

TRANSPARENCIA Y LEYES SECRETAS EN CHILE*

SECRET LAWS AND TRANSPARENCY IN CHILE

PABLO CONTRERAS V.**

Profesor de Derecho Constitucional
de la Universidad Alberto Hurtado
pablo.contreras.v@gmail.com

RESUMEN: El autor analiza el problema de constitucionalidad de las leyes secretas en Chile, en razón de las modificaciones introducidas a la Constitución en el 2005. Primero, describe brevemente el fundamento sobre la publicidad de la ley en el Estado Democrático. Luego, se analiza el nuevo principio constitucional de publicidad establecido en el artículo 8° de la Constitución. Adicionalmente, se examina la constitucionalidad de las leyes secretas desde dos puntos de vista: confrontando la compatibilidad con el principio general de transparencia –como base de la institucionalidad– y analizando la afectación en el contenido esencial del derecho fundamental de acceso a la información pública.

ABSTRACT: The author analyzes the constitutional problem of secret laws in Chile, after the 2005 reform to the Constitution. First, describing briefly the normative basis for the publicity of laws in a democratic State. Then, the article reviews the new constitutional publicity principle, established in article 8° of the Chilean Constitution. Additionally, it examines the constitutionality of secret laws from two approaches: confronting their compatibility with the general principle of transparency –as a foundation of the state's institutions– and reviewing the possibility of a breach of the essential content of the fundamental right of freedom of information.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la información. Secreto. Publicidad. Leyes secretas. Contenido esencial de los derechos.

KEY WORDS: Freedom of information. Classified information. Publicity. Secret laws. Essential content of rights.

* La presente investigación contó con el financiamiento del Fondo Concursable de Investigaciones Jurídicas 2009-2010, otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. El autor desea agradecer las precisiones y comentarios efectuados por Gonzalo García, Tomás Jordán, Miguel Ángel Fernández, Rodrigo Coloma y Enrique Rajevic. Adicionalmente, desea agradecer a todos los participantes del Seminario 3 efectuado en la Universidad Alberto Hurtado el 03 de mayo de 2010, donde se analizó un primer borrador de este texto. El resultado final es de exclusiva responsabilidad del autor. Recibido el 13 de mayo de 2010 y aprobado el 21 de julio de 2010.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado. Abogado. Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado. Actualmente cursando el programa de LL.M. en International Human Rights, Northwestern University. Investigador asociado de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: pcontreras@nlaw.northwestern.edu.

La ley establecida, si no se da a conocer, no es ley
Thomas Hobbes, *Leviatán*

INTRODUCCIÓN

El problema de las leyes secretas debe ser una de las cuestiones normativas más polémicas y menos discutidas en nuestro país. Para el sentido común, la idea de una ley secreta es simplemente contraintuitiva. Para quienes hemos tenido formación jurídica, se trata de una anomalía de difícil justificación, en el marco de un ordenamiento jurídico positivo. En el derecho comparado, la situación es extremadamente excepcional y Argentina es uno de los casos donde existe reflexión sobre textos legales secretos¹, pero de carácter tan marginal como es la situación nacional².

La ley es expresión máxima de publicidad, ya sea por consideraciones pragmáticas o normativas. Las primeras, confiarán el cumplimiento de las normas a la publicidad de las mismas. La eficacia, por lo tanto, reside en el grado de conocimiento del contenido de una ley. Las razones normativas, por otro lado, son más complejas: en el marco de un Estado democrático, el desarrollo de las normas que rigen a una comunidad política, aspiran a cumplir con un ideal regulativo de autogobierno. En otras palabras, quienes pertenecen a tal comunidad se dictan sus propias leyes –por sí o a través de representantes– para regular la vida en sociedad, mediante una deliberación pública. Que la ley que contiene mandatos y prohibiciones sea secreta, condiciona no sólo la eficacia de sus obligaciones, sino también la legitimidad de dichas normas primarias o secundarias y su posibilidad de control político a través de la opinión pública.

Estas dos consideraciones permitirían desechar de plano la posibilidad del secreto de una ley. Sin embargo, esta cualidad ha sido defendida para ciertas circunstancias en las que el Estado pelagra en su existencia, justificando el secreto en base a consideraciones de seguridad de la Nación o de protección de la integridad territorial del Estado. Como ha señalado Bobbio, el “recurso al secreto ha sido

¹ La práctica de Argentina data de 1891, según se constata en RODRÍGUEZ (2003), p. 119. Analizando el caso argentino, revítese a GAMBIER y ZUBIAUR (1993), pp. 529-554; MARTINO (2005), p. 326; RODRÍGUEZ (2003), pp. 111-143 y, especialmente, a SAGÜÉS (1977); SAGÜÉS (2005), pp. 293-305.

² Un interesante caso reciente se dio a propósito de la falta de publicación de un reglamento en materia de seguridad aeronáutica, en el ámbito de la Unión Europea. En la sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso C345/06, de 10 de marzo de 2009, el tribunal resolvió que el hecho de no haberse publicado restaba eficacia a esa normativa si no era debidamente publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, teniendo en consideración el principio de seguridad jurídica, por un lado, y la posibilidad de que los ciudadanos se informen en razón de obligaciones internas que se establecen en virtud de un reglamento comunitario.

considerado durante siglos la esencia del arte de gobernar”³. La razón de Estado, en consecuencia, ha sido un factor clave para preservar –a través del secreto– la existencia del mismo.

Los ejes del debate se estructuran, en consecuencia, entre la publicidad y el secreto de unas pocas leyes. Si la justificación del secreto es correcta, la necesidad de reserva es de una intensidad tal que no puede prescindirse de dicha calificación. De lo contrario, la regla general de publicidad de la ley parece volverse incuestionable. Sin embargo, y pese a la falta de discusión en torno al tema, el problema debe incardinarse normativamente en un sistema jurídico determinado. Por eso, pese a que en el plano teórico se podría justificar el secreto de leyes –sin perjuicio de la corrección de dicha justificación–, lo que debe ser resuelto –con importancia práctica de relevancia– es si un ordenamiento jurídico determinado autoriza o prohíbe este tipo de leyes. Esa es la pregunta que intentaremos resolver para el caso de Chile.

Este trabajo tiene, por tanto, dos objetivos. El primero es descriptivo: intenta brindar información sobre las leyes secretas. Confiamos que el hecho de sistematizarlas contribuye a su discusión en el medio nacional. El segundo es más ambicioso y práctico: se desarrolla un argumento para enfrentar los problemas de constitucionalidad que estas leyes presenten. La exposición de estos objetivos se describe a continuación. El primer apartado de este artículo pretende describir y justificar brevemente un principio general de publicidad de la ley en sus alcances teóricos. Se hace cargo, entonces, de la conexión entre publicidad de la ley y Estado democrático, en el marco de la Constitución y las leyes chilenas (I). Aborda para ello, la reforma constitucional al artículo 8° de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR). El segundo apartado analiza, hasta donde se dispone de información, sobre las leyes secretas en Chile: cuáles son, cuántas son y qué regulan (II). Finalmente, se evalúa su constitucionalidad en base a dos pilares básicos (III): el principio de publicidad del artículo 8° CPR y el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública (en adelante, DAIP), reconocido en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, se extraen las conclusiones más importantes respecto de la transparencia de las leyes secretas en Chile.

I. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PUBLICIDAD

1. Sobre la publicidad de las leyes

El rasgo de publicidad y de comunicación masiva de la ley es un ideal y aspiración propia de la Revolución Francesa que tuvo como máximo exponente la

³ Bobbio (2009), p. 431.

codificación napoleónica. Para los términos del liberalismo burgués, uno de los elementos centrales de la publicidad de la ley consistía en las posibilidades de acción de la razón pública en la construcción de su contenido, por un lado, y en las posibilidades de fundamentación normativa a posteriori de la facticidad de su operatividad, por el otro, especialmente, en las exacciones que el Fisco ejecutaba sobre el patrimonio de los ciudadanos. Una de las grandes novedades que la Revolución aporta al funcionamiento del Estado es la necesidad de una ley por la cual la Asamblea “consintiese el impuesto” y afectase sus rendimientos a las necesidades públicas que la propia ley determinase⁴. Se trata de la consolidación de lo que se conoce como el binomio de libertad/propiedad⁵. En clave burguesa, toda intervención en la libertad o propiedad de una persona requiere de su consentimiento o anuencia⁶. La radicalización democrática de este concepto, situará en la representación y la reserva de ley el sistema de limitación de los derechos fundamentales, conectando la autonomía individual de los sujetos, con la autonomía colectiva soberana que se expresa a través de la ley en los Estados Democráticos⁷.

Toda la actividad deliberativa que acompaña al proceso de formación de la ley se sitúa en el espacio público, ya sea que éste se encuentre institucionalizado —a través de las reglas y procedimientos que rigen a los órganos generadores de la ley— o no —como en el caso de la sociedad y sus demandas democráticas sobre el sistema político—. Esta es la característica más pública del Derecho⁸, en términos generales, y de la ley, como manifestación de la voluntad soberana democrática que regula las condiciones de convivencia y articula las libertades de los individuos. Se trata de un triunfo del iluminismo en contra del Estado absoluto⁹.

Esta forma de conjugar intereses privados con interés colectivo cristalizaba bien en el instrumento jurídico: la ley. Para ello, debían asegurarse condiciones de eficacia, con el objeto de que sus mandatos fuesen obedecidos y cumplidos. El régimen de publicación de leyes garantiza la culminación del proceso público de creación, discusión, sanción y promulgación de la norma. Es una exigencia

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (1999), p. 176. En esa línea, el artículo 14 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) establecía: “Todos los ciudadanos tienen derecho a constatar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente y de seguir su empleo, así como determinar su cuota, importe y duración”.

⁵ GARCÍA (2004), p. 28.

⁶ La idea se remonta a LOCKE (2004), pp. 100-102 (par. 138 y 140).

⁷ HABERMAS (1998), pp. 147-197.

⁸ BARROS (2001), pp. 5-37.

⁹ BOBBIO (1996), pp. 103 y ss.

formal en el marco de un proceso más amplio de deliberación que no por ello tiene menos importancia.

El Derecho se preocupó de regular la publicación de la ley, fijándose en los códigos civiles. Algunas constituciones modernas establecerán la garantía de publicidad de las leyes¹⁰. Con ello, se eleva “a rango constitucional un principio básico del Estado de Derecho que, aunque hoy nos pueda parecer obvio, no lo ha sido en el pasado y ha sufrido algunas quiebras incluso en épocas recientes”¹¹. Así como se entendió parte del Estado de Derecho Democrático, también se entendió como una propiedad esencial de la misma ley: “La publicación de la norma es un elemento constitutivo de su incorporación al ordenamiento jurídico. La norma no publicada carece de toda virtualidad, no tiene fuerza de obligar y por tanto la conducta contraria no puede considerarse en ningún caso antijurídica”¹². Por esta razón, se ataron las consecuencias obligatorias de sus mandatos y la presunción del conocimiento del Derecho al presupuesto básico de la publicidad de la norma, en la forma establecida por el ordenamiento jurídico¹³. Algunos autores han afirmado incluso que la no publicación de la ley conlleva su inexistencia¹⁴. La constatación de leyes secretas permitiría operativizar normativamente este postulado, como veremos más adelante.

