

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y LOS SECRETOS DE LA DEFENSA

ALEJANDRO SAN MARTÍN BARRAZA¹

El Estado Social de Derecho implica la satisfacción de todas las necesidades colectivas de los administrados, constituyendo un claro poder/deber para la Administración.

La figura del Estado Moderno dentro de la Teoría Política, justifica su existencia en atención a los principios de servicialidad y subsidiariedad que se encuentran presentes en los postulados de nuestra Carta Fundamental. En virtud de lo anterior, tales principios son considerados como pilares de nuestra nación como ente políticamente organizada, por su estrecha relación con el bienestar y dignidad de la persona humana.

Un Estado inserto en la edad contemporánea y dentro de la sociedad internacional tendrá un ordenamiento jurídico que considere como objetivo primordial la dignidad del ser humano como la base para todas sus leyes. En consecuencia, todos los habitantes que integren una democracia representativa tendrán igualdad de oportunidades para alcanzar el Bien Común, entendido éste como el conjunto de condiciones materiales y espirituales que en un orden social normal permiten el pleno desarrollo de las personas en una sociedad dada. Para lograr lo dicho anteriormente, es necesario que concurren adecuadas condiciones sociales para una convivencia sana entre todos los ciudadanos dentro de una democracia representativa. De esta manera el elemento denominado Paz, constituirá el objetivo clave para uno de los fines de las actuaciones administrativas del Estado: La Defensa. En consecuencia, por ser la Paz una condición indispensable para que todos los chilenos alcancen el Bien Común, el Estado concebirá a DEFENSA como una actividad a desarrollar y que estará destinada a mantenerla incólume.

¹ Abogado. Profesor de Derecho Universidad Bernardo O'Higgins y Universidad Andrés Bello.

Debe tenerse presente, que tanto Bien Común como Paz, corresponden a ámbitos que se encuentran bajo el alero de un concepto mucho más amplio y no menos importante: La Seguridad Nacional; entendida ésta como un deber de la administración pública, y que conlleva de manera necesaria a relacionar tal concepto dentro de la competencia de la función de Defensa. Nuestra Constitución Política menciona esta idea al consagrar en su Artículo 1º como mandato constitucional para el Estado Chileno: *“El resguardar la seguridad nacional y dar protección a la población y a la familia”*.

Para nuestro Derecho, los conceptos de Seguridad Nacional y Defensa han encontrado mucha evolución desde 1980 a la fecha, siendo el avance más significativo las grandes reformas constitucionales del año 2005. Sin embargo, debemos afirmar que la Defensa de un Estado siempre implicará al secreto, tanto para los documentos empleados para cumplir con tal labor como para los procedimientos seguidos para adoptar decisiones por parte de las autoridades de gobierno, en momentos de hacer frente para neutralizar una amenaza que pretenda destruir los cimientos de la sociedad chilena y de este modo dañar a su seguridad nacional. En consecuencia, es importante sostener que el secreto o reserva de los actos administrativos del Estado de Chile cumplen con una labor estratégica a la hora de tomar decisiones gubernamentales en todo lo concerniente a la defensa de la Nación. Por lo tanto, publicidad y transparencia de los actos administrativos del Estado como también el secreto o reserva de aquellos, cumplen una importante labor estratégica a la hora de tomar decisiones gubernamentales como herramientas necesarias en todo lo concerniente a la defensa de la Nación.

Sin embargo, debemos ser mesurados a la hora de mencionar el tema del secreto. Hay que recordar que las demandas republicanas y democráticas que exigen al poder oculto convertirse en poder visible (al poder público ejercido en secreto, que sea público en cuanto abierto al público), integran un capítulo importante de la lucha por el derecho.²

En relación a este tema, es trascendental hacer mención al nuevo art. 8º de nuestra Constitución Política, cuyo origen se encuentra en las nuevas reformas del año 2005, sin perjuicio de la Ley de Acceso a la Información Pública Nº 20.285 y que presenta como principal característica el consagrar a nivel constitucional a la herramienta estratégica reservada a la defensa nacional: El secreto o reserva de las actuaciones administrativas del Estado de Chile.

² Astorquinza Altaner Gastón: *“Sobre la Transparencia Administrativa”* en: Varios autores, Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público 25-27 Noviembre de 2004, Editorial Lexis Nexis, (2005), Página 24.

I LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS BASES CONSTITUCIONALES

1.-) El nuevo artículo 8° en la Constitución Política de la República: Comentario, análisis y su relación con la defensa nacional.

Las reformas constitucionales del 2005, cuya génesis comienza el 6 de noviembre del 2001, responden a la necesidad de modernizar las políticas de Estado y perfeccionar algunas de las principales instituciones políticas para de esta manera ajustarse a las nuevas exigencias que plantea el nuevo siglo. Todo lo anterior, por lo demás, para preservar el equilibrio de los poderes públicos.

El nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República, que pasando a tomar el lugar del desaparecido Art. 8°³ ya derogado hace años, consagra tanto la probidad como la publicidad para todas las actuaciones de la Administración, así como también para los fundamentos y procedimientos que sean empleados al momento de llevar a cabo dichos actos⁴. Lo anterior se aplica para todos los actos de la administración del Estado de Chile, sea civil o militar, pasando a tener una naturaleza pública y transparente.

Por tanto, la publicidad para todas las actuaciones gubernamentales será siempre considerada regla general. Sin embargo, el constituyente no olvida el tema del secreto o reserva para algunas actividades de la Administración del Estado y es, por consiguiente, que también permite un secreto o reserva para aquellos actos, con la expresa salvedad de ser considerados sólo de manera excepcional y por motivos específicos.

Dentro del Derecho Administrativo Chileno, era posible encontrar un marco legal sobre tales temas sólo en la Ley 18575 de Bases Generales de

³ El artículo 8° de la Carta Originaria de 1980 rezaba: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o de orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al orden institucional de la República".

⁴ Nuevo Artículo 8° C.P.R.-"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".

la Administración del Estado y en la ley 19653 sobre Probidad⁵, que tuvo como principal característica el enfatizar los principios de publicidad y transparencia para la Ley de Bases. No existía, hasta el año 2005, una consagración constitucional que ordenase a todos los órganos del Estado chileno para obrar con publicidad o transparencia en sus actuaciones administrativas, como tampoco había autorización constitucional para proceder con secreto o reserva en aquellos momentos donde las necesidades de la defensa así lo ameritasen. La redacción del nuevo artículo 8º consagra que únicamente podrá procederse con secreto o reserva, en virtud de causales establecidas previamente en una ley de quórum calificado. En este caso, La Ley de Acceso a la Información Pública.

