólo puede ser definidos por el legislador, y resulta contrario a la soberanía popular y a la igual dignidad de toda persona, que tales intereses intenten ser definidos –globalmente o en un caso, como puede ser para limitar el ejercicio de un derecho, incluido el de acceso a la información- por autoridades que no detentan representación popular ni tienen responsabilidad política. Lo dicho es congruente con el uso que, de estos términos, hace la Carta Fundamental, pues en ella es siempre una causal habilitante de decisiones discrecionales del legislador, pero no de autoridades inferiores. Nos parece que el único modo en que las autoridades inferiores pueden reconocer cuáles son las cuestiones que interesan a la comunidad toda, a la Nación toda, es que esos fines puedan reconocerse como tales en la propia institucionalidad; sólo que entonces, dejan de ser algo tan indeterminado como los intereses nacionales, para convertirse en tal o cual principio del derecho, tal o cual bien jurídico determinado, que reconocemos no porque parezca al particular juzgador que interesa a la comunidad toda, sino porque la comunidad toda, a través de los órganos que la representan, los ha erigido como fines comunes del quehacer público.

3. Jurisprudencia.

No hemos encontrado jurisprudencia que nos ayude a fijar contornos de alguna especificidad al concepto de interés nacional. Sólo referencias o repeticiones de la doctrina que ya hemos registrado.

En efecto, el texto que hemos transcrito de Enrique Evans fue citado literalmente por el Tribunal Constitucional en la causa rol 334 para dictar sentencia el 21 de agosto de 2001, en que acogió un requerimiento de senadores de oposición y declaró contrarios a la Constitución algunos preceptos de un proyecto de ley que pretendía limitar derechos de propiedad relativos a rentas vitalicias. La sentencia pareció aceptar que tales limitaciones irían en beneficio de los afiliados, en caso de padecer ciertos siniestros, pero destacó que sus intereses no eran los de la Nación toda. El voto de minoría explicó que las limitaciones a la propiedad estaban legitimadas en el interés de garantizar el derecho a la seguridad social de los afiliados, cuestión que era de interés nacional. Más allá de la cita de Evans, la sentencia

no se explaya en el concepto de interés nacional que debió aplicar. El voto disidente tiene la virtud de permitirnos comprender mejor lo que estuvo en ese debate, aunque el fallo no abunda en explicaciones acerca de cómo es que el legítimo interés a la seguridad social de un grupo, no podía considerarse como de interés nacional para efectos de limitar el derecho de propiedad. No estamos seguros de poder afirmar que, en la doctrina del Tribunal Constitucional, para que un interés se constituya en nacional, no sólo debe tratarse de un bien común, sino también –como sostiene Evans y discute Cea- referirse o concernir a toda ella. La falta de mayores explicaciones del fallo, lo estrecho de la votación y los cambios en la integración del Tribunal nos hacen dudar de sacar conclusiones muy definitivas.

En el ámbito más específico del interés nacional como límite al derecho de acceso a la información, conocemos dos fallos. El primero, dictado por la Corte Suprema el 3 de julio de 2007, antes de la vigencia de la Ley 20.285, no intenta conceptualizar el interés nacional, a pesar de habersele invocado por el Ministerio de Relaciones Exteriores como única razón para denegar la entrega de la información que se requería. Por tratarse de un caso que concernía las relaciones internacionales de Chile, lo mencionaremos más extensamente al tratar sobre ese ámbito, en el acápite signado con la letra D, número 2, que sigue. El segundo, es una decisión del Consejo para la Transparencia en el Amparo Rol A-19, resuelto el 7 de julio de 2009, en el cual el Instituto Nacional de Estadísticas alegó que no debía darse a conocer la información de variación de empleo durante meses individuales, los que sólo servían a ese organismo para construir variaciones durante trimestres móviles, pues ello constituiría –entre otras cosas- la difusión de antecedentes estadísticos que no cumplirían con los estándares de confiabilidad a que el INE se encontraba obligado, lo que generaría “incertidumbre y desconfianza al mercado en general”, dañaría la credibilidad de la institución, “y finalmente habría una afectación a la estabilidad financiera, económica e incluso monetaria del país.”. Esta alegación fue hecha por el INE invocando la causal de interés nacional.¹³⁷ El Consejo terminó por desechar estas

¹³⁷ Así se consigna en la parte expositiva del fallo del Amparo A-19, numeral 4), letra c., sección i.

alegaciones, señalando que la información existía y que, de darse a conocer, ello contribuiría al control social, sin constituir información estadística oficial, por lo que el daño alegado no se verificaría. De ese modo, el Consejo no tuvo necesidad de definir el alcance del concepto de interés nacional que se había invocado como afectado. El fallo si deberá analizarse por la relación que el Consejo estableció entre el valor de la estabilidad financiera y económica alegada y el interés nacional, razón por la cual será tratado en el apartado B. que sigue. Aquí, sólo vale la pena registrar que no contribuyó a dar alguna densidad conceptual al término que nos ocupa.

B. Causales análogas en el derecho comparado.

A diferencia de lo que ocurrió con la seguridad nacional o de la Nación, en que el derecho comparado e internacional contempla motivos de reserva de la información en idénticos o análogos términos, no hemos encontrado en el derecho comparado ninguna causal tan indeterminada como a que ahora nos ocupa.

