

El futuro de las leyes secretas

*Pablo Contreras*¹

Resumen

El trabajo analiza el estado de la cuestión y las posibilidades de desclasificación de las leyes secretas en Chile, a propósito de la divulgación del texto de la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre. Para ello, se revisan algunos antecedentes generales de las leyes secretas en nuestro país y los intentos que precedieron a la Ley N° 20.977. Luego, se examinan las gestiones administrativas para dar a conocer estos textos secretos, con énfasis en el procedimiento de amparo de acceso a la información pública. A partir de ello, se explica la expedita tramitación de la moción parlamentaria de un proyecto de ley que no tuvo mayores complicaciones. El texto concluye con algunos de los dilemas que se abren respecto de la permanencia de leyes secretas en nuestro ordenamiento jurídico, así como los obstáculos que enfrenta la desclasificación de estos textos legales secretos.

1. Introducción

Tras casi sesenta años de secreto, se hizo público el texto completo y las modificaciones a la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre. En la edición del Diario

¹ Doctor en Derecho (SJD), Northwestern University. Jefe de Normativa y Regulación, Consejo para la Transparencia. Profesor de Derecho Constitucional de las universidades Alberto Hurtado y Diego Portales. Correo electrónico: pablo.contrerasva@mail.udp.cl.
Quisiera agradecer los comentarios de Sebastián Soto y Andrés Pavón. Las opiniones y análisis aquí efectuados son de corte académico y no representan al Consejo para la Transparencia. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad del autor.

Oficial del día jueves 22 de diciembre de 2016, se publicó la Ley N° 20.977 que materializó la difusión oficial y masiva del texto de esta enigmática ley.² Esta acción oficial constituye un punto de inflexión respecto del tratamiento de las leyes secretas en nuestro país. Por ello, conviene atender a las causas que originaron este desenlace.

La expedita aprobación de la Ley N° 20.977 no es casualidad. Una moción parlamentaria que no contaba con urgencia pudo hacerse paso entre una recargada agenda legislativa, dado ciertos factores exógenos que facilitaron el camino. Dichos factores son dos: las denuncias de corrupción en la ejecución de fondos provenientes de la Ley Reservada del Cobre,³ y un procedimiento de amparo de acceso a la información pública cuyo objeto era, precisamente, el conocimiento del texto íntegro de la ley y sus modificaciones.⁴

A partir de la publicidad de la Ley Reservada del Cobre, se abre un nuevo capítulo para las leyes secretas. Este tipo de leyes ha sido poco estudiado en nuestro medio, en general. Sin embargo, los recientes acontecimientos han gatillado un nuevo interés por conocer y difundir el contenido de estas leyes, hasta ahora, al margen de la ciudadanía.

El artículo se estructura de la siguiente forma. Primero, se revisan algunos antecedentes generales de las leyes secretas en nuestro país y los intentos que precedieron a la Ley N° 20.977 (2). Luego, se examinan las gestiones administrativas para dar a conocer estos textos secretos, con énfasis en el procedimiento de amparo de acceso a la información pública (3). A partir de ello, se explica la expedita tramitación de la moción parlamentaria de un proyecto de ley que no tuvo mayores complicaciones (4). El texto concluye con algunos de los dilemas que se abren respecto de la permanencia de leyes secretas en nuestro ordenamiento jurídico, así como los obstáculos que enfrenta la desclasificación de estos textos legales secretos (5). Para efectos de este trabajo, por desclasificación entenderemos “aquel mecanismo jurídico que remueve la afectación de reservado o secreto a una determinada información, con independencia de su soporte original”⁵

² Diariooficial.interior.gob.cl, Ley Reservada del Cobre, 22 de diciembre de 2016 [<http://www.diariooficial.interior.gob.cl/ley-reservada-del-cobre/>].

³ Weibel, Mauricio, Traición a la Patria. “Milicogate”. El Millonario Desfalco de la Ley Reservada del Cobre, (Aguilar), 2016.

⁴ Consejo para la Transparencia, C2867-15, 29 de marzo de 2016.

⁵ Contreras, Pablo, “Transparencia y Leyes Secretas”, En Estudios Constitucionales 8 (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2010, p. 100.

2. Sobre las leyes secretas

Las leyes secretas son un tópico escasamente estudiado en nuestro país y una anomalía democrática. El primero en advertirlo, en el ámbito académico, fue Roberto Garretón, en el año 1985.⁶ En este artículo, Garretón alertaba sobre el fenómeno de proliferación de textos legales reservados durante la dictadura. En su investigación, se identificaron 98 leyes secretas (80 decretos leyes y 18 leyes), varias de los cuales contenían, incluso, conductas delictivas o estructuraron las agencias de inteligencia a través de las cuales el régimen articuló la represión de disidentes políticos.⁷ Después de esta investigación, el tema quedó, prácticamente, en el olvido, salvo por algunos apuntes periodísticos⁸ y un proyecto de ley que intentó desclasificarlas, estando estancado —en Segundo Trámite Constitucional— hace más de 10 años.⁹