En el caso chileno, el título preliminar del Código Civil se convirtió en la regulación constitutiva de cuestiones básicas de la ley¹⁵. La CPR sólo agregó, en materia de publicación de leyes, la obligación de efectuarla en determinado plazo y no establece que la publicación deba efectuarse en el Diario Oficial¹⁶. El más importante vendría con la incorporación de un nuevo precepto en las bases de la institucionalidad chilena.

¹⁰ Así es como el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978 estableciera que se garantiza “la publicidad de la ley”.

¹¹ DE OTTO (1999), p. 99.

¹² DE OTTO (1999), p. 100.

¹³ Como se ha señalado, a propósito del ordenamiento jurídico nacional, “publicación perfecciona el precepto legal incorporándolo al ordenamiento jurídico, dotándolo de eficacia. La publicación de la ley hace nacer la presunción de su conocimiento y determina el momento en que la ley se supone conocida por todos, haciéndose oponible a todos los obligados por ella”. Véase a VERDUGO; PFEFFER y NOGUEIRA (2002), p. 190. En la misma línea, SILVA BASCUÑÁN (2000), p. 243.

¹⁴ VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), p. 190; GARRETÓN (1985), p. 30. Sobre las teorías de la publicación de la ley, véase a CARTAGENA (1998), pp. 308-314.

¹⁵ Los artículos 6º a 8º regulan, respectivamente, desde qué momento obligan las leyes, a través de qué medio se efectúa y la presunción *iuris tantum* respecto del conocimiento de la ley.

¹⁶ Esto llevará a que cualquier ley pueda fijar distintos sistemas de publicación al establecido en el Código Civil. Registrando formas alternativas de publicación de leyes, véase a GARRETÓN (1985), p. 31.

2. Principio general de publicidad y normas constitucionales de secreto

Hasta antes de la reforma constitucional de 2005, la doctrina estimaba que existía reconocido, de manera implícita, un principio de publicidad genérico que obligaba a los órganos del Estado a dar cuenta de sus actos y resoluciones, así como de sus fundamentos. Esta construcción interpretativa fue apoyada con diversos argumentos, donde a) hacía directa conexión con el régimen político democrático, b) el carácter instrumental de la publicidad de la información para el ejercicio de derechos fundamentales y c) la confidencialidad y el secreto como reglas excepcionales y explícitas en la misma CPR¹⁷.

Estos argumentos no eran novedosos y se vinculaban estrechamente con el desarrollo y la comprensión de las ideas republicanas y democráticas¹⁸. La tradición constitucional chilena fue consolidando, a través de sus cartas constitucionales, disposiciones que se referían a la publicación de actas, leyes, decisiones parlamentarias y de organismos colegiados o materias sobre el régimen electoral¹⁹. Las normas de secreto fueron siempre excepcionales y aparecieron recién con la Constitución de 1833, referido a materias internacionales²⁰. Tanto la Constitución de 1925 como la 1980 incorporaron casi sin variaciones esta disposición referida a las atribuciones del Presidente de la República. Esta última Carta Constitucional, sin embargo, fijó varias otras disposiciones sobre el secreto, las cuales mantienen hasta el día de hoy su vigencia. Estas disposiciones son:

- i) El secreto en el ejercicio del derecho de sufragio, como garantía de derechos políticos (artículo 14);
- ii) La reserva de la nómina de militantes de un partido político, como obligación del servicio electoral del Estado (artículo 19, N° 15);

¹⁷ Véase a FERNÁNDEZ (2000), p. 730; BARRA (2007), pp. 87-89.

¹⁸ VEGA (2007), p. 180.

¹⁹ Véase la revisión de VEGA (2007), pp. 179 y ss.

²⁰ Art. 82. Son atribuciones especiales del Presidente: [...]19ª Mantener las relaciones políticas con las naciones extranjeras, recibir sus Ministros, admitir cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir i firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos i otras convenciones. Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán a aprobación del Congreso. *Las discusiones i deliberaciones sobre estos objetos serán secretas, si así lo exige el Presidente de la República [...]*” (énfasis agregado). La otra disposición referida al secreto en las Constituciones de 1833 y de 1925 decía relación con la votación que debía efectuar el Congreso Nacional cuando ninguno de los candidatos a la presidencia de la República obtuviere mayoría absoluta. Finalmente, la Constitución de 1925 también explicitaba el secreto respecto del ejercicio del derecho de sufragio, cuestión que sería recogida por la Constitución de 1980.

- iii) En materia de conducción de las relaciones internacionales del Estado, como atribución del Presidente de la República (artículo 32, N° 15);
- iv) En la votación que efectúa la Corte Suprema para nombrar los Ministros del Tribunal Constitucional (artículo 92);
- v) En relación a las actas del Consejo de Seguridad Nacional (artículo 107);
- vi) En materia de indulto particular, referido a delitos terroristas cometidos con anterioridad al 11 de marzo de 1990, donde el Ejecutivo debe enviar copia reservada al Senado (Disposición 7ª transitoria).

Estas disposiciones expresas en materia de secreto reafirman la lógica por defecto bajo la cual opera las normas constitucionales: la publicidad y la transparencia es la regla y el secreto es la excepción²¹. Esto implica que el secreto es siempre una materia de derecho estricto y, en consecuencia, requiere ser establecido mediante norma expresa, su interpretación debe ser restringida y no procede la analogía como mecanismo de integración de normas en caso de lagunas de secreto.

3. El principio de publicidad y transparencia en la Constitución de 1980

Todo esto viene a ser ratificado con la reforma constitucional que establece el nuevo artículo 8° de la CPR. En el marco del debate parlamentario de las reformas constitucionales, se buscó deliberadamente configurar una norma que obligara a todos los órganos del Estado a la publicidad de sus actos y resoluciones, así como sus fundamentos y procedimientos²², procurando evitar que se tratara de una interpretación de la cláusula democrática o parte del contenido implícito del principio republicano²³.

²¹ Es la lógica de todo sistema democrático, véase a BOBBIO (1996), p. 97. En el Derecho chileno, FERNÁNDEZ (2007), p. 151.

²² BARRA (2007), p. 88.

²³ Así, el profesor de Derecho administrativo, Rolando Pantoja, expresó en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que la publicidad se entendía como una norma implícita derivada del artículo 4° CPR. Como expresó este académico: “[r]especto de la publicidad, recordó que a nivel constitucional se entiende que es una *norma implícita dentro de la Carta Fundamental*. El hecho que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto, tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos” (énfasis agregado). Sobre estos antecedentes, véase a PFEFFER (2005), p. 29. Al respecto, comentando la reforma al artículo 8° CPR, Evans señala que se trata de una disposición “que recoge dos principios [de probidad y de publicidad] que son de la esencia del sistema democrático y de la actuación de las potestades públicas, *los que no obstante ser esenciales, ha sido estimado por el Constituyente necesaria su consagración expresa*”. Véase a EVANS ESPÍNEIRA (2006), p. 14 (énfasis agregado). Lo entiende igualmente implícito en el artículo 4° CPR, CONTESSE (2006), pp. 103 y ss.

Como señala esta disposición, en su inciso segundo:

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

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

Diversos autores han apuntado las características generales de esta disposición. En primer lugar, los autores coinciden en la máxima relevancia de este precepto, configurándolo como uno de los principios básicos del Estado de Derecho en Chile²⁴.

En segundo término, dada su ubicación en el texto constitucional y su articulado expreso, no existen dudas que la disposición constitucional se aplica a todos los órganos del Estado y ya no sólo a la Administración²⁵. Por lo tanto, el nuevo artículo 8º –a diferencia de la legislación previa– amplía el ámbito de aplicación del principio y fija los deberes de publicidad y las obligaciones a todos los órganos estatales. En virtud de ello, los legisladores son también destinatarios de las normas de publicidad, y sus actos –incluyendo al más elemental, la ley– deben conformarse con tal disposición.

En tercer lugar, el precepto establece la publicidad para actos y resoluciones estatales, así como sus fundamentos y procedimientos. En definitiva, el principio de publicidad no se circunscribe únicamente a actos administrativos, sino que todo tipo de acto estatal y cubre los antecedentes o documentos que le sirven de sustento o respaldo²⁶. Esta ampliación del objeto de la publicidad va unida a la ampliación de los destinatarios de la norma, como veíamos antes. Adicionalmente, cualquier acto o resolución que dicte o emane de un órgano del Estado estará

²⁴ Entre otros, DÍAZ DE VALDÉS (2009), pp. 193-194; HENRÍQUEZ y NÚÑEZ (2007), p. 35. En el Derecho comparado, véase a RUBIO LLORENTE (1995), p. 65.

²⁵ Véase, por todos, a HENRÍQUEZ y NÚÑEZ (2007), p. 35; SÁNCHEZ (2008), p. 19; FERNÁNDEZ (2008), p. 38; ANINAT y DEL SOLAR (2009), p. 113; RUIZ-TAGLE (2006), p. 47. Quintana señala que, incluso antes de la reforma constitucional de 2005, el principio de transparencia no se concebía como un enunciado normativo únicamente circunscrito al ámbito del Derecho administrativo, puesto que se aplicaba en otras materias, como gasto electoral o transparencia presupuestaria, por lo que las obligaciones de transparencia habían sido siempre más amplias que sólo a los órganos de la Administración. Véase a QUINTANA (2006), p. 179.

²⁶ QUINTANA (2006), pp. 178-179.

afecto al principio constitucional de publicidad y no sólo las decisiones vinculantes o los actos finales obligatorios²⁷.

El precepto, además, prevé la posibilidad de restringir la publicidad de determinados actos y resoluciones. Para ello, tipifica las 4 causales de reserva o secreto admitidas en el ordenamiento jurídico, a saber: (1) afectar el debido cumplimiento de las funciones de un órgano, (2) los derechos de las personas, la (3) seguridad de la Nación y el (4) interés nacional. Se tratan de cláusulas de un alto grado de indeterminación²⁸ y que revisten de diverso fundamento: la mayoría operan como garantías institucionales y una sola tiene como fundamento el resguardo de derechos individuales²⁹. El establecimiento de restricciones al principio de publicidad requiere que sea a través de ley de quórum calificado. La reserva legal, en este punto, es específica, deriva de las obligaciones internacionales contraídas por Chile³⁰, fija una mayoría parlamentaria calificada y algunos sostienen que es de carácter absoluta³¹, aludiendo al debate sobre la reserva de ley en el ordenamiento jurídico chileno³². La introducción de la reserva legal en este artículo, genera dos dificultades constitucionales. El primer problema que presenta esta nueva disposición recae sobre la derogación tácita³³ o la inconstitucionalidad sobreviniente³⁴ del secreto fijado por la vía de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. El caso más conocido es el Decreto Supremo N° 26 (D.O. 07/05/2001), de la Secretaría General de la Presidencia, que vació de contenido al DAIP que establecía la “Ley de Probidad” (Ley N° 19.653, D.O. 14/12/1999)³⁵. El Ejecutivo, una vez que entró en vigencia la nueva disposición constitucional, procedió a derogar de oficio el texto reglamentario en cuestión³⁶.