Con esta nueva normativa, se elevan a rango constitucional los principios de probidad y publicidad, ya contemplados en la ley N° 18575, pero extendiéndolos ahora a todos los órganos estatales y no sólo, como en esa ley, aplicables respecto de los entes integrantes de la Administración pública.⁶

Tal redacción demuestra la intención del constituyente por consolidar la publicidad para todas las esferas gubernamentales y dejar consagrado al secreto como algo excepcional. Nos encontramos, en suma, con la constitucionalización de dos principios fundamentales de la actuación de los órganos

⁵ Cabe señalar que el Reglamento perteneciente a dicha ley de probidad N° 19653 presentó dificultades a la hora de ser aplicado; las cuales eran muy semejantes a las presentadas por el Decreto N° 26 sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado. El Reglamento de la ley 19653, también llamado Decreto 99, decía relación con la declaración de intereses por parte de las autoridades y funcionarios del Estado, señalando cuales serían los requisitos para realizar tal tarea; todo lo anterior en virtud de lo dispuesto por el Artículo 60 de la ley de Bases N° 18575. Lo anterior, claramente presenta un vicio de inconstitucionalidad en atención a que en virtud del Artículo 38 de la Constitución Política de la República, tal materia sería propia de ley, lo que excluye el ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Pese a que el cuestionado reglamento da ejecución a la ley 19653 en algunos pasajes, lo cual ya no rayaría en la inconstitucionalidad; sólo el hecho de establecer cuáles son los requisitos, formas y procedimientos para rendir tal información, más bien constituiría un exceso en las atribuciones del Presidente de la República, no siendo advertido, nuevamente, tanto por la Contraloría General de la República como por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, es difícil dilucidar si lo que hace el reglamento es efectivamente poner en ejecución la ley en cuestión, en atención a la atribución del artículo 32 N° 6 de la CPR o una inconstitucionalidad flagrante al momento de permitir que la potestad reglamentaria del Presidente de la República invada, con sus reglamentos y decretos, materias propias de ley.

⁶ González Fernández Miguel Ángel: "El Principio de Publicidad de los Actos Estatales", en: Varios autores, "Reforma Constitucional", Editorial Lexis Nexis, Octubre 2005, Página 192.

públicos en un Estado de derecho: Probidad y transparencia.⁷ Sin embargo, el problema que se presenta a continuación es el siguiente: Las necesidades de la defensa constantemente requieren proceder con reserva, por ende esta función del Estado no puede dejar de utilizar al secreto en atención a que es la principal herramienta de trabajo para muchos funcionarios del Estado e instituciones especializadas dedicadas a la defensa nacional. En consecuencia, ya no sería correcto considerar en estos aspectos al secreto como algo excepcional, sino que muy por el contrario como la regla general. De todos modos, al invocar la causal *Seguridad Nacional*, que sin lugar a dudas es causal para invocar el secreto o reserva en la Ley de Acceso a la Información Pública, por expreso mandato constitucional, se ampliará la esfera de atribuciones del Estado para declarar a documentos, procedimientos y actuaciones bajo el sello de clasificado.

En la actualidad, la Ley de Acceso a la Información Pública permite el secreto para aquellas actuaciones relacionadas con operaciones de inteligencia que pudiesen prevenir inminentes ataques de los países vecinos o de organizaciones terroristas subversivas, compra de armamento de última generación o de los documentos que dan cuenta de las órdenes impartidas por el Estado, a través del Ministerio de Defensa, para el movimiento de tropas a objeto de aplicar la temida HV3⁸, etc.

Dichas actuaciones son expresamente permitidas en virtud del Artículo 21 de dicha ley⁹.

⁷ Ramírez Arrayás José Antonio: "Principio de Probidad y Transparencia", en varios autores: Ídem, Página 243.

⁸ HV3: Hipótesis Vecinal 3: Nombre clave para las FFAA de Chile, a la hora de enfrentar una situación de guerra con tres países limítrofes: Perú, Bolivia, Argentina. En 1978, este plan se activó por parte del Ministerio de Defensa de la época ante una agresión Peruana y Boliviana por el norte.

⁹ 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:

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

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 8º de la Constitución Política.

La técnica jurídica del reenvío hacia una Ley de Acceso a la Información Pública, no es algo novedoso para nuestra realidad jurídica. Antaño, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 13, consagraba que uno o más reglamentos establecerían los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos del Estado. Sin embargo, dicha normativa era a todas luces inconstitucional, tal como examinaremos más adelante.

Haciendo memoria, al analizar el artículo 13 era posible advertir la referencia del reenvío en el momento donde tal normativa consagra que una de las causales para proceder a denegar dichos documentos era la seguridad nacional. En el tiempo pasado, el Decreto 26 de 2001 era invocado por muchos organismos del Estado para dar carácter reservado o secreto a determinados actos y documentos. Sin embargo, dicho cuerpo normativo ha sido derogado con la publicación en el Diario Oficial de las nuevas reformas constitucionales y, muy en especial, por la aparición del nuevo artículo 8°.

En consecuencia, podemos sostener que la técnica jurídica utilizada para invocar el secreto o reserva no ha cambiado; por el contrario, la intención del legislador fue mejorar y aumentar los niveles de calidad en materia del trabajo legal en torno al tratamiento de la publicidad y transparencia, y, en definitiva, se constitucionaliza la vieja técnica del reenvío. Sin embargo, en esta oportunidad, en lugar de un simple reglamento, será un cuerpo legal de nivel jerárquico superior, la Ley de Acceso a la Información Pública Número 20.285, la encargada de establecer cuándo procede el secreto o reserva como excepción y la transparencia o publicidad como la regla general. Con esta nueva normativa, existe un total apego a Derecho para el tratamiento del secreto de los actos administrativos.

En síntesis, y por todo lo dicho en el párrafo anterior, podría dejarse de manifiesto que lo hecho por el constituyente, al introducir el nuevo artículo 8, fue mejorar y modernizar la legislación administrativa sobre la publicidad y secreto, a través de la consagración constitucional de los dos primeros conceptos. Asimismo, la técnica legislativa del reenvío hacia la Ley de Acceso a la Información Pública, para declarar cuándo es procedente el secreto o reserva, es también una señal de modernidad dentro del derecho público chileno. Lo dicho anteriormente incidirá directamente en la función pública de la defensa, pues en esta oportunidad recibirá legitimación constitucional la principal herramienta con la que toda defensa del siglo XXI utiliza en sus labores cotidianas: *El secreto en torno a la seguridad nacional*.

Como consecuencia de lo anterior, se derogaron todos los preceptos reglamentarios que en el pasado declaraban la confidencialidad de los actos

del Estado, así como también las disposiciones legales que remitan o reenvíen el ejercicio de esa potestad a los reglamentos o a disposiciones, incluso, de inferior jerarquía que éstos.¹⁰ También es evidente que el artículo 8º, inciso 2º de la Carta de 1980, en su actual versión, ha permitido que entre una bocanada de aire fresco sobre las aún herméticas ventanas del aparato estatal, cuyo benéfico efecto se dejará sentir progresivamente, en la salud futura de la comunidad nacional, superados que sean los temores que siempre anteceden a los cambios en las tradiciones, tan arraigadas como oscurantistas, tal como sucede con el casi ritual secreto vestigio del lejano absolutismo.¹¹

2.-) La Génesis del Nuevo Artículo 8: Su Historia Fidedigna.

