CORDERO VEGA, L. (2009): "Videovigilancia e intervención administrativa: las cuestiones de legitimidad", en AA.VV., *Chile y la protección de datos personales* (Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile), pp. 81-99.

GUZMÁN DALBORA, J. L. (2002): "Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la "doctrina" de la seguridad ciudadana", *Gaceta Jurídica* 265, pp. 7-19.

HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. (2002): *Derecho procesal penal chileno*, tomo I (Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile).

MONK-TURNER, E., MARTÍNEZ, J. y HARVEY, N. (2007): "Are Reality TV Crimes Shows Continuing to Perpetuate Crime Myths?", Internet Journal of Criminology, en http://www.internetjournalofcriminology.com

NÚÑEZ, M. (2001): "Titulares y sujetos pasivos de los derechos fundamentales", en *Actas XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público*, *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile) 63, pp. 200-208.

OTERO, M. (2008): *La policía frente al Código Procesal Penal* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile).

WORRALL, J. (2000): "Constitutional Issues in Reality-Based Police Television Programs: Media Ride-Alongs", *American Journal of Criminal Justice* 25/1, pp. 41-64.

PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL RESGUARDO DE LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN

Pablo Contreras V.[*]

INTRODUCCIÓN

Es un lugar común en la doctrina constitucional señalar que los derechos fundamentales no son absolutos y son susceptibles de limitación[1]. La comprensión de los límites de los derechos fundamentales, sin embargo, no es pacífica en la teoría general de los mismos[2]. El derecho de acceso a la información no constituye una excepción a esta problemática.

El presente texto analiza los principales problemas constitucionales y de aplicación de normas jurídicas que pudiere suscitarse con la nueva Ley N° 20.285, sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, LT), en el contexto de la Defensa Nacional[3]. Trataremos, específicamente, los alcances de la armonización entre el derecho de acceso a la información pública (en adelante, DAIP), en tanto posición subjetiva de rango iusfundamental y garantizada por reglas legales, por un lado, y sus excepciones o límites, como es el caso del resguardo de la seguridad de la Nación, por el otro.

---

[*] Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Alberto Hurtado y actualmente cursando el Magíster en Gobierno y Sociedad de la misma universidad. Profesor asistente de Derecho Constitucional en las universidades Adolfo Ibáñez y Alberto Hurtado. El autor desea agradecer los generosos comentarios y sugerencias de Rodrigo Coloma, Andrés Pavón, Raúl Letelier y todos quienes asistieron al Seminario[3] efectuado por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad del autor.

[1] Véase, a título meramente ejemplar de esta posición a José Luis Cea, quien sostiene que los derechos humanos son "atributos que *jamás tienen alcance absoluto*, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, sin castigo, con rasgos ilícitos o abusivos" [CEA (2004), p. 58]. Expresamente contra este axioma del Derecho constitucional, véase a GEWIRTH (1984).

[2] Véase, con referencias a la dogmática alemana y española, a BRAGE (2004). En Chile, véase a ALDUNATE (2008), pp. 232 y ss.; NOGUEIRA (2005), pp. 15-64.

[3] Este es un tema que hemos abordado, en términos generales, en otra parte. Véase a GARCÍA y CONTRERAS (2009).

Se pretende, en consecuencia, revisar los alcances y restricciones del DAIP y los problemas que puedan aparecer en la aplicación de las normas de la LT, v. gr., las que deniegan el acceso por una causal de reserva o secreto o las normas que establecen tipos sancionatorios de conductas en base a la vulneración del derecho. Otro caso distinto se relaciona con aquellas que regulan el régimen de desclasificación de los actos o documentos que fueron considerados como reservados o secretos, a través de la declaración de la autoridad competente y por una resolución que se encuentre firme y ejecutoriada.

Para ello, nuestra exposición seguirá el siguiente orden. En primer lugar, nos preguntaremos si corresponde o no ponderar en las (potenciales) antinomias que surjan entre el DAIP y la seguridad de la Nación e indagaremos en la estructura de los enunciados que se encuentran recepcionados positivamente (I). Luego analizaremos, someramente, la estructura de la ponderación entre el derecho y el principio de signo inverso, en este caso, un bien colectivo, como es la seguridad de la Nación (II). Hasta aquí habremos aplicado los presupuestos de una teoría general de los derechos fundamentales a las normas de la Constitución y la ley. Sin embargo, dicha aplicación no está exenta de dificultades, algunas conceptuales y otras de carácter contingente, dada nuestra legislación positiva, y a ello nos aproximaremos en el grueso de este artículo (III). Finalmente, se propondrán, en base a los problemas revisados, algunos criterios que podrían ser utilizados operativamente en la resolución de antinomias jurídicas, analizando parte de la incipiente jurisprudencia sobre la materia (IV).

I. ¿POR QUÉ PONDERAR?

La primera pregunta que debe enfrentar un texto como éste, es justificar su mismo título y dar razones admisibles del por qué la aplicación de los enunciados que recogen el DAIP y el resguardo de la seguridad de la Nación demandan de un método de argumentación conocido como ponderación. Ello no es tarea fácil, toda vez que la ponderación, como método de aplicación de normas, no está exenta de críticas, ora políticas/ideológicas –en sede de la jurisdicción constitucional–, ora de corte metodológico –en sede de la teoría de la argumentación jurídica–[4].

Por lo tanto, una aproximación constitucionalista que pretenda defender la ponderación de las normas en juego, debe estar en condiciones de fundamentar la utilización de la ponderación como método de concreción de los enunciados y de resolución de sus antinomias. Esta estrategia, respecto del tema que nos convoca, puede darse, al menos, desde dos puntos de vista, que es lo que intentaré fundamentar. El primer punto de vista, responde al análisis de la estructura de los enunciados jurídicos. El segundo, revisa los tipos infraccionales de la ley. En este trabajo sólo desarrollaremos el primer punto de vista.

[4] Tres enfoques distintos de crítica a la ponderación, pueden revisarse en HABERMAS (1998), pp. 326-329; GARCÍA AMADO (2007), pp. 249-332; ATRIA (2003).

1. La estructura del enunciado iusfundamental del derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental y se encuentra protegido por la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) y por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)[5]. No disponemos del espacio necesario para fundamentar la adscripción de esta norma dichos cuerpos jurídicos iusfundamentales[6]. Lo relevante es analizar si, en tanto disposición jurídica, el derecho de acceso a la información reviste la estructura de principio. Esta tarea podría escindirse entre las normas de rango iusfundamental –es decir, de la CPR y de los tratados internacionales que establecen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana– y las de rango legal –a través de la revisión del DAIP en la misma LT–.

Antes de describir las dificultades, utilizaremos la conocida conceptualización alexyana de la estructura de los derechos fundamentales como principios[7]. Según Robert Alexy, los principios, a diferencia de las reglas, constituyen mandatos de optimización, es decir, son enunciados que "están caracterizados por el hecho que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas"[8]. La estructura de principio permite articular conceptualmente la ponderación de los derechos fundamentales y armonizar jurídicamente a éstos con bienes colectivos de rango constitucional.

En razón de esta formulación, indagaremos respecto de los problemas de concreción de los enunciados que recogerían el DAIP. La principal dificultad en el nivel constitucional y de los tratados internacionales surge de la caracterización de las normas iusfundamentales directamente estatuidas, lo que redunda en la carencia de un supuesto de hecho del enunciado que recoge al derecho, a nivel constitucional. Una norma iusfundamental directamente estatuida constituye una formulación abstracta de las disposiciones de derecho fundamental y lo que éstas ordenan[9]. En términos simples, la disposición de derecho fundamental, en este caso y en referencia a la CPR, sería el artículo 8[10]. Este artículo puede ser traducido mecánicamente en una norma de

[5] DÍAZ DE VALDÉS (2009).

[6] Sobre esto, GARCÍA y CONTRERAS (2009).

[7] En general, véase a ALEXY (1993); Íd. (2004a).

[8] ALEXY (1993), p. 86.

[9] Véase a BERNAL PULIDO (2003a), pp. 109-110.

[10] Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

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.

derecho fundamental directamente estatuida, señalándose que *está ordenado que los actos y resoluciones de los órganos del Estado se consideren información pública, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen*. La traducción operativiza una disposición de derecho fundamental en un enunciado deóntico, es decir, en un mandato, prohibición o permisión. Sin embargo, dicha disposición en ningún lugar señala de manera expresa y literal un DAIP en tanto tal, sino que solamente establece que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen". Evidentemente, la configuración de un derecho tal es una tarea de argumentación constitucional, que es, precisamente, el eje a través del cual se identifican las normas iusfundamentales adscritas[11]. La falta de distinción conceptual entre las tipologías de normas iusfundamentales ha llevado a algunos operadores a tildar el DAIP como un derecho implícito[12].