²⁷ QUINTANA (2006), p. 179. A juicio de este autor, la nueva preceptiva constitucional además impondría un *principio de fundamentación o de motivación de actos y resoluciones estatales*. QUINTANA (2006), pp. 182 y ss.

²⁸ FERNÁNDEZ (2005), p. 198; FERNÁNDEZ (2008), p. 44.

²⁹ GARCÍA y CONTRERAS (2009), p. 147.

³⁰ GARCÍA y CONTRERAS (2009), p. 144. Véase, en particular, sobre el derecho de acceso a la información pública, lo preceptuado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes *et al.* v. Chile, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151 (2006), § 88-93.

³¹ CORDERO (2007), p. 93.

³² En general, véase un resumen del debate en ZAPATA (2008), pp. 461-532.

³³ QUINTANA (2006), pp. 180 y ss.

³⁴ CORDERO (2007), pp. 97 y ss.

³⁵ Esto se encuentra bien documentado en varios autores. Véase, por todos, a CORDERO (2007), pp. 88-92.

³⁶ A través del Decreto Supremo N° 134 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (D.O. 05/01/2006).

El segundo problema radica en aquellas normas de rango legal que fueron dictadas con anterioridad de la reforma constitucional. Este es un tema que hemos tratado en otra oportunidad³⁷, pero que tiene especial relevancia a propósito de las leyes secretas. En este apartado sólo indicaremos que la mayoría de la doctrina³⁸ y la jurisprudencia³⁹ se inclinan por aceptar la validez formal de las leyes previas al artículo 8º CPR, en virtud de la Disposición 4ª Transitoria de la misma Carta⁴⁰. El mismo Consejo para la Transparencia, fallando una solicitud de acceso a la información pública, ha estimado que la validez de las normas previas dependerán de su reconducción material a las causales establecidas en el artículo 8º. En su opinión, revisando la constitucionalidad de una regla de secreto establecida en el Código de Justicia Militar,

“Que para entender que dicha norma está vigente y constituye uno de los casos a que se refiere el art. 21 N° 5 de la Ley de Transparencia debe aplicarse el artículo 1º transitorio de la misma Ley, según el cual se entiende que cumplen con la exigencia de quórum calificado exigida por el constituyente ‘los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política’. En consecuencia, y de acuerdo a la lectura de ambas normas, no toda norma legal previa a la Ley de Transparencia que fije un caso de secreto o reserva se entenderá automáticamente vigente: sólo aquellas que puedan reconducirse a las causales del art. 8º de la Constitución, esto es, aquellas en que la publicidad de la información declarada secreta o reservada afecte ‘el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional’⁴¹.”

³⁷ GARCÍA y CONTRERAS (2009), pp. 157 y ss.

³⁸ CORDERO (2007), pp. 96 y ss.; GARCÍA y CONTRERAS (2009), pp. 157 y ss.; RAJEVIC (2008); DÍAZ DE VALDÉS (2009), p. 207.

³⁹ Con referencias a la historia del precepto y a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Contraloría General de la República, véase a DÍAZ DE VALDÉS (2009), p. 207.

⁴⁰ La Disposición 4ª transitoria señala: “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

⁴¹ De la Carrera Valdés, José con Carabineros de Chile, Decisión del Consejo para la Transparencia, Amparo 45/2009, 26 de agosto de 2009, cons. 3º. Un precedente previo, emanado de un tribunal, en donde se aplicó la Disposición 4ª Transitoria sería la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Fiscalía Nacional Económica con Isapre ING, Resolución Intermedia, de 13 de abril de 2006, causa Rol N° 77/2005. Sobre esto último, véase a CORDERO (2007). Sobre la publicidad ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, véase a AROS CHIA (2007), pp. 186-198.

Es, entonces, relativamente pacífico que las leyes previas al artículo 8° CPR tendrían una validez *prima facie* en virtud del mismo texto constitucional, siendo el intérprete quien debe conformar su contenido a alguna de las causales de reserva y secreto taxativamente establecidas en la Carta Fundamental. En relación a las leyes secretas, adelantaremos aquí, el problema se acentúa respecto a si éstas pueden dispensar –a través de una de sus normas– la obligación de ser publicadas o, en una situación parcialmente distinta, alterar el régimen común de publicación de leyes, fijado por la CPR y el Código Civil.

Como revisaremos a continuación, el problema de las leyes secretas se relaciona íntimamente con el principio de publicidad que ahora se establece expresamente en la CPR, pero también se conecta –en mi opinión, de manera crítica– con el DAIP que la doctrina y la jurisprudencia ha reconocido con rango constitucional.

II. LAS LEYES SECRETAS

En este apartado intentaremos sistematizar el conocimiento que se dispone sobre las leyes secretas en Chile⁴². Como es evidente, la falta de publicidad de estos textos legales impide una descripción y análisis cabal, por lo que las líneas que siguen se redactan a partir de las escasas fuentes de información pública disponibles sobre este tipo de normas.

La principal fuente primaria sobre leyes secretas se encuentra a propósito de la tramitación de una moción parlamentaria que busca desclasificar a estos cuerpos de rango legal⁴³. Analizaremos en primer lugar este proyecto de ley y luego haremos una descripción analítica de los textos legales secretos con la información que se dispone en el dominio público.

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

La moción parlamentaria que “ordena la publicación de leyes promulgadas en carácter de ‘secretas’ en el período que indica” (Boletín 3307-07)⁴⁴ corresponde a

⁴² En adelante, se utilizarán indistintamente las expresiones “leyes secretas” como “textos legales secretos” y serán abarcativas de los tres tipos de normas de rango legal que están afectadas de secreto –leyes, decretos leyes y decretos con fuerza de ley–. Se distinguirán específicamente las leyes secretas en sentido auténtico o estricto cuando se requiera, en el marco de la reflexión.

⁴³ En la doctrina, uno de los escasos artículos que trata el tema corresponde a GARRETÓN (1985). Adicionalmente, información periódica actualizada puede ser encontrada en el sitio web del Centro de Investigación e Información Periodística (CIPER): <http://ciperchile.cl/2009/06/11/las-ultimas-jugadas-para-desclasificar-las-leyes-secretas-del-gobierno-militar/> [última visita efectuada: 05 de mayo de 2010].

⁴⁴ Tanto el proyecto de ley como toda la información referida a los Informes de las comisiones legislativas se encuentra disponible en el sitio web: <http://sil.senado.cl/pags/index.html> [última visita efectuada: 07 de abril de 2010].

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

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

En su primer trámite constitucional, el proyecto fue analizado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara baja. En dicha instancia, como consta en su primer Informe⁴⁵, el Ejecutivo –a través de la Ministra de Defensa Nacional de la época, Michelle Bachelet– sostuvo su conformidad inicial con la desclasificación de normas. Sin embargo, planteó la necesidad de preservar el carácter reservado o secreto de aquellas que se consideran críticas en materia de planificación, cuestiones estratégicas y determinadas adquisiciones.

Por otra parte, el Director del Diario Oficial precisó el mecanismo que se utilizaba para cumplir con las exigencias legales y constitucionales sobre promulgación y publicación. Al efecto, destacó que este tipo de textos tenían una forma especial de publicación, denominada “restringida”. Ésta consistía en una orden consignada en oficios que remitían el texto legal donde se calificaba de *secreto* o de *publicación restringida* a la norma. Para estos casos,

“se dejaba constancia en el sumario de la edición que se había publicado una determinada ley, relativa, por ejemplo, a la movilización de tropas en casos excepcionales, y, en paralelo, se publicaban una o dos hojas en que figuraba la ley completa, las que debían editarse y repartirse en forma restringida a ciertas personas claramente individualizadas”⁴⁶.

⁴⁵ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 10 de diciembre de 2003.

⁴⁶ Primer Informe de la Comisión de Constitución, *cit.*: 4. Cfr. La opinión de GARRETÓN (1985), p. 33, donde se señala que el “resquicio legal que se ha urdido en los pocos casos en que las leyes secretas han sido parcialmente conocidas ha sido la edición de un ‘anexo de circulación restringida’”.

Es relevante consignar que para estos casos, existía personal militar que controlaba la impresión y procedía a *destruir* los ejemplares defectuosos y las planchas metálicas utilizadas⁴⁷. La única justificación legal que existe en nuestro ordenamiento jurídico para ejecutar este tipo de conductas sería la Ley N° 18.771 (D.O. 17/01/1989), que autoriza un sistema de archivo especial para el Ministerio de Defensa Nacional y sus organismos relacionados, así como la facultad de destrucción de información referida al sector. Sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad de este texto legal⁴⁸, la facultad sólo autorizaría la destrucción de ejemplares y planchas metálicas, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, por lo que las acciones previas a la misma serían, lisa y llanamente, ilegales⁴⁹.

Efectuadas las presentaciones por parte del Ejecutivo, la comisión aprobó de manera unánime la idea de legislar. En la Sala, la Cámara de Diputados decidió requerir el Informe favorable de la Comisión de Defensa Nacional⁵⁰. En ella, se efectuó el más acucioso inventario existente sobre las leyes secretas en nuestro país⁵¹. A la comisión asistió el Subsecretario de Marina de la época, Carlos Mackenney, y el asesor del Ministerio de Defensa Nacional, Jorge Precht. Ambos coincidieron en buscar fórmulas que, *en virtud del principio de transparencia*, permitan el conocimiento público de gran parte de los textos legales. Se apelaba, nuevamente, a un principio implícito. Sin embargo, se solicitó la reserva condicionada de textos legales cuya difusión pudiere afectar la seguridad de la Nación.

⁴⁷ Primer Informe de la Comisión de Constitución, *cit.*: 4.

⁴⁸ GARCÍA y CONTRERAS (2009), p. 156.

⁴⁹ Salvo que cada texto legal secreto, en su articulado, establezca un régimen de publicación distinto al ordenado por el artículo 7° del Código Civil. Como no conocemos el contenido de aquellas normas, sólo se puede especular sobre esta posibilidad de salvar la ilegalidad. Finalmente, debe señalarse que, sin perjuicio de la estipulación de normas especiales de publicación “restringida” de leyes, igualmente podría haberse argumentado, en su momento, que tales preceptos serían inconstitucionales por vulnerar un principio general de publicidad de la ley o de los actos públicos. Sobre esto, véase *infra* II, 2., a).