Entre las causales que contempla la legislación de **los Estados Unidos de Norte América** para legitimar la reserva de antecedentes, se encuentra el daño que su divulgación pueda ocasionar a la seguridad nacional, siempre que ellos conciernan, como hemos dicho, a las relaciones exteriores de los Estados Unidos o a su defensa, incluido la defensa contra el terrorismo transnacional. Por su parte, la excepción 8 de la FOIA, permite proteger informes preparados por, a encargo de, o para el uso de una agencia regulatoria o supervisora de instituciones financieras y alguna información vinculada con ellos. Como puede apreciarse, ésta es un excepción que pertenece al género del interés nacional, aunque mucho más específica que tal concepto, o incluso que aquella que particularmente señala el numeral 4) del artículo 21, referida a los intereses económicos o financieros del país. Allí será mencionada. No hay, en los Estado Unidos ninguna causal análoga a la del interés nacional y nada que siquiera se le acerque en términos de indeterminación.

En Europa, tanto en Inglaterra, como respecto del acceso a los acuerdos, deliberaciones y documentos de los órganos de la

Comunidad Europea, existen normas que contemplan como causal de reserva el daño que la divulgación pueda ocasionar al interés público, pero, en ambos casos se añaden listados taxativos de las áreas precisas del interés público cuyo daño puede motivar la reserva. Así, la FOI, que rige los documentos producidos por los órganos de gobierno de la Comunidad Europea, dispone que esos órganos deberán negar el acceso a un documento cuando su divulgación dañe la protección de los intereses públicos en materia de seguridad pública, defensa y asuntos militares, relaciones internacionales, la política financiera, económica o monetaria de la Comunidad o de alguno de sus miembros.¹³⁸ Como puede apreciarse, en esa instancia, el interés público no es en sí misma una causal, sino que su afectación es un requisito copulativo a otras causales más específicas contempladas en la misma legislación y del todo inseparable con aquella y no es, como ocurre en Chile, una causal autónoma e independiente.¹³⁹

Tampoco encontramos alguna causal así de indeterminada en el derecho irlandés.

De modo análogo a la regulación de la Comunidad Europea, en el derecho mexicano existe una causal tan genérica como la chilena, cual es la de la seguridad pública, pero ella queda especificada en los casos de seguridad nacional, relaciones internacionales, estabilidad financiera y económica y otros.¹⁴⁰

El derecho comparado entonces, por no contener causales idénticas o análogas, no nos es de utilidad para buscar significado a la expresión "interés nacional", como límite al derecho de acceso a la información.

¹³⁸ En el idioma inglés, el artículo 4.1 letra (a) establece: "Article 4 Exceptions 1. The institutions shall refuse access to a document where disclosure would undermine the protection of: (a) the public interest as regards: public security, defense and military matters, international relations, the financial, monetary or economic policy of the Community or a Member State; ...".

¹³⁹ Como ya creemos haber acreditado en el apartado III y reiteraremos, no resulta posible entender que el listado contenido en el numeral 4) del artículo 21 cumpla la función de ser una lista taxativa de bienes que deben ser afectados para considerar dañado el interés nacional.

¹⁴⁰ Así me parece entenderlo de lo que señalan López Ayllón y Posadas, en la página 50 del texto ya referido y de la lectura de los artículos 13 y 14 de la IFAI.

C. Utilidad de la enumeración particular del número 4) del artículo 21 de la Ley 20.285 para dar significado al concepto de interés nacional. Mención a la regla del inciso tercero del artículo 22.

De modo análogo a lo que ocurre con la seguridad de la Nación, el numeral 4 del artículo 21 de la Ley N° 20.285 reitera la causal constitucional, ahora ya no para habilitar en su nombre al legislador para establecer casos de secreto, sino como un caso que justifica el secreto o reserva de actos y resoluciones de los órganos del Estado. Los términos del precepto son los siguientes:

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

...

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

No parece necesario repetir los ejercicios de interpretación realizados en el apartado III, letra D para concluir, al igual como hicimos allí, lo siguiente:

- a) El sentido de la norma y su interpretación conforme a la Constitución nos llevó a concluir que el hecho que un acto o Resolución pertenezca a un campo de los indicados en el numeral 4) del artículo 21 de la Ley de Transparencia, no es suficiente para decretar su reserva, pues no exime realizar un test de daños a la seguridad de la Nación, ni un ejercicio de ponderación. La pertenencia de un antecedente a estos campos no permite concluir siempre y necesariamente que su divulgación afecte el interés nacional.
- b) La construcción sintáctica del precepto y la expresión “particularmente” nos llevó a concluir que tampoco el listado puede cumplir la función –que típicamente listas análogas cumplen en el

derecho comparado- de ser un requisito adicional al de la afectación del valor, en este caso del interés nacional, constituyéndose en las áreas a las cuales un documento debe pertenecer para entrar a considerar siquiera un posible daño al bien valioso.

- c) El carácter no taxativo del listado nos llevó a descartar su entendimiento como una especificación del interés nacional, pues ello sólo puede ser hecho por la ley.
- d) Entendimos que los casos que listan los numerales 3 y 4 del artículo 21 no tienen la función de añadir una exigencia temática al daño o establecer exclusiones, sino la más modesta de auxiliar la argumentación en los casos en que se invoque que la publicidad dañaría el interés nacional. Si se invoca que un documento se refiere a una de estas áreas, entonces debe facilitarse la convicción de que su publicidad pueda afectar el interés nacional, y, a contrario sensu, deben exigirse estándares argumentativos más altos cuando se alegue un daño a esos bienes, sin que el antecedente se refiera a alguna de esas áreas o materias.