Lo mismo podría plantearse respecto de la formulación del artículo 13 CADH. En este caso, empero, la norma iusfundamental directamente estatuida establece, con mayor claridad, el supuesto base del derecho. Tal como sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH).

El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende "no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole". Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información[13].

En este caso, la libertad de *buscar* y *recibir* estructuraría de manera más precisa la potestad subjetiva garantizada por el DAIP. Sin embargo, en ninguna de las dos normas se encuentran establecidas las condiciones de aplicación de un derecho como el que estamos intentando describir. Es más, la tarea interpretativa se vuelve indispensable a la hora de fijar *un derecho en cuanto tal* en dichas normas. Se trata de un proceso argumentativo en virtud del cual el operador precisa el contenido de la disposición de derecho fundamental. Es lo que se conoce como norma adscripta de derecho fundamental[14]. Esta tarea corresponde a los intérpretes de la Constitución y debe arrancar de la positividad de la misma y enmarcarse en su normatividad.

En otras palabras, como se trata de un derecho fundamental que expresamente no está recogido ni en la CPR ni en la CADH, no es clara la forma como se circunscribe un supuesto normativo que especifique las condiciones de aplicación para la derivación de las consecuencias normativas del Derecho. Esta conclusión se sigue tanto que se entienda que el DAIP está recogido en el artículo 8° CPR –como entiende, por ejemplo, Díaz de Valdés[15]– o que se adscriba a los enunciados que protegen la libertad de información –en el caso de la CIDH–. Lo mismo sería predicable de una posición que afirma que el DAIP es un derecho implícito del artículo 19, número 12 CPR. Cabe señalar en este punto que el Consejo para la Transparencia (en adelante, CT) ha asumido las posiciones de tutela de derechos fundamentales, en concordancia con los argumentos del Tribunal Constitucional y de la CIDH[16].

El nivel de indeterminación de las normas iusfundamentales, sin embargo, es común que sea especificado por las reglas legales, en razón de determinar los requisitos de procedencia y los límites de un derecho, especialmente, de un derecho como el DAIP, que corresponde a una construcción argumentativa a partir de normas iusfundamentales directamente estatuidas. En otros términos, si bien a nivel de las Constituciones y los tratados existen disposiciones de un alto grado de abstracción e indeterminación, el legislador es el órgano competente para instaurar las reglas que permiten conocer claramente cuál es el margen de acción que tiene un titular de un derecho. Pues bien, precisamente aquello que le compete al legislador, es lo que se echa en falta en la LT. Si bien existen artículos de la ley que fijan los presupuestos de ejercicio del DAIP y las garantías del mismo –como el artículo 12 o el 24 LT– la legislación vigente es deficiente al definir las causales de reserva y secreto, replicando y transcribiendo, casi sin pormenorizar, las mismas que se señalan a nivel constitucional. Ello importa que los límites del DAIP –esto es, afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano, los derechos de terceros, la seguridad de la Nación o el interés nacional– no han sido precisados y dejan un umbral amplio de indeterminación del derecho. La reserva legal que establece el artículo 8° CPR permite, precisamente, que sea el legislador quien defina el alcance del ejercicio de un derecho como el DAIP. Sin embargo, si este mismo órgano repite casi sin modificaciones las mismas causales de reserva a nivel de la ley, en la práctica está vaciando de contenido la reserva legal y transfiriendo la labor de concreción de los enunciados a otros agentes, como es la Administración, o a los órganos controladores, como el Consejo para la Transparencia (en adelante, CT) o las Cortes de Apelaciones.

En razón de lo anterior, es dable concluir que, si bien se estructura propiamente tal un derecho –con presupuestos de ejercicio, obligaciones de las autoridades, procedimientos de tutela y sanciones– la falta de concreción de sus límites abandonada a normas de extrema generalidad no nos permiten identificar, a plenitud, las condi-

[11] Cfr. ALEXY (1993), pp. 66 y ss.

[12] En especial, véase la STC Rol N° 634-2007, de 9 de agosto de 2007, cons. 10°. Críticamente sobre la tesis de los derechos "implícitos", véase a GARCÍA Y CONTRERAS (2009).

[13] Claude Reyes *et. al.* v. Chile, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, §76, p. 43, énfasis en el original, notas al pie omitidas.

[14] BERNAL PULIDO (2003a), pp. 110-129.

[15] Cfr. DÍAZ DE VALDÉS (2009), p. 197: "conviene destacar que el DAIP posee una fuente constitucional propia y directa, cual es el artículo 8° de la CP [Constitución Política]. Tal fundamento le da autonomía frente a otros derechos consagrados en otras tantas normas constitucionales, y demuestra que para nuestra CP se trata de un bien jurídico singularizable y diverso de otros derechos".

[16] SCT A45-09, cons. 9° y 10°. Todos los fallos del CT están disponibles en línea en el sitio www.consejotransparencia.cl.

ciones de aplicación del derecho[17]. Por lo tanto, la configuración del derecho y su correspondiente indeterminación viene dada, en parte, por la definición de los límites al mismo y eso es lo que revisaremos a continuación.

2. La estructura del enunciado de la seguridad de la Nación

La seguridad de la Nación también responde a la estructura gradual de los principios, tal como el DAIP, pero se manifiesta, en la ponderación, como un principio de signo inverso frente a éste. Tres cosas deben señalarse respecto de este bien constitucional. En primer lugar, la seguridad de la Nación es uno de los clásicos ejemplos de un bien público[18]. Descriptivamente, se entiende que hay un bien colectivo cuando su uso es no excluyente y no presenta rivalidad en el consumo del mismo[19]. Como se ha señalado, la seguridad colectiva –tanto interna como externa– es un bien colectivo porque nadie puede ser excluido de su uso y el uso o satisfacción del bien por parte de un sujeto no afecta ni impide el uso por parte de otro sujeto[20]. En términos normativos, el rasgo más relevante de los bienes colectivos radica en su cualidad de no distribución, es decir, "cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselo a los individuos"[21]. Esta consideración es central puesto que permite considerar al bien público en cuanto tal y evitar desagregarlo en posiciones subjetivas garantizadas por el derecho, como podría ser el derecho a la vida o a la integridad física y síquica de un sujeto individualizado[22]. Por lo tanto, el bien colectivo es irreductible a derechos individuales y en ningún caso se identifica con éstos[23]. En

[17] Sin entrar en el debate de la derrotabilidad de las normas jurídicas, lo que se pretende afirmar es que la tarea de concreción de las normas de derecho fundamental se desarrolla, preferentemente, a través de la ley, que especifica las condiciones de aplicación de los derechos. Ello reduce la discrecionalidad del agente en la configuración de los márgenes de aplicación de los preceptos que fijan derechos. Si esta tarea no la lleva a cabo el legislador, otro agente debe concretizar y especificar condiciones de aplicación para operativizar las normas y dar decisiones en base a las mismas. Sin embargo, acepto que, incluso en el caso de especificarse los límites al derecho, en este caso el DAIP, podrían existir excepciones "implícitas" que lo derroten (al menos "procedimentalmente" derrotable). Esta hipótesis, no obstante, se reduce a medida que se explicitan las condiciones de aplicación y se define el alcance de los límites del derecho.

[18] Véase, en clave económica a STIGLITZ (2000); en clave jurídica, revísese a ALEXY (2004b), pp. 186 y ss.

[19] STIGLITZ (2000), pp. 95 y ss.

[20] ALEXY (2004b) p. 186.

[21] ALEXY (2004) p. 187.

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

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

la ponderación, esto tendrá un rol relevante, cuando se analice el grado de afectación en concreto de un principio, como veremos más adelante.

En segundo lugar, la seguridad de la Nación es un bien colectivo que recibe protección desde el nivel constitucional, en razón de su garantía institucional del Estado. La fundamentación del bien en comento, no puede responder a una teoría de economía de bienestar o de corte agregativo, sino que, necesariamente y dada su condición normativa de "bien", requiere un discurso justificativo como el que puede brindar una teoría del consenso[24]. Independientemente de la justificación, el sistema jurídico chileno reconoce que existe un bien colectivo de "seguridad de la Nación" puesto que consagra normas constitucionales que obligan su protección[25].