Como bien dijimos en el capítulo anterior, el nuevo artículo 8 obedece a la intención del constituyente por modernizar las instituciones de la República, a través de las reformas introducidas a la Carta Fundamental.

La Alianza por Chile manifestó su conformidad a este ambicioso proyecto presentado en el Parlamento por los partidos que integran la bancada de la Concertación y procedió a dar sus propios proyectos de redacción para las reformas a la Carta Magna.

El proyecto de la oposición fue suscrito y presentado por los Honorables Senadores señores Chadwick, Diez, Larraín y Romero; en su primera presentación, los mencionados señores Senadores expresaron que los partidos políticos que integran esta bancada han asumido el compromiso ante el país de contribuir decididamente a cerrar el período de transición política iniciado luego de la instauración del régimen democrático a partir del 11 de marzo de 1990.

A juicio de la Alianza por Chile, dar término a este período permite responder en forma sustantiva al mensaje mayoritario que la ciudadanía entrega a las autoridades de gobierno democráticamente elegidas; mensaje que precisamente tiene por telón de fondo el reestablecimiento de la paz social en el país, proporcionando una solución verdadera a los problemas y conflictos del pasado, para que de esta manera se recupere la indispensable confianza

¹⁰ González Fernández Miguel Ángel: "El Principio de Publicidad de los Actos Estatales", en: Varios autores, Ob. Cit, página 205.

¹¹ Hernández Emparanza Domingo: "Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad de 2005; Regionalización, Probidad y Publicidad de Actos" en: Varios autores, "La Constitución Reformada de 2005", Universidad de Talca, Librotecna, Talca, página 37.

recíproca. Sin embargo, para cumplir con esta gran tarea pendiente, es necesario examinar importantes aspectos relacionados con el tema. Uno de ellos consiste precisamente en las divergencias que se suscitan en relación a algunas de las instituciones que presenta nuestra Constitución.

En relación con lo dicho en el párrafo anterior, a juicio de la bancada de la oposición, el examen realizado a la Constitución Política de 1980 arroja resultados muy positivos, por cuanto permite destacar que muchas de sus normas han permitido establecer una completa explicitación de los derechos fundamentales de la persona humana, creando recursos constitucionales eficaces que permiten proteger tales derechos, todo ello dentro de las Bases de la Institucionalidad. Las instituciones de la Constitución de 1980 no sólo han respondido con eficacia a las exigencias políticas de dicha época, sino que además han mantenido un adecuado equilibrio de los poderes públicos, circunscribiendo al poder del Estado a través de dos vías que dan tranquilidad frente a cualquier eventualidad que pueda provocar futuros problemas: El rol subsidiario del Estado y la limitación de la soberanía por los derechos fundamentales del hombre.

La Alianza por Chile enfatizó que la Carta Fundamental no sólo fija los límites del Estado sino que también establece los límites del derecho, lo que consecuentemente garantiza la permanencia y cumplimiento de todas sus disposiciones, lo que justamente es el elemento esencial para toda estabilidad política y económica de un país.

En relación con lo dicho en el párrafo anterior, la bancada opositora agrega que tal es la importancia de dichas normas, que su existencia dentro del ordenamiento jurídico chileno ha posibilitado generar un clima de estabilidad política casi único dentro de la región y ha permitido desarrollar una normalidad institucional muy envidiada por algunos gobiernos vecinos. Dos períodos gubernativos e iniciar uno tercero en medio de un verdadero proceso político pacífico y sin anomalías, es calificado por todos los sectores políticos como ejemplar.

Sin embargo, pese a todas las loas y alabanzas hechas por la Alianza por Chile a la Carta Fundamental, es innegable que la ciudadanía clama por modernizar y perfeccionar la Constitución para de esta manera cerrar con la transición política. Por ello, y sobre la base de las extensas consideraciones anteriores, la Alianza por Chile acepta la tesis de reformar la Constitución y presenta un proyecto de reforma constitucional.

2.2.-) *LOS ANTECEDENTES CONSIDERADOS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO PARA LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 8º.*

2.2.1.-) Ley 19653, sobre Probidad Administrativa:

Como podemos recordar, el principal propósito de esta normativa consiste en desarrollar el principio de probidad administrativa de una manera sistemática y coherente para diversos textos legales, pero muy en especial para la ley 18575 de Bases Generales de la Administración del Estado, que sólo hasta hace unos pocos años, era el único referente para el tema.

Entre otros aspectos, se perfecciona el régimen de incompatibilidades por conflicto de intereses entre la función pública y la actividad privada; se establece la obligatoriedad para determinadas autoridades y funcionarios de hacer declaraciones juradas de intereses, se enfatiza a la probidad administrativa como un principio de las ciencias jurídicas y se asegura que toda función Pública se ejerza con transparencia, de manera tal que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella.

La concepción planteada por la ley 19653, fue uno de los principales motores que impulsó a la comisión de enfatizar, dentro del nuevo artículo 8º, la publicidad y transparencia como principios jurídicos que gocen de consagración constitucional; por lo que consecuentemente la moción presentada por la Alianza por Chile ganó muchos adeptos en la discusión sobre la redacción del artículo 8.

De esta manera, en todas las actuaciones de los integrantes de la Administración siempre deberá prevalecer un principio tan elemental como el de servir en forma honesta al país desde la función estatal.¹²

¹² Tal expresión alude directamente al concepto de Probidad. Puede entenderse tal concepto como sinónimo de Honradez y en definitiva fue el concepto que permitió que los principios de transparencia y de publicidad administrativas fueren enfatizados, por la ley 19653, a la propia administración pública del Estado de Chile. En atención a ello, se deja consagrado que la conducta funcionaria implica, por mandato legal, un desempeño intachable, honesto y leal de la función o cargo con toda preeminencia del interés general por sobre el particular. Al examinar el artículo 62 de la ley N° 18575, es factible advertir a título de referencia las conductas que contravienen la probidad administrativa. Sin embargo, tal enumeración no es taxativa y no excluye el hecho de que haya otras conductas que constituyan grave falta a dicho principio. Cabe destacar la referencia a los donativos, ventajas o privilegios que reciban los funcionarios de parte de terceros; practica muy común antes de la entrada en vigencia de dicha normativa. Las invitaciones al extranjero a quienes debían decidir una adquisición a la prestación de un servicio, regalos valiosos

Se consigna el principio de publicidad y transparencia, lo que permitirá que la totalidad de los actos, resoluciones y procedimientos de los órganos del Estado sean públicos; de modo que la reserva o secreto pasa a tener un carácter excepcionalísimo y siendo sólo decretado mediante una ley aprobada con quórum calificado, cuando afecte a los derechos de las personas o la seguridad de la nación.

Con ello, el Estado de Chile pasa a ser abierto, democrático, transparente, donde la gente tendrá pleno derecho a conocer las decisiones de las autoridades y las razones que las movieron a adoptarlas.