Con todo, deben ser analizadas dos particularidades de este numeral 4) que no fueron registradas cuando tratamos de las dos causales, por no encontrarse presentes en ambas:

En primer lugar, la voz "si se **refieren** a", aparece en este numeral usada en el plural, a diferencia del numero 3, donde es usada en el singular. Nos parece que este uso del plural pone una cierta duda que las palabras en cuestión aludan al término "información", como concluimos antes, pues "la información" no es una pluralidad, a pesar de poder estar conformada por un conjunto de actos, resoluciones o documentos. Como se recordará, del hecho de que la voz "se refiera" aludiera a la información, concluimos que la misma no calificaba al daño, y por ende, argumentamos que el listado que se enumeraba aludía a campos o materias a los que la información que se trataba de difundir o reservar podía aludir y no a lo que podía resultar dañado o afectado. El uso del plural que anotamos, aunque plantea una duda al respecto, tampoco permite sostener la hipótesis contraria que hemos descartado, pues la afectación de algún bien tampoco es

una cuestión que pueda ser referida en plural. No podemos avizorar el uso de este plural sino como un error gramatical del legislador.

El debate no resulta relevante si lo afectado con la divulgación de un acto o documento en materia de relaciones internacionales son la integridad territorial de Chile; la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites; la defensa internacional de los derechos de Chile o la política exterior del país de manera grave; pues en cualquiera de estos casos, en razón de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 20.285, cabe decretar una reserva o secreto de tales documentos, de manera indefinida. Los términos del artículo 22 referido dejan en evidencia que estos no son campos, que en la especie lo es la defensa nacional, sino bienes cuya afectación permite decretar la reserva.

Más dudas plantea el uso de las locuciones "intereses" y "del país", que califican a las voces "económicos o comerciales". ¿Permite ello entender que en estos dos casos el legislador ha aludido a dos bienes que pueden ser dañados (los intereses económicos o comerciales del país) y no a dos áreas a las que pueden pertenecer los antecedentes? Nos parece que esta es una duda razonable y que ambas interpretaciones son posibles. La primera, a favor de la cual nos parece que hay argumentos lingüísticos más convincentes, sostendría que los intereses económicos o comerciales del país no son sino campos o áreas a los que puede pertenecer un antecedente o información para entender particularmente que su divulgación pueda afectar el interés nacional. Esta tesis se funda en la construcción sintáctica de la frase, en el significado de las palabras "si se refieren a", a las que no cabe dar otro significado y a que ese es el sentido que debe atribuirse a los demás casos incluidos en el listado de los numerales 3) y 4) del artículo 21 en comento. Esos parecen razones irredargüibles, pero no se compadecen con las voces "intereses del país", que más parecen aludir a bienes que a campos o áreas. La segunda inteligencia del precepto tiene que olvidarse de las expresiones "se refieren a" y concentrarse en las palabras "intereses del país", para sostener que estamos frente a bienes cuyo daño debe considerarse que afecta el interés nacional.

Ésta última, la interpretación que nos parece más débil desde un punto de vista de la construcción semántica y sintáctica de la norma, es la que parece haber endosado el Consejo para la Transparencia en la decisión de julio de 2009 en el Amparo Rol A-19 a que nos hemos ya referido. Como dijimos, en esa oportunidad, el Consejo, siguiendo en esto la lógica que había empleado el INE, aunque no sus conclusiones, estimó que no era cierto, como sostenía ese organismo, que la divulgación de cierta información pudiera dañar el interés económico del país y, como consecuencia de ello, el interés nacional. Ese razonamiento implicó tratar a los intereses económicos como un bien, componente del interés nacional y no como un campo o área al que la información podía referirse. El considerando 8° de la decisión que venimos comentando reza literalmente: “En efecto este Consejo Directivo no ve cómo la publicidad de estos datos **podría afectar el interés económico del país y, como consecuencia, el interés nacional**, según afirma la respuesta del traslado por lo que no da por acreditada de manera fehaciente tal circunstancia.”. (énfasis añadido). Como diremos al concluir, este modo de entender el listado del numeral 4) del artículo 21, aunque se aviene menos con la semántica y sintáctica de artículo 21 numero 4) y deja sin aplicar el concepto de interés nacional (pues bastaría el daño vicario a los intereses económicos del país para considerar que se le afecta), parece un modo de escapar a la “insoportable” discreción con que queda el intérprete ante la noción de interés nacional.

Esta interpretación aparece así como una manera (poco compatible con el lenguaje del artículo 21) de renunciar a dar un contenido al interés nacional y entenderlo afectado sólo si es que se puede considerar que ha ocurrido otro tanto con los intereses económicos o comerciales del país.

D. Tratamiento particular de las materias especificadas en el numeral 4) del artículo 21 de la Ley 20.285.

Como ya se consignó, el numeral 4 del artículo 21, contempla tres campos: el de la salud pública, el de las relaciones internacionales, y el de los intereses económicos o comerciales del país. Trataremos por separado cada uno de ellos, mencionando, en su caso, las sentencias

que puedan haberse referido a ellos y haciendo un paralelo con el derecho comparado.