En último lugar, debe señalarse que la seguridad de la Nación es un bien colectivo de rango constitucional que carece de condiciones de aplicación expresas. Se le ha denominado un "concepto jurídico indeterminado"[26], es decir un enunciado de alta abstracción y que no poseería una definición operativa que sea directamente aplicable a los casos problemáticos. En otro lugar[27], hemos establecido que el concepto de seguridad de la Nación es de corte "esencialmente controvertido" puesto que nos permite graficar de mejor forma la característica central de construcción del contenido conceptual del bien constitucional a través de un ejercicio argumentativo, como es la ponderación. Esta técnica, a su vez, permite configurar los límites de un enunciado incondicionado como el DAIP, en relación a las propias causales de reserva y secreto que la CPR ha establecido.

Sin perjuicio que se le catalogue como un concepto jurídico indeterminado o uno esencialmente controvertido, es claro que su configuración operativa, para el caso concreto, requiere de explicitación de las condiciones de aplicación que permitan establecer una norma individual de derecho fundamental. Algunos han señalado que se trata de una tarea "caso a caso"[28]. Evidentemente, la ponderación no pretende establecer conclusiones de carácter general e incontrovertibles en el tiempo[29], empero, es posible que una vez que se determinen condiciones de aplicación, la regla jurisprudencial de prevalencia/preferencia es susceptible de ser aplicada en futuros casos

[24] Por ejemplo, véase a HABERMAS (1998); ALEXY (2005), p. 63.

[25] Véase artículo 1°, inciso 5° y el artículo 8°, respecto de las causales de reserva o secreto.

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

[27] GARCÍA Y CONTRERAS (2009).

[28] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2005), p. 198; Íd. (2008), p. 44. En la misma línea, VIVANCO (2008), p. 390.

[29] Cfr. LARENZ (2001), p. 409.

que contengan un conjunto similar de circunstancias, especialmente, si se trata de la sede de jurisdicción constitucional[30].

II. La estructura de la ponderación

Para analizar los problemas que surgen entre la ponderación del DAIP y la causal de resguardo de la seguridad de la Nación debemos, primero, revisar someramente una estructura de la ponderación que nos permita identificar las variables más relevantes a la hora de efectuar tal examen. En este apartado seguiremos, preferentemente, los trabajos de Robert Alexy[31].

Como hemos señalado, el profesor de la Universidad de Kiel concibe las normas de derecho fundamental bajo la estructura de principios, definidos, a su vez, como mandatos de optimización. Este tipo de normas, en caso de antinomias, pueden colisionar con principios de signo inverso y su resolución se verifica a través de la ponderación[32]. Ahora bien, la ponderación comprende, para estos casos, dos elementos que están conectados entre sí: la ley de colisión y la fórmula del peso. Describiremos sucintamente ambas.

La ley de colisión es la forma de resolución de la antinomia que se da en la aplicación de principios en el caso concreto. Según ésta, un principio tiene una relación de precedencia/prevalencia condicionada frente a otro bajo determinado supuesto de hecho. Su formulación conceptual es la siguiente: (P1 *p* P2) C. ¿Qué implica esto? Según el caso concreto y las condiciones que se den (C), un principio (P1) prevalece (*p*) frente a otro (P2). El establecimiento de la relación de precedencia/prevalencia entre principios permite identificar las condiciones de aplicación de una regla que se sigue para casos similares que cumplan con el mismo supuesto de hecho. En consecuencia, para todo C debe seguirse R, que corresponde al símbolo de una norma iusfundamental adscripta, resultado de la ponderación. En nuestro objeto de estudio, los principios potencialmente en colisión constituirían el DAIP (P1) y el resguardo de la seguridad de la Nación (P2).

Ahora bien, para determinar la relación de prevalencia/precedencia entre principios debemos acudir a la fórmula del peso[33]. En primer término, la fórmula en comento obliga definir "el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios"[34]. Luego, en un segundo paso, "se define la importancia de satisfacción del principio

[30] En términos generales, véase a ZAPATA (2008), pp. 361-389. También consúltese a PFEFFER (2006) y los textos de Humberto NOGUEIRA, Miguel Ángel FERNÁNDEZ, Marisol PEÑA y Francisco ZÚÑIGA en el mismo número de la revista Estudios Constitucionales, Vol. 4, N° 1.

[31] En general, véase ALEXY (1993); Íd. (2004a). Más recientemente, véase a ALEXY (2007a), pp. 349 y ss. Para otros autores, véase a BERNAL PULIDO (2003a); Íd. (2003b); Íd. (2006), pp. 101-110.

[32] ALEXY (1993), pp. 81 y ss.

[33] ALEXY (2004a), pp. 59 y ss.

[34] ALEXY (2004a), p. 49.

que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe determinarse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro"[35]. Para ello, se identifican las siguientes variables: el peso concreto de los principios en pugna, su peso abstracto y la seguridad de las aseveraciones empíricas. Todas estas variables son susceptibles de ser graduadas y valoradas en el ejercicio de la ponderación. Sin embargo, hay que tener en consideración que la fórmula nunca ha sido propuesta como un método aritmético de resolución de colisiones entre principios, sino que ha sido construida para ilustrar metafóricamente los niveles de la ponderación[36].

No es nuestro propósito acometer la tarea de operativizar la fórmula del peso en la ponderación de los principios que hemos identificado. La justificación de su revisión parcial está dada porque su estructura nos permite identificar los problemas que pueden surgir a propósito de la ponderación entre el DAIP y la seguridad de la Nación. Para ello, y en base al orden planteado por la fórmula, analizaremos las posibles dificultades de los pesos en concreto de los principios en pugna (1), la potencialidad de asignar mayor peso abstracto a alguno de ellos (2) y el nivel de certeza exigido en las apreciaciones empíricas respecto de la afectación/satisfacción del DAIP y la seguridad de la nación, respectivamente (3).

III. Problemas en la ponderación del DAIP y la seguridad de la Nación

1. El peso concreto de los principios: el test de daño

Es pacífico en la doctrina comparada que para los casos de excepciones o restricciones al DAIP debe verificarse los supuestos del test de daño[37]. Este test implica que la denegación de información es admisible en el caso que se acredite que la comunicación de lo solicitado puede causar un daño o lesión del bien jurídicamente protegido por una causal de reserva o secreto. Daño, en este contexto, implica un efecto de detrimento[38]. Por lo tanto, a la publicidad de información debe seguirse un resultado que, *razonablemente*, debe producir un menoscabo en el bien jurídico protegido. Esta relación entre divulgación y sus efectos es difícil de identificar y, en

[35] *Ibid.*

[36] Esto es expresamente reconocido por Alexy, quien sostiene que la fórmula del peso "no pretende sustituir la ponderación como forma de argumentación por el cálculo. Se trata simplemente de un dispositivo formal para expresar la estructura inferencial de la ponderación de principios, del mismo modo en que la lógica es un dispositivo formal para expresar la estructura de inferencia de la subsunción normativa" [ALEXY (2007b), pp. 63-64]. Cfr. MORESO (2007).

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

[38] Sobre definiciones comparadas del test de año pueden revisarse los documentos explicativos de las leyes de acceso a la información de Canadá y Estados Unidos que tienen dos de las leyes de acceso a la información más antiguas en el Derecho comparado. Revísese, ejemplo, a Gobierno de Canadá (1993) y Gobierno de los Estados Unidos de América (2004).

general, para conectar ambos se han dado ciertos criterios generales. En general, el estándar se construye en base a una *expectativa razonable* de que la publicidad de la información pudiera causar un daño[39]. Adicionalmente, el estándar es construido en relación a las siguientes consideraciones[40]:

- El primer aspecto es el de *especificidad*. Por especificidad se entiende la posibilidad de identificar el efecto o resultado dañoso. Si el menoscabo que se alega, respecto de la divulgación, es muy vago o difuso, entonces no se satisface la expectativa razonable del test de daño.
- El segundo aspecto es el de *oportunidad*. En este caso, el test exige que el daño sea presente o razonablemente esperable en el tiempo inmediato a la divulgación de la información. Si el detrimento al bien jurídico que funda la causal de reserva no está correlacionado en el tiempo, entonces la conexión se pierde y la alegación deja de ser razonable.
- El tercer aspecto es el de *probabilidad*. Esta dimensión del test conecta la posibilidad de concreción de una expectativa fundada en base a antecedentes técnicos. En otras palabras, y como lo detallaremos luego, se trata de un *potencia* de daño, un escenario proyectado en base a ciertos conocimientos que se disponen. Si el escenario es inverosímil, en razón de dichos antecedentes, entonces la denegación de información no satisface el test de daño.