Tiempo atrás, por mi parte, publiqué una investigación que buscaba contribuir a la conceptualización y sistematización de las leyes secretas en nuestro país.¹⁰ Para entender los alcances de las leyes secretas hay dos aspectos conceptuales que deben ser, someramente, abordados: el tipo de leyes secretas y el régimen de publicación. Respecto del primer aspecto conceptual, debe aclararse que el conjunto de leyes secretas comprende diversas fuentes formales, desde leyes propiamente tales —algunas de ellas dictadas en períodos democráticos, otros bajo dictadura—, decretos con fuerza de ley y decretos leyes. En segundo término, se debe explicar el régimen de “publicación” o, más bien, el procedimiento que se empleó para autenticar y oficializar los textos legales secretos. El mecanismo, en su momento, fue explicado por el ex Director del Registro Civil. En una sesión ante el Congreso, se explicó que los textos legales se publicaban bajo una forma especial calificada de restringida, en los que “se dejaba constancia en el sumario de la edición que se había publicado una determinada ley, relativa, por ejemplo, a la movilización de tropas en casos excepcionales, y, en paralelo, se publicaban una o dos hojas en que figuraba la ley completa,

⁶ Garretón, Roberto, “Las Leyes Secretas en Chile”, En Revista Chilena de Derechos Humanos 1 (Academia de Humanismo Cristiano), 1985, pp. 27 y ss.

⁷ Garretón, *op. cit.*, pp. 34-37.

⁸ Ciperchile.cl, Las últimas jugadas para desclasificar las leyes secretas del gobierno militar, 11 de junio de 2009.

⁹ Proyecto de ley que ordena la publicación de leyes promulgadas en carácter de “secretas” en el período que indica (boletín 3307-07).

¹⁰ Contreras, *Transparencia, op. cit.*; Contreras, Pablo, Secretos de Estado. Transparencia y Seguridad Nacional, (Thomson Reuters), 2014.

las que debían editarse y repartirse en forma restringida a ciertas personas claramente individualizadas”.¹¹

Garretón, en su momento, calificó esta fórmula de “resquicio legal” que impedía la publicidad de las leyes secretas.¹² En cada caso, existía personal militar que controlaba la impresión y procedía a destruir los ejemplares defectuosos y las planchas metálicas utilizadas. El mecanismo empleado anulaba por completo la obligación constitucional de publicar las leyes, defraudando el sentido y alcance de la cláusula democrática de la Constitución.¹³

Los datos de nuestra investigación permitían tener una visión más amplia de las leyes secretas. Por un lado, demostraban que la publicación de leyes secretas constituyó una práctica que se extendió más allá del período 1973-1990, siendo las primeras de ellas publicadas en 1900 y la última, en 1998, años después del retorno a la democracia. El número total ascendía a 203 textos legales secretos —hoy 200, con la publicación de la Ley Reservada del Cobre y sus modificaciones—. La mayoría de las leyes secretas dicen relación con las “Plantas” de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile (110 textos legales secretos, 76% del total). El segundo grupo comprende transferencias de recursos o asignaciones monetarias a los organismos de Defensa (23 textos legales, 16% del total). Las otras dos categorías, Facultades de órganos (9 textos legales, 6% del total) y Varios (3 textos legales, 2% del total) tienen números marginales de cara al universo total de leyes secretas.¹⁴

3. La Ley Reservada del Cobre bajo examen

3.1. La jurisprudencia en materia de acceso a información pública

Hasta el año 2010, la situación de las leyes secretas estuvo inalterada. La cuestión cambió recién ese año con la aplicación de la Ley de Transparencia (Ley N° 20.285). En total, el Consejo para la Transparencia (el Consejo o CPLT) ha decidido nueve amparos de acceso a información respecto de la Ley Reservada

¹¹ Cámara de Diputados, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín N° 3307-07, 10 de diciembre de 2003, p. 4.

¹² Garretón, *op. cit.*, p. 33.

¹³ Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 140-149.

¹⁴ Contreras, Pablo, *Secretos, op. cit.*, pp. 137-140.

del Cobre. En siete de ellos, el CPLT acogió los amparos y ordenó la entrega de información;¹⁵ sólo en dos casos se rechazaron los amparos.¹⁶

En general, el criterio del CPLT quedó fijado en los dos amparos de acceso a la información, ambos del 2010, que inquirían distintas materias relacionadas con la Ley Reservada del Cobre. Por un lado, se solicitó información de los montos empozados en la cuenta de la Ley Reservada y otros datos financieros¹⁷ y, por otro, la denegación del contrato por el cual se adquirió un puente mecano para enfrentar las contingencias del terremoto del 27 de febrero de 2010.¹⁸ El Consejo estimó que no basta que la ley sea secreta para denegar acceso a la información. Para ello, se requiere que exista una afectación de una causal de reserva o secreto, fundada en las excepciones al principio constitucional de publicidad, establecido en el artículo 8 de la Constitución. La exigencia de afectación se deriva del texto mismo del citado artículo constitucional, que establece que una ley de quórum calificado puede disponer la reserva de información cuando la publicidad afectare algunos de los bienes y derechos constitucionalmente garantizados. En razón de ello, la mera existencia de una ley secreta no justifica la denegación de acceso a información.

