

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN CHILE: NUEVA REGULACIÓN E IMPLICANCIAS PARA EL SECTOR DE LA DEFENSA NACIONAL*

*Freedom of information in Chile: New regulations and
consequences on national defence*

Gonzalo García P.**

Profesor de Derecho Constitucional
de la Universidad Alberto Hurtado (Chile)
ggarcia@ssg.gov.cl

Pablo Contreras V.***

Profesor asistente Derecho Constitucional
de la Universidad Alberto Hurtado (Chile)
pablo.contreras.v@gmail.com

RESUMEN: Los autores analizan el derecho de acceso a la información desde la teoría general de los derechos fundamentales. En esta línea, sostienen que no se trata de un derecho "implícito", como ha fallado la jurisdicción constitucional chilena, sino que de una norma iusfundamental adscripta al texto de la Constitución. A partir de ello, desprenden las consecuencias y efectos que deben seguirse para toda norma iusfundamental.

Luego de esto, analizan críticamente la nueva regulación en materia de transparencia, aplicando los conceptos generales al sector de la Defensa Nacional.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la información, información reservada o secreta, transparencia, publicidad, secreto militar.

* El presente artículo tiene como origen la ponencia que presentó Gonzalo García en el Seminario "Acceso a la Información y Derechos Humanos", desarrollado en la Universidad Alberto Hurtado en julio del 2008 y organizado por la Facultad de Derecho y el Centro de Ética de dicha Universidad. Presentado el 21 de abril de 2009 y fue aprobado el 20 de mayo de 2009.

** Subsecretario de Guerra. Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica y Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional en las universidades Adolfo Ibáñez y Alberto Hurtado. Correo electrónico: ggarcia@ssg.gov.cl.

*** Asesor Jurídico de la Subsecretaría de Guerra. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Alberto Hurtado y actualmente cursando el Magíster en Gobierno y Sociedad de la misma universidad. Profesor asistente de Derecho Constitucional en las universidades Adolfo Ibáñez y Alberto Hurtado. Correo electrónico: pablo.contreras.v@gmail.com.

ABSTRACT: The authors analyze the freedom of information from a general theory of fundamental rights. They sustain, in opposition to the opinion of the Chilean Constitutional Court, that this right cannot be understood as “implicit”, but as a fundamental norm ascribed to the Constitution.

Considered as a fundamental norm, every constitutional effects and consequences should be applied to the freedom of information.

Finally, the authors critically review the new freedom of information law’s, transparency focused primarily on National Defence issues.

KEY WORDS: Freedom of information, classified information, transparency, publicity, military classified information.

*El gran lema que ahora todo el mundo cacarea.
Ante el cual hasta los caudillos del pueblo,
Con sus empolvadas pelucas, se inclinan,
Es, oídlo bien:¡¡ publicidad...!!¹*

GOETHE

I. INTRODUCCIÓN

Una de las reformas legales más importantes que se han elaborado en el último tiempo en materia de libertad de expresión, corresponde al actual régimen regulatorio del derecho de acceso a la información.² Evidentemente, nos referimos a la nueva ley 20.285, de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado (en adelante, Ley de Transparencia o LT).³ Pese a que los contenidos de la propia ley tratan sobre la accesibilidad a una pluralidad de materias disímiles entre sí, existe una presión mediática en orden a otorgar importancia únicamente a las cuestiones de corrupción.⁴ El problema de la corrupción es un fenómeno complejo y que se ha desplegado, especialmente, por toda América Latina. Vincular el

¹ SMEND, Rudolf (1985): *Constitución y Derecho Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), p. 274. Esta referencia a Goethe da cuenta de la polémica que desde la Revolución de 1789 implicó la introducción de la libertad de prensa y la dinámica de la opinión pública como factor de control democrático.

² Se trata de un régimen de imposición de obligaciones de transparencia y de mecanismos de resguardo que potencian y profundizan el ejercicio democrático en la práctica diaria y que fortalecen la libertad de expresión de todos los ciudadanos. Dentro de los avances legislativos que se han realizado en esta línea, debe destacarse la reforma constitucional al artículo 19, número 12, que eliminó la censura previa de producciones cinematográficas (ley 19.742); la sustitución de la censura por un sistema etario de calificación cinematográfica (ley 19.846); y la dictación de la denominada “ley de prensa”, que regula las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (ley 19.733).

³ El artículo 1º de la LT establece el régimen aplicable para los órganos de la Administración del Estado, mientras que los artículos 2º a 10º establecen un régimen especial para el resto de los órganos del Estado, como los tribunales de justicia, el Congreso Nacional o el Ministerio Público, por nombrar algunos.

⁴ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis (2000): *La Criminalidad de los Gobernantes* (Barcelona, Crítica), pp. 17-34.

ejercicio del derecho de acceso a la información constituye un objetivo noble y necesario, pero parece aún más esencial el desafío de encontrar la plena verdad en casos que la sociedad exige y demanda una respuesta, como materias pendientes de derechos humanos. El acceso a la información, como se ve, abarca materias que van necesariamente más lejos de la mera conformación de una opinión pública informada sobre la probidad de sus gobernantes, proyectándose sobre todo asunto de interés público que amerite deliberación democrática.

Los derechos fundamentales no son un asunto puramente normativo. Más allá de toda consideración jurídica éstos son reflejo de una lucha histórica que garantiza, especifica y universaliza el más amplio reconocimiento a la dignidad humana. Cuando hablamos hoy del acceso a la información en Chile estamos hablando del pasado, presente y futuro en un solo acto. Por una parte, un pasado, sobre el cual hay que seguir indagando para obtener la verdad concretísima sobre múltiples historias de violaciones a los derechos humanos que están en espera de toda o parte de la información que complete un ciclo sobre la misma. Estamos hablando de una legislación presente que da cuenta de cuatro grandes esfuerzos en materia de derechos humanos y que sigue indagando en cómo articular jurídicamente mecanismos para obtener esa verdad. Finalmente, hablamos de futuro, puesto que a mayor especificación, complejidad y justeza de los derechos fundamentales, existe mayor reconocimiento del clima político y la profundización democrática.

La existencia de expresión e información libre es objetivamente valiosa para una sociedad y por lo mismo se ha configurado una “posición preferente” respecto de otros derechos fundamentales.⁵ Esta posición preferente es ratificación que la libertad de in-

⁵ Con esto no nos estamos refiriendo a una jerarquía de derechos fundamentales sino que, únicamente, en una ponderación, las cargas de argumentación, en torno al peso abstracto de un principio en colisión, puede tener un valor preferente. Sobre la ponderación en general, véase a ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 89 y ss.; ALEXY, Robert (2004a): *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris). En el caso de la colisión entre el derecho fundamental a la libre expresión de las ideas y otros principios constitucionales, la idea de preferencia/prevalencia condicionada se trata de una posición bastante asentada en el Derecho Comparado. Referido a la ponderación, véase a BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 770 y ss. Es común, también, en la jurisprudencia comparada, sostener que la libertad de expresión conlleva una dimensión objetiva que permite darle una regla de prevalencia/preferencia cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales. Sobre esto, véase la decisión de la Corte Suprema estadounidense, *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 269-273 (1964) y la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), *Caso Lingens v. Austria*, 8 de julio de 1986, Series A, nº. 103, en especial, §21 a 30. Sobre el primer caso puede verse a BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2005): *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 304-308. Sobre la segunda sentencia véase a ORTEGA GUTIÉRREZ, David (1999): *Derecho a la Información versus Derecho al Honor* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 87 y ss. Sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1994): *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Madrid, Civitas, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid), pp. 81 y ss.

formación no es sólo un valor en sí mismo sino que es fundamental para el ejercicio de otros derechos. “Protege [...] la búsqueda de la verdad, que exige el flujo libre y contraste de ideas, y la necesidad de comunicarse con sus semejantes que tiene el ser humano para desarrollar su personalidad”.⁶ Asimismo, la información es el presupuesto para la activación de mecanismos de participación, de mecanismos de fiscalización de la autoridad y el presupuesto de exigibilidad de otros derechos fundamentales.⁷

II. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. La adscripción iusfundamental del derecho de acceso a la información

Originalmente, nuestra Constitución Política (en adelante, CPR) no contenía ninguna norma explícita que se refiriese al derecho de acceso a la información. La reforma constitucional vino a subsanar el déficit a nivel de normas positivas al establecer un nuevo artículo 8º que consagra el principio de transparencia y probidad de la función pública.⁸ Su inciso segundo señala que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, estableciendo una reserva de ley, de quórum calificado, para el establecimiento de cualquier secreto o reserva, debiendo ser justificado bajo una de las cuatro causales taxativas (aunque genéricas) que ahí se señalan.

Esta reforma establece un paso decisivo de cara a la constitucionalización del derecho de acceso a la información. Sin embargo, e incluso teniendo este artículo a la vista, se ha sostenido que el acceso a la información sería una mera consecuencia del principio de transparencia⁹ o un reconocimiento implícito de un derecho¹⁰ y que la reforma constitucional del año 2005 no habría reconocido propiamente tal un derecho fundamental.

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis (2005): *Sistema de derechos fundamentales* (Madrid, Thomson, Civitas), p. 320.

⁷ La información como presupuesto de una opinión pública efectivamente deliberativa constituía una exigencia ilustrada de la Democracia: “[e]l ideal ilustrado de la publicidad se basaba en la concepción de que una ciudadanía informada y razonante podía servir de freno y de instancia de revisión a las decisiones del monarca. De lo que se trataba era de propiciar la discusión pública” [GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1993): “Acerca de los Conceptos de Publicidad, Opinión Pública, Opinión de la Mayoría y sus Relaciones Recíprocas”, en *Doxa* (Vol. 14), p. 289]. Sobre las críticas al denominado “mito” de la opinión pública, véase a ZIMMERLING, Ruth (1993): “El Mito de la Opinión Pública” en *Doxa* (Vol. 14), pp. 97-117. En general, sobre las transformaciones de la esfera pública en el Estado moderno, véase a HABERMAS, Jürgen (1991): *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (Traducc. Thomas Burguer, Cambridge Mass., MIT Press).

⁸ Sobre esto, en general, véase a FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005): “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales en el nuevo Artículo 8º Inciso 2º de la Constitución”, en ZÚÑIGA, Francisco, *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis), pp. 191-207.

⁹ Así, por ejemplo, puede revisarse la declaración que hace Tomás Vial Solar, perito propuesto por el representante de las víctimas en el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Claude Reyes *et. al.* v. Chile, 19 de septiembre de 2006, Serie C, Nº 151, p. 11, donde sostiene que “si bien la reforma constitucional representa un avance desde el punto de vista de asegurar el acceso a la informa-

Sobre la condición de derecho fundamental del derecho de acceso a la información debe considerarse una serie de elementos, pero entre ellos la interpretación de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o CIDH) que, interpretando la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención o CADH) ha sido perentoria en el punto: el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental recogido por la CADH en su artículo 13, que reconoce la libertad de buscar y recibir información.¹¹ Enfáticamente, además, lo sostiene en la sentencia en que condena al Estado de Chile, al afirmar que

El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información.¹²

Doctrinariamente, el derecho de acceso a la información es una norma iusfundamental adscripta¹³ al artículo 19, número 12 y número 14, al artículo 8º y al artículo 5 inciso 2º CPR que reenvía el ordenamiento constitucional a su complementariedad con el artículo 13 CADH.¹⁴ Todas estas últimas son normas iusfundamentales directa-

ción, 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’” (Claude Reyes et. al. v. Chile, cit., p. 12, énfasis agregado).

¹⁰ Con referencia a la categoría de “derechos implícitos” debe citarse la sentencia del Tribunal Constitucional, STC Rol N° 634-2007, de 9 de agosto de 2007, donde dicha magistratura sostuvo que “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 [...]” (cons. 9º, énfasis agregado). A continuación señala que “acorde a la naturaleza del derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley [...] el establecimiento de las causales de secreto o de reserva [...]” (cons. 10º, énfasis agregado).

¹¹ Otros antecedentes del derecho de acceso a la información, en el plano internacional, pueden revisarse en la Declaración de Río de 1992 (principio 10) y el convenio de Aarhus de 1998.

¹² Claude Reyes et. al. v. Chile, cit., §76, p. 43, énfasis en el original, notas al pie omitidas.

¹³ La adscripción de normas *iusfundamentales* a un texto constitucional es una actividad eminentemente argumentativa, ya sea en sede doctrinal o jurisprudencial, pero, ciertamente, normativa y no empírica (como la mera constatación de adscripciones por determinados operadores jurídicos). Más allá de las normas iusfundamentales estatuidas, las normas adscriptas de derecho fundamental son aquellas que, dada una determinada relación de fundamentación (*iusfundamentalmente* correcta), se adscriben a normas *iusfundamentales* directamente estatuidas. Sobre esto, cfr. ALEX Y (1993) pp. 66-72. Véase también, distinguiendo entre normas iusfundamentales directamente estatuidas, normas adscriptas y normas individuales de derecho fundamental, a BERNAL PULIDO (2003) pp. 108-132.

¹⁴ Además, existen otras normas que permiten adscribir el mismo derecho y con el mismo rango iusfundamental, como el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP). Sobre el rango constitucional de las normas de tratados que establecen derechos fundamentales, vid. por todos, VERDUGO, Mario et al. (2002): *Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 122-131.

mente estatuidas y que permiten la fundamentación de una norma adscrita a ellas. A diferencia de la tesis de los derechos “implícitos”, la teoría general de los derechos fundamentales permite fundar el reconocimiento de normas iusfundamentales a través de la praxis argumentativa de los operadores jurídicos. Sin embargo, esta posición se distancia de la tesis de derechos implícitos, que parece sostener una expresión débil de un derecho y que requeriría del auxilio del constituyente para completar el contenido específico de su derecho. Nada más lejos. Nos encontramos no solo frente a un derecho sino que ante un derecho fundamental que requiere las obvias especificaciones interpretativas que lo reafirman en su condición y que ningún Tribunal Constitucional ni Corte Internacional puede desconocer a partir de estos textos.