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

a) Afectación de la seguridad de la Nación

Si nos aproximamos desde el punto de vista del DAIP, lo que debe analizarse es si la divulgación de cierta información pudiere *afectar* un determinado derecho o bien

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

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

jurídico. En el caso que estamos revisando, se trata de un bien colectivo de rango constitucional, cual es la seguridad de la Nación. El artículo 21 LT dispone claramente las causales de reserva y secreto y, en su numeral tercero, señala que está autorizada la denegación de entrega de información "cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación [...]"[41]. No obstante, la mención exacta respecto del daño, como criterio en materia de reserva o secreto, aparece en el artículo 22 LT, que regula el régimen de desclasificación de documentos y señala que el plazo ordinario de 5 años de reserva puede ser prorrogado, "evaluando *el peligro de daño* que pueda irrogar su terminación"[42]. Como se ha señalado por algunos autores, el componente de *afectación* en la determinación de la causal de reserva o secreto

[41] "Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

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

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.".

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

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

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

a) La integridad territorial de Chile;

b) La interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites;

c) La defensa internacional de los derechos de Chile, y

d) La política exterior del país de manera grave.

Continúa nota

importa la obligación de la autoridad de sujetar su conducta al test de daño[43]. Existe, sin embargo, una posición minoritaria que es crítica de este verbo rector como factor de calibración de la magnitud del riesgo en la afectación del bien jurídico protegido por la causal de reserva. Así, entre nosotros, Sánchez ha sostenido que

> Respecto de las *causales de reserva*, preocupa la excesiva discrecionalidad en la interpretación de las causales contenidas en la Constitución por la vía de establecer en el artículo 21 situaciones ejemplares demasiado genéricas, con el consecuente potencial de restricción. Esto puede constituir una seria limitante a la labor interpretativa que ejercerá el Consejo para la Transparencia respecto de las causales conforme a los estándares internacionales. *Además, para que proceda su aplicación, basta fundarlas en que se 'afecte' uno de los motivos dispuestos en la ley para justificar la reserva o secreto, sin que se señale ningún estándar de daño. La mera afectación como fundamento de la negativa, sumada a la amplitud de las causales, torna muy fácil para el órgano requerido justificar una negativa*[44].

No podemos más que discrepar de esta posición que, por lo demás, no ha sido asumida por la jurisprudencia del CT, como veremos al final de este texto[45]. Sin perjuicio de la ambigüedad que presenta la voz "afectar" parece razonable adscribir un sentido acorde con el principio de proporcionalidad, en la lógica de la limitación de los derechos fundamentales[46]. Son condicionamientos que vienen dados no sólo por la estructura de principio de las normas involucradas, sino también por las reglas jurisprudenciales de la CIDH en la restricción de derechos fundamentales. Además, y aplicando en esto las reglas generales de interpretación de la ley en el artículo 19 del Código Civil, se trata de un sentido admisible en el marco del tenor literal del artículo 21 LT. "Afectación" debe ser entendido como un término equivalente a intervención

Continuación nota 42

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

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

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

[43] Revísese, respecto del caso chileno, a TELLO, CERNA y PAVÓN (2009), p. 198.

[44] SÁNCHEZ (2008), p. 23, énfasis agregado.

[45] Como revisaremos, el CT ha asumido el test de daño como una vía alternativa al principio de proporcionalidad, que conduce a idénticos resultados. Nosotros hemos asumido la tesis de incardinar el test dentro de la estructura ampliada de la ponderación, lo que permite, de mejor forma, analizar los problemas que se plantean en este ámbito.

[46] En general, véase a BRAGE (2004), pp. 333 y ss.; BERNAL PULIDO (2003a), pp. 611 y ss.

de un derecho o un bien[47]. Desde la lógica de la fórmula del peso, la denegación de información se autoriza en el evento que la intervención en la satisfacción de, por ejemplo, la seguridad de la Nación, es mayor al sacrificio que se impone en la restricción del DAIP. Esta posición recoge la aplicación del test de daño en la determinación de los pesos concretos de los principios en disputa y lo incardina en la formula del peso, permitiendo, por un lado, que el DAIP tenga un estándar de protección de derecho fundamental a la hora de evaluar sus restricciones y, por el otro, que se exija un determinado *quantum* de (potencial) lesividad del bien jurídico que amerita denegar información. Si se quiere, una hermenéutica teleológica del precepto legal en comento obliga determinar un sentido que permita preservar ámbitos de aplicación tanto del DAIP como de su excepción, toda vez que la CPR obliga la realización de ambos *en su máximo grado posible*.

b) Criterio de determinación de la afectación del bien

Aceptar esto conlleva la necesidad de definir el estándar de afectación de un derecho, o bien, el estándar que autoriza la reserva o secreto de cierta información. En otros términos, si uno acepta que "afectación" conlleva la aplicación del test de daño –bajo la lógica del principio de proporcionalidad–, entonces se debe definir la entidad de intervención mínima que exige la ley para autorizar el resguardo de la seguridad de la Nación, que permita la prevalencia de este bien constitucional frente al DAIP. Así, por ejemplo, el test de daño comportaría un criterio de "*amenaza de daño* y que la definición del mismo por parte de las autoridades en materia de seguridad nacional es, en cierta forma, especulativa"[48]. El criterio de determinación de la afectación del bien podría ser, analíticamente, distinguido en tres niveles: lesión, peligro concreto y peligro abstracto.

El primer nivel se distingue de los demás porque es el que más resguarda el DAIP y excluye restricciones frente a situaciones o escenarios hipotéticos[49]. Por lo tanto, exigiría una afectación plena, es decir, el efectivo detrimento de la seguridad de la Nación. La barrera de protección de este bien se ubica en los lindes con el menoscabo o deterioro de nuestras posibilidades de defensa colectiva. Por el contrario, los niveles de peligro concreto o de peligro abstracto siempre se basan en un *pronóstico en base a probabilidades*. Estos niveles comparten un rasgo en común: adelantan la barrera de protección del bien colectivo constitucional y buscan precaver el daño efectivo. La diferencia entre

[47] Sobre esto, véase a ALDUNATE (2008), pp. 225 y ss.

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

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

ambos está en que el peligro de corte concreto exige que la probabilidad sea cierta, en razón del estado de conocimientos que dispone el agente en un momento determinado, mientras que el peligro abstracto se satisface con cualquier hipótesis imaginable de daño. El último criterio, en realidad, prescinde del daño, puesto que la divulgación de información siempre podría afectar las posibilidades de autodefensa colectiva y no requiere que dicha posibilidad sea *cierta*, sino que basta con que sea imaginable[50].

c) El examen de afectación

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

Ahora bien, el examen *ex ante* no se define exclusivamente por la oportunidad de la evaluación. Su rasgo central se corresponde con la estructura del análisis que debe efectuar el operador a la hora de evaluar la afectación. ¿Cuál es esta estructura? Básicamente, quien examina se anticipa a una situación futura, conforme a un estadio de conocimientos actuales, para proyectar consecuencias potenciales. Es decir, quien decide la entrega de información debe construir un posible escenario futuro conforme a su pool de conocimientos disponibles que siempre serán limitados. Si en dicho escenario proyectado, el agente entiende que la seguridad de la Nación se ve afectada por la divulgación de información, entonces está en la obligación de denegar la entrega de lo solicitado, fundamentando debidamente cómo, en tal escenario, se da la afectación del bien en cuestión.