II “EL NUEVO ARTÍCULO 8º Y SU INCIDENCIA SOBRE EL CAPÍTULO XI Y XII DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: FUERZAS ARMADAS, DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA, COSENA Y DEFENSA NACIONAL.

Como bien hicimos mención en los capítulos anteriores, el nuevo artículo 8º de la Constitución menciona el tema de la seguridad nacional, como una de las excepciones que hace posible el proceder secreto para algunas actuaciones del Estado.

El concepto de seguridad nacional, que será analizado de forma detallada dentro de este capítulo, no sólo es contemplado en la redacción del artículo 8, sino que también puede advertirse en los artículos que integran los capítulos XI y XII de la Carta Fundamental, donde se hace referencia a las FFAA como únicas instituciones especializadas y competentes para ejercer la función defensa, para de este modo cumplir con el mandato constitucional.

Es importante dejar de manifiesto y analizar cuál será la implicancia o trascendencia que dejará la actual redacción del artículo 8º para muchas de las actividades del Estado que digan relación con la función de la defensa.

para el cumpleaños o la navidad, invitaciones de fines de semana con gastos pagados, regalos de relojes, lapiceras, etc. eran considerados como muy normales dentro de la práctica administrativa cotidiana. Sin embargo en la actualidad, el N° 5 del Artículo 62 considera a estas conductas como contrarias a la probidad. Véase Miguel Otero Lathrop, “Los principios de Transparencia y Publicidad en el ejercicio de la Función Pública, contenidos en la ley 19653, en La Administración del Estado de Chile, Decenio 1990 -2000, 2000”, Página 703 a 727.

1.-) Las FFAA y su labor constitucional dentro de la defensa nacional:

Entre las funciones primarias del Estado está precisamente la de ejercer la soberanía nacional, proteger a la población y resguardar el territorio frente a amenazas que atenten contra la comunidad nacional. De dichas obligaciones primarias surge el concepto de defensa, la que está encaminada a proteger la existencia de la sociedad y de todos los miembros de la comunidad nacional. En suma, dicha función constituye una de las más importantes labores que debe cumplir el Estado, por expreso mandato constitucional.

Por esta naturaleza, la defensa del territorio chileno sólo puede ser provista por el Estado. Tal como mencionamos en párrafos anteriores, nuestra Constitución, en el artículo 1º, contempla como un mandato constitucional el resguardar la seguridad nacional y dar protección a la población y a la familia.

En tanto, el artículo 6º consagra, como un deber estatal, garantizar el orden institucional de la República. Asimismo, como bien ya sabemos, el nuevo artículo 8º establece que la seguridad de la nación es una de las excepciones para el secreto para algunas actuaciones del Estado.

Por los antecedentes expuestos, es posible afirmar que la función defensiva tiene como principal justificación, la obligación del Estado de resguardar la seguridad nacional y como principal herramienta para alcanzar un adecuado desempeño en esta función, el secreto o reserva en algunas actuaciones relacionadas con la defensa.

2.-) El Secreto o Reserva y Seguridad Nacional:

Inevitablemente, el concepto de seguridad nacional se encontrará vinculado con secretos. Los problemas de seguridad nacional, a diferencia de aquellos del desarrollo, indudablemente nos llevan a la necesidad de mantener cierto grado de discreción, tanto mayor cuanto más agudas sean sus manifestaciones externas, a fin de poder mantener la libertad de acción para actuar con iniciativa y oportunidad en la gestión de las soluciones requeridas.¹³

Los organismos estatales, ante situaciones de emergencia, se ven así obligados a adoptar una actividad reservada, que no puede satisfacer las crecientes necesidades de información de la ciudadanía, que sin tener los fundamentos necesarios para conocer la proyección de los problemas que

¹³ Ídem, página 62.

se debaten, por intuición busca una solución hacia una situación que se presenta más grave.

Por otra parte, como barómetro de la sensibilidad nacional, los diferentes órganos de difusión periodística buscan información por todos los medios, sin reparar en que sus especulaciones, muchas veces acertadas, pueden producir más daño que beneficio a los más altos intereses nacionales, especialmente ante problemas en desarrollo. A su vez la opinión pública, con una falta de conocimientos básicos y con informaciones incompletas o erradas, puede llegar a ejercer presiones o a provocar situaciones de hecho por individuos exaltados, que tampoco aportan nada positivo, exteriorizando sólo patriotismo y una eventual cohesión interna.

La tradicional disciplina de mantención del secreto inhibe también a las fuerzas armadas para exteriorizar públicamente sus conocimientos en la materia, limitándose a prestar su respaldo y asesoría, por los cauces reglamentarios y legales, hacia los correspondientes organismos estatales.

Se plantea así la interrogante: ¿Es preferible mantener en la ignorancia a toda una nación, por una concepción anticuada de mantención del secreto, o es mejor acaso propugnar una difusión amplia, destinada a crear una conciencia colectiva de lo que verdaderamente es la seguridad nacional?¹⁴

La exclusión del principio de transparencia en las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con la seguridad y defensa de la nación, deberá entenderse referida a todas aquellas intervenciones que tengan por finalidad salvaguardar la soberanía e independencia en el ámbito exterior. Sin embargo, y de acuerdo con la postura del profesor Luis Alberto Pomed Sánchez, lo dicho en el párrafo anterior debe referirse a *“la protección de las grandes instituciones constitucionales frente a todo intento de hacer perecer las mismas por medios ilegítimos”*.¹⁵ Debemos, por tanto, dilucidar qué tipo de informaciones pueden afectar la seguridad nacional.

Es indudable que la seguridad nacional y la defensa son intereses dignos de protección. Los límites impuestos en atención a las exigencias de la seguridad nacional y del propio Estado chileno, han sido cuidadosamente elaborados por las agencias de seguridad que nuestro país contempla. Dichos límites a la entrega de información se justifican en atención a que se trata de asuntos directamente relacionados con los presupuestos básicos de todo

¹⁴ Ibidem

¹⁵ Urrutia Silva Osvaldo, Ob.Cit., página 137.

estado de Derecho, lo que no significa que tales límites se vuelvan absolutos hasta el punto de impedir todo control jurisdiccional sobre materias que alguna autoridad con la potestad respectiva haya calificado como secretas; ello significaría crear zonas de inmunidad fuera de toda concepción de Estado de derecho.

III LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, N° 18.575, Y SU RELACIÓN CON LOS SECRETOS DE LA DEFENSA.

1.-) Exégesis de los Artículos 13 y 14 en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18575: Comentario, Análisis y Críticas.

Tal como se dejó establecido en el capítulo anterior, nuestra primitiva Constitución Política no consideró de manera expresa y formal una concepción de transparencia para la función pública como principio rector para todas las actuaciones administrativas. Sin embargo, tal circunstancia no implica la consideración de un principio opuesto, ya que sólo una adecuada transparencia es coherente con el principio de servicialidad hacia la persona humana y de respeto al bien común; ambos considerados fines primordiales del Estado, consagrados en la misma Carta Fundamental.