Además, las herramientas que nos brindan la teoría general permiten escapar de espinudos problemas cognoscitivos que surgen con una tesis de implicar derechos no expresamente recogidos por la CPR. Por ejemplo, cómo debemos entender estos derechos implícitos, cuál es su contenido –puesto que si no tienen como fundamento el texto de la Constitución, difícilmente hay un marco literal que establezca un horizonte de significado–. Por otra parte, cuál es el método de reconocimiento de tales derechos; tienen, acaso, el mismo estatus y jerarquía normativa que el resto de los derechos establecidos en normas iusfundamentales. Si existen, por otra parte, implícitamente derechos establecidos en normas iusfundamentales, cuántos son y quién debe determinarlos. Hasta donde hemos revisado, la CPR no asigna normas de competencia para la identificación de tal clase de derechos.

Recurrir a la adscripción de derechos, por lo demás, no es una situación nueva para el ordenamiento constitucional chileno. Difícilmente podríamos decir en un marco explícito que existe la libertad de expresión y el derecho a la información. No obstante, resulta claro que ellas también son normas iusfundamentales adscritas a un derecho fundamental directamente estatuido como es la libertad de información, tanto en el artículo 19, número 12 CPR, como el artículo 13 CADH.

2. El derecho de acceso a la información reviste la estructura de principio

Este derecho, en tanto derecho fundamental, se entiende bajo la estructura de principio, es decir, de un mandato de optimización que obliga algo a ser realizado en la máxima medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas.¹⁵ A diferencia de las reglas, por tanto, se aplica de manera gradual y la colisión entre principios se resuelve a través de la ponderación.¹⁶

La adscripción de la norma, para este derecho, se realiza en conexión con: a) la *dimensión objetiva* de la libertad de expresión, b) el derecho de petición individual

¹⁵ Sobre la definición de principio como mandato de optimización, véase a ALEXY (1993) p. 86.

¹⁶ ALEXY, Robert (2000): “On the Structure of Legal Principles”, en *Ratio Juris* (Vol. 13, N° 3).

sobre asuntos de interés público,¹⁷ c) la *obligación de promoción y tutela* del Estado en materia de derechos fundamentales,¹⁸ y d) la conexión de este derecho con la generación de una *opinión pública libre* y el desarrollo del *sistema democrático deliberativo*.¹⁹

El derecho de acceso a la información, tal cual se deduce de todas las normas iusfundamentales indicadas, se traduce en un derecho prestacional,²⁰ en la generación de una obligación positiva del Estado de promover, permitir y garantizar el acceso a información pública, con las salvedades indicadas en el propio artículo 8º CPR.

Finalmente, un aspecto relevante a destacar –dado la estructura de principio del derecho en cuestión– constituye la posibilidad de someter a límites que se derivan del reconocimiento de este derecho en los tratados internacionales de derechos fundamentales. Empero, éstos no pueden agregar nuevas exigencias u obstáculos que impidan el ejercicio del derecho, sino que permitir el adecuado entendimiento de aquellas posibilidades de restricción que han sido estatuidas por la propia Constitución, bajo cláusula de reserva de ley.

Sobre los límites a los derechos fundamentales,²¹ especialmente el de derecho de acceso a la información, la CIDH da criterios materiales. Nosotros seguiremos el esquema que establece la Corte para el caso *Claude Reyes v. Chile*.²² Se trata de los siguientes:

¹⁷ El Artículo 19 N° 14 de la CPR establece algunos requisitos que permitirán entender mejor algunos alcances prácticos de la LI. Por ejemplo, establece la necesidad de un peticionario individualizado. Por ende, toda solicitud anónima o no susceptible de identificación supone situarse al margen del derecho de petición. De la misma manera, el peticionario debe dirigir su solicitud a la autoridad “en términos respetuosos y convenientes”. Una condición de esa naturaleza y con una interpretación variable respecto de su límite, puede dejar, *prima facie*, fuera del ejercicio del derecho de petición a aquellas solicitudes de información que se expresan de manera grosera, injuriosa o calumniosa respecto de la autoridad.

¹⁸ Cfr. artículos 1º y 5º CPR, 1º y 2º CADH y artículo 2º PIDCP.

¹⁹ Como lo ha sostenido la CIDH, “el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información” (*Claude Reyes et. al. v. Chile, cit.*, § 84, p. 45).

²⁰ La concepción prestacional del derecho, debe entenderse en sentido alexyano, es decir, como derechos a acciones positivas por parte del Estado para tutelar el contenido iusfundamentalmente protegido del derecho. Sobre esto, véase ALEXY (1993), pp. 419ss. Tratando específicamente el carácter de prestación de los derechos, véase a ALEXY, Robert (2007): *Derechos Sociales y Protección* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo), pp. 45-84.

²¹ Sobre los límites a los derechos fundamentales, en general, véase a GARCÍA PINO, Gonzalo (2005): *Teoría Constitucional sobre los Límites al Ejercicio de los Derechos Fundamentales* (Tesis Doctoral de la Universidad Carlos III, Getafe, inédita).

²² Estos criterios son compartidos por el TEDH. En el caso *Sunday Times*, pueden verificarse nítidamente los tres presupuestos: “El Tribunal debe, por consiguiente, examinar si la intervención pública en el presente caso estaba ‘prescrita por ley’, si tiene una o unas finalidades que sea o sean legítimas bajo el artículo 10.2 y si era ‘necesaria en una sociedad democrática’ para cumplir con dicha finalidad o finalidades” (Caso *Sunday Times v. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, Serie A n° 30, § 45°). Este esquema se repite en numerosos casos, para ver uno reciente revítese *Caso Plon (Société) v. Francia*, de 18 de mayo de 2004, Sección 2ª, n°. 58148/00, § 23°.

(1) La CIDH ha señalado que toda limitación de un derecho protegido por la CADH debe realizarse a través de la ley.²³ A la luz de nuestro ordenamiento interno, dicho presupuesto de limitación debe entenderse satisfecho. En primer término, el artículo 8° dota de competencia al legislador para restringir el derecho de acceso a la información en virtud de alguna de las causales que ahí se señalan. Se trata, además, de una ley que exige quórum calificado para su aprobación.²⁴ Finalmente, el legislador ha decidido regular el ejercicio de este derecho, así como la vigencia del principio de transparencia, en la reciente LT.

(2) Toda restricción debe fundarse en una cláusula limitativa –de reserva o secreto, en este caso– establecida en la CADH. Las cláusulas de restricción que admite el artículo 13 de la Convención son cinco: derechos de terceros, seguridad nacional, orden público, salud o moral pública. Aquí surge un problema de ajustar sincrónicamente las hipótesis de restricción que establece la CPR en su artículo 8° y las que establece la CADH. Una aproximación razonable al punto, sería encontrar las similitudes entre las cláusulas limitativas (derechos de terceros y seguridad nacional/de la Nación) y luego, articular argumentativamente la afinidad de contenido entre las cláusulas restantes (como entre interés nacional y salud pública), procurando no ampliar el catálogo de hipótesis constrictoras del derecho. Se trata de un tema complejo que la jurisprudencia deberá ir definiendo criterios de articulación.

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

- a) Debe ser idónea para alcanzar el objetivo legítimo (subprincipio de adecuación).
- b) Debe escogerse, de las alternativas existentes, la menos gravosa para el derecho limitado (subprincipio de necesidad).
- c) Debe respetarse la proporcionalidad de la restricción del derecho con el interés que la justifica (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

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

²³ Claude Reyes *et. al.* v. Chile, *cit.*, en especial, § 88-93.

²⁴ Nótese que, a diferencia del caso interamericano, la jurisprudencia del TEDH ha entendido la reserva de ley en un sentido más amplio que el significado técnico o estricto de ley, esto es, como aquella norma que emana del Parlamento y que cumple con los requisitos constitucionales que se prescriben para la formación de ésta. El TEDH ha sostenido que no sólo la ley, en sentido estricto, puede limitar derechos fundamentales: la restricción también puede verificarse a través de otras fuentes formales, siempre que respeten las exigencias de accesibilidad de la norma y de precisión, resguardando, en todo caso, el principio de proporcionalidad. En este punto puede revisarse al caso *Silver*, donde la exigencia de legalidad de la limitación requería de dos supuestos mínimos señalados por el Tribunal, a saber, la accesibilidad de la norma respecto del ciudadano y la precisión que ésta debía contener en la regulación del ejercicio del derecho, admitiendo que reglamentos penitenciarios podían restringir derechos establecidos en la Convención Europea (caso *Silver y otros v. Reino Unido*, 25 de marzo de 1983, Serie A n° 61, § 87°-88°). Sobre esta exigencia en la jurisprudencia del TEDH, véase GARCÍA PINO (2005), pp. 456-464.

escrito, invocando la causal determinada y fundamentando el modo en que la divulgación de la información afectaría el bien protegido por la causal de reserva o secreto.²⁵

III. ASPECTOS PARTICULARES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

1. El acceso a la información como el derecho a la verdad

Aquí el objeto central del derecho es el reclamo de la información en sí misma. El derecho a la verdad “es el derecho de familiares de personas desaparecidas a conocer el destino de éstas, independiente de las posibilidades de persecución penal”.²⁶

La CIDH ha impuesto en múltiples sentencias (Caso Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Aloeboetoe, etc.) que “el Estado está en el deber jurídico de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción”.²⁷ Para el caso chileno, la obligación se actualiza con la condena en el caso *Almonacid*.²⁸ Esta obligación estatal, además, tiene su referente en el ámbito europeo de protección de los derechos fundamentales.²⁹

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

²⁵ Claramente, esto afecta el *onus probandi* que se requiere en los procedimientos que se ventilan ante la CIDH. Como sostienen Medina y Nash, la carga de la prueba, a diferencia del clásico proceso civil, es compartida por los actores que concurren ante la Corte. En el caso de los límites a los derechos, la carga de argumentación o de fundamentación recae, principalmente, en el Estado. Sobre esto, véase a MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio (2007): *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), p. 90.

²⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2000): “El Acceso a la Información como Derecho”, en GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS Felipe, *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público* (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 10, Universidad Diego Portales), p. 203.

²⁷ ABRAMOVICH y COURTIS (2000) p. 204. Al respecto, revítese los artículos 14 y 18 de las legislaciones mexicanas y peruanas, respectivamente, en materia de acceso a la información, donde se prevé especialmente la prohibición de la reserva en investigaciones de violaciones graves a los derechos humanos o en delitos de lesa humanidad.

²⁸ *Almonacid Arellano v. Chile*, 2 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.

²⁹ En el contexto europeo se afirma que el derecho a la vida tiene un dimensión positiva que radica una obligación a los Estados de “investigar diligentemente y, en su caso, perseguir muertes causadas por agentes públicos en el ejercicio de sus funciones” (DÍEZ-PICAZO, 2005, p. 191).

2. La libertad de expresión de los funcionarios públicos

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

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

Este es un asunto que se ha conocido en el Derecho Comparado y tenemos el ejemplo de lo que se denomina el *Pickering Test*, desarrollado a partir de la sentencia de la Corte Suprema estadounidense, *Pickering v. Board of Education*³⁰ en donde reconoce la posibilidad de un empleado público de criticar alguna actuación de la institución u oficina pública en donde trabaja y que usualmente ha derivado en una sanción disciplinaria en su contra.³¹ El test consiste en verificar la presencia de tres factores relevantes, a lo menos entre otros: “si las expresiones se realizaron en el lugar de trabajo o no, si las expresiones trataban sobre el propio trabajo y si las expresiones eran de interés público”.³²

Pocas dudas tenemos que una disputa funcionaria sobre antecedentes en materia de derechos fundamentales podría pasar el *Pickering Test* sin mayor dificultad, pero ¿existe esta libertad en el ordenamiento jurídico chileno? En general, en el Derecho Comparado, se ha resuelto tener expresamente obligaciones de no revelar información sobre las materias sujetas a una causal de reserva o secreto, ya sea mientras se encuentren desempeñando la función pública, como luego de haber cesado en ella.³³ Nuestra actual legislación sobre Acceso a la Información Pública no se pone en este supuesto. Se trata, por lo tanto, de una limitación al ejercicio de un derecho funda-

³⁰ 391 U.S. 563 (1968).

³¹ El caso involucra un despido de un profesor de una escuela pública que había redactado una carta criticando la gestión administrativa del establecimiento educacional. La Corte, en ese caso, determinó que debía ponderarse la libertad de expresión del empleado público en materias de interés público con el interés de los empleadores de mantener la eficiencia en el lugar de trabajo.

³² CREMADES, Javier (1995): *Los Límites de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Jurídico Español* (Madrid, La Ley), p. 167. Básicamente, un juez debe determinar si el discurso del empleado público afectaba materias de interés público, primeramente, para luego determinar la prevalencia condicionada de la libertad en juego con los intereses de eficiencia productiva del empleador.

³³ Como ejemplo puede revisarse la *Official Secrets Acts*, de Gran Bretaña. Adicionalmente, se establecen obligaciones similares a personas que, si bien no son funcionarios públicos, pueden acceder o trabajar con información sensible que, al momento de ser revelada, pudiere poner en peligro la seguridad de un Estado. Cfr. SMITH, Rhona (2005) *Textbook on International Human Rights* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 290-291.