Las decisiones tuvieron distintos resultados. En el caso de la información presupuestaria y financiera enmarcada en la Ley Reservada del Cobre, el CPLT estimó que se acreditaba la afectación de la seguridad de la Nación, puesto que se tratarían de recursos destinados a la adquisición de armamento y equipamiento militar.¹⁹ En el caso del puente mecano, el Consejo rechazó las alegaciones de afectación de la seguridad nacional, puesto que, en este caso, no había información relacionada con la compra o adquisición de equipos o armamento militar.²⁰

En ambos casos, el Consejo manifestó—en un dictum importantísimo— reparos a la existencia de leyes secretas en nuestro país. En efecto, en las citadas decisiones se consigna la preocupación del Consejo: “porque en nuestro ordenamiento

¹⁵ Consejo para la Transparencia, C396-10, 2 de noviembre de 2010; Consejo para la Transparencia, C326-11, 14 de junio de 2011; Consejo para la Transparencia, C349-11 y C536-11, 24 de agosto de 2011; Consejo para la Transparencia, C508-11, 19 de agosto de 2011; Consejo para la Transparencia, C2202-13, 7 de marzo de 2014; Consejo para la Transparencia, C503-15, 20 de junio de 2015; Consejo para la Transparencia, C2867-15, 29 de marzo de 2016.

¹⁶ Consejo para la Transparencia, C382-09, 26 de febrero de 2010 y Consejo para la Transparencia C57-10, 2 de noviembre de 2010.

¹⁷ C57-10, *cit.*

¹⁸ C396-10, *cit.*

¹⁹ C57-10, *cit.*, cons. 8. Sobre la aplicación del test de daño, véase Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 80 y ss.

²⁰ C396-10, *cit.*, cons. 7-8.

existan leyes que tienen carácter secreto. Admitirlas supone aceptar un peligroso bolsón de opacidad que pugna con el principio constitucional de publicidad y transparencia y el contenido esencial del derecho a acceder a la información pública, esto es, la facultad de todo individuo de buscar, solicitar y acceder a la información que obre en poder de los órganos estatales, particularmente a partir de la reforma constitucional del 2005 (artículos 8° y 19 numerales 12 y 26 de la Constitución), representando también un serio debilitamiento del principio democrático en que se basa nuestra institucionalidad republicana (art. 4° de la Constitución).²¹

Este considerando será el pilar a partir del cual se estructurará la decisión que ordenó la entrega del texto de la Ley Reservada del Cobre. El caso se explica a continuación.

3.2. La decisión que ordenó la entrega parcial de la Ley Reservada del Cobre

El último amparo que el Consejo resolvió fue, precisamente, respecto de una solicitud de información que requería el texto íntegro de la Ley Reservada del Cobre, y sus modificaciones, a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.²² Se trataba de una solicitud directa y simple: se buscaba conocer una ley secreta, quizás una de las más importantes de todas. El CPLT, como medida para mejor resolver, requirió copia íntegra de la información solicitada y procedió a efectuar una examinación in camera del objeto materia del amparo, en base a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Transparencia.

El CPLT debía examinar si la divulgación del texto de la ley en cuestión —junto a sus modificaciones— afectaba algunos de los derechos o bienes jurídicos protegidos por el artículo 8, inciso 2° de la Constitución, en base a las causales de reserva o secreto que establece la ley. El juicio de afectación se debía realizar, en primer término, por el órgano requerido de información —en este caso, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas— y, posteriormente, de deducirse un amparo, por el CPLT.²³ Esta precisión es relevante para lo que se analiza más abajo.²⁴

Uno de los elementos para efectuar el juicio de afectación, fue la revisión de la información respecto de la Ley Reservada del Cobre que ya se encontraba

²¹ C57-10, *cit.*, cons. 10 y C396-10, *cit.*, cons. 14.

²² C2867-15, *cit.*

²³ Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 95 y ss.

²⁴ Véase *infra* 5.

en el dominio público. El razonamiento es simple: si la información (o parte de ella) se encuentra en el dominio público, entonces no existe afectación en la divulgación oficial de ésta. Este es un criterio que, en materia de acceso a la información pública, se advierte desde el famoso caso *The Pentagon Papers*, de la Corte Suprema estadounidense.²⁵ Respecto de la Ley Reservada del Cobre, había una considerable cantidad de información disponible en distintos actos de órganos del Estado —el Libro de la Defensa Nacional, Dictámenes de la Contraloría, proyectos de ley y la Memoria Anual de CODELCO— ya divulgada en la esfera pública. Por tanto, concluía el CPLT, “la circunstancia de que dichos actos de Autoridad sean de público conocimiento precisamente ratifica que, en concreto, la afectación a la seguridad nacional no se produce en los términos expuestos por el órgano requerido”.²⁶ En base a lo anterior, el Consejo estimó que “tras revisión de los antecedentes acompañados, y especialmente, de la información requerida, no se advierte que la hipótesis de reserva concurra respecto del texto íntegro del cuerpo legal solicitado, así como sus posteriores modificaciones, ni se ha proporcionado elementos de juicio diversos que le hayan permitido a este Consejo formarse la convicción de que la reserva proceda por afectación de la seguridad de la Nación, de acuerdo a lo que se expondrá a continuación”.²⁷

Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo adoptó una actitud precautoria respecto del artículo 3º, inciso 1º de la Ley Reservada del Cobre, que ordenó declarar secreto.²⁸ En su momento, no se explicó las razones de por qué tal disposición debía ser secreta —más allá de declarar que se cumplía con requisitos de afectación presente o probable y con suficiente especificidad— y, por lo tanto, ordenó una entrega parcial de la Ley N° 13.196. Hoy ya sabemos qué era lo que contenía dicho inciso.²⁹ los datos de Cuentas de Reserva de las Fuerzas Armadas —números identificadores de asientos contables— que el

²⁵ Corte Suprema Federal de Estados Unidos, *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

²⁶ C2867-15, *cit.*, cons. 15.

²⁷ C2867-15, *cit.*, cons. 8.

²⁸ C2867-15, *cit.*, cons. 17.

²⁹ Ley N° 13.196. “Artículo 3º. Las cantidades en dólares que resulten de la aplicación del artículo 1º, se depositarán a medida que se produzcan y la Tesorería General de la República las ingresará por terceras partes, en cuentas especiales denominadas ‘Cuentas de Reserva N° 9.151, 9.152 y 9.153- Ley N° 13.196’, las que corresponderán al Ejército, Armada y Fuerza Aérea de Chile, respectivamente. [...]”

mismo legislador entendió que su desclasificación no producía un daño a la seguridad nacional.³⁰

Finalmente, cabe señalar que la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas no reclamó de ilegalidad. Con ello, la decisión del Consejo quedó firme.

3.3. El problema competencial de la vía administrativa

Antes de cerrar este apartado, conviene tener presente un problema competencial que fue presentado por el presidente de la Cámara de Diputados. Mediante una representación dirigida al presidente del Consejo para la Transparencia, el diputado Osvaldo Andrade sostuvo que dicha institución había “invadido la esfera de atribuciones del Congreso Nacional” y se habría “extralimitado en sus funciones” al decidir, a través de un amparo de acceso a la información, la publicidad del texto de la Ley Reservada del Cobre y sus modificaciones.³¹ De acuerdo a la misiva, la desclasificación de una ley secreta constituiría un acto legislativo y el “carácter secreto o reservado de una determinada ley debe ser resuelto por el Congreso Nacional y no por órganos de inferior jerarquía”.³² Respecto a este punto, cabe señalar que de aceptarse que es un acto legislativo, la decisión no competería, exclusivamente, al Congreso Nacional, sino también al presidente de la República, en tanto colegislador. Por otro lado, es dudoso que exista un orden de jerarquía entre el Congreso Nacional y el Consejo para la Transparencia. Se tratan de órganos distintos con bases normativas establecidas en fuentes formales diversas, pero de ello no se seguiría una relación jerárquica.

El presidente de la Cámara califica la resolución del Consejo como “aberrante”,³³ puesto que estima que la desclasificación es un acto legislativo y que, tal como prescribe el artículo 22 de la Ley de Transparencia, “[l]os actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación”. Conforme

³⁰ El punto está explicado por el diputado Pilowsky en la historia de la ley N° 20.977. En la Comisión de Defensa Nacional del Senado, el diputado explicó “que el proyecto presentado por el ex Presidente Piñera, que propone derogar la LRC y establecer un nuevo sistema de financiamiento de las Fuerzas Armadas, hace alusión a la cuarta cuenta. Esto permite que el número de las tres anteriores sea fácil de deducir, ya que basta con retroceder una cifra cada vez. O sea, todas las cuentas pueden conocerse actualmente. Aclaró que no se trata de cuentas corrientes, sino de asientos contables. Es muy importante tenerlo claro, porque ese carácter impide que sean objeto de ataques cibernéticos”. Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.977, 22 de diciembre de 2016, p. 68.

³¹ Osvaldo Andrade, Carta José Luis Santa María Zañartu, Presidente del Consejo para la Transparencia, 5 de mayo de 2016, p. 2.

³² Andrade, *cit.*, p. 3.

³³ Andrade, *cit.*, p. 4.

a este razonamiento, la decisión de entregar la información solicitada es de competencia del Congreso Nacional.

La respuesta del Consejo enfatiza el alcance de sus competencias legales: la Ley Reservada del Cobre y sus modificaciones era información que obraba en poder de un sujeto obligado por la Ley de Transparencia y, por lo tanto, frente a la denegación de acceso, corresponde a dicha Corporación conocer de los amparos de acceso a la información. En razón de ello, el Consejo argumentó que una vez “[r]equerida su intervención en forma legal”, éste debe “resolver si la divulgación de la información afecta o no alguno de los bienes jurídicos cautelados constitucionalmente”, en aplicación de las reglas constitucionales y legales vigentes.³⁴ Esto es especialmente relevante en el caso de leyes previas a la reforma constitucional de 2005, que elevó a rango constitucional el principio de publicidad y estableció la exigencia de afectación de una causal de reserva o secreto para la denegación de información fundada.³⁵ El Consejo sostuvo que la decisión del amparo no alteró “la asignación de competencias establecida en la Constitución en materia legislativa, pues sólo ha debido resolver un amparo presentado bajo el procedimiento en la forma que establece la Ley de Transparencia, ordenando la entrega da un particular de la información solicitada”.³⁶ Por ello, no se trata de una publicación general de la ley conforme lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución.³⁷