Es evidente que la asignación de peso a los principios en disputa imponen un deber de fundamentación al agente, obligación argumentativa propia de la ponderación. Sin embargo, esto nos traslada a otros problemas que no podemos sino sólo enunciar aquí. El más claro dice relación con la verdad o corrección de las proyecciones que se hacen de escenarios. El segundo corresponde con los cursos causales de acción

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

alternativos. Un ejemplo de esto sería el siguiente: el jefe superior de un servicio que dispone de información que se estima sensible para la seguridad de la Nación, rechaza una solicitud en base a un razonable pronóstico. Sin embargo, la decisión es revocada por los entes jurisdiccionales a cargo de revisar la solicitud. Una vez que la última instancia de decisión obliga la entrega de la información, se constata que, al cabo del tiempo, el escenario proyectado no acontece. ¿Acaso esto implica que la decisión del órgano administrativo, en un primer momento, era errónea? En realidad, es muy difícil afirmar rotundamente esto. Efectivamente, la proyección que éste hizo en su momento puede ser revocada e, incluso, como expectativa cognitiva, ser defraudada. Sin embargo, el examen de afectación no puede determinarse por el resultado *efectivo* de la divulgación de la información. Si así fuere, la corrección de la proyección dependería siempre de su contrastación fáctica, lo que devendría en la devaluación misma del secreto. La idea de establecer una garantía jurídica al bien colectivo de carácter constitucional a través del secreto es, precisamente, articular posiciones razonables de proyección de afectación de la seguridad de la Nación. Adicionalmente, su eficacia depende de nuestra capacidad de pronóstico conforme a nuestros conocimientos científicamente afianzados.

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

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

Cerrando este apartado referido al peso concreto de los principios en pugna debemos abocarnos a la distinción de tiempo de paz y tiempo de guerra. Esta distinción no sólo tiene cierta relevancia para el sector de la Defensa Nacional –en el caso del Código de Justicia Militar, sirve como elemento del tipo objetivo para calificar conductas o como fundamento de agravantes de los delitos militares– sino que *prima*

facie podría importar un antecedente fáctico que sustente la autorización/denegación de información. El argumento seguiría, más o menos, el siguiente tenor: en tiempo de paz, es muy difícil que la entrega de información afecte la seguridad de la Nación, por lo que, en razón del test de daño, está ordenada la entrega de información; en sentido contrario, en tiempo de guerra la entrega de información sensible afectaría las capacidades colectivas de autodefensa, por lo que, en razón del mismo test, está ordenada la denegación de la solicitud de información.

De más está decir que este argumento es una simplificación extrema de lo que podría darse tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Sin embargo, no sería extraño encontrar operadores del sistema que razonen bajo esa lógica. Pese a esto, me parece que la distinción tiempo de paz/tiempo de guerra aporta poco en la asignación de los pesos concreto de los principios involucrados y en la determinación de la afectación de la seguridad de la Nación. Simplemente, puede haber información sensible que requiere ser reservada en tiempo de paz, precisamente, para mantener al Estado en dicha situación de tranquilidad social y normalidad constitucional. Este sería el caso de la planificación estratégica, tanto primaria como secundaria. Por otro lado, en caso de tiempo de guerra, algunas solicitudes de información podrían requerir documentación que en nada afecta las potencialidades o capacidades de resguardo de la seguridad de la Nación. Este sería el caso, por ejemplo, de ciertos decretos en materia de previsión de algunos ex funcionarios de las Fuerzas Armadas o de las condiciones sanitarias o laborales de un hospital de alguna de las ramas.

En definitiva, esta distinción no aporta para ver el grado de afectación de un derecho o bien y confunde más de lo que pudiere esclarecer. Si bien en materia penal –al momento de fijar en las normas primarias deberes y prohibiciones– puede ser de extrema utilidad, en materia de acceso a la información, en tanto categoría conceptual, no tiene ningún rol operativo. Como se desprende de los ejemplos entregados, *la determinación del peso concreto de los principios depende de, valga la redundancia, las situaciones concretas de la solicitud.* Por lo tanto, en tiempo de paz pueden haber secretos que el Estado tiene obligación de resguardar y, por otro lado, en tiempo de guerra, existe información que el Estado tiene obligación de entregar[51].

[51] Me parece importante señalar que esta aproximación, si bien es discutible, ha sido recogida en el Derecho comparado. El caso estadounidense lo grafica claramente en la famosa sentencia conocida como *Los Papeles del Pentágono: New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971) [existe versión en español, BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA (2005) pp. 361-372]. Sobre esta sentencia véase especialmente lo reseñado por Kalven, en torno a que la Suprema Corte estadounidense está dispuesta a amparar la libertad de expresión incluso "cuando la nación se encuentra en guerra". Véase KALVEN (1971), pp. 3 y ss., esp. pp. 25 y ss. En realidad, tal como lo hemos afirmado, más que un caso de restricción de acceso a la información por razones de seguridad de la Nación, el caso de "los papeles del Pentágono" es un caso de censura previa y libertad de expresión. Además, se trata de un caso en que la información ya se disponía por el público. Como sostiene Fiss, "[a]unque el documento en cuestión se basaba en documentos clasificados, y él mismo estaba clasificado como 'Top Secret', en realidad consistía simplemente en un estudio histórico de la implicación de los Estados Unidos en Vietnam hasta 1968. Es más, la guerra era impopular en muchos sectores de la población; gran parte del estudio era ya

2. El peso abstracto de los principios

La segunda variable de la fórmula de Alexy corresponde al peso abstracto de los principios en colisión. Se trata de uno de los aspectos más criticados de la fórmula del peso[52] y, en general, en las versiones resumidas de la misma, se encuentra omitida como variable, toda vez que el peso en abstracto de los principios, dado su rango constitucional y de máxima jerarquía, da un valor equivalente que es anulado en la operación de división[53]. La razón por la que tratamos esta variable respecto de los problemas de ponderación entre DAIP y resguardo de la seguridad de la Nación está en dos cuestiones: en primer lugar, la posición institucional que tiene la libertad de expresión en un Estado democrático y, en segundo lugar, la relevancia que deberían tener ciertas solicitudes de información en materia de violaciones de los derechos humanos.

La primera cuestión es conocida en la dogmática de los derechos fundamentales: estos derechos comprenden una dimensión objetiva que escapa a la mera protección de posiciones individuales[54]. Se trata de un aspecto de los derechos que refuerza su posición institucional dentro de las obligaciones de los poderes públicos, convirtiéndose éstos en garantes de su vigencia. En Chile, la soberanía tiene como límite los derechos fundamentales y los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover estos derechos. El contenido objetivo, en tanto norma que vincula a todos los poderes públicos, obliga a la realización del mandato de optimización en la mayor medida posible. Ahora bien, en virtud de esta idea, se ha postulado que ciertos derechos comparten una posición institucional relevante para la concreción del Estado democrático de Derecho. El caso paradigmático es la libertad de expresión, cuando es asociado a su dimensión objetiva o institucional, en este caso, con la formación de opinión pública y la posibilidad de desarrollo de las instituciones

Continuación nota [51]

de dominio público cuando la Corte tuvo que pronunciarse; y aunque la Corte denegó al Estado la orden que solicitaba para prohibir ulteriores publicaciones, *una mayoría de los jueces dejó claro que el Estado podía recurrir a la ley penal para proteger un interés legítimo en los secretos oficiales*" [FISS (1999), p. 19, énfasis agregado]. Lo relevante es que la distinción tiempo de paz/tiempo de guerra no tuvo ninguna influencia en la determinación de los pesos concretos de los principios envueltos en la ponderación. El análisis requirió verificar si la información podía publicarse una vez que ya había entrado al dominio público. Sobre las materias de acceso a la información que ya se encuentra bajo el dominio público, especialmente respecto de sus restricciones, revísese la evolución jurisprudencial en Gobierno de los Estados Unidos de América (2004).

[52] MORESO (2007), pp. 230-232.

[53] Como señala Alexy, "cuando los pesos abstractos son diversos juegan en la ponderación un papel influyente para la decisión. Si dichos pesos son iguales, lo cual ocurre muy frecuentemente en las colisiones entre derechos fundamentales, la decisión solo depende de los pesos concretos" [ALEXY (2004a) p. 62].

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

democráticas[55]. Si el mismo ejercicio se hiciere respecto del DAIP, entonces su peso abstracto sería en ocasiones mayor al de un principio opuesto, que busca garantizar un bien jurídico constitucional. En ese entendido, y al menos en relación con esta variable aislada, el DAIP prevalecería en abstracto. Me parece que esta afirmación debería matizarse. Si bien el DAIP constituye una norma iusfundamental adscripta a la CPR, su construcción se realiza en base al artículo 8° de la misma y en relación al principio de publicidad. Para fundar un peso abstracto mayor del derecho en comento, se requeriría una construcción argumentativa que postulase la preferencia a *priori* por ciertos deberes estatales de transparencia y publicidad, por un lado, frente a deberes de resguardo de la seguridad de la Nación. Si bien ello es posible, es extremadamente complejo. Lo único claro es que los números por sí solos –como el artículo 1°, inciso 5° versus el artículo 8° CPR– no pueden aportar un argumento para tal construcción.