⁵⁰ Primer Informe de la Comisión de Defensa Nacional, 18 de mayo de 2004.

⁵¹ El estudio estuvo conformado por una relación de decretos leyes y leyes remitidos por la Contraloría General de la República, con indicación de su contenido fundamental, preparada por el ex Secretario de Comisiones de la Cámara de Diputados, señor Héctor Piña de la Fuente; la nómina de las normas legales chilenas dictadas con carácter de reservadas o secretas a partir de 1900, elaborada por la Unidad de Referencias Legislativas de la Biblioteca del Congreso Nacional, y la minuta resumida de los antecedentes que existen en los documentos que constituyen los 149 expedientes relativos a normas legales de carácter secreto dictadas entre septiembre de 1973 y marzo de 1990, que se ordenó publicar en ediciones restringidas del Diario Oficial, preparada por la Dirección General del Diario Oficial. Véase, Primer Informe de la Comisión de Defensa Nacional, *cit.*: 4. Otro listado, bastante más acotado, se puede encontrar en GARRETÓN (1985), p. 38.

En la Comisión de Defensa Nacional hubo acuerdo transversal de los diputados en orden a ampliar el período de desclasificación de los textos legales. El proyecto original se circunscribía al régimen militar de 1973-1990 y, para los diputados de la comisión, el criterio de publicidad de leyes debería ser general y abarcar textos secretos que hubiesen sido dictados en otras fechas. Adicionalmente, se perfeccionó el proyecto al individualizar cada uno de los textos legales que se pretendían desclasificar. Hubo acuerdo, asimismo, de conservar en secreto a 33 textos relacionados con materias de defensa nacional. Finalmente, se estableció que los textos legales debían ser *desclasificados* y no *publicados*⁵². La distinción podría parecer superflua a primera vista, pero corresponde a un ejercicio de buena técnica legislativa. Lo que se busca evitar es una *doble publicación de leyes*. Recordemos que los textos secretos fueron, formalmente, publicados, si bien mediante una publicación restringida, que conspira con un debido principio de publicidad de la norma. Por lo tanto, el proyecto de ley fijaría una obligación para determinados los órganos estatales en torno a desclasificar el contenido de estas leyes. Esta distinción permite fijar un sentido técnico a la desclasificación: entenderemos por ésta aquel mecanismo jurídico que remueve la afectación de reservado o secreto a una determinada información, con independencia de su soporte original.

En base a estas consideraciones, la Comisión de Defensa Nacional aprobó unánimemente la idea de legislar y el proyecto pasó a la Sala. En la discusión general, hubo acuerdo transversal en el fundamento de publicidad de las leyes y la excepcionalidad del secreto⁵³, lo que convergió en una aprobación unánime⁵⁴. Al existir indicaciones, el proyecto fue devuelto a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento donde rápidamente se aprobaron dos significativas modificaciones: la inclusión de la desclasificación de la Ley N° 13.196, conocida como “Ley Reservada del Cobre” y el establecimiento de un plazo de desclasificación –con fecha julio 07 de 2014– de los textos legales que no consigna el artículo único. Despachado el segundo informe, la Cámara votó favorablemente el proyecto, habiendo unanimidad en la desclasificación de los textos legales enumerados y constatándose una importante discrepancia sobre el plazo fijo de

⁵² Primer Informe de la Comisión de Defensa Nacional, *cit.*: 5.

⁵³ Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, Legislatura 351ª ordinaria, sesión 4ª, martes 15 de junio de 2004, pp. 47-59.

⁵⁴ Una de las intervenciones que cabe resaltar es la del entonces Diputado Álvarez. Este parlamentario sostuvo que el poder legislativo tenía la potestad para determinar qué leyes pueden o no ser publicadas y cuáles pueden tener o no el carácter de secreto. Esta es una opinión de escaso asidero en la versión original de la CPR 1980 –dadas las reglas imperativas de publicación de leyes sin establecimiento de excepciones para ello–, pero aun más cuestionable de cara a la introducción del nuevo artículo 8º CPR, tras la reforma constitucional del 2005. Sobre esto, véase *infra* II, 2., a).

desclasificación, donde se aprobó por 36 diputados a favor y 32 por la negativa⁵⁵. Con ello culmina el primer trámite constitucional y el proyecto pasa a la cámara revisora. En segundo trámite constitucional, el proyecto de ley aún espera el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

2. Características comunes de las leyes secretas

Antes de realizar una descripción de las leyes secretas en Chile, quisiera proponer, a la luz de los conocimientos disponibles, la siguiente formulación teórica de las características de este tipo de leyes⁵⁶.

i) Se trata de textos legales que son *publicados* bajo un sistema de acceso restringido. La cantidad de personas que conocen los mandatos del texto legal puede variar, pero nunca será de conocimiento masivo. Por ello, el estándar de publicidad de la publicación oficial –valga la redundancia– es deficitario, de cara a las exigencias de un Estado democrático.

ii) En Chile, los textos secretos han sido dictados en situaciones de normalidad constitucional y en regímenes autoritarios de facto. Por lo tanto, se trata de una anomalía que cruza gran parte de la historia republicana de nuestro país.

iii) Sus materias, como puede apreciarse en el siguiente apartado, están asociadas a la Defensa nacional y, más específicamente, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad –como instituciones en sí y en relación a sus plantas de personal–, a su financiamiento y procura de pertrechos militares y a situaciones excepcionálísimas de transferencias de recursos.

iv) Quienes ejecutan actos públicos en virtud de un texto legal secreto se fundan en la norma a la cual acceden provisoriamente, pero no pueden dejar constancia del contenido de la misma.

v) El sistema de protección del secreto de la norma comprendía la destrucción de ejemplares defectuosos de la publicación de leyes secretas y de las planchas metálicas que sirvieron para su impresión. Hasta 1989, no existía respaldo legal para realizar estas conductas⁵⁷.

vi) Finalmente, la garantía del secreto de los mandatos legales –a nivel de responsabilidades penales– estaría dada por los delitos de revelación de secretos

⁵⁵ Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, Legislatura 351ª ordinaria, sesión 29ª, miércoles 11 de agosto de 2004, p. 26.

⁵⁶ Un ejercicio parcialmente similar, para el caso de los Servicios de Inteligencia argentinos, se puede encontrar en GAMBIER y ZUBIAUR (1993), pp. 542-543.

⁵⁷ A menos que, en cada texto legal secreto, se haya dispuesto dicha facultad, cuestión que sólo podemos especular.

oficiales sin autorización competente, tipificados en el Código de Justicia Militar (v. gr. artículos 255 a 257).

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

3. *Análisis de las leyes secretas chilenas*

En el anexo que acompaña a este estudio, se detallan todos los textos legales dictados desde 1900 y que aún permanecen secretos. La enumeración de los mismos distingue si se tratan de leyes en sentido auténtico o propio, decretos leyes y decretos con fuerza de ley⁵⁸.

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

CUADRO 1:
NÚMERO Y CLASE DE TEXTOS LEGALES SECRETOS POR PERÍODO HISTÓRICO

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

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

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

⁵⁸ Si bien se aportan datos cuantitativos, no se trata de una investigación empírica sobre las leyes secretas y dicha información sólo debe tenerse presente como insumo para la reflexión constitucional.

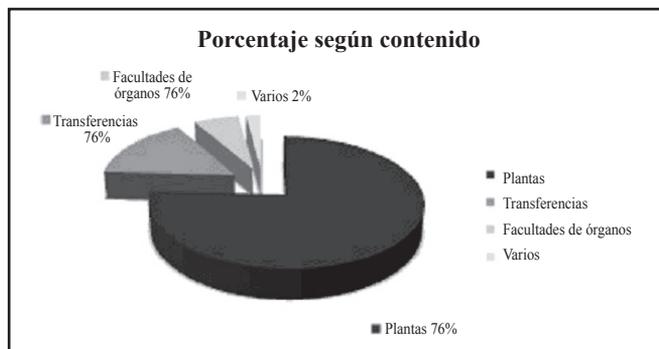
transitoria eximía del trámite de publicación de la ley o establecía una regla especial de secreto.

Cabe constatar, además, que el fenómeno de las leyes secretas cruza toda la historia del siglo XX. Antes del quiebre democrático de 1973, existía una cantidad importante de leyes secretas (34), destacando, por cierto, la famosa “Ley Reservada del Cobre” (D.O. de circulación restringida 19/11/1958). Finalmente, es sorprendente verificar que luego del retorno a la democracia existan textos legales secretos (2 leyes y 1 D.F.L.).

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

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

CUADRO 2:
CLASIFICACIÓN DE TEXTOS LEGALES SEGÚN CONTENIDO⁵⁹



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

⁵⁹ Se omiten todos aquellos textos legales que, tal como se enuncian en el Anexo de este trabajo, no se consigna fecha de dictación y nombre, cuestión que impide su clasificación. Por lo tanto, del total de 203 textos legales secretos, sólo se clasifican 145, es decir, el 71.4% del total. Eso significa que de un tercio de los textos legales, aproximadamente, no se dispone de ninguna información.

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

La segunda categoría se denomina “Transferencias” y en ella se abarcan los textos legales que establecen asignaciones monetarias o financieras directas o indirectas a las Fuerzas Armadas o al Ministerio de Defensa Nacional. Se incluyen las franquicias o exenciones tributarias para estas instituciones y se contabiliza a la “Ley Reservada del Cobre” y sus modificaciones.

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

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

El gráfico muestra que el grueso de estos textos se encuentran en la primera categoría (110 textos legales secretos, 76% del total) y son aquellos que, en la discusión parlamentaria, no han suscitado reparo alguno de desclasificación por la vía legal. La segunda categoría (23 textos legales, 16% del total), sin embargo, posee cuerpos normativos que generan divergencias sobre la conveniencia de liberar dicha información. El Ministerio de Defensa Nacional ha planteado que algunos de los textos legales debiesen tener un plazo de desclasificación diferido en el tiempo y el proyecto aprobado en primer trámite constitucional fija el carácter reservado o secreto de 27 textos legales hasta el año 2014⁶⁰. Las otras dos categorías, “Facultades de órganos” (9 textos legales, 6% del total) y “Varios” (3 textos legales, 2% del total), no plantean problemas políticos en materia de desclasificación.

⁶⁰ Se trata de los textos legales que se individualizan a continuación (según el número que le hemos asignado en el Anexo): N°s. 37, 77, 129, 130, 131, 148, 158, 160, 162, 165, 166, 169, 173, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 191, 192, 195, 198.

III. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES SECRETAS

Sin perjuicio de la viabilidad de aprobación del proyecto de ley analizado, el asunto de las leyes secretas despierta interés desde el punto de vista constitucional, especialmente a propósito de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N° 20.285, D.O. 20/08/2008; en adelante LT). El problema constitucional a resolver es el siguiente: ¿existen razones constitucionales que permitan tener textos legales secretos? ¿Están prohibidas las leyes secretas por el ordenamiento jurídico nacional? Si fueren inconstitucionales, ¿cuáles son las razones que impiden la validez de textos legales secretos en nuestro ordenamiento?

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

1. Principio de publicidad y leyes secretas

En primer lugar, revisaremos el estatus constitucional de las leyes secretas conforme al principio constitucional de publicidad. Como éste se positiviza explícitamente a partir de 2005, conviene hacer la siguiente previsión: no enjuiciaremos la constitucionalidad de cada ley secreta conforme al régimen constitucional bajo el cual fue dictada, sino que revisaremos su actual estatus constitucional, de cara a los efectos prácticos de su reserva o publicidad. En otras palabras, si bien uno podría analizar cada ley en el marco normativo bajo el cual fue dictada y le servía de soporte, abandonaremos esa posibilidad en pos de la contrastación de las cláusulas democrática, republicana y de publicidad con la existencia de leyes secretas⁶¹.

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

Para diversos autores, la debida comprensión de la publicidad como principio del Estado de Derecho, se funda en el principio republicano y el democrático⁶². Éstos, en consecuencia, operan como límites y legitimación del ejercicio del poder

⁶¹ El único autor que ha intentado parcialmente este análisis ha sido GARRETÓN (1985).

⁶² Ampliamente desarrollado a propósito del artículo 8° CPR, VEGA (2007), pp. 176-182. Aplicando la misma base sustantiva para el caso argentino, véase a SAGÜÉS (1977), p. 120; SAGÜÉS (2005), p. 298; RODRÍGUEZ (2003), p. 112; GAMBIER y ZUBIAUR (1993), p. 543, estos últimos siguiendo a BIDART CAMPOS.

público estatal⁶³. La validez de las normas legales, en el ordenamiento jurídico chileno, presupone que se cumpla con determinadas condiciones de publicidad en la deliberación política. Para ello, la CPR prevé la intervención de distintos órganos del Estado y fija plazos y trámites para la formulación de leyes. El propósito de ello es, precisamente, permitir que la decisión de los colegisladores sea monitoreada por la Sociedad Civil y ésta participe en la esfera pública “débil”⁶⁴. Las libertades de expresión, información y opinión, precisamente, permiten este desarrollo inorgánico de participación comunicativa en el proceso de formación de ley. Por ello, pese a que no se participa en la instancia formal que tomará la decisión autoritativa, se permite desplegar una razón pública que favorece la participación ciudadana y disminuye las brechas que la representatividad genera en la toma de decisión de autogobierno colectivo⁶⁵.

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

⁶³ Entre nuestros autores constitucionalistas, puede verse a CEA (1999), pp. 194-195; CEA (2008), p. 205; CEA (2009), pp. 30-33.

⁶⁴ Sobre el concepto de esfera pública débil, en relación a la Sociedad civil y los agentes privados, véase a FRASER (1992), pp. 134 y ss. Habermas sigue esta distinción con posterioridad. Véase HABERMAS (2005), pp. 384 y ss.

⁶⁵ Como señala Habermas, válidas serán aquellas normas a las que todos los que pueden verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales. Este principio de *discurso*, como mecanismo de legitimación de normas jurídicas, es una radicalización de la democracia, en términos que permite la deliberación pública y el control de las acciones estatales. Esto no implica evitar o eludir la formalización de la organización estatal o de su burocracia, pero sí estipula un ideal autorregulativo de deliberación política. Como ha señalado HABERMAS (1998), p. 169: “como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados”.

Este es el argumento sustantivo que dota de contenido al principio de publicidad y transparencia que recoge el artículo 8° CPR. La transparencia de los actos y resoluciones de organismos del Estado, por sí sola, carece de las implicancias institucionales que importan para el desarrollo del sistema democrático⁶⁶. Por ello se ha señalado, con razón, que los modelos de acceso a la información pública sólo tienen pleno sentido en el marco de Estados Democráticos⁶⁷.

Esta interpretación dota de un carácter fuerte al contenido del principio de publicidad en el marco de un Estado Democrático. El objeto de esta argumentación es sostener que las normas de rango legal que establecen un mecanismo restringido de publicación –alterando las reglas tradicionales del Código Civil– son inconstitucionales si impiden el conocimiento masivo de sus mandatos, permisos o prohibiciones. La exigencia del artículo 75 CPR en orden a publicar dentro de un determinado plazo las leyes en el Diario Oficial, no puede ser evitada o restringida –a través de disposiciones legales particulares– de manera tal que evite el cumplimiento del mandato de publicidad del artículo 8° CPR. Los sistemas de publicación restringida, por tanto, si bien podrían estar conforme al requisito formal del artículo 75, son incompatibles con el contenido constitucionalmente protegido del principio de publicidad constitucional⁶⁸. Y a esto último están obligados tanto el legislador como el Diario Oficial.

⁶⁶ Y por esta razón, la transparencia, si bien puede ser útil a la persecución de fines de eficiencia y eficacia estatal, se justifica, en definitiva en sus aportes a la legitimidad democrática del gobierno de la comunidad política. Quienes destacan a la transparencia como factor de control en el empleo de los recursos públicos, tienden a preterir la dimensión sustantiva de legitimidad. Cfr. la posición de RAMÍREZ ARRAYÁS (2007), como exponente de la visión reduccionista a favor de la eficiencia, con la de BERMÚDEZ y MIROSEVIC (2008), quienes sitúan a la transparencia y el acceso a la información como presupuesto para ejercicio de la participación política.

⁶⁷ Véase, por todos, BERMÚDEZ y MIROSEVIC (2008), pp. 441-447; VEGA (2007), pp. 174-179.

⁶⁸ Debe anotarse que parte del problema se encuentra en la deficitaria regulación legal de la función estatal de publicación de leyes. La historia da cuenta del precario estatuto legal de esta actividad. El Código Civil original no distinguía entre promulgación y publicación de leyes y recién en 1876 se funda el Diario Oficial a través de un decreto supremo del Presidente de la República de la época, don Aníbal Pinto. El decreto en cuestión, confería la administración de la Imprenta Nacional –encargada de publicar el Diario Oficial– a privados. Su gestión fue tan defectuosa que en 1931 el Estado se hace cargo, a través del Diario La Nación, de la publicación de las leyes y decretos. Se trata, entonces, de una función que desempeña el Estado a través de esta empresa estatal, sin sujetarse a un estatuto legal que fije la forma de efectuar la publicación de la misma ley. En otros términos, la ley regula el objeto de la empresa La Nación, pero no se establece una regulación de la función de publicar leyes y decretos. Como se trata de una labor que (casi) siempre se ha realizado con regularidad, se da por sentado un marco legal adecuado que impida publicaciones restringidas. La distorsión es de tal magnitud que el Diario Oficial, como institución que se dedica a cumplir la obligación de publicidad de las leyes, no está obligado a cumplir con los requisitos de transparencia activa que establece la LT en su artículo 7°.

b) Leyes secretas y restricciones al principio de publicidad

Sin embargo, alguien podría seguir intentando legitimar la posibilidad de las leyes secretas. Si bien me parece suficiente el argumento sobre el principio de publicidad en términos fuertes, alguien podría esgrimir un argumento normativo basado en la misma regulación constitucional del principio: la posibilidad de limitar por la concurrencia de una causal de reserva o secreto como la seguridad de la Nación o el interés nacional. Por tanto, en virtud de las mismas restricciones que se prevén en el artículo 8° CPR, alguien podría justificar un sistema de publicación restringido de leyes, privándolas del conocimiento masivo de la comunidad política en función de la preservación del mismo y fundado en las normas de reserva o secreto de la CPR⁶⁹. Se trata de la reconducción normativa de un argumento clásico en función de la razón de Estado como justificación del secreto⁷⁰.

Tal argumento podría derrotar la pretensión fuerte de publicidad absoluta de leyes. Debiese, para ello, acompañarse de un examen particular de cada ley en torno a si la publicidad de la misma pudiera generar el daño que se postula⁷¹. Eso significa evaluar cuestiones tan distintas como las múltiples modificaciones a las plantas de las Fuerzas Armadas, por un lado, o reglas que ya fueron derogadas por otras leyes que podrían tener un grado tal de relevancia e impacto para el resguardo de la seguridad de la Nación que la Constitución toleraría mantener su secreto o reserva. En mi opinión, el argumento es insostenible para la gran mayoría de los textos legales secretos que hemos analizado en el apartado anterior. Si bien la información es incompleta para tener una apreciación crítica –cuestión que de por sí afecta gravemente el juicio académico y

⁶⁹ Esta posibilidad teórica de normas legales que establezcan sistemas restringidos de publicidad de la ley igualmente deben cumplir con el requisito formal establecido por el artículo 8° CPR: debe tratarse de una reserva fundada en una causal señalada en el mismo artículo y debe estar reglada por una ley aprobada con quórum calificado. En el evento de encontrarnos a una ley de tal naturaleza que fue dictada con anterioridad a la reforma constitucional del 2005, volvemos al problema sobre la validez y la procedencia de la Disposición 4ª Transitoria, discutido en *supra* I, c).

⁷⁰ Como señala Bobbio, parte del objetivo sería conservar al Estado en cuanto tal. BOBBIO (1996), p. 104. Sagüés postula, para el caso argentino, tal argumento. Según este autor, el fundamento para leyes secretas sería única y exclusivamente un “supuesto extranormativo de estado de necesidad, doctrina [...] que no estriba en la ‘razón de Estado’, ni en el bien del gobernante, sino en los únicos casos donde, de manera incuestionable, está en juego la subsistencia de la República o la conservación de la comunidad nacional. Aun en ellos, obviamente, la ley secreta no puede contradecir el valor justicia, ni lesionar la dignidad del hombre”. Véase a SAGÜÉS (1977), p. 120.

⁷¹ Sobre el test de daño, en materia de acceso a la información pública, véase a LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007). En nuestro país, puede revisarse a TELLO, CERNA y PAVÓN (2009): 198 y ss.; RAJEVIC (2010); CONTRERAS (2010).

ciudadano deliberativo sobre parte de las reglas jurídicas aplicables a la Defensa Nacional— la gran mayoría de los cuerpos legales secretos están obsoletos, fueron dictados con vigencia limitada en el tiempo o, derechamente, han sido derogados por otros cuerpos legales.

Por lo tanto, el ejercicio argumentativo de corte iusfundamental que a continuación se desarrolla, busca llevar los fundamentos del secreto a su límite. El alegato a favor del mismo nos permite analizar lo que sería, quizás, la última barrera de contención de la publicidad en el ordenamiento chileno: el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública.