1. La Salud Pública.

La referencia hecha en el numeral 4 a la salud pública nos ha servido como un ejemplo paradigmático para sostener que la inclusión de una clase de información en el listado, no puede estimarse como razón suficiente para dar por afectado el valor constitucional que ha permitido traerla a colación, en este caso, el interés nacional y ni siquiera para presumir ese daño. Es fácil pensar en información relativa a la salud pública cuya difusión resulta beneficiosa, si no indispensable para mantener a la población sana, que parece ser el valor que interesa a la Nación toda. Por el contrario, resulta difícil pensar en información relativa a la salud pública cuya difusión dañe el interés de la población. Recuérdese que hemos descartado, con total claridad en este caso al menos, que la alusión a la salud pública tenga por función llevar a quien debe resolver acerca de la publicidad de un acto o antecedente, a reflexionar si ello puede dañar la salud pública. Ese no es el sentido que tiene el listado, según hemos desprendido de sus propios términos y de la construcción sintáctica de sus términos, en el apartado III, letra D que antecede. Por el contrario, nos parece que hemos demostrado que la salud pública es, en el numeral 4 del artículo 21, un campo al que, de pertenecer un documento a él, se facilita el argumento de quedar afectado el interés nacional.

No sólo es difícil pensar en un antecedente que pertenezca a esta área del quehacer, cuya divulgación afecte o dañe el interés nacional, sino que, además, el campo de aplicación del precepto se restringe si se tiene presente que no puede tratarse de antecedentes cuya publicidad, comunicación o conocimiento afecte la salud de las personas, pues en tal caso, la reserva queda determinada en razón del numeral 2 del mismo artículo 21 y este vendría a ser una mera redundancia.

Tal vez por la misma improbabilidad de que pueda invocarse esta causal, al menos si se la entiende en el sentido que venimos

señalando, es que no hemos encontrado caso alguno en que haya sido invocada.

Tampoco la historia fidedigna de su establecimiento explica el sentido y alcance de su incorporación.

No conocemos doctrina que intente interpretarla.

Tampoco el derecho comparado sirve para auxiliar la tarea. Tan sólo hemos encontrado referencia a términos análogos como límites al acceso a la información en el derecho inglés y en el mexicano, pero con un tratamiento enteramente diverso al que hemos estimado como aquel que se aviene con los términos del artículo 21 de la Ley 20.285. En efecto, en el derecho inglés, la sección 38 de la FOIA 2000, alude a la salud y seguridad (health and safety), pero como una causal en sí misma, que requiere que se acredite daño en contra de alguno de sus dos bienes y que se haga un test de proporcionalidad para determinar si la divulgación es requerida en razón de un interés público superior. En el caso mexicano, López Ayllón y Posadas informan que la salud de las personas, no la salud pública es un bien, cuyo daño puede motivar la reserva de información hasta por un período de 50 años, consagrando entonces esta causal de un modo análogo a lo dispuesto en el numeral 2 de nuestro artículo 21 y no del 4 que nos ocupa.¹⁴¹

2. Las Relaciones Internacionales.

Al igual como sucede con la salud pública, el campo de las relaciones internacionales fue incorporado al numeral 4 del artículo 21 de la Ley 20.285 sin una discusión legislativa que permitiera entender el sentido y alcance de estos términos.

La doctrina tampoco ha intentado explicar cómo deben ser interpretadas estas nociones.

Lo dispuesto en el artículo 22, inciso tercero, letras b), c) y d) de la misma Ley 20.285 tratan cuestiones relativas a las relaciones internacionales, de un modo que debe ser analizado. Vale la pena reiterar el lenguaje de esa norma, que ya hemos tenido oportunidad de

¹⁴¹ López Ayllón y Posadas; op. cit., páginas 50 y 51.

transcribir. Dispone la regla que 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 aquellos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar: ... 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."

Esta norma nos lleva a hacer tres consideraciones. La primera consiste en reiterar lo que ya señalábamos a propósito de la seguridad de la Nación. Un documento o un acto relativo a la defensa nacional, pero que, en la especie se superpone con las relaciones internacionales, como son los tres casos señalados, pueden perfectamente afectar la seguridad de la Nación. Ello da cuenta de que esta materia debió también ser incluida en el numeral 3 del artículo 21. La única manera de salvar esta omisión es entendiendo que cuando se afecta la seguridad de la Nación por alguna de estas vías, también se daña el interés nacional, lo que de paso, da cuenta de la enorme elasticidad de la causal que nos viene ocupando.

En segundo lugar, debe anotarse que la política exterior es tratada en la letra d) del inciso tercero de la norma en análisis, no como una materia o campo al cual el documento pueda referirse. De hecho, el documento debe pertenecer al ámbito de la defensa nacional para que la excepción sea aplicable, según dispone expresamente la norma transcrita, sino como un bien que puede ser dañado, y si lo es de manera grave, puede habilitar el secreto o reserva indefinido de los actos y documentos en cuestión. Nos parece que esta confusión entre campos y materias a los que un documento puede referirse y los bienes que se pretende resguardar se hace patente al intentar armonizar lo dispuesto en esta regla con lo señalado en el numeral 4 del artículo 21, no obstante que uno habla de las relaciones internacionales y el otro de la política exterior, cuestiones que deben ser precisadas, como único modo de mantener separada la idea de bien jurídico de la de ámbito de pertenencia del acto o documento.

La tercera observación es que el precepto es uno de los pocos que alude a un estándar específico de daño. Para decretar la reserva o secreto indefinido, la afectación de la política exterior del país debe de ser grave. De ello, me parece, debemos inferir que es suficiente un estándar menor de magnitud de daño para la política exterior de Chile para poder decretar la reserva o secreto de un documento por los plazos establecidos en el inciso segundo del artículo 22 de la misma Ley.