Sin embargo, y teniendo presente el carácter contingente de ciertas informaciones, dicho peso abstracto podría argüirse. Me refiero a solicitudes de información en materia de violaciones de los derechos humanos[56]. La duda acá estaría en si, por un lado, el DAIP gozaría en abstracto un peso mayor frente a otro principio que asegure, por ejemplo, una garantía institucional del debido cumplimiento de las funciones de un órgano estatal o, de otro lado, el carácter de la información solicitada le otorga mayor peso concreto al primer principio frente al segundo. Lo deseable sería una regla que resolviese derechamente el asunto, como lo han resuelto mexicanos y peruanos[57]. A falta de ello, y unido a la indeterminación de las cláusulas de reserva y secreto, el problema debe ser resuelto por la vía de la ponderación, ya sea que se entienda que se trata de los pesos en concreto o en abstracto.

3. La seguridad de las aseveraciones fácticas

La tercera de las variables de la fórmula del peso dice relación con los límites cognitivos de los operadores y se refiere a la certeza respecto de los grados de afectación/satisfacción de los principios en juego. En este ámbito, me abocaré a tres problemas que considero relevantes: quién determina la afectación del bien (a), cómo se determina la afectación (b) y si es necesario acceder a la información, por parte de los controladores, cuando ha sido denegada (c).

[55] BERNAL PULIDO (2003a) pp. 770-772. Revísese, asimismo, el Caso Claude Reyes *et al.* v. Chile, *cit.*, §85.

[56] En general, véase a OLMEDO (2008). Entendiendo al DAIP como un derecho "a la verdad", revísese a ABRAMOVICH y COURTIS (2000).

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

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

El primer aspecto del problema sobre la competencia para evaluar la afectación de un bien jurídico y aplicar el test de daño debe ser distinguido en dos esferas: las competencias administrativas y las competencias de control de la Administración. En el nivel de las competencias administrativas, quien se encuentra en la obligación de aplicar el test de daño –y con ello determinar el peso concreto de los principios en colisión– es el jefe superior del servicio al cual se dirige la solicitud de información, tal como señala la LT. Evidentemente, si el legislador no ha enumerado y establecido con precisión y taxatividad cuáles antecedentes, documentos y actos deben ser reputados, reservados o secretos, es la Administración, a través de las autoridades que la LT ha señalado, quien tiene a su cargo la evaluación de la afectación del bien jurídico comprometido, en este caso, la seguridad de la Nación.

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

Todo lo anterior es claro a nivel descriptivo. Los problemas surgen en los niveles analíticos. Quisiera plantear lo siguiente: ¿existe deferencia a la Administración en la evaluación que hace del test de daño? En otros ordenamientos esa deferencia existe y se aplica –si bien con ciertas restricciones– de manera más o menos regular[58]. Me parece que existen buenas razones para mantener esto, especialmente, dada la relación asimetría de información que existe entre controladores y controlados. Los organismos dedicados a la Defensa no sólo tienen el *mapa completo* respecto de las capacidades de seguridad del Estado[59] –lo que denota las limitaciones que por naturaleza poseen los órganos de adjudicación[60]– sino también se especializan precisamente para la generación y contrastación de escenarios potenciales de conflicto, en base a nuestras posibilidades presentes de conocimiento. Empero, ello no es decisivo, toda vez que esta materia no es un aspecto puramente tecnocrático sino que, derechamente, normativo. Por lo tanto, los órganos controladores tienen la obligación de optimizar el cumplimiento de ambos principios y, si constatan déficits argumentativos en la posición

[58] En relación con el caso estadounidense y mostrando la evolución jurisprudencial, revísese Gobierno de los Estados Unidos de América (2004). Cfr. la opinión de LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007), pp. 30 y ss.

[59] Gobierno de los Estados Unidos de América (2004).

[60] Sobre esto véase a FULLER (1978).

que funda la afectación de la seguridad de la Nación, están obligados a autorizar la entrega de información[61].

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

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

Como sabemos, existen reglas generales de carga de la prueba que deberían ser aplicadas en estos casos, como es el conocido artículo 1698 del Código Civil, es decir, quien alega la causal de reserva o secreto tiene la obligación de fundamentarla y acreditarla. Ahora bien, la generalidad de esa regla conspira contra su operatibilidad. En materia de transparencia y conectado al DAIP, emergen dos consideraciones adicionales: la presunción de relevancia de la información y las cargas de argumentación en materia de restricción de los derechos fundamentales. La presunción de relevancia está positivizada en el artículo 11, letra a) LT y prescribe que se presume relevante toda la información que posean los órganos de la Administración del Estado[62]. Ahora bien, el alcance de esta disposición –enunciada curiosamente como "principio"– no es del todo claro[63]. Que se presuma relevante cierta información no dice nada respecto de la carga de la prueba, ya sea asignándola o dispensando de ella. En otras palabras,

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

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

[63] Adicionalmente, debe contrastarse la diferente formulación positiva del artículo 11, letras a) y d) LT –que recoge el principio de presunción de relevancia y máxima divulgación– y la enunciación que la CIDH hace de la máxima divulgación: "en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la *presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones*" (CLAUDE REYES *et al.* v. Chile, *cit.*, §92, énfasis agregado). Las letras a) y d) del artículo 11 no señalan expresamente lo que la CIDH ha manifestado. Por un lado, el primer principio presume relevancia y, por el otro, el segundo principio establece una obligación de entregar información en los términos más amplios posibles, sujetando dicha obligación a las excepciones constitucionales y legales. La disparidad entre el enunciado de

que la información sea relevante no es concluyente, en clave deóntica, sobre quién tiene la obligación de fundamentar la entrega o la denegación de información. Es cierto que esta presunción, debe ser conectada con otros "principios" de la LT. El más importante es el principio de apertura, que señala, en el artículo 11, letra c) LT, conforme al cual "toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas". En virtud de esta disposición se debe afirmar que la información se debe considerar pública a menos que se demuestre o acredite una causal de reserva o secreto.

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

> Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos [el principio de proporcionalidad y la reserva legal][64].

Agregando a continuación.

> El Estado no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática, ya que la autoridad encargada de responder la solicitud de información no adoptó una decisión escrita fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos para restringir el acceso a tal información en el caso concreto[65].

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

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

Continuación nota [63]

la CIDH y los preceptos de la ley es clara y manifiesta. Cfr., en este punto, la conceptualización básica, pero certera, de MENDEL (2003), p. 43.

[64] CLAUDE REYES *et al.* v. Chile, *cit.*, §93.

[65] CLAUDE REYES *et al.* v. Chile, *cit.*, §95.

sostienen posiciones entendidas deontológicamente, distinto es que en la construcción del discurso jurídico se asignen pesos y responsabilidad en la construcción de argumentos viables[66].

Esta distinción permite comprender la diferencia que existe entre la acreditación de hechos y la aportación de razones para restringir un derecho como el DAIP. Según la CIDH, al Estado le corresponden ambas cargas. A nivel de la LT, ello también acontece. Sin embargo, no deben ser confundidas, de cara a la convicción que debe arribar el CT o las Cortes respecto de la procedencia de una causal de reserva o secreto. La carga de la prueba reside en la obligación de probar ciertos hechos y el estándar de convicción debe ir aparejado en relación a los antecedentes que se aporten y la forma en que se acompañan en el marco de un proceso. La carga de argumentación, por otro lado, *no busca asignar obligación de prueba*, sino que busca radicar deberes de fundamentación. Como se observará, en el caso de la afectación de la seguridad de la Nación –en cualquier de los tres criterios descritos, anteriormente– es bien difícil *probar* el daño o detrimento en la protección del bien colectivo de rango constitucional, toda vez que se trata de un problema de escenarios futuros basados en expectativas razonables. Por lo tanto, si bien la Administración tiene un deber de acreditar antecedentes aportados al proceso, en la ponderación entre el DAIP y la seguridad de la Nación, cobra mayor relevancia la obligación de fundamentar la restricción que esta última plantea respecto del primero. En otras palabras, como la prueba de escenarios futuros plausibles es sumamente difícil de realizar –ya que se trata de una construcción racional y no de un dato de la realidad–, la Administración tiene a su cargo la obligación de *fundar y justificar* la restricción del DAIP, en base a la *expectativa razonable* de ocurrencia de tal escenario. Esta tarea argumentativa se distancia, en parte, de la comprobación de hechos alegados en el proceso. Para ponerlo en términos un poco burdos: como el escenario de afectación de la seguridad de la Nación *no es un hecho*, se sigue de ello que *no puede ser probado pero sí requiere ser fundamentado*[67].