En Chile el principio que regía, tal como afirmó la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, es el de la publicidad para el actuar administrativo del Estado. Al fin y al cabo, tal conducta es la única manera de concretar un control ciudadano a las autoridades y lograr que, efectivamente, la administración se encuentre al servicio de la persona humana.

La situación legal de la no existencia de este principio expreso de transparencia y publicidad aplicable a los órganos del Estado, tal como hicimos referencia extensamente durante todo el primer capítulo, termina con motivo de las reformas a la Carta Fundamental, publicadas en el diario oficial el 26 de agosto de 2005. Tales modificaciones pasan a consagrar dicho principio en el artículo 8°.

Si bien es cierto que el secreto o reserva en temas militares es una herramienta constante y eficiente para las actuaciones del Estado, en la actualidad pasa a ser celosamente regulado. Efectivamente, es de vital importancia el hecho de que la sociedad moderna precise y remarque la tendencia mundial

en todas las democracias. El secreto o secretismo de la administración, como una de las constantes de su actuación, hoy desaparecen.¹⁶

Esta sociedad precisa que la persona humana participe en los asuntos públicos y condición sine qua non, resulta ser su información, siendo relevante la accesibilidad, cantidad y calidad de aquella.¹⁷ Sin embargo, no es menos cierto que para el cumplimiento de la función defensa, que constituye un deber del Estado consagrado constitucionalmente, necesariamente deben existir limitaciones a las fuentes de información gubernamentales que digan relación con aspectos de la seguridad nacional. En temas de defensa y de seguridad nacional, la Administración chilena ha preferido la confidencialidad, tal como veremos al momento de analizar las diferentes normativas acerca del secreto y reserva que nuestro país presenta dentro de su ordenamiento jurídico interno.

La pugna entre publicidad y secreto ha sido largo tema para nuestra legislación administrativa desde hace años. Si se consagra el principio de publicidad en el ordenamiento jurídico chileno es también innegable que debe además considerarse la posibilidad de negar el acceso a la información, estableciendo claramente los casos de secreto y específicamente describiendo cuáles serán los entornos que caracterizarán a este secreto: *Sistematización, calificación, tratamiento y desclasificación* de las informaciones de defensa, que sean manejadas por las FFAA y el Ministerio de Defensa, en calidad de órganos de la Administración del Estado especializados en dicho tema.

El secreto o reserva, como herramientas para cumplir eficientemente la función defensa, debe tener un fundamento legal para que de esta manera pueda nacer a la vida del derecho y encuentre apego a la legalidad dentro de una moderna democracia representativa. No es concebible proceder con secreto en atención a meros arbitrios o caprichos administrativos, sin tener ningún fundamento legal para no dar respuesta al ciudadano que desee saber en qué se invierten los millones de dólares provenientes de la ley reservada del cobre o de los impuestos de los contribuyentes.

Sin embargo, pese a lo dicho, el Estado, al ser el responsable de la seguridad y del bienestar de los ciudadanos, inevitablemente debe crear zonas de

¹⁶ Mendoza Zuñiga Ramiro: "Notas sobre el acceso a la documentación administrativa (Acerca de la Publicidad, la Transparencia y el Secreto)" en "Revista de Derecho Público", Vol. 1996, N° 59, Página 245.

¹⁷ Ídem, página 246.

secreto de información cuya divulgación afecte, para los fines de esta obra, a la función de la defensa nacional.¹⁸

Por tanto, es entendible que cualquier divulgación de estos secretos acarree sanciones legales muy severas, como pudiese ser la pérdida de la nacionalidad chilena por traición a la patria; sanciones que contemplan el Código Penal y, específicamente, el Código de Justicia Militar.

Es un mal necesario el colocar límites a las informaciones relacionadas con la defensa, pero sólo dentro del rango de lo necesario. Si bien es cierto, la utilización legal del secreto puede permitir perpetuar el poder entre las clases dominantes convirtiendo a una democracia en un gobierno autoritario o totalitario (donde se abusa del secreto), no es menos cierto que logísticamente no es conveniente en pos de un utópico sueño de transparentar todas las actividades del Ministerio de Defensa a los países vecinos.

Dentro del amplio espectro de los secretos, desde el punto de vista administrativo el más importante será sin lugar a duda el Secreto de Estado mirado desde la óptica militar; ello porque su funcionamiento reposa sobre la jerarquía. No resulta extraño que en materias de defensa, los funcionarios relacionados deben, tanto por ley y por subordinación militar, guardar reserva de ciertas actividades.

Se crea así un secreto administrativo muy difícil de combatir.¹⁹ Tal situación será analizada cuando examinemos los Artículos 13 y 14 en la Ley de Bases, conjuntamente con el Decreto N° 26.

2.-) *Análisis de los Artículos 13 y 14 en la Ley de Base Generales de la Administración del Estado: ¿Era inconstitucional su redacción?*

La Comisión Nacional de Ética Pública, al realizar todos los trabajos ya explicados en los párrafos anteriores, tuvo como principal deseo el que sean públicos los actos administrativos de los Órganos del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento esencial. Tal idea quedó plasmada en el artículo 13 de la Ley de Bases:

Artículo 13 Inciso Tercero: “Son públicos los actos de la administración de los órganos del estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial”.

¹⁸ Urrutia Silva Osvaldo, Ob.Cit., Página 69.

¹⁹ Ibidem.

Lo dicho anteriormente constituye el objeto material directo de esta normativa y se reafirma la concepción de que el principio inspirador dentro de la Administración del Estado de Chile, siempre será el siguiente: *La publicidad es la regla general mientras que el secreto es la excepción.*

Aparentemente, este artículo no presentaría ningún problema de interpretación y recibiría una aplicación muy sencilla.

Es evidente establecer que el legislador desea que todo el proceder administrativo sea transparente y por ende ordena que los actos más los documentos que les sirvan de justificación sean los que gocen de publicidad para un verdadero control ciudadano, para así frenar los excesos de la Administración. El mismo inciso 3° es aplicable a toda la documentación que manejen los órganos que integran la Administración del Estado, la que para efectos de esta ley, señalado en su artículo 1°, está constituida por los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Órganos y Servicios Públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, las Empresas Públicas creadas por ley, sin perjuicio de ciertas empresas privadas referidas y muy especialmente para efectos de esta obra, las FFAA, de Orden y Seguridad. Sin embargo, se plantean serias dudas en torno a la constitucionalidad, por muchos estudiosos del derecho, a propósito del último inciso de este artículo: *“Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”*. Debemos señalar que el último inciso de este artículo no es el único problema de constitucionalidad que se plantea. La redacción de este artículo presenta variadas falencias que hacen muy difícil su entendimiento y arrojan claras señas de contradicciones cometidas por el legislador. El primer problema que se suscita es la remisión a la potestad reglamentaria del Presidente de la República para determinar qué casos son considerados como secretos o reservados, claramente una situación inconstitucional.