2. Derecho de acceso a la información pública y leyes secretas

a) Cuestión previa: el carácter de derecho fundamental y los requisitos de la garantía del contenido esencial

El alegato respecto del contenido esencial del DAIP requiere acreditar los siguientes presupuestos: primero, si el DAIP es un derecho fundamental y, segundo, si le es aplicable la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Si bien es reciente, doctrina y jurisprudencia han ido comprendiendo que nuestro ordenamiento jurídico asegura un derecho fundamental de acceso a la información pública⁷². Se trata de un planteamiento que se ha consolidado en los últimos años⁷³, en el que confluyen distintos tipos de argumentos y que ya hemos tratado en otra parte⁷⁴. Las posiciones doctrinales han sido afirmadas autoritativamente por dos decisiones judiciales de distintos tribunales: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y el Tribunal Constitucional (en adelante, TC). En el marco del sistema regional de protección a los derechos humanos, la CIDH entiende que el DAIP se encuentra regulado y comprendido a través de la formulación normativa de la libertad de expresión, en el artículo 13

⁷² Véase, por todos, a OLMEDO (2008), p. 13. Otros autores se refieren al punto con distintos argumentos: DÍAZ DE VALDÉS (2009); RAJEVIC (2010); TELLO; CERNA y PAVÓN (2009); GARCÍA y CONTRERAS (2009). José Luis Cea lo trata, en su manual, como parte de la libertad de información y opinión. Véase a CEA (2004), pp. 370-373. Existen algunos autores que son cautos frente a este tipo de reconocimiento de normas de derecho fundamental. En lo que se refiere al DAIP, Aldunate es uno de ellos. Véase a ALDUNATE (2008), pp. 346-347.

⁷³ Para la evolución del DAIP antes de la reforma constitucional de 2005, se puede revisar a ALLESCH y OBANDO (2005); CONTESSE (2002). Posterior a la reforma de 2005, véase a DÍAZ DE VALDÉS (2009).

⁷⁴ GARCÍA y CONTRERAS (2009), pp. 140-145.

de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷⁵. Como resolvió en el caso *Claude Reyes et al. v. Chile*⁷⁶, el artículo 13 no sólo comprende una libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole⁷⁷. En base a lo anterior, la CIDH considera que:

“al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”⁷⁸.

Por lo tanto, el DAIP estaría comprendido dentro de las obligaciones que surgen para el Estado de Chile, en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos. El TC, por otra parte, ha optado por una pluralidad de argumentos y ha ratificado el reconocimiento constitucional del derecho, resolviendo un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁷⁹. Este fallo, como ha señalado un autor, reconocería “sin ambages” la recepción constitucional –si bien de carácter implícita– del DAIP⁸⁰. En palabras del TC, “es posible afirmar que el derecho de

⁷⁵ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

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

⁷⁶ *Claude Reyes et al. v. Chile*, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151 (2006).

⁷⁷ *Claude Reyes et al. v. Chile*, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151 (2006), §76.

⁷⁸ *Claude Reyes et al. v. Chile*, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151 (2006), § 77.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 634-2007, 9 de agosto de 2007.

⁸⁰ DÍAZ DE VALDÉS (2009), p. 201.

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 [...]”⁸¹. 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 [...]”⁸².

Sería, entonces, pacífico señalar que la opinión dominante de la doctrina nacional, junto a la jurisprudencia interamericana y constitucional chilena, admiten el carácter iusfundamental del DAIP. El primer presupuesto de nuestro problema se daría por satisfecho, pero aún cabe revisar el segundo, esto es, si le es aplicable la garantía del contenido esencial de los derechos. Esta institución de la teoría de los límites a los derechos fundamentales tiene modestos desarrollos doctrinarios en nuestro país. Existen pocas excepciones que profundizan sobre los alcances de esta garantía, especialmente, recogiendo el desarrollo y evolución del Derecho comparado⁸³.

La CPR, en su artículo 19 N° 26 prescribe la “seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Como bien apunta la doctrina, la voz “garantías” está utilizada de manera impropia⁸⁴. El alcance de la disposición se refiere a los derechos —y no a los mecanismos de protección de los mismos— que establece la CPR. En consecuencia, el artículo 19, N° 26 es aplicable a todos los derechos que establece la CPR, estén o no incorporados en su capítulo III sobre los “Derechos y Deberes Constitucionales”⁸⁵.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 634-2007, 9 de agosto de 2007, cons. 9° (énfasis agregado).

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 634-2007, 9 de agosto de 2007, cons. 10° (énfasis agregado).

⁸³ Véase a GARCÍA (2001); NOGUEIRA (2006), pp. 327-356 y ALDUNATE (2008), pp. 261-264.

⁸⁴ VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), p. 328; VIVANCO (2006), p. 486. Como señala CEA (2004), p. 614, la palabra “garantías” debe entenderse en un sentido amplio, esto es, tanto de derechos fundamentales como de acciones o recursos que tutelan dichos derechos.

⁸⁵ Esto implica que, con independencia de si la doctrina entiende que el DAIP se encuentra establecido a propósito de la libertad de opinión o información del artículo 19, N° 12 CPR o, por otro lado, recogido implícitamente en el mismo artículo 8° de la Constitución, en el momento que se le entrega valor de derecho fundamental reconocido en la CPR es aplicable la garantía del contenido esencial de los derechos del artículo 19, N° 26. A similar conclusión, respecto al DAIP, arriba DÍAZ DE VALDÉS (2009), p. 198. Véase, en contrario, la opinión de EVANS ESPÍNEIRA (2006), p. 82, quien circunscribe el objeto de protección de la garantía en todos los numerales del artículo 19 CPR y no en todos los derechos que la Constitución establece.

b) Sobre el alcance del contenido esencial de los derechos

Acreditado el segundo presupuesto, podemos señalar que el ordenamiento constitucional chileno asegura un DAIP con rango iusfundamental y le brinda la protección de su contenido esencial frente a restricciones legislativas como podrían ser, por ejemplo, preceptos legales que autoricen el secreto de un texto legal. No obstante, el problema se traslada a la definición de lo que debe entenderse por contenido esencial. Se trata de una materia que, por su extensión y complejidad, no puede tratarse debidamente en esta investigación. Los autores, en general, coinciden en el origen del precepto como una consecuencia de las reflexiones en el marco de las restricciones al derecho de propiedad⁸⁶. Será el comisionado Evans quien propondrá hacer aplicable a los derechos fundamentales una garantía de su contenido esencial, tal como lo dispone el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn alemana y el artículo 53 de la Constitución española de 1978⁸⁷.

El problema es discernir el contenido esencial de cada derecho. Es usual encontrar referencias genéricas y escasamente operativas sobre la garantía del contenido esencial de los derechos. Se señala que un derecho no debe ser afectado en su esencia y ello acontece cuando se le priva de aquello que es consustancial, de manera tal, que deja de ser reconocible⁸⁸. Se señala, también, que se impide el libre ejercicio de un derecho cuando se imponen condiciones, tributos o requisitos que imposibilitan su desarrollo⁸⁹. Para definir esto, los autores se apoyan en un precedente constitucional bastante conocido, donde el TC afirmó que

“La esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, y que se impide el ‘libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”⁹⁰.

Estas afirmaciones tienen la dificultad de evitar criterios que permiten arribar a la identificación de *reconocimiento* del derecho, por un lado, y de las exigencias que

⁸⁶ Explicándolo con detalles, véase a GARCÍA (2004), pp. 112-117.

⁸⁷ Véase, por todos, a VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), p. 327.

⁸⁸ VIVANCO (2006), p. 485.

⁸⁹ VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), p. 328.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 43, 24 de febrero de 1987.

lo hacen *irrealizable*, por el otro⁹¹. Sin ánimo de clausurar el debate en este punto, para efectos del DAIP, es útil recurrir –aunque sea resumidamente– a dos concepciones sobre el contenido esencial de los derechos: la absoluta y la relativa⁹².

Según la concepción *absoluta*, el contenido esencial de los derechos constituye un límite absoluto que se determina con prescindencia de colisión entre derechos o bienes jurídicos constitucionales en un caso en particular –como podría ser la seguridad de la Nación–. Se trata de un contenido resistente a toda restricción del legislador y no relativizable⁹³. Como se ha señalado, el problema principal de esta concepción es definir el contorno de aquel núcleo del derecho que no puede ser restringido⁹⁴.

La concepción *relativa*, por otro lado, entiende que la intervención legítima por parte del legislador puede variar según el derecho, por lo que dependería de la ponderación entre éste y los intereses colisionantes en cada caso⁹⁵. En otros términos, mantiene estrecha relación o una equiparación con las exigencias de justificación en las restricciones de derechos⁹⁶; en consecuencia, correlaciona al contenido esencial con el principio de proporcionalidad. El contenido esencial es lo que quedaría luego de la ponderación⁹⁷. Para algunos autores, el principal problema de esta concepción es su inseguridad, puesto que no permite identificar un contenido fijo intangible y su determinación quedaría a merced de la subjetividad del intérprete⁹⁸.

En nuestro país, estas categorías son sumamente recientes y pocos autores recurren a ellas. Para Nogueira, el TC seguiría una línea “absoluta del contenido esencial del derecho (su manera de concebir el derecho, considera su naturaleza jurídica, determinando el conjunto de facultades de actuación necesarias para

⁹¹ ALDUNATE (2008), pp. 262-264, contrasta entre el caso español y la decisión chilena, anotando la falta de un criterio o base para conceptualizar el contenido esencial.

⁹² En general, véase a GAVARA DE CARA (1994); PRIETO SANCHÍS (2003), pp. 230-237; BRAGE (2004), pp. 232-239 y 396-409. Para el caso chileno, se puede revisar a NOGUEIRA (2006), pp. 331-334 y ALDUNATE (2008), pp. 261-264.

⁹³ BRAGE (2004), pp. 234-235.

⁹⁴ NOGUEIRA (2006), p. 332, sostiene que el problema básico sería el “cómo se precisa el límite entre el núcleo duro del derecho y la parte periférica de un derecho, el contenido esencial del derecho ya no sería un límite al legislador, quedando dicho contenido esencial del derecho entregado a la arbitrariedad del legislador, el cual determinaría hasta dónde llega el ámbito afectable del derecho”.

⁹⁵ BRAGE (2004), p. 235.

⁹⁶ PRIETO SANCHÍS (2003), p. 233.

⁹⁷ La conocida expresión es de ALEXY (1993), p. 288.

⁹⁸ NOGUEIRA (2006), p. 334.

hacer reconocible el derecho y sin las cuales deja de pertenecer al tipo descrito; asimismo, puede determinarse buscando los intereses objetivamente protegidos por el ordenamiento jurídico como núcleo o medula [sic] del derecho, los que no pueden ser desnaturalizados)”⁹⁹. Tal opinión dista de ser unánime. Aldunate, revisando la evolución dogmática de la garantía, señala que ésta habría seguido el mismo camino que en el Derecho comparado, decantando en una concepción relativa de la misma y reconociendo en Cea esta posición¹⁰⁰. La posición de este último autor, sin embargo, no utiliza las categorías absoluta/relativa y dista de ser tan clara¹⁰¹.