En materia de jurisprudencia, debe destacarse el fallo de la Corte Suprema de 3 de julio de 2007, caso en que le fue solicitado, vía amparo especial, que ordenara al Ministro de Relaciones Exteriores entregar información acerca de los países por los cuales Chile había votado para el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en mayo de 2006, el criterio que había utilizado para valorar los informes sobre derechos humanos de los países candidatos y los documentos que contuvieran esas valoraciones. El Ministro respectivo solicitó no dar lugar a la petición, alegando que la votación en cuestión se había realizado en reserva, como era tradición en ese organismo, precisamente para evitar que la divulgación de las apreciaciones que un país hacía acerca del comportamiento de otro en materia de derechos humanos, pudiera causar consecuencias indeseables o fricciones innecesarias en las relaciones diplomáticas entre Estados. En consecuencia, argumentó que hacer público lo solicitado amenazaba con causar sustancial perjuicio al Estado de Chile, en sus relaciones con los demás países, por lo que debía negarse la información por razones de interés nacional. La Corte, luego de constatar que la votación era secreta, le bastó, para desechar la demanda, afirmar que "la causal invocada ... se estima fundamentada y congruente con las decisiones del organismo supranacional que dispuso la reserva de la votación, ...".¹⁴² De ese modo, al fallo parece bastarle con que el secreto decretado por el Ministerio de Relaciones Exteriores coincida con una regla de reserva de un órgano supranacional, sin que sea necesario estimar un efectivo daño a las relaciones exteriores o al

¹⁴² Causa de Amparo caratulada Claudia Lagos Lira y Marcela Fajardo con Presidenta de la República (Ministerio de RR. EE.), Rol 1380/2007. Las expresiones citadas corresponden al considerando 7°.

interés nacional, medir su magnitud o hacer un test de proporcionalidad, que, por lo demás, ambas partes habían estimado aplicable y debatido acerca del resultado al que debía conducir. De ese modo, al no aludir siquiera al daño o afectación, la sentencia no hace consideración alguna acerca del objeto de esa afectación: el interés nacional o las relaciones internacionales, que podrían haber ayudado a dotarlas de significado.

En el campo del derecho comparado, muchos sistemas hacen alusión a las relaciones exteriores, aunque de manera más clara y específica que el nuestro. Ya hemos dado cuenta, y no reiteraremos su tratamiento nuevamente, que en los **Estados Unidos de Norteamérica**, el daño a la seguridad nacional sólo puede estimarse presente cuando se encuentran afectadas las relaciones exteriores o la defensa nacional, incluida la defensa contra el terrorismo transnacional. Hemos destacado también, que como producto de lo dispuesto en la orden ejecutiva vigente, los antecedentes que versen sobre las relaciones exteriores sólo son posibles de reservar si son relativos a actividades de inteligencia, a información proveniente de o relativa a gobiernos extranjeros que puedan romper promesas de confidencialidad hechas a ellos o la capacidad de cooperación entre los Estados, o cuya divulgación produzca consecuencias diplomáticas o de inteligencia negativas, de manera que disminuya la capacidad de los Estados Unidos de recibir información de potencias extranjeras o que ponga en peligro a agentes o personas que colaboran en la recopilación de información internacional. Hemos descrito también los estándares fijados por la jurisprudencia de ese país para exigir que la causal se invoque de buena fe y no para ocultar infracciones legales, ineficiencias, errores y otras análogas, así como para medir la probabilidad del daño, la razonabilidad, plausibilidad y especificidad de las alegaciones de que tal daño pueda producirse, así como la deferencia judicial en evaluar esas estimaciones; y, por último, el modo en que la magnitud del mismo determina el tipo y duración del secreto o reserva. Debe destacarse aquí lo que afirma López Ayllón y Posadas, en el sentido de que la información que proviene de gobiernos extranjeros o relativa a ellos es la única que puede clasificarse automáticamente como secreta, sin necesidad de apreciar

los daños que su divulgación pueda producir,¹⁴³ afirmación que no hemos visto corroborada en otras fuentes.

Hemos descrito ya también que, en el caso de **Irlanda**, la legislación trata, al igual que Estados Unidos, las relaciones exteriores y la defensa como campos a los que puede referirse un documento para afectar la seguridad nacional. En esta materia, según nos informan López Ayllón y Posadas, “se ha sostenido que los siguientes son ejemplos de hechos que constituirían sin duda potencial afectación a las relaciones de Irlanda con otros Estados u organizaciones internacionales: La publicidad de documentos e información sensible o vergonzosa para otro Estado o que otro Estado haya solicitado expresamente que se guarde como confidencial; información cuya publicidad pueda perjudicar los intereses de otro Estado;[e] información cuya publicidad está explícitamente prohibida por alguna organización internacional de la cual Irlanda sea miembro.”.¹⁴⁴

En **Inglaterra**, el perjuicio o daño a las relaciones internacionales, a aquellas entre países del Reino Unido e incluso a los intereses del Reino Unido en el extranjero (secciones 27 y 28 de la FOIA 2000), constituyen causales que permiten la reserva con autonomía de otros bienes. A su respecto, procede la ponderación de intereses públicos en juego y la aplicación de los criterios acerca del modo de estimar acreditada la posibilidad de ocurrencia del daño, la manera de medir su magnitud, los factores al tener presente el ejercicio de ponderación y demás ya referidos como comunes a diversas causales de excepción en ese país.