Otro problema lo plantea la contradicción entre este artículo 13 y el mismo Reglamento (Decreto N° 26), al momento de dejar en claro qué es lo que será objeto de secreto o reserva: No queda claro si es el acto o los documentos que les sirven de soporte o complemento esencial y/o directo. Finalmente, otra contradicción se suscita, entre el mismo Decreto N° 26 y artículo 13 con lo dispuesto en el nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República en su redacción de 2005. Cabe señalar que en el Diario Oficial N° 36.955, de 7 de mayo de 2001, se publica el Decreto Supremo N° 26, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que contiene, de acuerdo a su título, el reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos

de la Administración del estado, cuyo texto ha generado la reacción crítica de la comunidad jurídica por los diversos vicios de antijuridicidad de derecho público de que adolece. Lo más curioso de esta situación la constituye el hecho de que fue el propio legislador el que avaló esta inconsecuencia jurídica, y sólo se ha comenzado a tomar conciencia de esta peculiaridad con motivo de las reformas constitucionales del año 2005. Los problemas en torno a la interpretación y aplicación de este artículo, radica en entregar los casos de secreto, en calidad de excepción, a un cuerpo normativo de inferior jerarquía a la de una ley de quórum calificado; norma que en virtud de su categoría sería la responsable directa para hacerse cargo de tal labor. Se detallará la problemática a fondo cuando tratemos el análisis jurídico del decreto N° 26.

Este reglamento, como ya puede apreciarse, presentaba muchas falencias y contradicciones en su propia redacción, por lo que era de suponerse que no tendría una vida muy duradera dentro del ordenamiento jurídico chileno. Uno de los variados problemas que presentaba este reglamento encuentra origen en el párrafo tercero del decreto n° 26, donde se hace mención, en su artículo 6°, que se *“exceptúan de la publicidad regulada en los artículos anteriores, los actos administrativos, documentos y antecedentes declarados secretos o reservados de conformidad a las normas del presente reglamento, sin perjuicio de lo establecido en leyes o reglamentos especiales”*.

En general y antes de comenzar a tratar todos los puntos correspondientes a los vicios de inconstitucionalidad y legalidad que presenta el artículo 13 de la Ley de Bases N° 18575, es menester dejar en claro que el Decreto N° 26 es un cuerpo normativo que vino a complementar y a detallar todo lo referente al secreto y/o reserva tratado en los artículos de la ley ya señalada, pero que, en lugar de despejar las dudas sobre la aplicación de algunos preceptos de este artículo, sólo los vino a agravar más y a aumentar las interrogantes. Sin embargo, esto ya ha sido superado en atención a la entrada en vigencia de la Ley de Acceso a la Información Pública.

3.-) El Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado y su relación con el último inciso del artículo 13° de la Ley N° 18575: Comentarios y Análisis.

Comenzando el análisis del reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la administración del Estado o Decreto N° 26, en el párrafo 1° del ámbito de aplicación del reglamento, específicamente en su artículo 1°, es posible señalar lo siguiente:

Artículo 1°: *“El presente reglamento regula los casos de secreto o reserva aplicables a los actos administrativos y a los documentos y antecedentes que*

obren en poder de los órganos de la Administración del Estado a que se refiere el artículo 11 bis de la ley 18.575 (hoy artículo 13)”.

Existe concordancia entre este reglamento y los artículos 13 y 14 en torno a que el secreto siempre será la excepción. Lo anterior queda demostrado en el artículo 2 correspondiente al párrafo 2º llamado de la publicidad de los actos y documentos de la Administración del Estado:

Artículo 2º: “La función pública se ejerce con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ello.

En tal virtud y salvo las excepciones establecidas en el presente reglamento y en otras normas vigentes, son públicos los actos administrativos de los órganos de la administración del estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

Asimismo y con iguales excepciones, son públicos los informes y antecedentes que las empresas privadas que presenten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18046, sobre sociedades anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no ejerza su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en el artículo 11 bis de la ley N° 18575 (hoy artículo 13)”.

No hay ninguna dificultad en dejar consagrado que entre el reglamento y el artículo 13 existe concordancia al sostener que el secreto es siempre la excepción. Sin embargo, los problemas surgen de la sola lectura del inciso final, ya señalado en párrafos anteriores, en el artículo 13, donde se habilita a la potestad reglamentaria del Presidente de la República para que mediante uno o más actos administrativos establezca los casos de secreto o reserva, entendiendo con esto que se faculta a dicha autoridad para que precise o detalle las cinco causales que contempla el artículo 13 de la ley 18575 o para que incorpore nuevas hipótesis, adicionales a aquellas.²⁰

Las cinco causales, que consagra el artículo 13 de la ley N° 18575, son:

²⁰ Fernández González Miguel Ángel: “El Principio de Publicidad Administrativa”, en Varios Autores: “La Administración del Estado de Chile, Decenio 1990-2000”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Editorial Jurídica Conosur, 2000, página 762.

Artículo 13: *“Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos, son:*

- 1.-) La reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias.
- 2.-) El que la publicidad impide o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.
- 3.-) La oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos
- 4.-) El que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido.
- 5.-) El que la Publicidad afecte la seguridad de la nación o el interés nacional”.

Las excepciones al principio de publicidad siempre deben interpretarse y aplicarse de forma restrictiva, con lo cual resulta obligado privilegiar en todo caso, y especialmente ante la duda, la publicidad de los documentos y antecedentes.²¹

Resulta interesante destacar que en el artículo 13 de la ley N° 18575, en dos oportunidades se hace mención al mecanismo de remisión a la potestad reglamentaria para proceder con el secreto o reserva.

La primera la constituye, como ya dijimos, el último inciso del artículo 13 y la segunda es la excepción que plantea el mismo artículo al mencionar que: *La reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias.*

Dicho numeral posee un amplio margen de aplicación, pues constituye en definitiva la adición de más causales por la cual se podrá denegar la entrega de información por parte de la administración hacia la opinión pública. Encontramos un vicio de inconstitucionalidad a la hora de examinar dicho numeral, que se explica porque el rango público de los actos administrativos, que es un valor de jerarquía constitucional, constituye uno de los principios básicos de la organización administrativa de Chile y, al tenor de

²¹ Ídem, página 757

los preceptuado en el artículo 38 inciso 1 de la Constitución Política de la República, dicha organización básica se encuentra determinada en un precepto Orgánico Constitucional, como lo es el artículo 3 inciso 2º de la ley 18575.²²

Por ende, siguiendo el aforismo jurídico, donde hay una misma razón debe existir una misma disposición; si el principio general, la publicidad y transparencia de los actos administrativos, se encuentra contemplado por mandato de la Carta Fundamental, en la Ley de Acceso a la Información Pública, entonces las excepciones a dicho principio deben tener también ese carácter. Inclusive y más aún si la confidencialidad se refiere a los documentos y antecedentes en que se basa el acto.²³

Lamentablemente, el Decreto N° 26 y la misma excepción N° 1 del artículo 13 violentan con claros rasgos de fraude al Poder Constituyente al no respetar el quórum requerido para aprobar las salvedades a tan relevante principio, el cual ha sido explícitamente incorporado en nuestra legislación, mediante una normativa que dice relación, precisamente, con la probidad administrativa.

