

Alcance del secreto de los antecedentes recopilados por la Comisión Valech*

La Comisión Valech I fue creada mediante Decreto Supremo N.º 1.040 del año 2003 del Ministerio del Interior y funcionó bajo el régimen en él establecido. Éste contemplaba que los antecedentes que se aportaran a la instancia serían “reservados para todos los efectos legales”. El alcance jurídico de dicha declaración resulta poco claro, sobre todo respecto de las facultades de los tribunales de justicia. Esto porque dicha reserva emanaría de la potestad reglamentaria autónoma del presidente de la república, la que no puede interferir en materias propias de ley. Las atribuciones de los tribunales para investigar son tales, pues son objeto de codificación (Código de Procedimiento Penal). En este sentido, la reserva aludida no podría haber tenido el efecto legal de mermar las facultades investigativas del juez instructor. Por otro lado, la regulación legal de la facultad de la administración para decretar la reserva de antecedentes exigía que dicha reserva se decretara caso a caso y con fundamento, y en ningún caso podía exceder de veinte años. Finalmente, el ambiguo estatuto de la propia Comisión, podría implicar la imposibilidad de sancionar la infracción al deber de reserva, restando eficacia a la declaración de reserva.

En cuanto al acceso de tribunales a los antecedentes recopilados por la Comisión con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley N.º 19.992 de 2004 que estableció el secreto de los mimos por cincuenta años, incluyendo a “toda magistratura”, es necesario hacer algunas distinciones. La primera es

que, a partir de la reforma constitucional de 2005, se establecieron requisitos especiales para la declaración de reserva de documentos públicos, lo que incluye aquellos que fueran fundamento de un acto o resolución del Estado (art. 8). Primero, se exige que dicha reserva sea establecida mediante quórum calificado, y segundo que esté justificada en alguna de las causales establecidas en la misma disposición constitucional. En este sentido, el secreto Valech se justificaría en el derecho a la privacidad de las víctimas que aportaron los antecedentes. Ahora bien, tanto el Consejo para la Transparencia como el Tribunal Constitucional, han sostenido que estas excepciones a la publicidad deben interpretarse restrictivamente.

* Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del “Proyecto de ley que establece el carácter público de los antecedentes recogidos durante el funcionamiento de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, llamada también “Comisión Valech” (boletín N.º 9598-17).

Está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Contacto

E-mail: atencionparlamentarios@bcn.cl

Tel.: (56)32-226 3164 (Valpo.)

Matías Meza-Lopehandía G.

Es abogado (Universidad de Chile, 2009) y MSc en Derechos Humanos (London School of Economics, 2013). Sus intereses de investigación son derecho internacional público, derechos humanos y derecho constitucional.

E-mail: mmezalopehandia@bcn.cl

Tel.: (56) 32 226 3965

Equipo de trabajo

Guido Williams

Introducción

En el marco de la discusión parlamentaria relativa al Proyecto de ley que establece el carácter público de los antecedentes recogidos durante el funcionamiento de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, llamada también “Comisión Valech” (boletín N° 9.598-17), la Comisión ha solicitado a la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) que contribuya a aclarar dos cuestiones que se han suscitado en el transcurso del debate, ambas vinculadas al alcance del secreto de los antecedentes recogidos por la Comisión Valech.

La primera pregunta se refiere a si al momento en que la Comisión recibió los testimonios de las víctimas existía o no una obligación de secreto sobre los antecedentes que estas aportaran. Esta duda surgió en el debate al constatar, por un lado, que la principal fundamentación que ofreció el Ejecutivo al momento de proponer el establecimiento de un secreto absoluto por cincuenta años sobre dichos antecedentes en la Ley N.º 19.992, fue precisamente que había existido un compromiso con las víctimas en orden a que los mismos serían reservados. Por otro lado, las organizaciones de víctimas y el propio INDH han puesto en duda esta afirmación, durante la tramitación de la iniciativa.