En la **Comunidad Europea**, la FOI, contempla dos razones relativas al tema que tratamos que permiten denegar el acceso a documentos de los órganos de la Comunidad: En primer lugar, el artículo 4, número 1, sección a) establece que la negativa puede fundarse en que la divulgación debilite la protección del interés público referido a relaciones internacionales. Por su parte, el número 5 del mismo artículo 4 establece que un Estado miembro puede requerir al

¹⁴³ López Ayllón y Posadas, Op. Cit., página 33

¹⁴⁴ López Ayllón y Posadas, op.cit., página 43.

órgano de la Comunidad no dar a conocer un documento originado en ese Estado, sin su autorización previa. La Corte ha sido deferente con el Consejo al aplicar la primera de las dos causales señaladas, y así ha establecido que sólo le corresponde la decisión del Consejo para examinar si se han roto reglas procesales o si ha resuelto acerca del mérito de un modo manifiestamente erróneo.¹⁴⁵ Con todo, 4 años más tarde, la Corte resolvió que el Consejo había aplicado erróneamente la excepción relativa a las relaciones internacionales al no considerar los efectos prácticos de dar a conocer ciertos documentos en las específicas relaciones de la Unión Europea con terceros países.¹⁴⁶

En la legislación de **México**, las relaciones internacionales permiten la reserva de un documento si es que su divulgación “menoscaba” la conducción de las negociaciones internacionales, dando lugar así a la necesidad de estimar daños y aplicar un examen de proporcionalidad.¹⁴⁷

3. Los intereses económicos o comerciales del país.

Tampoco hay historia fidedigna de la incorporación de esta causal o doctrina a su respecto que ayuden a precisar su sentido y alcance.

Recordemos que en amparo A19, al que ya nos hemos referido, el Instituto Nacional de Estadísticas alegó, ante el Consejo para la Transparencia, que la divulgación de cierta información provocaría daños a los intereses económicos del país, y con ello, al interés nacional, alegación que fue descartada por el Consejo para la Transparencia en su fallo, por considerar que la publicidad de los antecedentes cuestionados no produciría el daño alegado, pero sin poner en cuestión la relación que el INE estableció entre los intereses económicos del país y el interés nacional, el que –también como hemos dicho– no nos parece una interpretación que se avenga bien con el tenor literal de lo dispuesto en el precepto. Lo que es importante destacar aquí, es que, más allá de constatar el Consejo que el daño alegado por el organismo público no se verificaría en caso de hacerse

¹⁴⁵ En el caso Hautala v. Council (T-14/98 [1999] ECR II-2489).

¹⁴⁶ Nos referimos al caso Kuijjer(II)v. Council (T-211/00 [2002] ECR II-485).

¹⁴⁷ Así lo informan López Ayllón y Posadas. Op. Cit, págs. 50 y 51.

públicos los datos, no hay en esa sentencia ninguna conceptualización acerca de lo que sean los intereses económicos del país. Tampoco hemos encontrado en otros fallos la interpretación de estos términos.

En el derecho comparado hay algunas excepciones análogas, aunque su tratamiento o consagración, generalmente más detallado y con un sentido más claro, las hacen incomparablemente más precisas que las del derecho chileno.

En los **Estados Unidos de Norteamérica** la excepción 8 contenida en la FOIA permite no divulgar información contenida en recortes preparados por, por encargo de o para el uso de una agencia responsable de la regulación o supervisión de instituciones financieras y alguna información relativa a esas actividades fiscalizadora.¹⁴⁸ Como puede apreciarse de su sola consagración, la causal refiere no a la protección de un bien jurídico, sino al tipo de información, la que, además difiere enormemente en precisión e incluso en naturaleza a la de la legislación nacional que ahora analizamos. La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos ha establecido que lo que esta excepción trata de proteger es la seguridad de las instituciones financieras, la que quedaría afectada por la divulgación de información que contiene evaluaciones francas de esas instituciones; al mismo tiempo que salvaguardar las relaciones cooperativas francas y abiertas entre los bancos y las instituciones públicas que los supervisan.¹⁴⁹ La restante jurisprudencia que hemos podido consultar relativa a esta causal tiende fundamentalmente a determinar el alcance de lo que debe entenderse por instituciones financieras.

En **Irlanda**, los intereses económicos y financieros del Estado, permiten mantener la reserva de antecedentes concernientes a ellos, pero siempre que se acredite un daño a tales intereses, debiendo además, quien tome una decisión basada en esta causal, considerar la racionalidad de la expectativa de que tal daño ocurra y las demás

¹⁴⁸ En el idioma inglés "contained in or related to examination, operating, or condition reports by, on behalf of, or for the use of an agency responsible for the regulation or supervisión of financial institutions".

¹⁴⁹ Véase especialmente el caso Consumers Union, 589 F.2d en 534 y Feinberg v. Hibernia Corp., N°90-4245, 1993 WL 8620, de enero de 1993.

cuestiones comunes a todas las causales en ese país y que ya tuvimos oportunidad de referir en el apartado III que antecede.

En el caso de **Inglaterra**, la economía (“the economy”) es el bien que aparece listado en la sección 29 y que permite la no difusión de un antecedente, pero a condición de que sea posible hacer un juicio razonable de probabilidad de que la divulgación de la información pueda dañar la economía en una determinada magnitud que habrá de ser ponderada en relación a los beneficios que el conocimiento público de la información pueda producir, conforme a los ejercicios de análisis comunes a varias causales de la legislación inglesa, los que aparecen orientados y detallados en la guía del comisionado para asuntos de la información que ya tuvimos oportunidad de referir en el Capítulo III, letra E, que antecede.