Aquí existe un punto de diferenciación sobre las formas de desclasificación. Si ésta es de carácter y alcance general, se trata de un acto legislativo y debería ser equivalente a la publicación de una ley, regulada por el artículo 75 de la Constitución y los artículos 6 y siguientes del Código Civil.³⁸ Si la desclasificación tiene alcance particular, por ejemplo, bajo un procedimiento administrativo reglado la Ley de Transparencia, entonces la decisión es adoptada por el jefe superior del servicio, el Consejo para la Transparencia —conociendo eventualmente de un amparo— o los tribunales de justicia —si hubiere reclamos de ilegalidad

³⁴ Consejo para la Transparencia, Oficio N° 4513, de 9 de mayo de 2016, p. 1.

³⁵ Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 51-64.

³⁶ Consejo para la Transparencia, Oficio N° 4513, *cit.*, p. 2.

³⁷ Consejo para la Transparencia, Oficio N° 4513, *cit.*, p. 2.

³⁸ Aquí debe hacerse una precisión: el acto de publicar una ley es un acto administrativo, como bien se recoge en Bronfman, Alan; Cordero, Eduardo & Aldunate, Eduardo, *Derecho Parlamentario Chileno*, (Thomson Reuters), 2013, p. 269. El acto de publicar es, sin embargo, conceptualmente distinto de la decisión de si una ley puede ser pública o secreta. El argumento del Presidente de la Cámara de Diputados estima que la competencia para adoptar esta última decisión le cabe al Congreso Nacional (aunque, en rigor, y para ser consecuente con su propio razonamiento, la decisión de desclasificación de leyes sería de competencia de los colegisladores).

contra la decisión del Consejo o recurso de queja contra la decisión de una Corte de Apelación—.

Hay un punto que todavía no se ha podido dilucidar del todo. El argumento del presidente de la Cámara asume que fue la ley la que se auto-clasificó como secreta y, por tanto, su desclasificación es de competencia legal. Si así lo fuere, entonces la auto-clasificación de secreto violaría el artículo 75 de la Constitución. Sin embargo, no es claro que la decisión de clasificación se haya adoptado a nivel legal. Como se aborda más abajo, los parlamentarios argumentaron que fue el decreto promulgatorio el acto jurídico que declaró secreta a la Ley Reservada del Cobre, antecedente que aparecerá recién con la discusión legislativa de la Ley N° 20.977. Este punto es central: si no hay norma legal que ordene el secreto de la Ley Reservada del Cobre, entonces la desclasificación no es de competencia exclusiva de los colegisladores y, por lo tanto, la decisión del Consejo tiene un antecedente más para ser justificada en base a la infracción de un requisito explícito del artículo 8 de la Constitución: la necesidad de la reserva legal de quórum calificado para establecer información reservada o secreta.

4. La Ley N° 20.977 y la desclasificación de la Ley Reservada del Cobre

El conocimiento general e integral de la Ley Reservada del Cobre y sus modificaciones, provino de una decisión legislativa: la Ley N° 20.977. En este apartado se da cuenta del proyecto que lo originó y cómo la decisión del Consejo sirvió para facilitar su aprobación por los colegisladores.

El proyecto de ley corresponde a una moción liderada por el diputado Jaime Pilowsky.³⁹ El texto explicaba que no existían “razones técnicas ni de seguridad nacional para que la ciudadanía no pueda conocer” la Ley Reservada del Cobre y que el conocimiento del contenido de la ley “contribuirá a generar un debate con mayor altura de miras respecto de la necesidad de generar un nuevo sistema de financiamiento” para las Fuerzas Armadas y la Defensa Nacional.⁴⁰ En este sentido, la fundamentación del proyecto se alineaba con la justificación que, en su momento, dimos respecto de la inconstitucionalidad de las leyes secretas.⁴¹

³⁹ Proyecto de ley que exige la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre (boletín 10.518-07).

⁴⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, cit., p. 4.

⁴¹ Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 140-152.

En efecto, este tipo de normas impide el desarrollo de un circuito deliberativo sobre el contenido y pertinencia de las leyes que rigen a una comunidad política; al estar vedado su conocimiento, los miembros de dicha comunidad sufren una imposición heterónoma de mandatos que no pueden ser reevaluados y corregidos. En definitiva, impiden que los ciudadanos se formen una opinión propia de las normas bajo las cuales quieren vivir, obstaculizando severamente su corrección democrática.