La segunda pregunta es acerca del alcance que tiene el secreto establecido en la mencionada Ley. En particular, interesa determinar en qué medida los tribunales de justicia tienen o no acceso a los antecedentes recopilados por la Comisión Valech I y II, en atención a ciertos antecedentes recibidos por la Comisión de Derechos Humanos durante la tramitación del proyecto en discusión.

Para responder a ambas cuestiones se sigue de cerca el Informe anterior preparado por la BCN (2016) sobre este tema.

El presente documento responde a una solicitud de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, conforme a sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente, tanto la temática abordada como sus contenidos están determinados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. Su objeto fundamental no es el debate académico, si bien su elaboración observó los criterios de validez, confiabilidad, neutralidad y oportunidad en la entrega.

I. El alcance de la reserva de los antecedentes en el origen de la Comisión Valech I (Decreto Supremo N.º 1.040 de 2003)

La Comisión Valech I fue creada por el Presidente Lagos mediante Decreto Supremo N.º 1.040 de 11 de noviembre 2003 del Ministerio del Interior, con el objeto de determinar las víctimas de prisión política y tortura durante la dictadura militar (1973-1990).

Esta Comisión se constituyó el 11 de noviembre de 2003, con la publicación del señalado Decreto, y estuvo en funcionamiento hasta el 30 de noviembre de 2004 (CNPPT, s/f). Posteriormente, la Ley N.º 20.405, que creó el INDH, estableció la Comisión Valech II, cuyo mandato inicial de doce meses fue extendido por la Ley N.º 20.496.

Este apartado se centra en el alcance de la reserva de antecedentes establecida en el DS que creó la Comisión Valech I. Es relevante tener presente que dicha reserva es distinta al secreto establecido por la ley N.º 19.992 de 2004 sobre los mismos antecedentes, cuyo alcance ha sido abordado en otro informe (BCN, 2016).

1. La declaración de reserva sobre los antecedentes

Para cumplir su cometido, la Comisión Valech I debía elaborar un Informe que diera cuenta de las personas que habían padecido los vejámenes señalados, a partir de los antecedentes aportados por los interesados (artículos Quinto y Sexto)¹.

El señalado Decreto N.º 1.040 que creó la comisión, estableció en su artículo quinto la reserva de estos antecedentes. Su inciso final señala:

Todas las actuaciones que realice la Comisión, así como todos los antecedentes que ésta reciba, *tendrán el carácter de reservados, para todos los efectos legales.* (énfasis añadido).

¹ A diferencia de la Mesa de Diálogo, el objeto de la Comisión Valech no era recibir testimonios de los victimarios. Cabe recordar que la Ley estableció la reserva de identidad de estos últimos, cuando entregaren antecedentes conducentes a la ubicación de los detenidos desaparecidos, bajo determinadas circunstancias (BCN, 2016).

Como puede apreciarse, la disposición estableció el carácter reservado de dos cuestiones asociadas: (i) las actuaciones de la Comisión; y (ii) los antecedentes recibidos.

Conforme a lo anterior, es posible afirmar que desde el momento en que se conformó la Comisión, existía, una declaración de reserva sobre los antecedentes aportados.

Ahora bien, para dilucidar el alcance de la reserva, es necesario determinar qué significa “reserva” en este contexto, y cuáles son los “efectos legales” que aquella podría tener. Para dilucidar ambas cuestiones, resulta pertinente establecer qué facultades fueron utilizadas para decretar la reserva, pues esto determina el estatuto que le resulta aplicable, y por lo mismo, el significado del concepto “reserva”, y los efectos legales que podrían caberle.

Por lo anterior, las siguientes secciones examinan, respectivamente, la facultad presidencial para decretar la reserva de antecedentes al tiempo en que fue publicado el Decreto N.º 1.040, y el efecto que dicha reserva podía tener o frente a la función jurisdiccional. En segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, se describe la regulación legal de dicha facultad.

2. La facultad presidencial para decretar la reserva de antecedentes

El texto constitucional establece el principio de juridicidad, esto es, el deber de los órganos públicos de ajustar su actuar al marco constitucional y legal establecido (arts. 6 y 7)².