La **Comunidad Europea**, establece en el artículo 4º de la FOI que las instituciones que gobiernan la comunidad pueden denegar el acceso a un documento cuando su divulgación pueda debilitar la protección del interés público, en lo que se refiere a la política financiera monetaria o económica de la Comunidad o de uno de los Estados miembros. Como puede apreciarse, al igual que en los casos anteriores la Comunidad Europea exige un daño a un interés público en lo relativo a un bien determinado, en la especie, la precisa política económica que lleva adelante la misma Comunidad o un Estado miembro.

E. Conclusiones.

- Ni la historia legislativa ni la jurisprudencia ayudan a definir el concepto de interés nacional que nos ocupa. Tampoco encontramos términos análogos en el derecho comparado. Chile no tiene casi parangón en el mundo en establecer una causal tan vaga y genérica como la que ahora nos ocupa. La doctrina no ha intentado explicar el significado de estas voces en cuanto causal de reserva de información.
- Al tratar igual término en cuanto aparece empleado en otros pasajes de la Constitución, la doctrina hace poco más que destacar que los intereses nacionales son aquellos que interesan no a un

parte, sino a toda la comunidad política y discrepa si ellos deben, además, referirse a toda la población.

- En una república democrática, lo que conviene a la comunidad, sus intereses (superiores o inferiores) sólo pueden ser determinados por autoridades electas y representativas, y resulta contrario a la soberanía popular y a la igual dignidad de toda persona, que ellos intenten ser definidos –globalmente o en casos controvertidos, como podría ocurrir a propósito de esta Ley- por autoridades que no detentan representación popular ni responsabilidad política. Lo dicho es congruente con el uso que, de estos términos, hace la Carta Fundamental.
- Nos parece que el único modo en que las autoridades no electas directamente pueden reconocer cuáles son las cuestiones que interesan a la comunidad toda, a la Nación toda, es que esos fines puedan demostrarse existentes en la propia institucionalidad; sólo que entonces, dejan de ser algo tan indeterminado como los intereses nacionales, para convertirse en tal o cual principio del derecho, en tal o cual bien jurídico determinado, que reconocemos no porque parezca al particular juzgador que interesa a la comunidad toda, sino porque la comunidad toda, a través de los órganos que la representan, lo ha erigido como un fin del quehacer público. Si aceptamos eso, los intereses nacionales equivalen, para toda autoridad, que no sea el legislador o el Presidente de la República, a los principios generales del derecho, los que sólo pueden –a nuestro juicio- ser invocados por autoridades no electas- previa demostración de que ellos son tales, que se trata de fines valiosos a todo o parte del ordenamiento jurídico, según se puede demostrar de su propio análisis.
- La interpretación del listado del artículo 21 número 4 que se aviene con la semántica y sintáctica del texto, es el de que esas materias constituyen campos a los que puede referirse el acto o Resolución que se trata de hacer público o mantener en reserva. Si así ocurre, la pertenencia de un acto o Resolución a esas áreas no produce otro efecto que el de facilitar la convicción de que su publicidad pueda afectar el interés nacional. No nos parece que la pertenencia de un

antecedente a esa categoría permita concluir, por sí sólo, que debe decretarse la reserva, o que esas materias sean bienes públicos que pueden ser dañados, en cuyo caso debería estimarse también afectado el interés nacional. La cuestión relativa a los intereses económicos o comerciales del país parece presentar más dudas respecto a esta inteligencia.

- Entender el listado del numeral 4) del artículo 21, no como campos a que puede referirse un antecedente, sino como bienes cuyo daño debe llevar a concluir la afectación del interés nacional, aunque se aviene menos con la semántica y sintáctica de artículo 21 número 4 parece un modo de escapar al “insostenible” grado de discreción del que dispone quien debe interpretar ese indeterminado concepto, ausente -como está hasta hoy- de mayor jurisprudencia o doctrina que venga en su auxilio. Esta interpretación aparece así como una manera (poco compatible con el lenguaje del artículo 21) de renunciar a dar un contenido al interés nacional y entenderlo afectado cada vez que se pueda considerar que ha ocurrido otro tanto con los intereses económicos o financieros del país, la salud pública o las relaciones internacionales.
- El análisis en particular de los tres aspectos referidos: la salud pública, las relaciones internacionales y los intereses económicos y comerciales del país no nos ayuda demasiado a determinar su sentido. La historia del establecimiento de estas causales no entrega antecedentes acerca de cómo interpretarlas adecuadamente; la doctrina no se ha hecho cargo aún de ellas y la jurisprudencia no ha necesitado o ha eludido definir las. Si bien las relaciones internacionales y los intereses económicos y comerciales del país tienen algún parangón en el derecho comparado, éste tiende a incorporar los reguladamente con un nivel de claridad y detalle que sólo cabe envidiar.

VI. Reflexión final.

La seguridad de la Nación y el interés nacional fueron incorporados a la Constitución como causales que el legislador debía ponderar para establecer casos de reserva de información. La ley habría de establecer casos necesariamente generales, como corresponde a toda ley. Sin embargo, al limitarse la Ley 20.285 a repetir esos mismos conceptos indeterminados, ahora a nivel legal, inevitablemente trasladó la discreción que la Carta Fundamental le había conferido al legislador, a los funcionarios dotados de competencia para establecer el secreto o reserva de actos y resoluciones.