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

3. El acceso a la información es el derecho y el secreto o reserva es una garantía institucional

Así como largamente hemos expresado el reconocimiento que el acceso a la información es un derecho fundamental, el artículo 8° establece “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, *cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación y el interés nacional.*”

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

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.

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

Por otro lado, surge la inquietud de si la desclasificación es una garantía institucional. Aquí parece que se puede encontrar una mejor fórmula de *lege ferenda* que permita garantizar de mejor manera los derechos de las personas y el interés institucional por desclasificar algunos o todos los contenidos de una materia.

Probablemente el legislador fue más allá. Reconoció que la desclasificación se realiza mediante una ley de quórum calificado en circunstancias de que sólo el constituyente indicó ese quórum para *establecer* un secreto o reserva. Es un dilema parecido al de *establecimiento* de la pena de muerte por ley de quórum calificado y derogación por una ley simple, basado en el principio de la fuerza expansiva de la libertad. Sin embargo, la lógica sobre la cual discurre la LT es que la Administración puede desclasificar la información que ha declarado reservada o secreta una vez que los fundamentos que motivaron la calificación de dicho estatus cese en el tiempo. Evidentemente, aquí se aplican en general los principios contenidos en el artículo 11 LT, especialmente, en lo referido a la divisibilidad de la información.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. El derecho de acceso a la información como un derecho “implícito”

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se ha pronunciado en dos importantes oportunidades respecto del derecho de acceso a la información pública. El primer caso, como ya vimos, fue a propósito del reconocimiento del carácter implícito del derecho. Básicamente, la argumentación del TC para fundar el derecho se basa en cinco puntos: (1) la cláusula de República Democrática de nuestra CPR (artículo 4); (2) constituirse como parte integrante de la libertad de expresión (artículo 19, número 12 CPR); (3) la jurisprudencia sobre la materia³⁴ (del TC y de tribunales ordinarios); (4) la declaración de principios de Comisión Interamericana de Derechos Humanos; (5) finalmente, el artículo 8 CPR que establece los principios de probidad, publicidad y transparencia.³⁵ Hemos advertido las dificultades metodológicas que presenta esta construcción y hemos abogado por una definición fuerte del derecho, como norma iusfundamental adscripta.

Es de interés, además, destacar que esta sentencia aborda en términos sustantivos el problema de reservas o secretos fundados en las cláusulas establecidas en el artículo 8º CPR. El fallo se centra, principalmente, en la reserva o secreto que es decretada por afectar los derechos de las personas.³⁶ Sin perjuicio de ello, sostiene que la reforma del 2005 eleva a rango constitucional las excepciones de publicidad cuando se afecte el debido cumplimiento de los órganos requeridos, la seguridad de la Nación y el interés nacional.³⁷

³⁴ Citando especialmente la STC, Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, cons. 20º.

³⁵ STC Rol N° 634-2007, *cit.*, cons. 9º-10º.

³⁶ Cfr. STC Rol N° 634-2007, *cit.*, cons. 16ºss.

³⁷ STC Rol N° 634-2007, *cit.*, cons. 15º.

2. El examen preventivo y obligatorio de la nueva LT

El TC se volvió a pronunciar respecto de los alcances del derecho cuando ejerció el control preventivo y abstracto que establece la CPR para proyectos de leyes que contienen normas orgánico constitucionales. Se trata, como sabemos, de un control obligatorio, establecido en el artículo 93, número 1 CPR. En el año 2005 comenzó a ser tramitada la ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. El diez de julio de este año, el TC declaró su conformidad con la Constitución, completando el procedimiento para ser publicada.³⁸

No obstante la declaración de constitucionalidad del proyecto de ley, la sentencia tiene relevancia respecto de lo que no se pronuncia. Recordemos que no todas las normas de la LT son orgánico constitucionales, por lo que, dado el procedimiento y la competencia que establece la CPR, el TC no podía extenderse a disposiciones que carecían del quórum del cual se prescribe el control obligatorio. Esta distinción tiene especial relevancia en esta ley, puesto que las causales de reserva o secreto exigen sólo quórum calificado, por lo que dichas disposiciones no podían ser controladas por el TC, en el ejercicio de la potestad contenida en el artículo 93, número 1º.

Por lo tanto, el considerando 18º excluye del análisis constitucional, una serie de disposiciones que no poseen el quórum pero que son altamente sensibles en la regulación del ejercicio del derecho de acceso a la información. El mismo considerando, sin embargo, no explica las razones de por qué aquellos artículos no deben ser consideradas normas orgánico constitucionales.³⁹ Específicamente, debe hacerse notar que quedan fuera las normas que desarrollan las causales de reserva o secreto del artículo 8 (artículo 21 LT) y las disposiciones que regulan el régimen de desclasificación de

³⁸ La declaración de constitucionalidad del proyecto, sin embargo, no fue en plenitud. El TC señaló que el artículo 7º de dicho proyecto –referido a la aplicación de disposiciones de la ley al Banco Central– era inconstitucional porque afectaba la autonomía que la misma CPR dotaba a este organismo. Respecto de otras disposiciones, admitió la constitucionalidad del proyecto realizando “declaraciones interpretativas”, esto es, salvando la constitucionalidad de las disposiciones siempre y cuando se entiendan bajo la interpretación que el TC le ha dado en esta sentencia. Véase STC Rol 1005-2008, diez de julio de 2008.

³⁹ El TC señala que “no emitirá pronunciamiento respecto de las siguientes disposiciones del proyecto de ley remitido, por no ser propias de ley orgánica constitucional, *según se desprende de la interpretación de que deriva de su texto, de la naturaleza de las leyes orgánicas constitucionales dentro de nuestra normativa jurídica y del espíritu del constituyente al incorporarlas a nuestra Carta Fundamental*” (STC Rol 1005-2008, *cit.*, cons. 18º, énfasis agregado). Luego de ello, el TC enumera las disposiciones que excluye del análisis, pero sin conectar las razones amplias que hemos destacado –es decir, interpretación del texto, naturaleza de lo orgánico constitucional y espíritu del constituyente– con cada artículo, cuestión esencial para controlar el criterio que utiliza el TC en la definición de leyes orgánico constitucionales. Esto se remonta, además, a un déficit competencial severo que presenta nuestra CPR: la definición de lo orgánico constitucional. Si bien el TC lo hace cada vez que debe controlar la constitucionalidad de proyecto de ley, de manera preventiva y obligatoria, también el Congreso Nacional define el quórum de votación de los proyectos y de sus artículos. La pregunta surge cuando ambos entes discrepan en sus definiciones. Lo mismo puede plantearse respecto del Ejecutivo como colegislador.

antecedentes o documentos declarados reservados o secretos (artículo 22 LT).⁴⁰ Sobre estas disposiciones no pesa el efecto de *res judicata* de la sentencia, por lo que es perfectamente viable esgrimir la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el TC –es decir, en sede de control concreto y a *posteriori*– con el objeto de determinar su conformidad con la CPR. Se trata de una situación incluso previsible, puesto que los procedimientos de reclamos que establece la LT permiten abrir una instancia judicial que sirva como presupuesto para la interposición de la acción en cuestión.⁴¹

V. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEGISLACIÓN QUE REGULA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La nueva LT introduce una serie de innovaciones relevantes a la hora de examinar el derecho de acceso a la información. Desde la traslación configurativa legal de los principios que resguardan al derecho, pasando por exigencias de transparencia activa y estableciendo procedimientos específicos de reclamación, la ley tiene por objetivo robustecer la opinión pública informada y transparentar el ejercicio de las potestades públicas. Especialmente, el nuevo Consejo para la Transparencia (en adelante, el Consejo o CT) como concretización de una nueva institucionalidad a cargo del control del acceso a la información y del diseño de lineamientos originales para la Administración, constituye un desafío fundacional al que todos los operadores del sistema tendrán que adecuarse.⁴²

El objetivo de este artículo es centrarse, específicamente, en las restricciones al derecho fundamental de acceso a la información. Dicho sea esto, el análisis se reconducirá, de entre las cuatro causales de reserva que admite la CPR, a la de seguridad de la Nación, por vincularse de manera directa con el sector de la Defensa nacional.⁴³ Para

⁴⁰ El argumento se refuerza si se tiene en consideración que, en el ejercicio de su derecho constitucional de petición, Juan Pablo Olmedo, Presidente de la Fundación Pro Acceso y representante de las víctimas en el caso *Claude Reyes et al. v. Chile*, solicitó al TC que examinara la constitucionalidad de los artículos 8º, 22, inciso tercero y 29 –además del artículo 1º transitorio– de la LT. Véase STC Rol 1005-2008, *cit.*, cons. 2º.

⁴¹ Sobre la instancia judicial como presupuesto de procedencia de la acción de inaplicabilidad, véase a GÓMEZ, Gastón (2005): “La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional”, en ZÚÑIGA, Francisco, *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis), pp. 675-676.

⁴² Sobre el nuevo CT, es interesante revisar la opinión de Rajevic, quien sostiene que tal Consejo posee una configuración “curiosa” que denomina de *heteronomía interadministrativa*. Como sabemos, el CT es una corporación autónoma de Derecho Público, que debe proponer al Presidente de la República sus propios “estatutos” y sus trabajadores se sujetarán al Código del Trabajo. En cierta forma, es semejante al Consejo Nacional de Televisión o el Consejo de Alta Dirección Pública. Adicionalmente, los D.S. que no se vinculen con un Ministerio determinado, son expedidos por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia (artículo 31 LT). Sobre esto véase a RAJEVIC, Enrique (2008): “Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la ley 20.285”, [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2008]. Disponible en: <http://decive.blogspot.com/2008/09/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia.html>

⁴³ El interés nacional, la cuarta causal de reserva o secreto que establece el artículo 8 CPR, se conecta con la seguridad de la Nación. Sin embargo, aunque en el caso concreto ambas podrían justificar una excepción al acceso a la información, seguridad de la Nación e interés nacional no se identifican ni tienen relaciones

ello, nos referiremos a las excepciones que establece la propia ley en su artículo 21, así como otras disposiciones legales que deben ser aplicadas en un examen de esta causal.

1. El régimen de secreto: de secreto activo a secreto pasivo/transparencia activa

La lógica que se establece en el nuevo régimen de acceso a la información pública consiste en pasar de la denominada “cultura del secretismo” a la transparencia y apertura hacia la ciudadanía.⁴⁴ Ello supone que la iniciativa de levantamiento de información se traslada desde el deseo ciudadano a la obligación de la Administración.⁴⁵ Configurado

conceptualmente necesarias. Si bien uno puede sostener que las cuestiones propias de la “seguridad de la nación” son simultáneamente asuntos de “interés nacional”, la estructura de la norma obliga a hacer una distinción en el Artículo 8º de la CPR. En virtud del principio de no redundancia de la interpretación y en una perspectiva sistemática y finalista es necesario recurrir a una interpretación más comprehensiva. Cuando “en un mismo precepto existen dos términos que interpretados de determinada forma serían redundantes (...) esa interpretación debe ser rechazada ya que pondría de manifiesto que el legislador se ha repetido.” Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO (1987): *La argumentación en la justicia constitucional española* (Oñate, España, HAAE/IVAP), p. 232. Por lo mismo, es necesario precisar un ámbito de distinción que separe la regla del “interés nacional” como una limitación a un derecho fundamental de la propia relativa a la “seguridad de la Nación”. Para verificar este punto recurriremos a un argumento de contexto y sistemático en el cual se encuentra reflejado el límite del “interés nacional” en nuestra CPR.

Ella está establecido como límite al impedimento constitucional de prohibir un trabajo, con la salvedad “que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”. (Artículo 19 N° 16 inciso 3º). Asimismo, es una limitación o requisito para la adquisición del dominio de algunos bienes “cuando así lo exija el interés nacional”. (Artículo 19 N° 23 inciso 2º) Sin embargo, el “interés nacional” es definido por el legislador, en este caso, bajo un rango de quórum calificado. Y, finalmente, como límite al derecho de propiedad a través del procedimiento de la expropiación “por causa de “interés nacional, calificada por el legislador”. (Artículo 19 N° 24 inciso 3º de la CPR). En síntesis, “sólo una norma jurídica con rango de ley puede invocar el interés nacional como criterio de limitación de una actividad” en el caso de los trabajos prohibidos. Ver IRURETA URIARTE, PEDRO (2006): *Constitución y orden público laboral. Un análisis del Artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena* (Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 9, Universidad Alberto Hurtado), p. 99. En esta misma situación se encuentran los ejemplos relativos al derecho a y de propiedad y aquello se repite con la reserva legal del Artículo 8º de la CPR. Por tanto, al no poder vincularse al ámbito jurídico indeterminado de la “seguridad de la Nación” que se asocia a la dimensión de defensa nacional o de cuestiones esenciales de seguridad, resulta claro que el espacio de la noción de interés nacional sólo puede referirse a la dimensión de las relaciones internacionales. Tal es el desarrollo que el propio legislador en la Ley 20.285 ha dado a algunas hipótesis relativas a cuestiones internacionales, tales como los límites fronterizos del Estado.

⁴⁴ La “cultura del secretismo” ha sido denunciada por varios autores y políticos en diversos foros. Cfr. OLMEDO, Juan Pablo (2008): “Comentarios acerca del Derecho de Acceso a Información Pública”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso), p. 16: “se reconocen avances del Estado de Chile en la concreción de medidas concretas destinadas a promover un *cambio cultural* que favorecen el derecho de acceso a información pública por parte de los agentes del Estado” (énfasis agregado). Véase también a VIERA-GALLO, José Antonio (2006): “Un Cambio Cultural”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso), pp. 51-52.