Por tanto, dicha excepción del artículo 13 y la remisión que hace el último inciso de ese mismo artículo gozan de inconstitucionalidad en atención a que la confidencialidad sólo puede ser establecida por preceptos legales orgánicos constitucionales y esta potestad legislativa no puede ser jamás renunciada, ya que se trata de una reserva legal fuerte o absoluta.²⁴ Esto último, especialmente si se considera que, en no pocas ocasiones, la confidencialidad dice relación con la regulación del ejercicio o defensa de los derechos fundamentales y con las limitaciones impuestas a ellos.

Debemos también mencionar que la disposición en análisis es curiosa ya que viene a fracturar en su médula el sistema concebido en los artículos 13 y 14 de la ley N° 18575, en atención a que esos artículos consagran el carácter público de los actos administrativos.²⁵

Haciendo evidente la renuncia a lo que es propio y exclusivo de su competencia, el legislador viene ahora, en el inciso final de artículo 13, a facultar expresamente a la propia Administración para que, vulnerando la reserva

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ídem, página 762-763

²⁵ Ídem, página 763

legal, el principio de separación de funciones y otras condiciones elementales del sistema de pesos y contrapesos consagrado en la Carta Fundamental, pase a agregar nuevos casos de confidencialidad a los ya señalados en el mismo inciso final del artículo citado.²⁶

Por tanto, y en consecuencia, el inciso final del artículo 13 de la ley N° 18575 es claramente inconstitucional como también lo son los reglamentos que en su virtud se dicten; que involucra directamente el ya señalado Decreto N° 26. Ello se debe a que la determinación de los casos en que los documentos y antecedentes que han servido de base a los actos de la Administración del estado pueden ser declarados confidenciales, es un asunto de competencia exclusiva del legislador orgánico constitucional.²⁷

Resulta incomprensible, jurídicamente hablando, pretender justificar este tipo de regulación en el artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el cual en parte alguna entregó al reglamento señalar los casos de actos administrativos secretos o reservados.

Es necesario señalar que los actos administrativos pueden ser declarados secretos o reservados no sólo en virtud del reglamento en comento, sino también en virtud de otras normas jurídicas vigentes, las que no son determinadas en su naturaleza jurídica de fuente formal por el precepto reglamentario, por lo que surge la inquietud sobre el tipo de norma jurídica referida por este último y la determinación de la vigencia de ellas. Esto es ¿deben estar vigentes en cualquier tiempo o para una mayor garantía de los interesados, sólo al momento de publicación del citado reglamento?²⁸

En tal sentido, a pesar de que el artículo 6° alude a reglamentos especiales, persiste la interrogante sobre las normas jurídicas vigentes de que trata el artículo 2 inciso 2° del mismo, dado el diferente lenguaje empleado por la Administración. La misma incertidumbre surge respecto de la declaración de secreta o reservada de la documentación administrativa en virtud de otras normas jurídicas vigentes, conforme a los preceptos indicados.²⁹

En definitiva, el reglamento citado adolece de un profundo vicio de antijuridicidad de derecho público. Dicho con otras palabras, el Decreto N° 26

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ídem,, página 37-38

²⁹ Ídem, página 38

extendió un régimen de excepción a casos no autorizados por la norma legal orgánica constitucional.

Siguiendo con las problemáticas que planteaba el Decreto N° 26, podremos encontrar que en su primer artículo se hace referencia a que el secreto es aplicable tanto a los actos administrativos como a los documentos y antecedentes que obren en poder de los Órganos de la Administración del Estado; mientras que en el artículo 6° correspondiente al párrafo 3°, donde se trata en forma detallada todo lo relacionado al tema del secreto o reserva de este cuerpo legal, también se hace mención a que tanto **actos** como **documentos** podrán ser considerados como secretos si caen en algunas de las causales que el mismo cuerpo normativo considera.

Es digno de remarcar que entre el Reglamento y Ley N° 18575 hay diferencias casi irreconciliables. La ley permite que sólo sean decretados como secretos los documentos y antecedentes que sean el soporte de dichos actos, por lo que el Reglamento estaría en pugna con una normativa de nivel jerárquico superior. Dentro de este orden de cosas, al examinar el Decreto N° 26 en su párrafo 2°, justamente donde trata el tema de los actos y documentos públicos, este cuerpo normativo consagra la publicidad para ambos y avanzando en su análisis, en el párrafo 3° comienza con el título: *Del secreto y la reserva de los actos y documentos*, dejando en claro que para esta normativa, el secreto cubre a ambas figuras legales, no distinguiendo tal como lo hace la ley N° 18575.

Con la lectura del último inciso del artículo 13 de la ley 18575, queda conformado que los actos administrativos y su fundamentación son siempre públicos; por ello sólo pueden ser confidenciales los documentos y antecedentes en que se funden aquellos actos administrativos. Si comparamos el tercer inciso del artículo 13 con su último inciso podemos encontrar dificultades a la hora de interpretar y aplicar este precepto legal. En un comienzo, el espíritu de la ley nos ha señalado que en todo momento un acto administrativo será público, mientras que la excepción será el secreto. Luego, al confrontar estos dos incisos, se nos deja claro que un acto será público y que sólo se admitirá como secreto o reservado los documentos que sean su soporte. A nuestro juicio, el legislador se equivocó, pues claramente confunde los conceptos. La pugna entre ambas normativas encuentra solución, lógicamente, por la preferencia a lo que diga la ley N° 18575. En el inciso 3 y último del artículo 13 hay concordancia en que siempre los actos serán públicos, mientras que la documentación será catalogada de secreta si las circunstancias así lo ameritan.

La situación descrita en los párrafos anteriores, se complica a la hora de llevar a la práctica algunos preceptos legales dentro de los ámbitos de la defensa nacional.

Si bien la esfera de aplicación del Decreto N° 26, cubre el accionar de las FFAA y del Ministerio de Defensa, dicho Decreto sólo es otro de los tantos cuerpos normativos dentro del ordenamiento jurídico chileno, que hace mención al tema *Defensa*. El artículo 13 de la ley N° 18575, dentro de su último inciso sólo menciona el termino *Seguridad de la Nación o Interés Nacional*; conceptos que son muy amplios pero que sin embargo incluyen dentro de forma necesaria a la función defensa.

Pese a lo señalado de que, de acuerdo con el tenor literal de la ley, primaría el último inciso del artículo 13, donde sólo serían reservados los documentos, no así las actividades de la Administración del Estado que en todo momento será pública; el asunto plantea ya ribetes de inconstitucionalidad si comparamos este último inciso con el nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República, que, como ya vimos en extenso en el primer capítulo, reza de la siguiente manera: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional”*.