El contenido esencial del DAIP estará en función de la comprensión general que se adopte respecto de la garantía como límite a la acción del legislador. En el Derecho comparado ya no se identifica contenido esencial con el principio de proporcionalidad, por un lado, ni tampoco se sostiene la interpretación de que luego de la restricción de un derecho fundamental afectado debe siempre “quedar algo” todavía¹⁰². Siguiendo a Prieto en este punto, la garantía al contenido esencial cumple al menos dos funciones: primero, se conecta *fiduciariamente* con la ponderación y el principio de proporcionalidad, permitiendo elevar los estándares de justificación de manera correlacionada con la agravación de una medida restrictiva de derechos fundamentales; y segundo, una función *autónoma*, que rechaza las consecuencias economicistas indeseadas que puedan seguirse de la ponderación, algo así como una versión seglar de la posibilidad de derechos absolutos, una vez especificadas sus condiciones de aplicación¹⁰³.

⁹⁹ NOGUEIRA (2006), pp. 348-349.

¹⁰⁰ ALDUNATE (2008), p. 263.

¹⁰¹ El profesor Aldunate cita la posición de Cea de su obra de 1988, donde entendía que la Constitución prohibía restricciones desproporcionadas de derechos con los fines de la misma Carta y el libre ejercicio de los derechos en ella establecidos. Véase a CEA (1988), p. 296. En una obra posterior, dedicada al análisis sistemático de los derechos en la CPR 1980, Cea busca dotar de un contenido sustantivo al artículo 19 N° 26, en la forma de un derecho público subjetivo a la seguridad jurídica. CEA (2004), pp. 591-607. Esto, evidentemente, se escapa de los márgenes de la reflexión comparada. A continuación, se dedica a analizar propiamente la garantía del contenido esencial. En ese contexto, realiza aseveraciones que lo acercan a una teoría absoluta –al distinguir entre centro y periferia de los derechos–, puesto que el autor diferencia entre un núcleo inafectable de cada derecho, por un lado, y un contenido que se proyecta más allá de su esencia, donde se le reserva a la ley la regulación y delimitación normativa. CEA (2004), p. 608.

¹⁰² BRAGE (2004), p. 236.

¹⁰³ PRIETO SANCHÍS (2003), pp. 236-237. Como señala Brage, siguiendo a Häberle, “la garantía del contenido esencial tiene un valor meramente retórico hoy en día en la práctica, sin perjuicio de su significación como señal de advertencia de que el equilibrio y la concordancia práctica también tienen sus límites”. BRAGE (2004), p. 239.

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

Específicamente, sobre el DAIP, existen escuetas referencias dogmáticas en torno a su contenido esencial. Algunos autores se han referido a este contenido a propósito de la obligación de gratuidad en la entrega de la información pública y en relación a la regulación particular que hace del punto el artículo 17 de la LT¹⁰⁴. En otro aspecto del contenido esencial del DAIP, antes de efectuarse el control preventivo de constitucionalidad de la LT, el ex Presidente del Consejo para la Transparencia, Juan Pablo Olmedo, presentó una solicitud ante el TC con el objeto que se declarase la inconstitucionalidad de ciertos preceptos del proyecto de ley¹⁰⁵. El abogado –en ese entonces, Director de Pro Acceso, un organismo no gubernamental dedicado a materias de transparencia– decidió impugnar la facultad de afectar a determinados antecedentes y documentos a una reserva o secreto indefinido, tal como actualmente lo previene el artículo 22 LT. Para este peticionante, la reserva indefinida de información vulneraba el contenido esencial del DAIP, infringiendo el artículo 19, N° 26 CPR. La petición fue desechada por el TC, puesto que la norma cuestionada no era susceptible de control preventivo de constitucionalidad, al no tratarse de un precepto orgánico constitucional¹⁰⁶.

Respecto de las leyes secretas, el punto no es claro y tiene similares dificultades que la reserva indefinida de información. Sin embargo, el contenido autónomo del DAIP reside en la facultad de todo individuo de buscar, solicitar y acceder a información que radique en poder de los órganos estatales. Esta habilitación subjetiva puede estar regulada, en su ejercicio, por la ley. Sin embargo, tal regulación tiene como límite la anulación completa de alternativas para obtener la información que *prima facie* se ordena como pública. En ese entendido, al esta-

¹⁰⁴ Díaz de Valdés y Soto son dos autores que llaman la atención sobre este problema. El primero sostiene que los cobros por la entrega de información pública –más allá de casos calificados y razonables– podrían afectar fácilmente el ejercicio del derecho en la práctica. Para este autor, el principio de gratuidad sería un elemento del contenido esencial del DAIP. Véase a DÍAZ DE VALDÉS (2009), pp. 204-205. Soto, en un sentido similar, analiza la posibilidad que tienen los órganos del Estado de cobrar los costos directos de reproducción de la información solicitada. De no limitarse estos costos, señala el autor, podría afectarse, en la práctica, la esencia del derecho. Véase a SOTO VELASCO (2009), pp. 11-12.

¹⁰⁵ Específicamente, solicitó al TC que examinara la constitucionalidad de los artículos 8°, 22, inciso tercero y 29 –además del artículo 1° transitorio– de la LT. Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1.051-2008, 10 de julio de 2008, cons. 2°.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1.051-2008, 10 de julio de 2008, cons. 18°. El alegato de constitucionalidad, sin embargo, no está clausurado por efecto de cosa juzgada, puesto que puede ser impugnado por la vía de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como forma de control represivo de la ley. Hemos aludido al punto en GARCÍA y CONTRERAS (2009), pp. 149-150.

blecerse un principio de publicidad general y al no existir una regla constitucional que autorice el secreto de leyes, una regulación legal que, incondicionadamente, margine a un sujeto de posibilidad de búsqueda y acceso de información –aunque sea diferida en el tiempo, a través de plazos de desclasificación– produciría un efecto jurídico que afecta el contenido esencial del derecho. Por lo tanto, el secreto, para poder ser armonizado con el DAIP, requiere cumplir dos requisitos básicos: instrumentalidad y temporalidad. El primer requisito se explica porque el secreto es una medida fundamentada en razón de la protección que presta para bienes colectivos o derechos individuales, establecidos como causales de reserva o secreto en el artículo 8º CPR. El segundo requisito –temporalidad– se explica en función de fijar, en un espectro razonable de tiempo, la posibilidad de acceder a la información. De esta forma, cumpliéndose ambos presupuestos, el ejercicio del derecho no se vuelve irrisorio o ilusorio.

Todo esto puede ser profundizado según el enfoque y la teoría que se siga del contenido esencial de los derechos fundamentales. Si se sigue una teoría *absoluta*, no hay duda de que los sistemas de publicación restringida de textos legales y el secreto indefinido vulneran un núcleo intangible de acceso a información pública; en el primer caso, puesto que impiden de forma total el acceso a las normas legales; en el segundo –la reserva indefinida– también habría violación del contenido esencial, porque el acceso se vuelve incierto y no tiene plazo fijo, anulando la posibilidad de ejercicio de solicitudes de información. El secreto se vuelve absoluto, impidiendo siempre y para todos los casos –y respecto de cualquier titular del DAIP– la alternativa de la búsqueda de la información establecida en tales textos legales. En definitiva, la restricción sería de una intensidad tal que no habría DAIP alguno reconocible –para situarlo en los términos del TC– luego del establecimiento de tales secretos.

Si se sigue una teoría *relativa*, por otra parte, el problema se sitúa en la determinación del contenido esencial, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad. Este análisis sólo puede hacerse acabadamente atendiendo a cada texto legal secreto en particular, puesto que debe calibrarse si la medida que restringe el acceso a la información pública en casos de leyes secretas sería o no desproporcionada –en el marco de un Estado Democrático– para resguardar el bien constitucional de seguridad de la Nación, pudiendo implementarse medidas menos lesivas o que sujeten el acceso a la información a un plazo fijo. Como la concepción relativa del contenido esencial descansa en buena parte en el test de proporcionalidad, debe evaluarse la medida del secreto a la luz de sus subjuicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En términos generales, si uno efectúa el test, puede plantearse los siguientes resultados: de partida,

todos aquellos textos legales secretos que hayan sido derogados, no constituyen –actualmente– una medida necesaria para resguardar la seguridad de la Nación, por lo que cualquier precepto legal que impida el acceso de información sería una restricción que vulneraría el contenido esencial del DAIP, al no satisfacerse el subjucio de necesidad de las limitaciones de derechos fundamentales. Para los otros casos, debe afirmarse que la medida de secreto de la ley –en todos sus alcances y en todo sus contenidos– es desproporcional, en sentido estricto, con la optimización del DAIP. Es altamente probable que tal intensidad de restricción no sea *necesaria en una sociedad democrática*, tal como lo ha exigido la CIDH en materia de limitación a derechos fundamentales. En otros términos, extender el secreto a todo el contenido de la ley supone una restricción que impide armonizar el DAIP con el resguardo de la seguridad de la Nación, sacrificando siempre, y en todos los casos, las facultades centrales de búsqueda de información pública.

A propósito del resto de las leyes secretas chilenas –esto es, aquellas que no han sido derogadas explícitamente–, uno puede sostener que la gran mayoría se refiere a cuestiones de plantas y de personal que si se divulgan en términos genéricos y abstractos, no ponen en peligro el resguardo de la seguridad de la Nación. Respecto de los demás casos habrá que hacer un análisis particular. Sin embargo, para efectuar la ponderación, el intérprete se ubica en un problema asimétrico de información respecto de cuál es la norma a impugnar, cuestión que es ajena a la ponderación misma. Ahora bien, no hay que olvidar las prevenciones que Bobbio efectúa a propósito de los *arcana imperii*: “la publicidad es la regla, el secreto es la excepción, y en todo caso es una excepción que no debe aminorar la regla, ya que el secreto está justificado, al igual que todas las medidas excepcionales [...], solamente si está limitado en el tiempo”¹⁰⁷. La instrumentalidad y provisionalidad del secreto son elementos de la esencia del mismo, como forma de garantía de bienes colectivos de rango constitucional, por un lado, o de derechos individuales, por el otro. Privar cualquiera de estos elementos al secreto supone desvirtuar una garantía pensada en el marco de un Estado Democrático y afectar, de la misma forma, el ejercicio del DAIP.