⁴⁵ Sobre los orígenes del principio de publicidad, identificando las etapas de reconocimiento a través la jurisprudencia administrativa, su legalización y su constitucionalización, véase a FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2008): “Causales de Secreto o Reserva en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso), pp. 36-38.

como un derecho fundamental, el acceso a la información supone un haz subjetivo de facultades iusfundamentalmente protegidas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional, sujetando al control las restricciones que limiten el derecho y asignando obligaciones al Estado para cumplir con las normas constitucionales e internacionales.

El cambio de eje se traduce en el refuerzo de garantías al derecho y el traslado del impulso para transparentar la información. Con respecto a las garantías,⁴⁶ es correcto seguir la línea de la reserva de ley –en este caso, de quórum calificado– que estableció la CPR y en la que persevera la LT. Recordemos que la antigua “Ley de Probidad” había permitido que se restringiese el ejercicio del derecho de acceso a la información a través de normas reglamentarias.⁴⁷ El Ministerio Secretaría General de la Presidencia dictó, en consecuencia, el Decreto Supremo N° 26 (D.O. 07/05/2001) que expandió el secreto a niveles tales que hacía irrisorio el ejercicio de un derecho.⁴⁸ Si bien la Administración no tiene una imposibilidad absoluta en la regulación del ejercicio de derechos fundamentales,⁴⁹ cabe ajustar el concepto de garantía a los estándares que la reforma constitucional ha designado, con el objeto de dar debida protección democrática al derecho en cuestión.

Con respecto al impulso de levantamiento de información, la nueva LT plantea una exigencia decididamente favorable en este punto. Se trata del denominado principio de transparencia activa, recogido como obligación de la Administración del Estado en el artículo 7 LT. Aquí se establece de manera positiva las obligaciones que el Estado debe cumplir con el fin de optimizar el mandato iusfundamental de acceso a la información, configurando claramente este derecho bajo la estructura de un derecho de protección.⁵⁰ Con anterioridad a la dictación de esta ley, la Administración podía seleccionar discrecionalmente la información por la que optaba dar a conocer. Ahora, el legislador ha fijado un núcleo duro de información que se asume *a priori* de relevancia pública, facilitándose permanentemente su acceso. Al asumirse legislativamente esta obligación, la Administración del Estado no puede excusarse de cumplir dichos imperativos respecto de las hipótesis que se tipifican en el artículo 7° LT. Es más, se prescinde de la solicitud del ciudadano, trasladándose el impulso del levantamiento de la información obligada desde el titular del derecho a la acción positiva del Estado.

Todo esto grafica el cambio de la lógica del sistema: desde uno donde se consagraba la reserva como regla general –donde el titular del derecho veía obstaculizado y

⁴⁶ El concepto de garantía, en este punto, se utiliza de manera amplia. Sobre la teoría garantista profundiza FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Madrid, Trotta), pp. 851ss. FERRAJOLI, Luigi (1999): *Derechos y Garantías* (Madrid, Trotta), pp. 15-35.

⁴⁷ Artículo 13, inciso 11° de la ley 19.653 (D.O. 24/12/1999).

⁴⁸ Sobre la protección del derecho de acceso a la información en el marco de la “Ley de Probidad” y con anterioridad a la vigencia de la reforma constitucional del 2005, véase a ALLESCH, Johan y OBANDO, Iván (2005): “El Amparo del Derecho de Acceso a la Información Pública”, en *Ius et Praxis* (Vol. 11, N° 2), pp. 103-155; CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), pp. 370-373.

⁴⁹ Cfr. GARCÍA PINO, Gonzalo (2004): *La Reserva Legal de Derechos Constitucionales* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 5).

⁵⁰ Cfr. ALEXY (2007) pp. 66ss.

entorpecido permanentemente su ejercicio– se evoluciona a un sistema que propulsa el levantamiento de información desde las obligaciones estatales, además de reforzar el ejercicio del derecho. Del secreto activo pasamos a la transparencia activa y a la excepcionalidad del secreto.

2. Disposiciones especiales aplicables a Defensa

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

En adelante, nos abocaremos a la normativa general y sectorial que debe ser analizada a la hora de proteger y restringir el derecho de acceso a la información, en primer lugar, en las mismas reglas de la LT para luego revisar antiguas normas que se aplican regularmente al sector de la Defensa, como el artículo 436 del Código de Justicia Militar (en adelante, CJM). En general, se puede afirmar que la seguridad de la Nación, como garantía institucional, es un concepto jurídico indeterminado que requerirá de la precisión que en el caso concreto brinden los operadores jurídicos. Sobre esto profundizaremos a continuación.

2.1. *Las normas de la LT.* Las causales de reserva que establece la CPR en su artículo 8º, se encuentran desarrolladas en la LT en el artículo 21. Dicha disposición señala que “las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información son las siguientes: [...] 3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública”.

El artículo en comento reproduce la causal constitucional ejemplificándola de manera genérica en relación con la defensa nacional, la mantención del orden público y/o la seguridad pública. En un primer apronte, aparece un problema conceptual insoslayable al intentar pormenorizar el contenido de la cláusula “seguridad de la Nación” con otros conceptos que, si bien pueden relacionarse, no necesariamente se encuentran contenidos en el espectro de definición de aquella. En otras palabras, es razonable entender que cierto margen del contenido de la seguridad de la Nación puede superponerse o, incluso, identificarse con la defensa nacional, el orden público o la seguridad pública. Máxime si estos últimos dos conceptos se ven directamente conectados con el resguardo del orden interno y no con la protección del territorio del Estado. Además, esta formulación ha sido criticada por las dudas que genera en torno a una ampliación indebida del régimen taxativo de causales que establece la CPR.⁵¹

⁵¹ Cfr. RAJEVIC (2008); SÁNCHEZ, Moisés (2008): “Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública

Como hemos constatado, este artículo no estuvo sujeto al control de constitucionalidad que ejerció el TC. Habrá que ver el desarrollo jurisprudencial que realice el TC y las Cortes de Apelaciones. Sin perjuicio de ello, podemos adelantar algunas precisiones respecto de la formulación legal de la cláusula en cuestión.

En primer término, si bien seguridad de la Nación no se identifica con defensa nacional, no es menos cierto afirmar que en un importante volumen de casos ambas situaciones se implican. Las Fuerzas Armadas (en adelante, FAs) son organismos del Estado que están institucionalmente reconocidas en la CPR y que su función esencial es el resguardo del Estado Constitucional.⁵² Como señala la CPR, en su artículo 101, son dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional. Por lo tanto, es dable concluir que la causal prefigurada por el artículo 8 CPR, admite un desarrollo legislativo a través de la cláusula de la defensa nacional, según las mismas disposiciones constitucionales citadas. Es claro que la información militar es inevitablemente valiosa para los Estados y constituye una reserva esencial en la protección de la soberanía.⁵³

Más difícil es argüir el caso referido al orden público y la seguridad pública. No tanto porque, como se ha sostenido, sobre estas materias existe un interés público.⁵⁴ Aquel argumento es absurdo, puesto que todas las materias colectivas reciben un interés público y, de ser así, en realidad sería improcedente cualquier intento de restricción del derecho de acceso a la información pública a través de bienes colectivos.⁵⁵ Pero dada la irreductibilidad de los bienes colectivos⁵⁶ en nuestro sistema constitucional, las dificultades emanan de la aplicación de reglas constitucionales. La duda surge si dentro del contenido de la causal de seguridad de la Nación podemos subsumir las causales especificadas por el artículo 21, número 3 LT. Se trata de un problema de interpretación respecto de los alcances de un concepto jurídico indeterminado nuevo dentro del esquema de reglas constitucionales.⁵⁷

en Chile: Comentarios Legales”, En VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso), p. 24: “parece excesiva la inclusión de la referencia a la mantención del orden público o la seguridad pública, ya que son en su mayor parte situaciones propias del ámbito de la gobernabilidad y que por su naturaleza son fundamentalmente de interés público”.

⁵² Cfr. por todos, COTINO, Lorenzo (2002): *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

⁵³ SMITH (2005), p. 291.

⁵⁴ SÁNCHEZ (2008), p. 24.

⁵⁵ Sobre la configuración de derechos y articulación de éstos en relación con bienes colectivos, véase a ALEXY, Robert (2004b): *El Concepto y la Validez del Derecho* (Traducc. Jorge Malem Seña, Barcelona, Gedisa), pp. 200ss.

⁵⁶ ALEXY (2004b), pp. 200-203.

⁵⁷ El concepto de “seguridad de la Nación” se diferencia del de “seguridad nacional” y fue intencionalmente establecido por la reforma constitucional del año 2005. No obstante, el fundamento de esta diferencia se ha soslayado sin que se diluciden todas las consecuencias normativas de estas disimilitudes y no podamos sostener esas diferencias en referencias precisas. Está claro, empero, que hay razones de origen histórico que modifican su alcance. La Doctrina de la “seguridad nacional” tiene muy diversas versiones en el ámbito castrense y algunas de sus variaciones las encontramos en VARAS, Augusto y AGÜERO, Felipe (1984): *El proyecto político militar* (Santiago, FLACSO), pp. 193-212 y en ellas se puede advertir cuánta

2.2. *El artículo 436 CJM.* La importancia de la Defensa nacional ha llevado a todos los países a establecer, sin excepción, algunos mecanismos formales de resguardo de confidencialidad de determinada información incluso en hipótesis de normalidad constitucional.⁵⁸ Sin embargo, en un Estado donde reina la cultura del secretismo, la importancia de la seguridad de la Nación se difumina entre otra información que debería ser de dominio público. Una vez que se abandona dicha lógica, es relevante revisar las excepciones; especialmente, aquellas que se establecen en el sector de la Defensa nacional y que escapan de la LT.

Quizás la disposición más relevante en esta materia sea el actual artículo 436 CJM.⁵⁹ Esta disposición, cabe destacar, no es original del CJM, sino que fue agregada expre-

labilidad tiene el concepto y cuán compatible era con el régimen militar y su dictadura. La doctrina de la seguridad nacional tiene alcances que van más allá de la protección de la seguridad externa del Estado y amparó masivas violaciones a los derechos humanos durante el régimen militar. No se trata de hacer una historia de las diferencias sino que de verificar su impacto en el ámbito jurídico.

La primera consecuencia de esta diferencia es que la denominación de “seguridad de la nación” se asocia estrechamente a la dimensión de seguridad externa e interna que garantiza la condición de permanencia del Estado de Chile y que queda reflejada, básicamente, en el alcance del Artículo 24 inciso 2º de la CPR como atribución general de las potestades del Presidente de la República como Jefe de Estado en un régimen presidencial. Y, segundo, que de esta “seguridad de la Nación” se desprende un conjunto de responsabilidades democráticas para sostener esta seguridad. La responsabilidad genérica por esa seguridad se despliega en el sostén de un sistema de defensa nacional que articula esa seguridad fundamental. La demostración cabal de este aserto radica en que el concepto jurídico de “seguridad de la Nación” se encuentra como causal de juicio político por el cual el Presidente de la República, un Ministro de Estado o los Generales o Almirantes son susceptibles de una acusación constitucional. Ver Artículo 52 N° 2 letras a), b) y d) de la CPR. Por lo demás, esta es una tradición histórica de nuestro constitucionalismo que se desprende de los mecanismos de dirección política del presidencialismo y de control del Congreso Nacional a estas potestades. Esta interpretación reseñada es la sostenida por Alejandro Silva Bascuñán, principal tratadista de la Constitución de 1925. “Seguridad es calidad de seguro, o sea, libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse. La Constitución se preocupa tanto de la seguridad interior, como de la exterior (Arts. 44 N° 13, 71, 71 N° 10 y N° 19). Honor o seguridad del Estado ha de entenderse, a nuestro juicio, sinónimo de los mismos valores que refiere el constituyente a la Nación al determinar las causales de acusación de los Ministros de Estado y de los Generales y Almirantes (letras b) y d) del N° 1 del Artículo 39 CPR 1925). El honor o la seguridad de la comunidad nacional capaz de formular y llevar adelante un juicio político no pueden, en efecto, distinguirse de idénticos valores en el Estado, que expresa y organiza su vida jurídica.” Ver SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo III, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 96.

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

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

⁵⁸ SMITH (2005), p. 290.

⁵⁹ “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;

samente por la ley 18.667 (D.O. 27/11/1987), por lo que carecemos de los análisis de los más importantes comentaristas de dicho cuerpo legal.⁶⁰ Se trata de una disposición bastante peculiar en su redacción, puesto que interpreta o califica legalmente como secretos determinados documentos. Su ubicación, en la sistemática del Código, corresponde a los conceptos operativos que son definidos a fin de aplicar las reglas penales y procesales penales para el ámbito castrense.⁶¹ Sin perjuicio de ello, se le ha dado una aplicación general al sector de la Defensa nacional.

Junto con el establecimiento de este artículo especial, la ley 18.771 (D.O. 17/01/1989) ordenó el archivo o la eliminación de documentación del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública y de los demás organismos dependientes de esta Secretaría de Estado o que se relacionen con el Gobierno por su intermedio.⁶²

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

El enunciado del artículo 436 CJM, a la luz del artículo 8 CPR, es problemático y defectuoso. Al carecer de una coincidencia literal con sus causales se plantea, desde el

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.”