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

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

En este apartado me referiré a un tema específico dentro del amparo de información. Se trata respecto de la posibilidad que tienen los órganos controladores de acceder a la información que la Administración ha denegado. Me parece que este es un aspecto

[66] Sobre las cargas de argumentación, véase a ALEXY (2007c), pp. 191 y ss.

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

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

Nuestra regulación actual es sumamente escueta en lo referido al proceso de amparo del DAIP. La escasa regulación persigue una tramitación expedita de las solicitudes y su control. No obstante lo anterior, la falta de instituciones conspiran contra la adecuada posibilidad de comprensión que requieren los órganos resolutivos. Específicamente, me quisiera referir a la revisión *in camara* que se establece en el Derecho comparado. Esta institución procesal permite que los integrantes de órganos de control, en materia de acceso a la información, puedan revisar, directamente y a puerta cerrada, los antecedentes y documentación requerida por el solicitante y que ha sido denegada por la Administración. Su origen se encuentra en un precedente de la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia, en Estados Unidos[68]. Este procedimiento permite que los entes decisorios puedan evaluar, desde la fuente misma, la procedencia o no de la causal de reserva invocada. Esta actuación –al ser excepcional y procurando resguardar la posibilidad de filtraciones– está rodeada de una serie de garantías que permiten, por un lado, disminuir la asimetría de información del controlador y, por el otro, custodiar la reserva provisoria dictada por la Administración hasta que se produzca la decisión jurisdiccional final, reforzando, con ello, la instrumentalizad del secreto y su accesoriedad a una garantía institucional.

Al tratarse de una institución procesal bien afianzada en el Derecho comparado, cualquier observador quedaría perplejo al constatar que nuestra legislación no provee regla expresa al respecto. La LT sólo señala, en su artículo 25, que el CT puede, de oficio o a petición de parte interesada abrir un término probatorio a través de audiencias "para recibir antecedentes o medios de prueba". La falta de provisión de la revisión *in camara* se vuelve, asimismo, inexplicable si se constata que existen, en otras áreas del Derecho, reglas similares, aparejadas de las garantías necesarias[69]. En el caso del CT, es dudoso que cuente con la facultad legal para proceder a un examen de tal naturaleza. Lo mismo es aplicable a las Cortes de Apelaciones.

La carencia de esta herramienta auxiliar al juicio de los controladores podría jugar a favor o en contra de la apertura. A favor, si el controlador, al no haber tenido acceso a la información misma, no hubiere podido comprender la afectación a la seguridad de

[68] Sobre esto, con detalle respecto de la revisión *de novo in camara*, véase Gobierno de los Estados Unidos (2004). Cfr. la descripción de LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2007), pp. 28 y ss.

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

la Nación. En contra, si el controlador, nuevamente, al no acceder directamente a los antecedentes y documentos, hubiese descansado única y exclusivamente en el juicio de la Administración, en una suerte de deferencia acrítica e irreflexiva. Lo recomendable, en consecuencia, sería disminuir este margen de incertidumbre al reducir las asimetrías de información entre controlador y controlado permitiendo, en consecuencia, alguna modalidad de revisión *in camara* que permita a los juzgadores acceder directamente y de manera excepcional a la materia de fondo de la solicitud. La consagración de tal institución requiere su configuración asociada a ciertas garantías, acceso restringido de personal y normas penales de tutela.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNOS CRITERIOS PARA RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS

En el desarrollo de este trabajo he intentado sostener una posición argumentativa en torno a tratar al DAIP y la seguridad de la Nación bajo la estructura gradual de los principios. En base a ello, me he servido del esquema Alexyano para plantear algunos de los problemas que presenta la ponderación entre ambos principios. En adelante, procuraré ensayar una propuesta de criterios operativos para el caso de colisión de los principios antes enunciados.

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

En segundo lugar, me parece recomendable no asumir a *priori* un peso abstracto mayor del DAIP dada su componente objetivo e institucional. Lo razonable, en este punto, es diferenciar en base a la contingencia de las solicitudes de información

mismas: el contenido de lo requerido permitirá asignar peso concreto con mayor facilidad y consolidar grupos de casos en la jurisprudencia. De igual forma, solicitudes de información conectadas con violaciones de los derechos humanos, en razón del contenido de lo reclamado, permite sencillamente despejar –a falta de norma expresa que restrinja la calificación de la Administración– la posibilidad de establecer secretos provisionales en esta materia. Sin embargo, un Estado democrático de Derecho debiese asumir, en su legislación, la primacía de relevancia de información de esta índole, en conformidad a los deberes que la misma CPR establece en sus artículos 1° y 5°.

Finalmente, y referido a los aspectos de prueba, el lector atento habrá advertido que, al menos en nuestro planteamiento, las variables de asignación de peso concreto y verificación de proposiciones empíricas se hallan unidas tan íntimamente, que es difícil argumentar por separado, aunque sea para efectos analíticos[70]. Sin embargo, hemos seguido el esquema de Alexy para poder graficar separadamente los problemas que se enfrenta la ponderación entre los principios descritos.

En materia de prueba, el CT ha dado ciertos lineamientos que coinciden con la tesis que estamos exponiendo. En primer lugar, ha señalado que la carga de la prueba recae en quien busca liberarse de una obligación de entrega de información, por ejemplo, un Subsecretario, en tanto jefe superior de un servicio[71]. Sin embargo, el CT ha precisado esta carga de la prueba señalando que no basta con alegar una causal; por el contrario, dicha alegación debe ser acreditada causalmente[72]. En consecuencia, respecto de la causal establecida en el artículo 21, número 1 LT, la mera alegación de que para "recopilar toda la información solicitada se necesitaría personal dedicado exclusivamente a esta labor" descuidando labores habituales, no constituiría, por sí sola, un antecedente para dar por acreditada la causal[73].

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

[70] No puedo argumentar acá mi distancia personal con la estructura de la fórmula del peso generada por Alexy. Sin embargo, valga la siguiente prevención: la determinación del peso concreto de un principio requiere articular y contrastar cargas de prueba y de argumentación. Esa es, precisamente, la labor de ponderación. La fórmula ampliada desliga estos elementos cuando, en verdad, es más claro tratar a la variable de verdad de las aserciones fácticas como un subelemento del proceso de asignación del peso concreto de los principios.

[71] SCT A39-09, cons. 5°.

[72] SCT A39-09, cons. 6°.

[73] *Ibid.*

y desconfianza al mercado en general, afectando en definitiva la estabilidad financiera, económica e incluso monetaria del país, entre otros argumentos.

Sobre estos antecedentes, el CT recordó, en primer término, que en "materia de prueba de las causales de secreto o reserva, [...] dado que de éstas depende la extinción del deber de entregar la información la carga de la prueba corresponderá a quien alega su concurrencia [...]. *La pura invocación de la causal, desprovista de prueba suficiente, llevará a rechazar las alegaciones y ordenar la entrega de la información*"[74]. En relación a la argumentación esgrimida por la autoridad competente del INE, el CT estimó que "no se ve cómo la publicidad de estos datos podría afectar el interés económico del país y, como consecuencia, el interés nacional, [...] por lo que no da por acreditada de manera fehaciente tal circunstancia"[75].

Esta decisión es relevante por dos razones: primero, porque fija una jurisprudencia en torno a la obligación de acreditar la causal que se invoca. Pero más relevante aún, porque en materia de un bien jurídico colectivo –de rango constitucional y similar en cuanto a la estructura de la seguridad de la Nación– establece que la alegación de una causal debe ser acreditada en cuanto a su (posible) resultado. La falta de todo antecedente que conecte la afectación del bien jurídico con la entrega de la información, hace procedente la misma. El adjudicar –en este caso, el CT– no tiene más que resolver a favor del solicitante que busca amparo, ya que el jefe superior del servicio no ha cumplido con su obligación procedimental de acreditar la argumentación postulada[76].