En este sentido, es relevante establecer el marco jurídico que habilita al Presidente de la República, a través de su Ministro del Interior, para disponer la reserva de las actuaciones y antecedentes de la Comisión creada, pues esa habilitación legal que determina el alcance de la reserva.

El Decreto N.º 1.040 invoca como su fundamento jurídico los artículos 24 y 32 N.º 8 (N.º 6 del texto

2 En este mismo sentido, el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional N.º 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) señala: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

actual) de la CPR, en relación con los incisos cuarto y quinto del artículo 1º, y con el inciso segundo del artículo 5º y 19 N.º 1 del mismo texto normativo. O sea, se funda en la potestad reglamentaria del Presidente, en relación con la finalidad y deberes del Estado y los derechos fundamentales de las personas.

Esta potestad reglamentaria, es la atribución que el texto constitucional otorga al Presidente de la República “en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”, sin perjuicio de la potestad reglamentaria que ostenta para la ejecución de las leyes (art. 32 N.º 6 CPR; N.º 8 a la época de publicación del DS). Se trata de la potestad presidencial para dictar normas jurídicas para administrar el Estado en aquello que no sea materia de ley (potestad reglamentaria autónoma), y para ejecutar leyes (potestad reglamentaria de ejecución), siempre respetando la Constitución y las leyes, “la cual puede establecer una serie de elementos, límites, medios o fines que se han de tener presente en su ejercicio” (Cordero, 2009:416).

En este sentido, el Decreto Supremo analizado es una manifestación de la potestad reglamentaria autónoma, lo que se desprende de las normas que invoca en sus vistos³, y del hecho que el Decreto no reglamenta ninguna ley. Esto significa que la declaración de reserva no podría implicar una invasión del ámbito de competencia del legislador. En otras palabras, no podría referirse a aquello que el texto constitucional denomina “materias de ley”. Este primer límite es significativo, en particular respecto del efecto que la señalada reserva podría tener respecto de la actividad de los tribunales de justicia, lo que se verá más adelante.

Un segundo límite viene impuesto por la regulación legal existente respecto de la cuestión de la reserva de antecedentes en la administración pública.

A la época de la publicación del DS N.º 1.040, la cuestión de la publicidad y reserva de los actos administrativos y de los documentos que les sirvieran de sustento, estaba regulada en la Ley N.º 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE).

3 “Visto: Lo dispuesto por los artículos 24 y 32 N.º 8 de la Constitución Política de la República, en relación con los incisos cuarto y quinto del artículo 1º, con el inciso segundo del artículo 5º y 19 N.º 1 de la misma Constitución, y Considerando [...]” (DS N.º 1.040 de 2003).

Esta norma establecía la “transparencia y publicidad administrativa” como uno de los principios que debían ser observados por la Administración pública (art. 3°). Concretamente, el artículo 13 establecía que la función pública debía ejercerse “con transparencia”. En consecuencia, los actos administrativo “y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial” eran, en principio, públicos. Por lo mismo, cualquier persona podía requerir dicha información al jefe de servicio respectivo.

La norma establecía dos mecanismos para establecer la reserva o secreto⁴ sobre los actos administrativos y los documentos que los sustentan o complementan. Uno podría denominarse *reactivo* y el otro *proactivo*. El primero de ellos permitía a la autoridad negarse a entregar la documentación cuando concurrieran alguna de las circunstancias enumeradas en el penúltimo inciso del artículo 13⁵. En ellas, se encontraba “la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias” (énfasis añadido). Esta causal configuraba la modalidad *proactiva*, esto es, la posibilidad que la autoridad estableciera de oficio el secreto o la reserva de determinados documentos.

Ahora bien, en esta materia, la discrecionalidad administrativa estaba condicionada por el procedimiento que se estableciera en uno o más reglamentos específicos, conforme a lo establecido en el inciso final del mismo 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” (énfasis añadido).