Esa decisión legislativa, además de originar dudas de constitucionalidad respecto del artículo 21 de la Ley de Transparencia, frustró en parte el objetivo de la reforma constitucional de que ya no fuera la potestad reglamentaria la que determinara los casos de secreto o reserva. Si bien ya no pueden dictarse reglamentos que establezcan clases de documentos cuyo acceso público queda prohibido, igualmente son los funcionarios competentes, los que deben juzgar si el conocimiento o divulgación de un antecedente daña la seguridad de la Nación o el interés nacional, sin que medie una ley que especifique estos vagos conceptos.

Los casos o conceptos más particulares contenidos en los artículos 21 y 22 de la Ley 20.285 no determinan un significado a estas dos nociones y cumplen una función modesta y auxiliar de juzgamiento, aunque entregan elementos auxiliares de interpretación lógica que ayudan a precisar el alcance de las dos causales que nos han ocupado.

El mayor progreso que ha traído la Ley 20.285 en materia de transparencia pasiva ha consistido en establecer plazos y procedimientos de respuesta, y, sobretodo en constituir un órgano independiente de control especializado y accesible con capacidad de revisar las decisiones de los jefes de servicio, el que ha sido constituido de forma tal que no cabe atribuirle la tendencia a la reserva de que

necesariamente adolece la Administración que produce los actos y Resoluciones que se trata de hacer secretos o de divulgar.

Sin embargo, este avance no libera al Consejo para la Transparencia de sufrir del mismo grado de discreción que tienen las autoridades administrativas a la hora de determinar el sentido y alcance de los términos que nos han ocupado. Esa discreción es particularmente alta si se constata, como cree haber hecho este informe, la escasa producción doctrinaria y jurisprudencial nacional acerca del significado de los términos en cuestión.

Ese grado de discreción, aunque menos alarmante en cuanto se radica en órganos independientes de la Administración, es altamente problemático para la vigencia del Estado de Derecho, la seguridad jurídica y la igual dignidad de toda persona, valores esenciales de toda república democrática.

Ausente legislación que corrija estas deficiencias, parece imperioso que la actividad jurisprudencial vaya consistentemente constituyendo un significado y criterios de aplicación de estas dos causales que les otorguen la densidad de significación indispensable para que ellas se constituyan en un derecho común que nos rige y no una mera discreción de autoridades competentes.

La jurisprudencia del Consejo ha establecido que no basta con que un acto, Resolución o antecedente se refiera a la seguridad de la Nación o al interés nacional para que proceda su reserva. Es necesario que la publicidad del mismo afecte o dañe esos valores, debiendo entonces hacerse, en cada caso concreto, una apreciación del daño y una ponderación entre el que traería aparejada la publicidad del antecedente y los bienes que traería consigo su divulgación. El presente texto entrega, sobre la base de la interpretación de los preceptos constitucionales y legales, abundantes elementos que reafirman la necesidad de esos dos exámenes. Ha añadido también lo que, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia internacional y comparada, ellos deben comprender, componentes que esperamos sean alcanzado por la jurisprudencia del Consejo, no por un afán imitativo, sino porque sólo de ese modo el derecho chileno podrá

contar con estándares de exanimación que permitan disciplinar las conductas con cierta uniformidad y prever decisiones, requisito indispensable del progreso jurídico.

Hemos argumentado largamente porqué no basta con los dos test antes indicados, pues incluso ellos mismos necesitan definir, lo más sustantivamente posible los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional. El trabajo ha procurado recurrir a todos los elementos de interpretación y a fuentes auxiliares, como son la doctrina y el derecho comparado, con el afán de entregar antecedentes que pueden ayudar a que esos conceptos adquieran una significación más sustantiva.

Dadas las limitaciones con que me he encontrado en el esfuerzo descrito en el párrafo anterior, he sumado argumentos que dicen relación con los valores y principios constitucionales, para sostener, conforme a ellos, la necesidad de dotar de significado a estos conceptos que sean congruentes con la institucionalidad vigente. Ellos han conducido a sostener que el interés nacional no debe ser aquel que el intérprete estima como tal, pues ello sólo puede ser hecho por autoridades electas y con responsabilidad política, sino aquel que el intérprete puede reconocer argumentativamente como tal en el derecho vigente. En tal sentido, el interés nacional sólo puede ser encontrado entre los principios del derecho. Un argumento análogo me llevó a abogar por un concepto mínimo de seguridad Nacional, pues sólo de ese modo es posible reducir la discreción del intérprete en dar sentido y alcance a una causal de excepción de un derecho fundamental.

Informe en Derecho

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

Al respecto puedo informar lo siguiente:

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

El art. 246 es del siguiente tenor:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ *Kindhäuser*, LPK § 353 b marg. 5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En tanto que el inciso duodécimo y final prescribía:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. En particular bajo la Ley N° 20.085

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ En efecto, en el Proyecto original se preveía como causa de secreto o reserva en el inciso undécimo del art. 13 de la Ley N° 18.575 la siguiente: “c) Cuando su comunicación o conocimiento afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable, *incluidos los expedientes médicos o sanitarios*”, formulación que se mantuvo en la letra a) del N° 2 del art. 21 aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 8 de mayo de 2007, p. 72).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Consideraciones finales estrictamente penales (referencia)

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

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

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

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

En lo de más, baste con decir lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto

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