En materia de seguridad de la Nación y, en relación con el test de daño, el CT ha inaugurado su jurisprudencia con un caso concerniente a la reserva o secreto de las plantas y dotaciones de Carabineros de Chile[77]. La solicitud de información requería la entrega del número de carabineros destinados al Departamento de protección de personas importantes (en adelante, PPI) y el número de autoridades o personas beneficiadas por la protección (con una desagregación en razón de nacionalidad, sexo, ubicación geográfica y tiempo desde que gozan la protección). Dicha solicitud fue rechazada y la resolución administrativa recurrida ante el CT, por la vía de amparo del DAIP. El General Director de Carabineros, respondiendo el traslado a este procedimiento, justificó la denegación de información en razón de las causales de afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, afectar los derechos de las personas y citó adicionalmente el artículo 436 del Código de Justicia Militar (en relación al artículo 21, número 5 LT).

[74] SCT A19-09, cons. 7°, énfasis agregado. Este fallo se remite al A39-09 que ya hemos citado.

[75] SCT A19-09, cons. 8°.

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

[77] SCT A45-09.

En base a esta argumentación, el CT decidió resolver la colisión de principios que se daba entre el DAIP y los bienes/derechos tutelados por las causales de reserva. Lo primero que hace el CT, es revisar la compatibilidad del artículo 436 con el artículo 8° CPR[78]. Salvado este punto, procede a efectuar el análisis de las argumentaciones sostenidas para denegar el acceso a la información solicitada. En sus considerandos, el CT señala que para determinar si la difusión de la información afecta la seguridad de la Nación o de las personas, "no basta la mera relación entre la información solicitada y la causal constitucional sino que, además, debe demostrarse que la publicidad de aquélla afecta el bien jurídico que el art. 8° permite proteger por ley de quórum calificado"[79]. Para ello, el CT asume derechamente la posibilidad de aplicar el test de daño y la ponderación[80]. Este fallo es central porque el CT sienta un precedente en materia de restricción del DAIP, en relación, precisamente, al resguardo de la seguridad de la Nación. En el análisis del caso concreto, el CT estima que la revelación de la dotación del departamento de PPI afectaría la planificación estratégica de dicha repartición[81] y la seguridad de la nación[82], en razón de afectarse la seguridad pública cuando una autoridad es víctima del delito. Ahora bien, esta conclusión no obsta a que el amparo sea concedido parcialmente, respecto de la información sobre personas sujetas a esta protección siempre que "se entreguen cifras estadísticas que no permitan la identificación de las personas protegidas"[83]. El CT ha aplicado correctamente –aunque el fallo no lo enuncia– el principio de divisibilidad con el objeto de dar la mayor transparencia posible, en relación a la protección adecuada de la reserva o secreto amparada en una causal legal. Como se observa, esto es plenamente coincidente con la formulación de principio que hemos realizado en la primera parte de este trabajo.

[78] Sobre los alcances de tal examen, revísese a GARCÍA y CONTRERAS (2009).

[79] SCT A45-09, cons. 6°.

[80] SCT A45-09, cons. 8° a 11°, asumiendo, en este último considerando, que "puede decirse que las hipótesis de secreto o reserva deben superar el test de daño o el principio de proporcionalidad, *dos caminos de control cuyo resultado es equivalente*" (énfasis agregado). Discrepamos de esta última afirmación, en razón que la ponderación importa una estructura de razonamiento más compleja que la mera determinación de los grados de intervención/satisfacción de los principios en colisión. Sin perjuicio de lo anterior, compartimos que, en cuanto metodologías alternativas como son presentadas por el fallo, pueden conducir a resultados idénticos en la decisión. No obstante, pese a que los resultados sean iguales, la estructura ampliada de la ponderación –que, como se ha pretendido desarrollar en este texto, internalizar el test de daño en el método ponderativo– puede ilustrar de mejor forma las diferencias en resultados entre un caso y otro.

[81] SCT A45-09, cons. 12°. El CT agrega que el control ciudadano o político del funcionamiento de este departamento puede darse con igual o mayor eficacia en otros foros institucionalmente adecuados para ello y con menor perjuicio para el accionar policial, como en el caso de revisiones parlamentarias o en el marco de las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados.

[82] SCT A45-09, cons. 13°.

[83] SCT A45-09, cons. 14°.

Finalmente, y en relación al último aspecto del razonamiento ponderativo, me parece importante señalar que, si bien no se encuentran elementos normativos directos para fundar una deferencia a la Administración, su juicio técnico debe ser evaluado en base al test de proporcionalidad que, como bien se sabe, se trata de un examen de corte negativo[84].

En razón de lo anterior, la posición técnica que sostenga la Administración debe ser respaldada debidamente de argumentos jurídicos que permitan fundar una restricción al DAIP. En ese sentido, la labor de los órganos controladores es de evaluar la suficiencia argumentativa de la posición del jefe superior del Servicio. Se trata de una cuestión no exenta de problemas ni dificultades, como ha intentado ponerlo de manifiesto este trabajo. Sin embargo, la actividad ponderativa supone siempre una sofisticada construcción normativa en torno a concretizar la prevalencia condicionada de principios que se garantizan –al nivel de enunciados constitucionales– de forma *prima facie*. La tarea de pormenorizar requiere un esfuerzo discursivo importante. Acá hemos intentado fijar algunas claves de lectura de los problemas. El verdadero desafío está en la resolución de los casos concretos de principios en pugna y, en ello está, precisamente, el deber de ponderar.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS Ch. (2000): "El Acceso a la Información como Derecho", en González, F. y Viveros F., *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público* (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 10, Universidad Diego Portales).

ALDUNATE, E. (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, LegalPublishing).

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

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

_____ (2004a): *El Concepto y la Validez del Derecho* (Traducc. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2ª ed.).

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

_____ (2007a): "La Fórmula del Peso", en Íd., *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Traducc. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed.).

_____ (2007b): *Derechos Sociales y Ponderación* (Traducc. Rebecca Jowers, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

[84] WONG (2000).

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

ATRIA, F. (2003): "El Derecho y la Contingencia de lo Político", en *Doxa* (Vol. 26, 2003).

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

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

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

_____ (2003b): "Estructura y Límites de la Ponderación", en *Doxa* (Vol. 26).

_____ (2006): "The Weight Formula", en MENÉNDEZ, Agustín y ERIKSEN, Eric (eds.), *Arguing Fundamental Rights* (Dordrecht, Springer).

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

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

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

DÍAZ DE VALDÉS, J. M. (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, J. J.; Rodríguez, N. y Olivares, J. M. (eds.), *Buen Gobierno y Corrupción* (Santiago, Pontificia Universidad Católica).

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A. (2005): "El Principio de Publicidad de los Actos Estatales en el Nuevo artículo 8° inciso 2° de la Constitución", en Zúñiga, F. (coord.), *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis).

_____ (2008): "Causales de Reserva o Secreto en el Ordenamiento Jurídico Chileno", en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación ProAcceso).

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

FULLER, L. (1978): *"The Forms and Limits of Adjudication"*, en *Harv. L. Rev.* (Vol. 92).

GARCÍA AMADO, J. A. (2007): "El Juicio de Ponderación y sus Partes. Una Crítica", en Alexy, R., *Derechos Sociales y Ponderación* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

GARCÍA, G. y CONTRERAS, P. (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, N° 1).

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

GEWIRTH, A. (1984): "Are There Any Absolute Rights?", en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights* (New York, Oxford University Press).

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

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

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

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

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

LÓPEZ-AYLLÓN, S. y POSADAS, A. (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).

MENDEL, T. (2003): "Libertad de Información: Derecho Humano Protegido Internacionalmente", en *Derecho Comparado de la Información* (enero-junio 2003, Nº 1).

MORESO, J. J. (2007): "Alexy y la Aritmética de la Ponderación", en Alexy, R., *Derechos Sociales y Ponderación* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

NOGUEIRA, H. (2005): "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitación de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis* (Vol. 11, Nº 2).

OLMEDO, J. P. (2008): "Acceso a la Información Pública y Derechos Humanos", en *Ensayos Jurídicos* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Nº 4).

PFEFFER, E. (2006): "La Introducción del 'Precedente': un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica", en *Estudios Constitucionales* (Vol. 4, Nº 1).

RAZ, J. (1984): "Rights Based Moralities", en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights* (New York, Oxford University Press).

SÁNCHEZ, M. (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 ProAcceso).

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

VIVANCO, A. (2008): "Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado: Una Normativa para Chile", en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 35, Nº 2).

TELLO, C.; CERNA, M. y PAVÓN, A. (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).

WONG, G. (2000): "Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality", en *Public Law* (2000).

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