En 2001 se publicó el Decreto Supremo N.º 26 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, sobre el secreto o la reserva de actos administrativos, documentos y antecedentes de la Administración del Estado⁶. Éste estableció los criterios conforme a los cuales la autoridad administrativa podía decretar el secreto o la reserva sobre determinados actos o documentos, distinguiendo entre protección de intereses públicos y privados. En esta última categoría, se incluía los casos en que la publicidad “afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable”⁷.

La norma establecía qué debía entenderse por secreto y por reserva, respectivamente. En este marco normativo, la “reserva” consistía en la restricción del acceso a los documentos por todos aquellos “que no fueran del ámbito de la unidad del órgano a que sean remitidos, tales como división, departamento, sección u oficina”. (art. 7 DS N.º 26 de 2001)⁸. Asimismo,

4 Lo que distingue al “secreto” de la “reserva” es el número de personas que tienen acceso al documento. Mientras que la primera categoría permite el acceso sólo a “las autoridades o personas a las que vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución”; el segundo otorga acceso a quienes “el ámbito de la unidad del órgano a que sean remitidos, tales como división, departamento, sección u oficina. (art. 7 DS N.º 26 de 2001).

5 “Artículo 13 [...] Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; 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, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.”.

6 “Artículo 1º.- 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 N° 18.575 [art. 13 ley vigente entre junio de 2003 y febrero de 2005”.

7 Artículo 8º.- Sólo podrán ser declarados como secretos o reservados los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados, de conformidad a los criterios que se señalan a continuación [...] b) La declaración de secreto o reserva basada en la protección de intereses privados de los administrados, procederá respecto de los siguientes actos y documentos: 1. Los de carácter nominativo, es decir, que conlleven o contengan una apreciación de juicio o valor sobre una persona determinada o claramente identificable; 2. Aquellos cuya comunicación o conocimiento afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable; 3. Los expedientes relativos a procedimientos sancionatorios o disciplinarios de cualquier naturaleza, sólo respecto de terceros ajenos a dichos procedimientos; 4. Los expedientes médicos o sanitarios; 5. Los que contengan o se refieran a secretos industriales y comerciales, incluyendo a los procedimientos de fabricación, las informaciones económicas y financieras, y las estrategias comerciales.

8 Por su parte, el “secreto” excluía a todas las personas, salvo a “las autoridades o personas a las que vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución” (art. 7 DS N.º 26 de 2001).

determinaba el deber del Jefe Superior del Servicio de establecer, mediante resolución fundada, cuáles serían los actos, documentos y antecedentes afectos a reserva o secreto (art. 9). Finalmente, es importante destacar que entre los efectos de dicha reserva o secreto, se contemplaba su duración, la cual no podía superar los veinte años (art. 10° letra e)⁹.

El estatuto descrito resultaba aplicable a los órganos de la Administración del Estado, esto es, “los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” (art. 1° LOCBGAE). De esta manera, a la época en que se dictó el Decreto N.º 1.040, la autoridad estaba habilitada legalmente para declarar como “reservada” o “secreta” la documentación o antecedentes *que obrasen en su poder*, en razón de, entre otras cosas, afectar la privacidad de personas determinadas o determinables¹⁰.

Ahora bien, entender la declaración de reserva contenida en el Decreto N.º 1.040 enmarcada en esta regulación suscita dos conjuntos de problemas, más allá del hecho que aquel no invocó las disposiciones vinculadas al artículo 13 de la LOCBGAE en sus vistos.

El primero, se relaciona con el carácter *sui generis* de la Comisión Valech, difícilmente encasillable como parte de la administración pública. Por una parte, esto redundaba en que el incumplimiento del deber de reserva por parte de los miembros de la Comisión carecería de efectos jurídicos, en la medida en que no fueran empleados públicos, afectando así la eficacia de la declaración de reserva. Por otra parte, la regulación descrita se refiere expresamente a la publicidad, secreto o reserva de los actos administrativos y los documentos que los sustentan o complementan (artículo 13 ley N.º 18.575 y art. 1 DS N.º 26). O sea, se refiere a las

⁹ Los efectos de la declaración de secreto o reserva estaban establecidos en el artículo 10°. Además del límite temporal, se contemplaba la limitación de las personas que tenían acceso a la documentación (letra a); la restricción de acceso a los lugares donde se encontrara el material clasificado (b); la obligación de los funcionarios de resguardar los documentos (c); la obligación de informar a la prensa el carácter reservado de los documentos que llegaren a su poder (d).