⁶⁰ Sobre el CJM, en general, véase a ASTROSA HERRERA, Renato (1985): *Código de Justicia Militar Comentado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile); ASTROSA SOTOMAYOR, Renato (1973): *Jurisdicción Penal Militar* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

⁶¹ La ley 18.667, junto con crear el artículo 436 CJM, reformó el artículo 144 e instauró los artículos 144 bis y 196 bis del mismo cuerpo legal. Estas disposiciones se refieren al resguardo del secreto militar en el contexto del proceso penal militar en tiempo de paz y en tiempo de guerra. Pese a esto, la aplicación de la “piedra angular del secreto militar”, es decir, el artículo 436, desbordó el ámbito de la jurisdicción penal militar.

⁶² Los problemas para la aplicación de la nueva Ley de Transparencia son evidentes. Es difícil establecer el volumen y tipo de información que pudo haber sido destruida en virtud de esta autorización legal. Esto se encuentra documentado en el Informe Rettig. Véase COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (1996): *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación), p. 67.

principio, dificultades importantes. Como sabemos, sólo se puede restringir el derecho de acceso a la información por una ley de quórum calificado que desarrolle las cuatro casuales taxativas establecidas en la CPR. Al mencionarse aquí determinadas hipótesis que escapan de lista constitucionalmente prefijada, podría existir causales de restricción no amparadas por el marco constitucional. No obstante, otras causales como seguridad del Estado y Defensa Nacional son reconducibles al núcleo del contenido semántico establecido en la cláusula de seguridad de la Nación.

El segundo nivel del artículo 436, es uno de índole particular o de detalle. Se trata de la enumeración que hace el legislador, a título ejemplar, de los tipos de documentos que puedan entenderse como secretos o reservados, en razón de que su contenido se encuentra directamente vinculado a las causales generales que establece su inciso primero. En estos numerales se refiere a (1) las plantas o dotaciones o el personal de las FAs o de Carabineros de Chile; (2) los planos o instalaciones de recintos militares o policiales y los planes de operación o de servicio de las instituciones en comento; (3) los documentos concernientes a armas en general, establecidos en la ley 17.198 de Control de Armas; (4) finalmente, los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales. Estos numerales pormenorizan el enunciado del artículo 436 y tienen relación ejemplificadora en conexión con las cláusulas generales de restricción al acceso que se establecen. Por esta razón, aparece como natural el nexo entre los conceptos generales de seguridad del Estado, Defensa Nacional y orden público, por un lado, con las FAs y Carabineros de Chile, por el otro.

a) *Validez formal del artículo 436 CIM.* Dejando de lado la exégesis del artículo, uno de los aspectos más importantes de dilucidar es la validez de la norma dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno. Haremos una clásica distinción analítica entre validez formal y sustantiva,⁶³ con el objeto de analizar el *pedigree* de la norma a partir de una regla de reconocimiento y evaluar, con posterioridad, su contenido, en un eventual control concreto de constitucionalidad vía inaplicabilidad.

Uno de los problemas más importantes del sistema de fuentes chileno ha sido abordar la validez de las normas preconstitucionales.⁶⁴ Sin ánimo de ahondar en dicho debate, debemos hacernos cargo de, específicamente, la garantía de reserva de ley que establece el artículo 8 CPR en las restricciones al acceso a la información. Sobre este punto, debemos atender, primeramente, a la actual Disposición IV Transitoria de la CPR. Este precepto pretende huir del *horror vacuis*⁶⁵ en el arreglo institucional de un sistema dinámico de normas. La CPR dispone que se *entienden* que cumplen los requisitos formales de quórum, aquellas leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a la misma Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado. Éstas deben seguir aplicándose y son

⁶³ DE OTTO, Ignacio (1999): *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona, Ariel), p. 162.

⁶⁴ Cfr. por todos PEÑA, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios N° 5), pp. 87 y ss.

⁶⁵ RAJEVIC (2008).

válidas, “en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”. En la LT, esta disposición tiene su correlato legal en el artículo 1º transitorio.

La Disposición IV Transitoria clausura, de alguna forma, el sistema de fuentes y su validez formal.⁶⁶ Dota a la leyes preconstitucionales, desde el mismo nivel de la *norma normarum*, del quórum exigido para ser válidas, de cara a los procedimientos formales de generación de leyes que establece la CPR.⁶⁷ Si se quiere, la CPR ha preservado la validez formal de normas preconstitucionales –como es, en este caso, el artículo 436 CJM– pero ha dejado abierta la posibilidad del control de la validez *material* de las mismas, una vez que operen las competencias estatales configuradas en su texto, como es, por ejemplo, el control de constitucionalidad de preceptos legales que hace el TC.

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

Es, por lo demás, la misma conclusión a la que ha arribado la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República (en adelante, CGR). En su Reconsideración 48302, de 26 de octubre de 2007, sobre secreto de los actos administrativos del sector de la Defensa Nacional,⁶⁸ sostuvo que

“a juicio de esta Contraloría General, el artículo 436 del Código de Justicia Militar, al establecer que determinados actos administrativos son secretos, no ha sido derogado por el artículo 8º de la Constitución Política de la República y le es aplicable la disposición cuarta transitoria, por todo lo cual se encuentra vigente, pudiendo los órganos respectivos dictar actos con ese carácter al amparo de esa norma legal”.⁶⁹

⁶⁶ Es relevante, por tanto, destacar que la Disposición IV Transitoria en ningún caso tiene un efecto derogatorio *ex constitutione* de normas preconstitucionales. Es más, sujeta la validez “en lo que no sea contraria” a la CPR y, en todo caso, hasta que se dicten los “correspondientes” cuerpos legales, en conformidad con la misma Carta Fundamental. En este orden de ideas, la invalidación de leyes preconstitucionales sólo procede a través de los mismos procedimientos que la CPR ha establecido para el control de normas contrarias a ésta. En especial, las potestades del TC establecidas en el artículo 93 CPR. A través de la configuración clausurada de la CPR como fuente formal de normas dictadas en conformidad con la misma y, además, a través de un sistema de competencias formalizadas en determinados organismos del Estado, la *norma normarum* asegura no sólo la validez del sistema sino también, los mecanismos de generación y de control de los requisitos constitucionalmente establecidos para la producción de normas.

⁶⁷ Esto es relevante para la misma calidad de ley. Si seguimos junto a Guastini que legislar es, al menos, un cúmulo o secuencia de actos institucionales regidos por normas jurídicas constitutivas, la ficción a la que recurre la CPR en la Disposición IV Transitoria es esencial para determinar la regularidad de aquellas leyes que no satisfacen los procedimientos y actos que establece una nueva norma jurídica constitutiva. Véase a GUASTINI, Ricardo (1999): *Distinguendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho* (Barcelona, Gedisa), p. 307.

⁶⁸ Se trata de la reconsideración del criterio contenido en el Dictamen CGR N° 49.022, de 2005.

⁶⁹ Reconsideración CGR N° 48302, de 26 de octubre de 2007, p. 4.

A juicio del Contralor, en consecuencia, la Disposición Cuarta Transitoria de la CPR soluciona los eventuales conflictos que generarían la introducción de categorías de leyes que exigen quórum distintos de aprobación, por lo que es razonable extender la ficción incluso a leyes que fueron dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la CPR, pero con anterioridad de que se produjese el mismo efecto jurídico respecto de las normas de la reforma constitucional del 2005.⁷⁰

Con este precedente de la jurisprudencia administrativa es razonable afirmar que la vigencia formal del artículo 436 CJM está asegurada por la misma CPR, de cara a las exigencias de quórum calificado que –como garantía– establece el artículo 8º.⁷¹

b) *Validez material del artículo 436 CJM.* Más complejo que la validez formal es, si se acepta, la pregunta sobre la validez material del artículo 436 CJM. En este punto es necesaria una interpretación del contenido de dicho artículo,⁷² respecto de las normas iusfundamentales, especialmente el artículo 8º. Adicionalmente, se trata de un precepto legal cuya constitucionalidad *eventualmente* podría ser reparada en el foro competente, esto es, en el TC.⁷³ Hemos manifestado que, el enunciado del artículo –esto es, su causal genérica– presenta divergencias relevantes a nivel literal con el artículo 8º. Sin perjuicio de ello, habrá que ver, en definitiva, si las cláusulas que estipula son reconducibles o no, interpretativamente, a alguna de las cláusulas limitativas fijadas

⁷⁰ Reconsideración CGR N° 48302, de 26 de octubre de 2007, p. 6.

⁷¹ De la opinión crítica respecto del artículo 1º transitorio LT –lo que, indirectamente, impacta en la utilización de la Disposición Cuarta Transitoria CPR– es Olmedo, quien afirma que “[a]nte la prohibición estatal de invocar disposiciones de derecho interno que inhiban el cumplimiento de las obligaciones convencionales de proceder a revisar la legislación preexiste [sic]. Siendo así, la presunción de legitimidad a la legislación sobre secreto y reserva promulgada con anterioridad contenida en el artículo 1 transitorio del proyecto de Ley [actual LT], infringe el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. OLMEDO (2008) p. 16. La opinión de Olmedo, no obstante, debe ser reparada en el siguiente punto: las leyes previas a la reforma constitucional del 2005 e, incluso, anteriores a la CPR, no vulneran *per se* la Convención Americana ni el derecho de acceso a la información por la presunción de su validez formal, en cuanto al quórum. Al establecerse esta regla se solucionan problemas del sistema de fuentes pero no hay un pronunciamiento, al menos perentorio o autoritativo, sobre la corrección material o sustantiva de los preceptos legales de acuerdo a las normas iusfundamentales, consignando entre éstas las de origen internacional. Olmedo olvida que, perfectamente, dichas normas pueden ser limitaciones admisibles por la CPR y la misma Convención, incluso desde el punto de vista del contenido, siempre que respeten la garantía del contenido esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad en sus tres subdimensiones. Por lo tanto, la afirmación por la cual se sostiene que se vulnera inmediatamente la Convención Americana en virtud de la presunción de validez formal en cuanto al quórum de una ley previa a la norma constitucional que actualmente lo exige, supone asumir *a priori* que todas estas normas vulneran el contenido esencial o el principio de proporcionalidad en la restricción del derecho de acceso a la información. Dicha posición es, simplemente, insostenible sin argumentar, *in concreto* y en cada caso la forma en que se produce dicha vulneración a los límites de los límites de los derechos fundamentales. En todo caso, si así fuese, el ordenamiento jurídico dispone de las herramientas, a nivel nacional e internacional para revisar la validez del precepto legal cuestionado en relación con las normas iusfundamentales, incluidas las internacionales.

⁷² GUASTINI (1999) p. 313ss.

⁷³ Especialmente en esto la distinción entre invalidez fuerte y débil o entre leyes anulables o nulas en GUASTINI (1999) p. 313.

por la CPR. Especial notabilidad debe dársele a la cláusula restrictiva en su conexión funcional como garantía institucional.

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

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

Los problemas surgen respecto de orden público interior y de seguridad de las personas. En cuanto al primero, se aplican las mismas dudas predicables respecto de la ejemplificación que utiliza el artículo 21, número 3 LT. Respecto de la seguridad de las personas, habrá que afirmar que se trata de una cláusula limitativa que escapa del marco constitucional y es difícil subsumirla, *prima facie*, en la cláusula de “derechos de las personas” que establece el artículo 8 CPR. Se trata, evidentemente, de una ejemplificación que utiliza una norma anterior al establecimiento del principio constitucional de publicidad e, incluso más, a la antigua “Ley de Probidad”. Si bien el fin de la cláusula puede apuntar a un objetivo similar al de los “derechos de las personas”, el componente de seguridad, como bien colectivo, obstaculiza esta pretensión semántica en una facultad subjetiva, como son los derechos.

El nivel particular o de detalle, por otro lado, se encuentra en directa conexión con el resguardo de la seguridad de la Nación. Se trata de un listado didáctico que ejemplifica cuestiones parcialmente específicas relacionadas con las FAs en la protección de la integridad territorial del Estado.⁷⁴ Su fundamento constitucional, por lo tanto,

⁷⁴ En el Derecho comparado, de un tenor casi idéntico es el artículo 15 de la *Access to Information Act* canadiense (R.S., 1985, c. A-1). Éste señala, para las materias de Defensa y Relaciones internacionales lo siguiente:

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

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

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

(c) Relacionada con las *características, capacidades, rendimiento, potencial, despliegue, funciones o roles de cualquier establecimiento militar*, o de cualquier *fuerza militar, unidad o personal* o de cualquier

emana del mismo artículo 8º –en relación al artículo 101 CPR– en tanto cuanto se busca tutelar la seguridad de la Nación. Debe precisarse, eso sí, que esta es su legitimación abstracta y no respecto de la invocación de la causal en casos concretos.⁷⁵ En esta línea argumentativa, el detalle de las plantas, los planos de instalación o de recintos militares, los planes de operación, el inventario y detalle de armas en general y los equipos o pertrechos militares poseen, tanto aislada como de manera conjunta, un importante componente operativo y táctico cuya divulgación indebida podría poner en severo riesgo la seguridad de la Nación. Sobre esto abundaremos a continuación.

3. Invocación de la seguridad de la Nación como causal de reserva o secreto

Ya hemos revisado dos de los preceptos legales que justifican la reserva o secreto en relación con la seguridad de la Nación. Hemos advertido, además, sus dificultades en el plano abstracto de la validez de las normas y de su correspondencia con el marco constitucional. A continuación, nos dedicaremos someramente a analizar ciertos problemas

organización de personas responsable de la detección, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles;

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

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

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

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

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

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

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

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

(i) para adoptar una conducta en asuntos internacionales,

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

(iii) En relación con la detención, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles.” (énfasis agregado). Como se desprende de la literalidad del artículo, prácticamente las mismas materias que recoge el artículo 436 CJM están contenidas en esta Acta canadiense.