CONCLUSIONES

El problema de las leyes secretas se vincula íntimamente con los problemas centrales de la transparencia y publicidad de los actos de un Estado Democrático. El secreto de la ley –y no de ciertos actos o de determinadas informaciones– sería

¹⁰⁷ BOBBIO (1996), p. 97 (énfasis agregado).

la antípoda de la publicidad en las democracias modernas. Disocia la legitimación sustantiva de reglas jurídicas estructurada en el marco de la deliberación democrática.

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

Estos textos legales siguen perviviendo en el ordenamiento jurídico chileno pero, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales y legales, comienzan a entrar en tensión con las normas vigentes. El caso más claro es la LT que permite abrir la vía jurisdiccional para cuestionar la constitucionalidad de las leyes secretas. Los argumentos que aquí se han presentado buscan dar luces sobre los alcances teóricos y prácticos del problema. Sin embargo, para los activistas de la transparencia existe otro punto de complejidad procesal que sólo enunciaremos aquí: si uno quiere impugnar la constitucionalidad de una ley secreta, para poder satisfacer los requisitos que impone el artículo 93 CPR y la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, requiere especificar el precepto legal que se encuentra en contradicción o vulnera la Carta Fundamental. Como es evidente, no conocemos cuál es el precepto legal que, en cada caso y para cada texto legal, dispone su secreto, por lo que –sin perjuicio de las reflexiones constitucionales materiales efectuadas–, esta dificultad para fundar una acción de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad no debiere asignarse como carga del legitimado activo de la acción. Lo contrario conllevaría una adicional protección a las leyes secretas en torno a impedir su control de constitucionalidad, cuestión que rebasa la mera afectación o clasificación de secreto. Se trata de otra manifestación de cómo las reglas secretas se escapan del control y el escrutinio, en este caso, jurisdiccional.

Sin embargo, desde la aproximación teórica del problema, debe cuestionarse la constitucionalidad de tal práctica antidemocrática. A partir de las normas actuales, el principio de publicidad recogido en el artículo 8° CPR ordena la publicidad de los actos estatales. Ningún texto legal puede hacer excepción absoluta de ello. Adicionalmente, y en el nivel de los derechos fundamentales, el secreto de normas supone una afectación del contenido esencial del DAIP. Tal vulneración del artículo 19, N° 26 CPR se consuma al impedir absoluta-

mente y de forma incondicionada el acceso a la información de dichos textos legales, por un lado y, por el otro, al anular toda alternativa de búsqueda de los mismos, sin considerar plazo de desclasificación alguno. Sin embargo, sin una iniciativa pública que logre efectivamente desclasificar estos textos legales, es altamente probable que se mantenga el status quo actual. La vía de control de constitucionalidad no sólo es difícil, sino que tiene reglas formales que limitarían la búsqueda de una transparencia amplia y omnicompreensiva en este ámbito. Se trata, en consecuencia, de una manifestación más de los ribetes que ocultan los secretos del poder; aquellos *arcana imperii* incompatibles con Estados Democráticos de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, LegalPublishing).
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ALLESCH, Johan y OBANDO, Iván (2005): “El Amparo del Derecho de Acceso a la Información Pública”, en *Ius et Praxis* (Vol. 11, N° 2).
- ANINAT, Cristóbal y DEL SOLAR, Felipe (2009): “Políticas de Probidad y Transparencia para el Estado de Chile”, en MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, *Calidad de la Democracia, Transparencia e Instituciones Políticas* (Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia).
- AROS CHIA, Rodrigo (2007): “El Principio de Publicidad ante la Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69, T. I), pp. 186-198.
- BARRA, Nancy (2007): *Probidad Administrativa. Aproximación a la Ley N° 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa*, 3ª ed. (Santiago, LexisNexis).
- BERMÚDEZ, Jorge y MIROSEVIC, Camilo (2008): “El Acceso a la Información Pública como Base para el Control Social y la Protección del Patrimonio Público”, en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXI, 2º semestre 2008).
- BOBBIO, Norberto (1996): *El Futuro de la Democracia*, 2ª ed. (Traducc. José F. Fernández-Santillán, México, Fondo de Cultura Económica).
- BOBBIO, Norberto (2009): *Teoría General de la Política* (Traducc. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 3ª ed.).
- BRAGE, Joaquín (2004): *Los Límites a los Derechos Fundamentales* (Madrid, Dykinson).

- CARTAGENA, Patricio (1998): “Promulgación y Publicación de la Ley”, en VV.AA., *La Técnica Legislativa ante la Elaboración de la Ley* (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Centro de Estudios de Asistencia Legislativa).
- CEA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CEA, José Luis (1999): *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Santiago, Universidad Austral de Chile).
- CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II: Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CEA, José Luis (2008): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo I*, 2ª ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CEA, José Luis (2009): “Estado Social y Justicia Constitucional”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (Nº 41).
- CONTESE, Jorge (2002): “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”, en GONZÁLEZ, Felipe (ed.), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos* (Santiago, Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico, Nº 14).
- CONTESE, Jorge (2006): “La Opacidad del Legislador y la Indulgencia Judicial: Jurisprudencia y Práctica sobre el Acceso a la Información Pública en Chile”, en GONZÁLEZ, Felipe (ed.): *Libertad de Expresión en Chile* (Santiago, Universidad Diego Portales).
- CONTRERAS, Pablo (2010): “Ponderación entre el Derecho de Acceso a la Información Pública y el Resguardo de la Seguridad de la Nación”, en *VI Jornadas de Derecho Administrativo: Transparencia en la Administración Pública* (Santiago, inédito).
- CORDERO, Luis (2007): “Efectos de la Reforma Constitucional en Materia de Acceso a la Información Pública”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69, T. II).
- DE OTTO, Ignacio (1999): *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona, Ariel, 7ª reimpresión).
- DÍAZ DE VALDÉS, Juan Manuel (2009): “Una Visión del Combate a la Corrupción centrada en los Derechos Fundamentales: El Derecho de Acceso a la Información Pública y su nueva Regulación Legal”, en ROMERO, Juan José; RODRÍGUEZ, Nicolás y OLIVARES, José Miguel (eds.), *Buen Gobierno y Corrupción* (Santiago, Pontificia Universidad Católica).
- EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio (2006): *La Constitución Explicada* (Santiago, Lexis-Nexis).

- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2000): “El Principio de Publicidad Administrativa”, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur y Universidad de Chile).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005): “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales en el nuevo artículo 8º inciso 2º de la Constitución”, en ZÚÑIGA, Francisco, *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2007): “El Principio Constitucional de Publicidad”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69, T. I).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2008): “Causales de Secreto o Reserva en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).
- FRASER, Nancy (1992): “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en CAULHOUN, Craig, (ed.): *Habermas and the Public Sphere* (Cambridge Mass, MIT Press).
- GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos (1993): “La Inteligencia como Actividad del Estado”, en *Revista de Administración Pública* (Nº 130, mayo-agosto).
- GARCÍA, Gonzalo (2001): “La Garantía del Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Comparado: los casos de Alemania, Portugal, España y Chile”, en *Persona y Sociedad* (Vol. XIV, Nº 3).
- GARCÍA, Gonzalo (2004): *La Reserva Legal de Derechos Constitucionales* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas Nº 5).
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2009): “Derecho de Acceso a la Información en Chile: Nueva Regulación e Implicancias para el Sector de la Defensa Nacional”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 7, Nº 1).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999): *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid, Alianza Editorial).
- GARRETÓN, Roberto (1985): “Las Leyes Secretas en Chile”, en *Revista Chilena de Derechos Humanos* (Academia de Humanismo Cristiano, 1º trimestre, 2ª época, Nº 1).
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos (1994): *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y Validez* (Traducc. Manuel Jiménez Rondo, Madrid, Trotta).

- HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio (2007): *Manual de Estudio de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Metropolitana y Universidad de las Américas).
- LOCKE, John (2004): *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil* (Traducc. Cristina Piña, Buenos Aires, Losada, 2ª ed.).
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y POSADAS, Alejandro (2007): “Las pruebas de Daño e Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una Perspectiva Comparada”, en *Derecho Comparado de la Información* (enero-junio 2007).
- MARTINO, Antonio (2005): “El Digesto Jurídico Argentino. Una Obra Jurídica Monumental”, en *Doxa* (Vol. 28).
- NOGUEIRA, Humberto (2006): *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- 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).
- PFEFFER, Emilio (2005): *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Infomes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid, Trotta).
- QUINTANA BENAVIDES, Augusto (2006): “Reformas a las Bases de la Institucionalidad: Entre lo Superfluo, el Contrabando y la Inocencia”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 68).
- RAJEVIC, Enrique (2008): “Una Nueva Vuelta de Tuerca en Materia de Acceso a la Información: La Ley 20.285”, en Blog *De Cive* [fecha de consulta: 03 de abril de 2010]. Disponible en: <http://decive.blogspot.com/2008/09/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia.html>
- RAJEVIC, Enrique (2010): “La Jurisprudencia Inicial del Consejo para la Transparencia”, en *Revista de Derecho* (Consejo de Defensa del Estado, Santiago, en prensa).
- RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio (2007): “Probidad, Transparencia y Eficiencia en la Actuación de los Órganos del Estado: Nuevos Elementos tras la Reforma Constitucional 2005”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69, T. I).
- RODRÍGUEZ, Miguel (2003): “El Acceso a la Información Pública en Argentina”, en *Derecho Comparado de la Información* (Nº 2, julio-diciembre 2003).
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1995): *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales* (Barcelona, Ariel).

- RUIZ-TAGLE, Pablo (2006): “Los Derechos Fundamentales ante la Reforma del 2005”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 68).
- 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).
- SAGÜÉS, Néstor (1977): *Las Leyes Secretas. El Sigilo Legislativo en el Derecho Constitucional Argentino* (Buenos Aires, Ed. Depalma).
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2005): “Reflexiones sobre la Manipulación Constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (Nº 3).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000): *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. VII).
- SOTO VELASCO, Sebastián (2009): “Ley de Transparencia: Desafíos de su Aplicación”, en *Temas de la Agenda Pública* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Año 4, Nº 30, septiembre).
- TELLO, Cristóbal; CERNA, Marcelo y PAVÓN, Andrés (2009): “Acceso a la Información Pública: Los Desafíos del Consejo de la Transparencia”, en *Anuario de Derechos Humanos* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Nº 5).
- VIVANCO, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, 2ª ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, T. II).
- VEGA, Francisco (2007): “El Principio de Publicidad después de la Reforma Constitucional de 2005”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 69).
- VERDUGO, Mario; PEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (2002): *Derecho Constitucional*, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Claude Reyes *et al.* v. Chile”, 19 de septiembre de 2006, Serie C, Nº 151 (2006).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso C345/06, de 10 de marzo de 2009.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 43, 24 de febrero de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 634-2007, 9 de agosto de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1.051-2008, 10 de julio de 2008.

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

Consejo para la Transparencia. Caso “De la Carrera Valdés, José con Carabineros de Chile”, Amparo 45/2009, 26 de agosto de 2009.