El proyecto contenía un simple artículo único: “El texto de la ley 13.196 y sus modificaciones dejará de tener el carácter de secreto o reservado a contar de la fecha de publicación de la presente ley. El Diario Oficial al publicar la presente ley deberá incorporar el texto íntegro y actualizado de la ley 13.196”.⁴² En la discusión del Congreso Nacional, se debatió sobre los límites de la reserva en materias de seguridad y la distinción entre la reserva de una norma en sí —en este caso, la Ley Reservada del Cobre— y las operaciones efectuadas al alero de la misma —por ejemplo, las compras de equipamiento y pertrechos militares con cargo a los fondos de la Ley Reservada del Cobre—. La mayoría de los diputados estuvieron a favor de hacer esta diferenciación, favoreciendo la publicidad general de la norma y procurando la reserva o secreto de las compras materializadas bajo dicho régimen jurídico.⁴³

Dentro de la tramitación en la Cámara de Diputados, además, apareció un nuevo antecedente: la Ley N° 13.196 no habría sido reservada por disposición legal, sino que por estipulación reglamentaria. En efecto, el diputado Pilowsky —que había tenido acceso a la Ley Reservada del Cobre— “precisó que no fue la ley la que estableció, en su texto, la reserva de la misma, sino que ello se estableció en su decreto promulgatorio”.⁴⁴ Si la fuente del secreto es un decreto, entonces es incompatible con la reserva legal del secreto que se establece en el artículo 8°, inciso 2° de la Constitución. Lamentablemente, no es posible acceder a ese decreto promulgatorio, puesto que no se encuentra dentro de los textos desclasificados por la publicación en el Diario Oficial. Lo que sí se puede verificar es que en todos los textos de la Ley Reservada del Cobre —desclasificados por la Ley N° 20.977— no hay ninguna norma legal que disponga la reserva de la información o que mandate un sistema alternativo de publicación en el Diario Oficial al previsto en el Código Civil. En consecuencia, es dable concluir

⁴² Proyecto de ley que exige la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre (boletín 10.518-07).

⁴³ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 12.

⁴⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 16.

que la reserva de dicha ley no se ajustaba con el régimen constitucional de publicación de la ley establecido en el artículo 75 y, de haber sido un decreto promulgatorio el acto que dispuso la reserva de la información, era contrario a la reserva de ley cualificada que dispone el artículo 8.

La decisión C2867-15 del Consejo para la Transparencia facilitó la expedita tramitación del proyecto. Al haberse entregado a un particular la información contenida en la Ley Reservada del Cobre, ésta ya se encontraba en el dominio público⁴⁵ y se esfumaba el argumento de su necesidad de secreto. Sin embargo, generó un punto de discrepancia. La decisión había resuelto que se debía entregar, parcialmente, la información y ordenó reservar el artículo 3º de la Ley. La norma en cuestión establece las cuentas contables a las cuales se les debe transferir los fondos globales de cada institución armada. El diputado Urrutia, en su argumentación, recogió el punto y sostuvo que, de aprobarse el proyecto, debía mantenerse la reserva de dicho artículo.⁴⁶ El diputado Pilowsky, por el contrario, aclaró que no se trataba de cuentas corrientes —cuya divulgación sí podría afectar la seguridad nacional—, sino que de asientos contables para la asignación de los recursos. Adicionalmente, sostuvo que el Consejo adoptó una actitud precautoria —visión conservadora— en qué debía ser entregado, pero que no impedía que el legislador fuese más allá en pos de la transparencia.⁴⁷ Esta última opinión prevaleció en el Congreso y explica cómo se llegó a la desclasificación total de la Ley Reservada del Cobre. El Ejecutivo, además, a través de su Ministro de Defensa Nacional, no presentó reparos a la iniciativa que desclasificaba, íntegramente, la Ley Reservada del Cobre.⁴⁸

Finalmente, en Segundo Trámite se efectuó una pequeña modificación en el texto del artículo único del proyecto, con el objeto de evitar una doble publicación de la ley. En efecto, las leyes secretas eran publicadas en el Diario Oficial a través de una serie de circulación restringida, esto es, disponible sólo para un número limitado de destinatarios.. Como ya existía una publicación, lo que correspondía era que el texto de la Ley Reservada del Cobre se desafectara del secreto y no que se volviese a publicar. Como consta en la historia de la ley, con el objeto de evitar la doble publicación, la Comisión de Defensa del

⁴⁵ Los medios de comunicación se aprestaron a divulgar rápidamente el contenido de la Ley. Véase, por ejemplo, Elmostrador.cl, Exclusivo: esta es la secreta “Ley Reservada del Cobre”, 5 de mayo de 2016.

⁴⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 18.

⁴⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 18.

⁴⁸ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 60.

Senado acordó cambiar el verbo rector de “publicar” por “insertar”⁴⁹ y con ello obligar que, conjuntamente con la publicación de la Ley N° 20.977, se insertase el contenido íntegro de la Ley Reservada del Cobre.