⁷⁵ La advertencia es altamente relevante respecto de la práctica diaria del ejercicio del derecho a la información. Adicionalmente, en el evento que alguien cuestione la validez sustantiva de esta enumeración, debe tenerse presente el tipo de control de constitucionalidad que se ejerce: si es concreto, vía inaplicabilidad (artículo 93, número 6 CPR) o abstracto, vía inconstitucionalidad (artículo 93, número 7 CPR). Al respecto debe tenerse presente la distinción entre enunciados y normas, cuestión plenamente aplicable para entender los alcances del control y el enjuiciamiento del contenido de esta disposición en relación al significado que presenta, constitucionalmente, la seguridad de la Nación, como cláusula restrictiva establecida expresamente en el artículo 8 CPR. Sobre la distinción del tipo de control y la importantísima diferencia entre enunciados y normas, véase a GÓMEZ (2005), pp. 665ss.

que se podrían presentar en la invocación concreta de la cláusula de seguridad de la Nación, como causal restrictiva del derecho de acceso a la información.

3.1. *Un concepto esencialmente controvertido y de alto grado de indeterminación.* El primer aspecto interpretativo es evidente y comúnmente citado por los autores:⁷⁶ la seguridad de la Nación, como concepto, es jurídicamente indeterminado y sus contornos –al menos potencialmente– podrían ser muy amplios. En general se puede afirmar que la doctrina es bien parca en avanzar hacia nociones operativas del concepto o dotar de herramientas interpretativas útiles para definir su significado o los recaudos que deben adoptar a la hora de invocar el concepto. Es un lugar común señalar que las limitaciones a los derechos fundamentales son de derecho estricto y deben ser interpretadas de manera restrictiva.⁷⁷ Ese punto de partida, sin embargo, en nada asiste al intérprete en la apreciación jurídica respecto de la procedencia de la restricción de un derecho en razón de la protección de la seguridad de la Nación.

Una forma tradicional de aproximarse al problema es señalar que la seguridad de la Nación es un concepto jurídico indeterminado.⁷⁸ También se le conoce como conceptos válvulas o de geometría variable. El desacuerdo semántico en cuanto a una definición abstracta del contenido de la cláusula, ya sea por indeterminación del contenido o en razón de la vaguedad del lenguaje, es, en consecuencia, asumido a *priori* por la doctrina. Nosotros asumiremos este *statu quo* con el fin de destacar los rasgos relevantes de lo que denominamos un concepto esencialmente controvertido.⁷⁹

Un concepto esencialmente controvertido comparte cuatro rasgos característicos que son plenamente aplicables a la seguridad de la Nación: es un concepto (1) evaluativo, (2) es complejo, (3) de carácter argumentativo y (4) desempeña una función dialéctica.⁸⁰

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

⁷⁶ Cfr. por todos, FERNÁNDEZ (2005), p. 198: la seguridad de la Nación y el interés nacional “[t]rátase 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 signarseles 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”. Apreciando críticamente la regulación de las causales de reserva o secreto de la Ley de Transparencia, cfr. SÁNCHEZ (2008), pp. 23-24.

⁷⁷ Estableciendo que los límites a los derechos fundamentales exigen un mayor grado en el rigor de los exámenes judiciales, véase a BRAGE, Joaquín (2004): *Los Límites a los Derechos Fundamentales* (Madrid, Dykinson), p. 108.

⁷⁸ Si bien, la indeterminación del lenguaje, en cuanto a su vaguedad, es perfectamente predicable de otros términos que *prima facie* no aparecen tan conflictivos. Véase a ROSS, Alf (2007): *Sobre el Derecho y la Justicia* (Traducc. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba); HART, Herbert Lionel Adolphus (1963): *El Concepto de Derecho* (Traducc. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot) pp. 155ss.

⁷⁹ FERRERES, Víctor (1997): *Justicia Constitucional y Democracia* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 24 y ss.; IGLESIAS, Marisa (2000): “Los Conceptos Esencialmente Controvertidos en la Interpretación Constitucional”, en *Doxa* (Vol. 23), pp. 77-104.

⁸⁰ IGLESIAS (2000) pp. 80-91.

raciones positivas o negativas por parte de los intérpretes. Si bien el significado del concepto puede ser establecido conforme a pautas o estándares socialmente fijados, existe un margen en que el agente incurre en valoraciones para completarlo. Ferreres Comella señala que esta indeterminación valorativa exigiría al juez la formulación de un juicio de valor que probablemente será controvertido.⁸¹ En la seguridad de la Nación, la valoración puede determinarse a favor de la libertad del individuo, restringiendo su contenido al mínimo o, por otra parte, reforzando la dimensión de garantía institucional de la cláusula.

(2) Un concepto complejo tiene distintos rasgos que interactúan en diversas formas y niveles. A pesar que consideramos la seguridad de la Nación como un bien en su conjunto, éste tiene varias manifestaciones relacionables en distinto grado e intensidad. La complejidad, además, se reduce cuando se determina el principio jurídico opuesto conforme al cual debe optimizarse,⁸² pero aumenta cuando se analiza aisladamente, puesto que el concepto debe abordarse en todas sus posibilidades de relación, lo que hace desplegar la complejidad a niveles inconmensurables.⁸³

(3) Un concepto argumentativo requiere, necesariamente, para su configuración de un debate semántico. En el fondo, esta característica trasunta que sobre su contenido existe discrepancia en el caso concreto. La discrepancia tiene que tener algún margen de acuerdo entre los participantes sobre un núcleo de significación del concepto –o, de lo contrario, simplemente estarían hablando *de otra cosa*– pero admite, a su vez, márgenes de discusión en sus alcances. La discrepancia, además, importa constatar que existen versiones competitivas de los partícipes en torno al correcto significado del término. Piénsese en una versión amplia de seguridad o en una estricta y limitada.⁸⁴

⁸¹ FERRERES (1997), pp. 26-27.

⁸² Estas son las posibilidades jurídicas que determinan la optimización de un principio iusfundamental. Sobre esto, ALEXY (1993), p. 86.

⁸³ Piénsese que la determinación de la relación de los principios dialécticamente en juego permite configurar aspectos del contenido de un concepto esencialmente controvertido. Además, el significado varía según el principio que entra en la relación conflictual. En consecuencia, la seguridad de la Nación no tiene un significado inmutable; depende de cómo se relaciona con otros conceptos esencialmente controvertidos, como es la libertad de expresión, la moral o un medio ambiente limpio.

⁸⁴ Una buena forma de ilustrar este rasgo es citar una sentencia de la Corte Suprema estadounidense que suele ser referencia obligada en la materia. Se trata del famoso caso “los papeles del Pentágono”, que se recoge en la sentencia *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971) [existe versión en español, BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA (2005), pp. 361-372. Utilizaremos la versión española en las citas, pero manteniendo las referencias a las páginas originales del fallo.]. Básicamente, se trata de la divulgación de un informe que explica históricamente la intervención militar de los Estados Unidos en el sudeste asiático. Estos documentos fueron filtrados al Senado y luego a dos medios de prensa: el *New York Times* y el *Washington Post*. Nixon inicialmente no pensó en impedir la publicación pero fue persuadido por Kissinger, con el objeto de sentar un precedente. El caso llegó a la Corte Suprema, donde se falló *per curiam*, y sólo se aborda la constitucionalidad/inconstitucionalidad de la censura efectuada a ambos periódicos, pero sin establecer reglas generales respecto de las condiciones en que la seguridad nacional, en ese caso, podía justificar una restricción de la libertad de expresión. Sin perjuicio de ello, en las opiniones de los jueces permiten denotar estos rasgos que hemos señalado. Así, por ejemplo, el juez Black sostuvo que “[l]a noción de ‘seguridad’ forma parte de una terminología vaga e imprecisa, cuyos contornos no deberían ser invocados para eliminar una regla jurídica fundamental cual es la configurada en la 1ª enmienda. Proteger los secretos militares y diplomáticos en detrimento de la información relativa al Gobierno representativo no proporciona seguridad real a nues-

(4) Finalmente, se trata de un concepto funcional. La seguridad de la Nación no es un concepto que busque generar consenso en sus distintas concepciones.⁸⁵ Se trata de términos que expresan la competitividad entre posiciones discrepantes para la operatividad jurídica en un caso concreto. De esta forma, grafican su imperiosa necesidad de *demandas de justificación* en torno a cualquier posición que trate de dar contenido al concepto.⁸⁶

Estos rasgos permiten avanzar en lo que significa la indeterminación de una cláusula restrictiva a nivel de la misma CPR. Todas estas características apuntan a la necesidad argumentativa, desde el punto de vista de la racionalidad práctica, para poder determinar un contenido operativo y aplicable en los casos concretos. Sin embargo, y más allá de los rasgos que hemos mencionado a propósito del concepto de seguridad de la Nación, avanzaremos en mostrar algunos de los problemas que se suscitarán cuando se invoque la cláusula de seguridad de la Nación como restricción del derecho de acceso a la información.

3.2. *Los preceptos legales invocados.* La autoridad, como hemos visto, posee principalmente de dos preceptos legales para fundar una causal de secreto o reserva en razón de la protección de la seguridad de la Nación. El primero de ellos es el más nuevo: se trata del artículo 21, número 3 LT. En estos casos, la autoridad deniega la

tra República” [*New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 719 (1971)]. Por otro lado, la tesis competitiva en el ejercicio dialéctico entre los partícipes –esta vez, los mismos jueces de la Corte Suprema– apoyaron la decisión de reserva tomada por el Ejecutivo pero se unieron en el voto de mayoría por no haberse acreditado el peligro en la difusión del documento. En esta línea estuvo el juez Stewart que afirmó que “es un deber constitucional del ejecutivo [...] proteger mediante la promulgación y ejecución de regulaciones administrativas la confidencialidad necesaria para cumplir con sus responsabilidades en las relaciones internacionales o en la defensa.” [*New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 729 (1971)]. Finalmente, el voto de minoría radicaliza la posición de protección de la seguridad nacional como un concepto a cargo de un determinado poder del Estado y que escapa del margen de control que los tribunales pueden ejercer. Para el juez Harlan, “respecto de las relaciones internacionales el alcance del control jurisdiccional de la actuación del Gobierno es muy limitado. Esta idea deriva [...] de la noción de separación de poderes en la que se fundamenta nuestro sistema constitucional” [*New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 756 (1971)]. En realidad, tal como lo hemos afirmado, más que un caso de restricción de acceso a la información por razones de seguridad de la Nación, el caso de “los papeles del Pentágono” es un caso de censura previa y libertad de expresión. Además, se trata de un caso en que la información ya se disponía por el público. Como sostiene Fiss, “[a]unque el documento en cuestión se basaba en documentos clasificados, y él mismo estaba clasificado como ‘Top Secret’, en realidad consistía simplemente en un estudio histórico de la implicación de los Estados Unidos en Vietnam hasta 1968. Es más: la guerra era impopular en muchos sectores de la población; gran parte del estudio era ya de dominio público cuando la Corte tuvo que pronunciarse; y aunque la Corte denegó al Estado la orden que solicitaba para prohibir ulteriores publicaciones, una mayoría de los jueces dejó claro que el Estado podía recurrir a la ley penal para proteger un interés legítimo en los secretos oficiales” [FISS, Owen (1999): *La Ironía de la Libertad de Expresión* (Traducc. Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña, Barcelona, Gedisa) p. 19, énfasis agregado]. La afirmación de Fiss sólo contribuye a recalcar que no se trata, estrictamente, de una denegación de información por una causal de reserva fundada en la seguridad de la Nación sino que un problema de censura y libertad de expresión.

⁸⁵ Sobre la distinción entre conceptos y concepciones, véase a HART (1963), pp. 155-169.

⁸⁶ IGLESIAS (2000), p. 87.

información en virtud de una de las causales establecidas en la ley que regula el derecho de acceso a la información. Para ello debe cumplir el mismo procedimiento establecido en la ley, esto es, formalidades de la respuesta, tiempo de respuesta y mecanismos de reclamación. Denominaremos esta posibilidad como hipótesis (1).

El segundo caso, sin embargo, es más complejo. Se trata de aplicar el artículo 436 CJM. Acá adelantaremos algunas hipótesis plausibles que la aplicación de este artículo puede presentar, advirtiendo que difícilmente son las únicas posibilidades.

Hipótesis (2): la autoridad invoca directamente el artículo 436 CJM, señala que se trata de un precepto legal válido formalmente por la Disposición Cuarta Transitoria y, además, se encuentra en conformidad material con lo dispuesto en el artículo 8 CPR y el resto de las normas iusfundamentales, como restricción legítima al acceso de información pública. Esta es la hipótesis más fuerte de aplicación del artículo 436 y puede tener dos variantes.

H(2), variante (a): la autoridad, al fundar la reserva o secreto en el artículo 436 CJM sostiene que los documentos son secretos *en virtud* de la declaración que hace la misma ley. Se apoya, para esto, en el tenor literal de que sostiene “se entenderán documentos secretos”, dejando escaso margen a la administración respecto del tratamiento de acceso que puede dar a esa información. Esta es la versión más fuerte de aplicación posible del artículo 436 CJM.