CONCLUSIONES

En el pasado, el tratamiento del secreto administrativo era muy vago. No existía claridad en nuestra legislación sobre cómo y cuándo un jefe de servicio de un órgano administrativo se encontraba facultado para actuar con reserva. Asimismo, existían vicios de antijuridicidad cuando un simple Decreto establecía taxativamente las causales para invocar al secreto. Por tal razón, la discrecionalidad administrativa en torno al tema era muy amplia.

En atención al nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República, que vino a concretizar el anhelo del legislador en torno a constitucionalizar el derecho de acceso a la información administrativa, pasan a ser públicos tanto los actos como la documentación que la sirva de soporte o complemento directo y la excepción del secreto cubrirá a ambos. La odiosa distinción entre actividad y/o documentación debe dejarse en el olvido.

Sin embargo, el Decreto N° 26 fue fundamental en el funcionamiento de muchas actividades castrenses, que eran guiadas por las FFAA a través del

Ministerio de Defensa y resulta destacable el hecho de que este cuerpo legal se haya adecuado de manera impresionante a las necesidades de la defensa, de manera muy similar a como lo hizo en su época de gloria el Decreto Supremo N° 291, el cual era muy semejante al Decreto 26, y que nació durante el Gobierno Militar, en tiempos delicados para defender nuestra soberanía frente a amenazas bélicas de nuestros vecinos. Es posible que muchos elementos de este otrora cuerpo legal del Gobierno del General Pinochet hayan sido tomados para la creación del Decreto 26. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el artículo 7° de este cuerpo normativo, donde se señala que *“los actos y documentos de carácter secretos, serán conocidos sólo por las autoridades o personas a las que vayan dirigidas y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución. Los actos y documentos de carácter reservados, por su parte, serán conocidos únicamente en el ámbito de la unidad del órgano a que sean remitidos, tales como la división, departamento, sección u oficina”*. Lo señalado anteriormente nos trae a la memoria la definición de *documento reservado* que en el pasado había consagrado el Decreto Supremo N° 291, en 1974.

El Decreto 26 era inconstitucional y su vida era efímera. El actual artículo 8° de la Constitución Política y la Ley de Acceso a la Información Pública, ya ajustan dicha inconstitucionalidad al consagrar que el secreto sea de competencia de una Ley de rango superior a un simple decreto por expreso mandato constitucional. Con dicha normativa se terminan con las inseguridades administrativas en cuanto a la aplicación del secreto como herramienta por excelencia de nuestras Instituciones competentes para ello: Las Fuerzas Armadas.

La función defensa, largamente explicada en esta obra, goza de legitimidad constitucional en nuestro país por encontrarse consagrada dentro de las Bases de la Institucionalidad y en consecuencia, los funcionarios competentes que hayan sido previamente investidos de autoridad, siempre deben atender los intereses superiores de la nación a objeto de mantener la paz. Por tanto, nunca será aceptable la utilización de información clasificada de la defensa para satisfacer los intereses de alguna persona, grupo social, para obtener beneficios económicos o favores políticos.

La función defensa, por constituir una actuación administrativa de derecho público, debe ser realizada con toda la transparencia necesaria para efectos de que la propia ciudadanía fiscalice y controle los actos de las autoridades elegidas democráticamente a través de la palabra popular. En este sentido, para todo el accionar de los funcionarios públicos, la regla general siempre sería la publicidad mientras que el secreto constituiría la excepción.

Sin embargo, en materias propias de la función defensa, una completa transparencia no deja de ser una quimera. La defensa de un Estado requiere de profesionales expertos en esta materia y en consecuencia, por necesidades logísticas, deben mantenerse en secreto. En virtud de aquello, es ineludible el hecho de que todas las normas que digan relación con actos administrativos ligados a defensa deben contemplar el secreto como la regla general y no como una excepción.

Lo anterior podría sonar a una aberrante contradicción pero que encuentra explicación atendido a que en materias de defensa es nefasto publicar todo lo relacionado con aquella actividad de forma completa sin una adecuada discriminación en torno a lo que es relevante para las necesidades estratégicas de Chile, con aquello que sí se debe publicitar en virtud de la confianza mutua tanto para los ciudadanos como para los países vecinos en la región.

Debe tenerse presente que siempre lo correcto será el hecho de que todas las actuaciones gubernamentales sean públicas y transparentes, pero sólo se admitirá al secreto como una herramienta para cumplir de una manera eficiente los fines de la defensa.

Nuestra legislación interna no era específica en torno a la importante función de la defensa y al tratamiento sistemático de *los secretos de la defensa*, a semejanza con aquellos países que integran organizaciones de importancia global como lo es la OTAN y que cuentan con una legislación mucho más avanzada en comparación con nuestro Derecho interno. En algo ayuda para la modernización de nuestro Derecho, el Artículo 8° de la C.P.R y la Ley de Acceso a la Información Pública. Sin embargo, y es lamentable admitirlo, dicha Ley no atiende de forma específica a *los secretos de la defensa*, ni a todas sus implicancias, como tampoco aborda cómo se deberá proceder por parte de las autoridades ligadas a este tema, en situaciones de conflictos bélicos que puedan ser evitadas a través de una correcta estrategia disuasiva y que deban ser enfrentadas por medio del secreto.

Por tanto, la tarea pendiente para nuestros honorables senadores y diputados, será la creación de leyes específicas que regulen el accionar administrativo de las instituciones dedicadas a la defensa nacional; que den un tratamiento sistemático y completo de lo que se entiende por los llamados *secretos de la defensa*, a objeto de determinar legalmente qué clase de actuaciones relacionadas con la defensa serán catalogadas como tales, lo que profesionalizará aún más a todo nuestro sistema operativo de defensa.

La actual realidad política que vive nuestro país ha permitido la renovación de todo nuestro obsoleto staff defensivo perteneciente a nuestras ramas

armadas. Sin embargo, a medida que modernizamos nuestras armas, la legislación nacional aún sigue siendo obsoleta por la carencia de una normativa específica y por tal razón precisa de una completa modernización que consagre a la situación de los llamados secretos de la defensa, dentro de la importancia que le corresponda. El primer paso ya se ha realizado con el surgimiento del artículo 8° en razón de las reformas constitucionales del año 2005, y que permitió, por lógica consecuencia, la derogación del Decreto N° 26, cuerpo normativo que originaba toda clase de inseguridades jurídicas a la hora de interpretar y aplicar sus preceptos por parte de las autoridades de las Subsecretarías de Guerra, Marina y Aviación, en sus cotidianas actuaciones administrativas concernientes a la defensa.

Por las razones expuestas, la situación de la defensa de Chile, en cuanto a normativa y regulación, sigue siendo precaria. En virtud de ello es imperiosa la necesidad que la labor de la defensa nacional cuente con normativas completas, eficaces y específicas que mejoren la actual realidad del tratamiento legal del *Secreto de la Defensa*. La renovación del armamento obsoleto por nuevas tecnologías, debe estar acompañado por una reestructuración del sistema legal defensivo chileno, que se ajuste a la realidad del Chile del Bicentenario.