En cumplimiento de lo anterior, el Diario Oficial, en su edición electrónica de 22 de diciembre de 2016, estableció un apartado especial en donde se publicó la Ley N° 20.977 y procedió a habilitar la descarga del texto actualizado de la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre, junto a sus modificaciones. Cabe señalar, sin embargo, que no encuentra disponible para la descarga el texto original de la citada ley —publicada en 1958—. En el siguiente cuadro se sistematiza la información respecto de la Ley desclasificada y sus modificaciones:

Cuadro N° 1

Ley N° 13.196, Reservada del Cobre y sus modificaciones

| Norma | Edición | Carácter | Publicado | Título de la norma |
|---------------|----------|-----------|-------------------------|---|
| Ley N°13.196 | | Reservada | 20-10-1958 | Ley Reservada del Cobre |
| DL N°984 | 29.248-A | Reservada | 05-09-1975 | Fija el Texto Refundido de la Ley N°13.196 |
| DL N°1.530 | 29.596-A | Reservada | 29-10-1976 | Fija el Texto Definitivo de la Ley N°13.196 |
| Ley N°18.445 | 32.298-A | Reservada | 17-10-1985 | Modifica Disposiciones de la Ley N°13.196 |
| Ley N°18.628 | 32.822-A | Reservada | 17-07-1987 | Modifica Ley N°13.196 |
| Ley N° 20.977 | 41.639 | Abierta | (inserto) 22-12-2016 | Texto actualizado de la ley N° 13.196 |

Fuente: Diariooficial.interior.gob.cl

5. Y ahora, ¿qué? El futuro de las leyes secretas

La desclasificación de la Ley Reservada del Cobre supone un quiebre en triste inercia antidemocrática de la existencia de leyes secretas en nuestro país. Sin embargo, aún quedarían 202 textos legales reservados por desclasificar. En este apartado se revisan algunos de los dilemas que se abren respecto de la permanencia de leyes secretas en nuestro ordenamiento jurídico, así como los obstáculos que enfrenta la desclasificación de estos textos legales secretos.

⁴⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, *cit.*, p. 68.

5.1. Nuevos casos sobre leyes secretas

El Consejo para la Transparencia ha vuelto a enfrentar la pregunta sobre la publicidad de leyes secretas. Hay dos vías por las se podrá volver a plantear esta discusión: directas e indirectas. Ambas tienen complejidades respecto de la desclasificación de las leyes secretas.

La vía directa consiste en solicitar el texto de cada ley secreta. Es lo que pasó en agosto de 2016. Una solicitante requirió diversos textos legales secretos al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, con la indicación del número de la ley, o decreto ley secreto, y su año de publicación.⁵⁰ La Subsecretaría del Interior derivó la solicitud a la Biblioteca del Congreso Nacional, estimando que éste era el órgano competente para contestar. Frente a esta derivación, se recurrió de amparo al Consejo, puesto que la solicitante estimaba que el Ministerio era competente, habida cuenta sus atribuciones respecto del Diario Oficial (que fue traspasado a dicha cartera por resolución exenta N° 6.793 de 2013, de la Subsecretaría del Interior). Con ello, se declaró admisible el amparo y se pudo entrar a conocer de los descargos de fondo del organismo, el cual argumentó que la búsqueda de la información afectaba el debido cumplimiento de sus funciones, invocando la causal de reserva o secreto del artículo 21 N° 1, letra c) de la Ley de Transparencia. A juicio del órgano, el solicitante no entregó la fecha de publicación de cada texto secreto y, al no contar con motores de búsqueda para encontrar lo solicitado, la tarea importaría una distracción indebida de los funcionarios que se desempeñan en el Diario Oficial.

El Consejo rechazó la causal de reserva invocada por el órgano. La Subsecretaría del Interior no “precisó el número de funcionarios necesarios para abocarse a la búsqueda de la información y elaboración de la respuesta”, el “tiempo que éstos deberían destinar a las referidas tareas, ni la extensión de los documentos respectivos”.⁵¹ Adicionalmente, estimó que la solicitud estaba suficientemente detallada para permitir la búsqueda de los documentos, ya que indicaba tanto número como año de publicación.

No obstante rechazar la causal de reserva o secreto, el Consejo reconsideró el problema de la derivación a otros organismos. Así, en su decisión estimó que “los órganos jurídicamente competentes para pronunciarse sobre la solicitud en comento son aquellos vinculados con las materias y funciones reguladas

⁵⁰ Consejo para la Transparencia, C2844-16, 20 de diciembre de 2016.

⁵¹ C2844-16, *cit.*, cons. 6°.

en cada uno de las normas requeridas. En efecto corresponde a éstos explicar la procedencia de hacer entrega de la información o, eventualmente invocar una causal de reserva respecto de la misma señalando los bienes jurídicos que puedan verse afectados con la divulgación de los antecedentes solicitados”.⁵² En base a ello, ordena que se derive la solicitud a los Ministerios de Hacienda y Defensa Nacional y a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad. Al exigir esta derivación, traslada la determinación administrativa de la entrega o reserva de información a distintos órganos involucrados. Cada uno de éstos deberá verificar si los textos secretos obran en su poder, si procede una causal de reserva o secreto y si se produce una afectación del bien jurídico protegido por la causal.