H(2), variante (b): la autoridad utiliza el artículo 436 CJM para fundar una causal de reserva o secreto. Sin embargo, no sostiene que es la ley la que declara *per se* reservados o secretos los documentos que contienen la información descrita en su texto, sino que, por el contrario, el legislador ha habilitado a la Administración del Estado para denegar información en estos casos, facultándola para que discrecionalmente pueda liberar información que no ponga en peligro la seguridad de la Nación. En este caso, la interpretación del artículo sostiene un margen de discreción para que la autoridad favorezca el acceso del titular del derecho.⁸⁷ Se trata de una interpretación más débil de los alcances del artículo 436 CJM pero que, sin embargo, redundante en una protección intensa en primera instancia sujeta a la eventual decisión de la administración sobre el punto.

Hipótesis (3): la autoridad invoca el artículo 21, número 5 LT, es decir, la causal de reserva o secreto fundada en la declaración que hace una ley de quórum calificado de acuerdo a las causales establecidas en el artículo 8 CPR. En este caso, la autoridad invoca este precepto y, a través de la remisión que hace al artículo 436 CJM, funda la denegación de información en la misma Ley de Transparencia. En otras palabras, mediatiza la aplicación del artículo 436 a través de la LT. El número 5 del artículo 21 es

⁸⁷ Si se quiere, se trata de una interpretación que trata de conciliar la aplicación de los principios que establece la LT en su artículo 11, especialmente, el de máxima divulgación y de divisibilidad de la información.

necesario para abrir el catálogo a las leyes anteriores a la LT e, incluso, a las posteriores que satisfagan los requisitos constitucionalmente establecidos. Esto puede tener efectos en el régimen de desclasificación, como veremos al final de este artículo.⁸⁸

Como se desprende de las distintas hipótesis, los efectos podrían variar. El escenario interpretativo, en cuanto a los efectos, debe ser completado en relación con el régimen de desclasificación aplicable a los antecedentes o documentos que son declarados reservados o secretos en virtud de cualquier esquema de acción. Sobre esto volveremos en breve, pero antes debemos completar las exigencias y requisitos que deberá sujetarse la autoridad, en el evento que desee invocar cualquiera de los dos preceptos legales para fundar una denegación de información.

3.3. *Invocación de la causal por la autoridad.* En tercer término, debemos analizar la fundamentación que la autoridad debe satisfacer en orden a restringir el derecho de acceso a la información. Como es evidente, no basta, simplemente, invocar una causal de reserva o secreto, ya sea del artículo 21 LT o de cualquier otro precepto legal de quórum calificado que establezca una restricción del derecho.⁸⁹ Adicionalmente, la naturaleza de concepto esencialmente controvertido impone muchas de las dificulta-

⁸⁸ Aparentemente, podría surgir una antinomia en la aplicación de las leyes. El caso es el siguiente: la LT es una ley de alcance general y posterior, mientras que el CJM es una ley particular y anterior al régimen general establecido con esta nueva legislación. Como se observa, existen dos problemas interpretativos distintos que se conjugan en un mismo caso: el de la prevalencia de la ley especial sobre la ley general y, por otro lado, el de la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior. Por lo tanto, decidirse por H(2) en comparación con H(3) podría suponer un intento de evadir la aplicación de la LT. Sobre el problema de la inconsistencia, en general, véase a ROSS (2007), pp. 164ss. En términos generales, y sin ánimo de profundizar en el punto, la respuesta no podría ser que adoptar H(2) suponga eludir la aplicación de LT. La antinomia es más aparente que real. El régimen general de acceso a la información y de las limitaciones a este derecho se encuentra en LT pero, ello no impide que existan otras leyes que establezcan restricciones específicas al derecho de acceso a la información. Esto soluciona la inconsistencia entre ley general y particular, dando prevalencia a la última, es decir, al artículo 436 CJM. Respecto a la posterioridad de la regla general (LT), habrá que señalar junto con Ross, que en los casos de “inconsistencia entre regla particulares anteriores y reglas generales posteriores, *lex specialis* puede, según las circunstancias, prevalecer el sobre la *lex posterior*” (Ross, 2007, p. 167). El ejemplo que utiliza Ross es perfectamente aplicable pues sostiene que una ley anterior contiene una regla general a la que, en leyes posteriores, se han introducido excepciones para situaciones particulares. En nuestro caso, esa regla general sería el antiguo régimen de acceso a la información. Ross sigue su explicación afirmando que es perfectamente posible que más tarde la regla primitiva es reemplazada por otra que no establece las excepciones. Eso es exactamente lo que aquí ha ocurrido: se ha dictado, con posterioridad, una ley general de transparencia y de acceso a la información pública. Según Ross, en tal situación, “para determinar si las excepciones anteriores pueden todavía ser consideradas válidas habrá que recurrir a otros datos y a consideraciones valorativas” (Ross, 2007, p. 167). En este caso, el ordenamiento jurídico nos provee de las reglas que aseguran la permanencia en el sistema de las excepciones: la Disposición Cuarta Transitoria de la CPR y el artículo 1° transitorio de la LT. Así, se mantendrían, con las prevenciones que hemos hecho, las excepciones al acceso a la información que consagra el CJM.

⁸⁹ Sin embargo, esto no fue evidente para la autoridad en el caso en que Chile fue condenado por la CIDH. El Estado debe acreditar que la restricción de un derecho asegurado por la Convención Americana debe responder a un objetivo permitido por el mismo instrumento internacional y, además, responder la solicitud por escrito y fundamentada, de manera que se puedan conocer cuáles fueron los motivos para restringir, en el caso concreto, el acceso a la información. Claude Reyes *et. al. v. Chile*, *cit.*, §95, p. 47.

des en la elaboración de una argumentación que satisfaga la denegación de información en virtud de la cláusula de protección de la seguridad de la Nación.

Podríamos resumir en tres los requisitos exigidos a la autoridad cuando invoque la causal de seguridad de la Nación como fundamento de la reserva o secreto de un antecedente o documento: (1) hacerlo cumpliendo las formalidades legales (por escrito y dentro de los plazos que establece la ley); (2) debe fundamentar la causal en el caso concreto, señalando la forma en que la comunicación o divulgación de la información puede afectar la seguridad de la Nación y (3) debe respetar, en definitiva, el principio de proporcionalidad al denegar la información.

Sobre el primer requisito no hay mucho que ahondar. El segundo y el tercero son los centrales. Respecto del segundo –fundar la causal en el caso concreto–, habrá que señalar que, tanto la causal genérica establecida en el artículo 21, número 3 LT, como el artículo 436 CJM son cláusulas de reserva o secreto válidas en una argumentación que busca restringir el acceso a la información sensible del Estado, en razón de la afectación de la seguridad de la Nación. Optar por una u otra es una posibilidad interpretativa que es de discreción de la autoridad, pero ello tiene una implicancia en la argumentación que debemos señalar. Mientras el artículo 436 especifica y pormenoriza en cuatro casos clave la seguridad de la Nación, el artículo 21, número 3 LT sólo establece una causal genérica. Esta diferencia impacta en la carga argumentativa de la autoridad: si elige una causal genérica deberá elaborar una argumentación más fina de manera de hacer operativa la seguridad de la Nación como cláusula limitativa. En el caso de los cuatro numerales del artículo 436, la tarea, por decirlo de cierta forma, está más avanzada, puesto que el mismo legislador ha establecido casos más detallados en los que estima que existe mayor peligro de afectación de la seguridad de la Nación. En estos casos, la calibración de la afectación del bien jurídico protegido está hecha a *priori* y de manera general respecto de determinados casos que se desagregan de la seguridad de la Nación, lo que es de gran utilidad práctica para los operadores jurídicos, puesto que brinda una mayor seguridad jurídica.

El tercer requisito –respetar el principio de proporcionalidad– es una exigencia o control negativo, respecto de los alcances que la autoridad tiene en el ejercicio de potestades públicas limitadoras de derechos fundamentales.⁹⁰ La denegación de información pública, como restricción de un derecho fundamental, se ajusta a todos los presupuestos que establece una teoría de límites a los límites de los derechos.⁹¹ Sólo habrá que agregar que el test debe hacerse, para estos casos, como un control *in concreto* respecto de la conducta de la autoridad y no *in abstracto* respecto del precepto legal que autoriza la restricción del derecho.⁹²

⁹⁰ Enfatizando el aspecto negativo del control e, incluso sosteniendo que el test no es de proporcionalidad sino que de *desproporcionalidad*, véase a WONG, Garreth (2000): “Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality”, en *Public Law* (2000), p. 93.

⁹¹ GARCÍA PINO (2005).

⁹² El único caso en que un tribunal, como el TC, podría evaluar *in abstracto* el precepto legal que restringe el derecho en comento, sería a través de la acción de inconstitucionalidad donde, en rigor, no controla

4. Régimen de desclasificación

4.1. *Reglas de desclasificación.* Finalmente, debemos revisar el artículo 22 LT que establece el régimen de desclasificación de información que ha sido declarada secreta o reservada.⁹³ Como veremos inmediatamente, este artículo establece tres reglas distintas para la desclasificación de documentos, destacándose la inexistencia de reservas absolutas o perpetuas en el tiempo.

El artículo 22 LT distingue tres situaciones:

(1) En primer término, establece una regla general de desclasificación para aquellos actos o documentos declarados secretos o reservados por una ley de quórum calificado. Según el mismo artículo, el levantamiento del secreto está sujeto a la dictación de otra ley que deje sin efecto la calificación y que cumpla con los mismos requisitos de aprobación en cuanto al quórum –y no la misma *jerarquía* como prescribe la LT–. El secreto es indefinido y la autoridad que puede levantarlo es la misma que lo declaró en su momento: el legislador.

(2) En segundo término, establece lo que será la regla general de la Administración del Estado. La declaración de reserva o secreto dura cinco años, contados desde la notificación del acto que califica como tal un documento o antecedente. Dicho plazo es prorrogable por un máximo de otros cinco años, siendo la autoridad la que deba calificar el posible daño que produzca la comunicación o divulgación de la información. El plazo máximo de reserva, según esta regla, es de diez años contados desde la notificación del acto que califica al documento como secreto.

(3) Finalmente, existe una regla especial de desclasificación plenamente aplicable al sector de la Defensa nacional y las relaciones internacionales de Chile. El inciso 3 establece que será indefinida la reserva de actos y documentos que (a) en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica o (b) cuyo conocimiento o difusión pudiere afectar (i) la integridad territorial de Chile, (ii) la interpreta-

normas sino el mismo enunciado, debiendo determinar si éste, en todos sus posibles significados, es contrario a las normas iusfundamentales establecidas en la CPR. Sobre el espectro del control *in abstracto*, véase a GÓMEZ (2005), pp. 673-675 y 681-682.

⁹³ Habrá que señalar, eso sí, que las reglas del artículo 22 LT no son las únicas reglas de desclasificación de documentos reservados o secretos. Una de ellas se encuentra a propósito de las reparaciones que se decidieron a partir del Informe Valech. La ley 19.992, sobre la “Pensión de reparación y otros beneficios a las personas que indica” establece una regla especial de secreto y de desclasificación. Su título IV, consagró el “El Secreto”. En particular, el artículo 15 lo extiende a “los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas a esta comisión, en el desarrollo de su cometido, secreto que no se extiende al informe elaborado por la comisión sobre la base de dichos antecedentes. Adicionalmente, la ley reconoce un plazo para dicho secreto, el cual corresponde a 50 años, periodo en el que los antecedentes sobre los que recae quedarán bajo la custodia del Ministerio del Interior; y, mientras rija, ninguna persona, grupo de personas, autoridad o magistratura tendrá acceso a lo señalado, sin perjuicio del derecho personal que asiste a los titulares de los documentos, informes, declaraciones y testimonios incluidos en ellos, para darlos a conocer o proporcionarlos a terceros por voluntad propia.”. A este precepto legal debe aplicársele todo lo discutido en *supra* respecto de la validez formal y material de las normas dictadas con anterioridad a la reforma constitucional del 2005.

ción o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites, (iii) la defensa internacional de los derechos de Chile, y –aunque debiese ser disyuntivo y no conjuntivo– (iv) la política exterior del país de manera grave.

La Ley de Transparencia sólo contempla reglas de desclasificación para estos tres casos y no diferencia en razón de otras consideraciones. Sólo el inciso tercero del artículo 22 LT tiene un criterio cualitativo y no formal para establecer una regla de desclasificación distinta de otras leyes de quórum calificado que declaren reservada o secreta la información o la regla general del inciso segundo para todo tipo de información.

Estas reglas de desclasificación, especialmente (1) y (3) pueden ser criticadas por distintos aspectos. La regla (1) establece, de manera implícita, la indefinición de la desclasificación de la información, puesto que establece que el legislador debe recalificarla a través de una nueva ley de quórum calificado. No obstante, la regla no sujeta al legislador a la obligación de dictar dicha ley, aunque tampoco podría hacerlo. La regla (3) establece un margen de discreción de la autoridad para calificar determinada información en alguno de los supuestos de desclasificación indefinida. Para ello, previamente, la autoridad debe haber declarado reservada o secreta la información que se denegó en virtud de una causal de reserva o secreto establecida en una ley de quórum calificado.

La indefinición del plazo para desclasificar documentos podría ser potencialmente lesiva de derechos fundamentales. Si bien el contenido de algo tan sensible como los planes de guerra hace plausible extender la reserva más allá de la regla general, lo cierto es que el contenido esencial del derecho podría verse afectado al restringir severamente el acceso a documentación de alto interés público.

4.2. *Reglas de desclasificación e hipótesis interpretativas.* Ahora nos dedicaremos a vincular las reglas de desclasificación con las hipótesis interpretativas que desarrollamos en el apartado anterior. De esta forma, se ubican parte importante de los esquemas posibles dentro del sistema. Este mapa de posibilidades se arregla conforme a dos variantes del sistema: por un lado, las distintas reglas legales que habilitan a la autoridad a declarar reservado o secreto un documento y, por el otro, la desconexión –al menos *prima facie*– normativa entre las plurales reglas legales que autorizan declarar la reserva y las distintas reglas que establecen el régimen de desclasificación. En la mayoría de los casos fáciles esta desconexión no se mostrará, por ejemplo, cuando una autoridad declare el secreto en razón de afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. En este ejemplo, se aplica inmediatamente la segunda regla de desclasificación, esto es, 5 años.

El primer caso es el más sencillo: la autoridad decide calificar una información como reservada o secreta según el artículo 21, número 3 LT, bajo la cláusula de seguridad de la Nación. Esta información, en principio, se acoge al régimen de desclasificación establecido en el inciso 2° del artículo 22 LT, es decir, un plazo de 5 años. Este caso lo simplificaremos como $H(1) \rightarrow ERD(1)$.⁹⁴

⁹⁴ Efecto de regla de desclasificación.

Sin embargo, H(1) tiene otra posibilidad de regla de desclasificación. La autoridad podría argumentar, una vez realizada la calificación de reserva o secreto, que la información es subsumible en alguno de los casos establecidos en el inciso tercero del artículo 22 LT. El ejemplo sencillo sería el plan de guerra. En esta situación, dada la argumentación que brinde la autoridad, la reserva será indefinida. H(1) —>ERD(2).

Las complejidades comienzan con el resto de las hipótesis. La autoridad podría seguir H(2). Veamos diferenciadamente cada una de sus variantes. H(2)(a), como hemos visto, es la versión más fuerte de reserva o secreto y podría tener, como consecuencia natural, la aplicación del inciso primero del artículo 22 LT: es decir, reserva sujeta a la recalificación que haga el legislador a través de una nueva ley de quórum calificada. Esta posibilidad se simplifica de la siguiente forma: H(2)(a) —>ERD(3). Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad, por motivos estratégicos, podría argumentar que la información reservada es plenamente subsumible en el inciso tercero del artículo 22 LT, por lo que es viable establecer H(2)(a) —>ERD(2). La diferencia entre ambas opciones tiene un punto crítico: mientras que en ERD(3) es el legislador el órgano estatal que debe levantar la reserva o secreto, en ERD(2) es la autoridad del órgano estatal de la Administración del Estado que había sido requerida quien, discrecionalmente, puede recalificar dicha reserva de cara a su efecto de la regla de desclasificación.

La segunda variante, H(2)(b), establece que la autoridad califica la reserva o secreto en virtud del artículo 436 CJM. En este caso, el efecto de la regla de desclasificación puede tener dos posibilidades: la una es que H(2)(b) se sujete a la regla general de desclasificación, esto es, al plazo de cinco años. H(2)(b) —>ERD(1). Es perfectamente concebible que la declaración de reserva o secreto de una información no se reconduzca, en todos los casos, con el inciso tercero del artículo 22 LT, por lo que diversas calificaciones pueden tener como efecto, dada H(2)(b), la regla general de desclasificación, esto es, ERD(1). Sin embargo, el efecto contrario es también posible. Pensemos en el caso de armamento y material bélico, esto es, el número 3 del artículo 436 CJM. Para estos casos es perfectamente admisible que la autoridad argumente y justifique su subsunción en el inciso tercero del artículo 22 LT. Por lo tanto, también H(2)(b) podría dar a lugar a un efecto de la regla de desclasificación indefinida [ERD(2)]. Por lo tanto, también es plausible interpretativamente aceptar H(2)(b) —>ERD(2).

El tercer caso corresponde a H(3), que surge de la aplicación del artículo 436 CJM a través de la remisión que hace el artículo 21, número 5 LT. Esta hipótesis, al tener un carácter débil de aplicación del artículo 436 CJM, puede dar a lugar tanto a ERD(1), como a ERD(2), según la información que se declare reservada o secreta.

4.3. *Balance de las reglas de desclasificación.* Como se desprende del análisis de posibilidades interpretativas, las variantes que admite el actual régimen jurídico de reserva o secreto y de desclasificación son vastas y dependerán de las opciones y argumentos que utilicen los operadores.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable señalar que no todas las opciones interpretativas son arbitrariamente elegibles. La autoridad no puede seleccionar sin razones las

distintas hipótesis interpretativas con sus respectivos (posibles) efectos de la regla de desclasificación.

No pretenderemos abundar en todos los casos sino que nos dedicaremos a profundizar los que nos parecen más relevantes. En primer término, la autoridad puede escoger, en materia de seguridad de la Nación, entre el artículo 21 LT o 436 CJM [con sus H(1) o H(2), respectivamente]. A su vez, dependiendo del tipo de información, podrá conectar normativamente estas hipótesis con los efectos de las reglas de desclasificación que estime pertinente. Este ejercicio de conexión, sin embargo, requiere ser argumentado en el caso concreto y debe respetar el principio de proporcionalidad. Lo más importante en este punto es que si la autoridad desea escapar de la regla general de desclasificación [ERD (1)], entonces debe argumentar por qué la información que se declara reservada o secreta se funda en el inciso tercero del artículo 22 LT. En esto, el peso de la prueba recae exclusivamente en la Administración.

Finalmente, quizás el problema más relevante sea determinar si el artículo 436 CJM tiene una naturaleza fuerte o débil, respecto de la calificación de reserva o secreto. Esto es una materia interpretativa que los operadores deberán aquilatar en orden a clarificar las consecuencias que se siguen. Según la variante que se escoja, los efectos de la regla de desclasificación diferirán.

VI. CONCLUSIONES

Los desafíos para la nueva Ley de Transparencia son múltiples y de distinta intensidad. Desde remover las prácticas culturales de un Estado acostumbrado a negar acceso a sus ciudadanos, hasta la implementación de una política activa de transparencia. El mismo rol del CT será de crucial importancia.

Este artículo aborda las complejidades del ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho de acceso a la información, en relación a una cláusula restrictiva, cual es la seguridad de la Nación. Para ello, primeramente, se entiende que el derecho en cuestión es una norma iusfundamental adscripta al texto de la CPR y de la CADH, que reviste la estructura de un principio y que, por lo tanto, es susceptible de limitaciones legítimas, respetando las exigencias que la CIDH ha trazado. Esto obliga a superar la noción vaga de derechos “implícitos”.

En el ámbito de la Defensa Nacional, la nueva legislación presenta desafíos importantes. A partir de nuestra revisión se puede constatar que existe una pluralidad de preceptos legales que regulan y limitan el derecho de acceso a la información, ya sea a través de hipótesis de reserva o secreto, como por el establecimiento de regímenes especiales de archivo y destrucción de documentos. La existencia de diversas reglas legales exige una sistematización analítica que permita comprender el sentido y alcance de las facultades que tiene la autoridad para declarar reservado o secreta alguna información y, con ello, limitar el derecho de acceso a la información de las personas.

El marco de posibilidades interpretativas que hemos diseñado pretende satisfacer el actual déficit sobre la materia. A ello debe sumársele los efectos que pueden darse a partir de la elección y fundamentación de una regla de desclasificación. Todas estas cuestiones condicionan y restringen, con distinta amplitud, el derecho que hemos desarrollado en este texto. La claridad analítica de posibilidades permite controlar las argumentaciones y opciones que se den bajo las reglas que actualmente autorizan restringir el derecho. Situándonos ad portas de la plena entrada en vigencia de la LT, el desarrollo jurisprudencial permitirá definir, con mayor detalle, los márgenes de discreción que cuenta la autoridad, con el objeto de dotar de la mayor protección posible al derecho fundamental de acceso a la información pública.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian (2000): “El Acceso a la Información como Derecho”, en GONZÁLEZ Felipe y VIVEROS Felipe, *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público* (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 10, Universidad Diego Portales).
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2000): “On the Structure of Legal Principles”, en *Ratio Juris* (Vol. 13, N° 3).
- ALEXY, Robert (2004a): *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. Carlos. Bernal Pulido, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris).
- ALEXY, Robert (2004b): *El Concepto y la Validez del Derecho* (Traducc. Jorge Malem Seña, Barcelona, Gedisa).
- ALEXY, Robert (2007): *Derechos Sociales y Protección* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).
- ALLESCH, Johan y OBANDO, Iván (2005): “El Amparo del Derecho de Acceso a la Información Pública”, en *Ius et Praxis* (Vol. 11, N° 2).
- ASTROSA HERRERA, Renato (1985): *Código de Justicia Militar Comentado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ASTROSA SOTOMAYOR, Renato (1973): *Jurisdicción Penal Militar* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BRAGE, Joaquín (2004): *Los Límites a los Derechos Fundamentales* (Madrid, Dykinson).
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2005): *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CREMADES, Javier (1995): *Los Límites de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Jurídico Español* (Madrid, La Ley).
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (1996): *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación).

- COTINO, Lorenzo (2002): *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- DE OTTO, Ignacio (1999): *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona, Ariel).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2000): *La Criminalidad de los Gobernantes* (Barcelona, Crítica).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2005): *Sistema de derechos fundamentales* (Madrid, Thomson, Civitas).
- EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO (1987): *La argumentación en la justicia constitucional española* (Oñati, España, HAAE/IVAP).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005): “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales en el nuevo Artículo 8º Inciso 2º de la Constitución”, en ZÚÑIGA, FRANCISCO, *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005): “Causales de Secreto o Reserva en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Madrid, Trotta).
- FERRAJOLI, Luigi (1999): *Derechos y Garantías* (Madrid, Trotta).
- FERRERES, Víctor (1997): *Justicia Constitucional y Democracia* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- FISS, Owen (1999): *La Ironía de la Libertad de Expresión* (Traducc. Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña, Barcelona, Gedisa).
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1994): *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Madrid, Civitas, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid).
- GARCÍA PINO, Gonzalo (2005): *Teoría Constitucional sobre los Límites al Ejercicio de los Derechos Fundamentales* (Getafe, Tesis Doctoral de la Universidad Carlos III, inédita).
- GARCÍA PINO, Gonzalo (2004): *La Reserva Legal de Derechos Constitucionales* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 5).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1993): “Acerca de los Conceptos de Publicidad, Opinión Pública, Opinión de la Mayoría y sus Relaciones Recíprocas”, en *Doxa* (Vol. 14).
- GÓMEZ, Gastón (2005): “La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional”, en ZÚÑIGA, FRANCISCO, *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis).
- GUASTINI, Ricardo (1999): *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho* (Barcelona, Gedisa).
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1963): *El Concepto de Derecho* (Traducc. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- HABERMAS, Jürgen (1991): *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (Traducc. Thomas Burger, Cambridge Mass., MIT Press).
- IGLESIAS, Marisa (2000): “Los Conceptos Esencialmente Controvertidos en la Interpretación Constitucional”, en *Doxa* (Vol. 23).
- IRURETA URIARTE, Pedro (2006): *Constitución y orden público laboral. Un análisis del Artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena* (Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 9, Universidad Alberto Hurtado).

- MEDINA, Cecilia y NASH Claudio (2007): *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile).
- OLMEDO, Juan Pablo (2008): “Comentarios acerca del Derecho de Acceso a Información Pública”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David (1999): *Derecho a la Información versus Derecho al Honor* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- PEÑA, Carlos (1996): *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios N° 5).
- RAJEVIC, Enrique (2008): “Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la ley 20.285”. [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2008]. Disponible en: <http://decive.blogspot.com/2008/09/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia.html>
- ROSS, Alf (2007) *Sobre el Derecho y la Justicia* (Traducc. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba).
- SÁNCHEZ, Moisés (2008): “Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile: Comentarios Legales”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SMEND, Rudolf (1985): *Constitución y Derecho Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- SMITH, Rhona (2005): *Textbook on International Human Rights* (Nueva York, Oxford University Press).
- VARAS, Augusto y AGÜERO, Felipe (1984): *El proyecto político militar* (Santiago, Flacso).
- VIERA-GALLO, José Antonio (2008): “Un Cambio Cultural”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).
- WONG, Gareth (2000): “Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality”, en *Public Law* (2000).
- ZIMMERLING, Ruth (1993): “El Mito de la Opinión Pública”. En *Doxa* (Vol. 14).

Jurisprudencia

- Contraloría General de la República: Dictamen N°. 49.022, 19 de octubre de 2005.
- Contraloría General de la República: Reconsideración N°. 48.302, 26 de octubre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N°. 226, 30 de octubre de 1995. [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2008] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>.

- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 634-2007, 9 de agosto de 2007. [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2008] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1051-2008, 10 de julio de 2008. [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2008] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>.
- Corte Suprema Federal de Estados Unidos: *New York Times v. Sullivan*, 9 de marzo de 1964, 376 U.S. 254 (1964).
- Corte Suprema Federal de Estados Unidos: *Pickering v. Board of Education*, 3 de junio de 1968, 391 U.S. 563 (1968).
- Corte Suprema Federal de Estados Unidos: *New York Times Co. v. United States*, 30 de junio de 1971, 403 U.S. 713 (1971).
- Corte Europea de Derechos Humanos: *Sunday Times v. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, Serie A, N° 30 (1979).
- Corte Europea de Derechos Humanos: *Silver y otros v. Reino Unido*, 25 de marzo de 1983, Serie A, N° 61 (1983).
- Corte Europea de Derechos Humanos: *Lingens v. Austria*, 8 de julio de 1986, Serie A, N° 103 (1986).
- Corte Europea de Derechos Humanos: *Plon (Société) v. Francia*, 18 de mayo de 2004, Sección 2ª, N° 58148/00 (2004).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Claude Reyes et al. v. Chile*, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151 (2006).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154 (2006).