La vía indirecta dice relación con materias que puedan estar reguladas en leyes secretas. Se trataría de una estrategia similar a los primeros casos que involucraron la aplicación de la Ley Reservada del Cobre y que se revisaron más arriba. El ejemplo, en este punto, sería la decisión que obliga la entrega de la dotación total del personal de Carabineros, desde el año 2010 hasta el 2016⁵³. La controversia de este caso se planteó en los términos de si la publicidad de lo solicitado afectaba la seguridad de la Nación, conforme las reglas previstas en el artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia y el artículo 436 del Código de Justicia Militar. El problema de las leyes secretas, en este caso, podría haber sido planteado si el servicio hubiese argumentado que la dotación de personal se encuentra regulada por leyes secretas (cuestión que no aconteció)⁵⁴. Esto, obviamente, contrasta con las recientes leyes que han aumentado la dotación de Carabineros, todas ellas públicas⁵⁵. En este caso —que, a la fecha de término de este trabajo, se encontraba en revisión en los tribunales superiores de justicia— la discusión no es por la publicidad del texto mismo de una ley secreta, pero sí respecto de su contenido. En ese sentido, se trata de una vía indirecta que busca la desclasificación de ciertos aspectos de una ley secreta.

⁵² C2844-16, *cit.*, cons. 8°.

⁵³ Consejo para la Transparencia, C2376-16, 15 de noviembre de 2016.

⁵⁴ Entre otras, véase las leyes N° 18.291, de 1984; N° 18.529, de 1986; N° 18.652, de 1987; N° 18.683, de 1987; N° 18.710, de 1988; N° 18.873, de 1989; y N° 18.873, de 1989. Véase Contreras, *Secretos, op. cit.*, pp. 167-173.

⁵⁵ La decisión cita las Leyes N° 20.104, de 2006; N° 20.490, de 2011; y N° 20.801, de 2014. Véase C2376-16, *cit.*, cons. 12°.

5.2. Los problemas de la desclasificación vía amparos y la necesidad de una solución de carácter general

Para concluir, debe advertirse los problemas de la desclasificación de las leyes secretas vía amparos de acceso a información pública. El análisis de los casos revisados aquí permite inferir que la vía litigiosa a la desclasificación tiene resultados globales marginales. Si bien se logró, parcialmente, con la Ley Reservada del Cobre —contribuyendo a la aprobación de la Ley N° 20.977—, en el resto de las leyes secretas se ha obligado derivar la solicitud de entrega de la documentación a una pluralidad de organismos públicos competentes (como evidencia la vía directa del caso C2844-16). Esto fragmenta aún más la posibilidad de acceso a todos los textos legales secretos. La vía indirecta no es, en esta misma línea, una mejor opción. Supone obviar la discusión sobre la publicidad o reserva de la ley secreta —a nivel de amparo— pero sí optar por la entrega de información que se relaciona con dicha ley (como se advierte en el caso C2376-16 de la dotación de planta de Carabineros).

En consecuencia, si el futuro de la desclasificación de leyes secretas depende de los amparos de acceso a la información, entonces será un camino farragoso y repleto de obstáculos y de litigiosidad compleja. Además, y como trasfondo, tendrá la duda competencial esgrimida por el presidente de la Cámara de Diputados, respecto de si le corresponde o no a la Administración la decisión de desclasificación de textos legales secretos.

En razón de lo anterior, parece razonable aprovechar la oportunidad de la desclasificación de la Ley Reservada del Cobre y discutir, legislativamente, la publicidad de los 202 textos legales que aún se mantienen secretos. El esfuerzo es relativamente simple y cuenta con la venia de la entonces Ministra de Defensa, Michelle Bachelet: se debe resucitar el antiguo proyecto de ley que “ordena la publicación de leyes promulgadas en carácter de ‘secretas’ en el período que indica” (boletín 3307-07)⁵⁶ que, actualmente, duerme en Segundo Trámite Constitucional. La aprobación de una solución de carácter general y obligatoria reduciría la litigación asociada a las leyes secretas y extirparía un bolsón de opacidad inaceptable en una democracia como la nuestra.

Queda por explorar una última alternativa: el fundamento legal del secreto de las leyes secretas. Esta alternativa se podría explorar a través de la revisión *in camera* de las leyes secretas. ¿Qué pasaría si las leyes carecen de un precepto

⁵⁶ Tanto el proyecto de ley como toda la información referida a los Informes de las comisiones legislativas se encuentra disponible el sitio web: <http://sil.senado.cl/pags/index.html> [última visita efectuada 07 de abril de 2010].

legal que auto-ordena su secreto? ¿Y si el secreto de estas leyes no está en la ley misma sino en su decreto promulgatorio? La hipótesis no es descabellada: se basa en los antecedentes legislativos de la Ley N° 20.977. De ser efectiva esta alternativa, no hay razones constitucionales que autoricen el secreto —vía decreto— de las (ahora presuntas) leyes secretas. En base a la jurisprudencia del Consejo, en el caso C2844-16, corresponderá, primero, a los órganos competentes verificar si la reserva de tales leyes secretas es, efectivamente, por disposición legal o, por el contrario, por decreto. Si fuere un decreto, dicha reserva no está amparada por la Constitución y corresponderá, tanto los órganos competentes como al Consejo para la Transparencia, dar vigencia al principio constitucional de publicidad.