¹⁰ El texto destacado podría ser significativo en la medida en que los antecedentes sobre los que el DS N.º 1.040 declara la reserva, no se estaban bajo la custodia del Ministerio del Interior al momento de publicarse dicha norma, sino que serían recibidos en el futuro por la Comisión (y no por dicho Ministerio).

decisiones formales de la administración en ejercicio de sus facultades (actos administrativos)¹¹; y a los documentos que les sirvieron de base a dichas decisiones¹². Por lo mismo, el reglamento se refiere a la documentación o antecedentes que obren en poder de la administración, lo que resulta doblemente paradójico en este caso. Primero, porque, como se ha señalado, la Comisión no parecer ser parte de la Administración del Estado; y segundo, porque la documentación a que se refiere el decreto al momento en que se promulgó el Decreto, estaba aun en poder de las víctimas, y se esperaba que fuera entregada a la Administración. Esto supone otra dificultad. Todo el entramado del Decreto N.º 26 de 2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que regula la declaración de reserva o secreto, apunta a una evaluación caso a caso de cada documento que pretende ser reservado, lo que no está contemplado en el Decreto N.º 1.040.

El segundo grupo de problemas, vinculado con lo anterior, se refiere a la falta de cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en dicha normativa. En particular, la falta de fundamento de la decisión de reserva y la falta de especificación de los documentos que quedarían bajo reserva, como le exigía la normativa analizada (art. 9° Decreto N.º 26 de 2001).

Lo anterior no significa necesariamente que el Decreto haya sido inválido, pero sí parece indicar que resulta algo forzado entenderlo como una emanación de la potestad regulada en el artículo 13 de la LOCBGAE.

3. La reserva de antecedentes ante tribunales

Como se indicó arriba, la facultad de decretar la reserva o secreto de determinados antecedentes por parte del Presidente de la República emanaba de su potestad reglamentaria autónoma. En este sentido, no podía invadir la competencia reservada al legislador.

¹¹ El reglamento citado entiende por acto administrativo “las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración, en las que se contienen declaraciones finales de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública” (art. 3 letra a DS N.º 26).

¹² El reglamento citado entiende por “[s]ustento o complemento directo, los documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo en que concurren y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre las bases de esos documentos.” (art. 3 letra d DS N.º 26).

El artículo 63 de la CPR (art.60 a la época de la publicación del DS) establece las materias reservadas a la ley. Entre ellas, se encuentran las que sean objeto de codificación (N.º 3), o sea, aquellas materias que estén incluidas en un Código legal, por ejemplo, el Código de Procedimiento Penal.

En este sentido, la reserva establecida por el DS N.º 1.040 sobre los antecedentes aportados por la víctimas no podría afectar la labor jurisdiccional de los tribunales de justicia, porque esto implicaría una invasión del dominio reservado al legislador. Esto, porque las facultades de investigación de los jueces (del sistema consagrado en Código de Procedimiento Penal aplicable a los crímenes perpetrados en dictadura), son materias objeto de codificación. O sea, son materias de ley. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que las normas “decisoria litis”, esto es, aquellas que señalan “las directrices, pautas o facultades conforme a las cuales el juez debe resolver la causa sometida a su decisión una vez fijada su competencia”, son materia de ley común (STC rol 271: c. 16)¹³.

De esta manera, pareciera que el secreto de los antecedentes aportados por las víctimas a la Comisión Valech no era oponible a los tribunales, al menos, mientras esta funcionó en el marco normativo que le otorgó el DS N.º 1.040 de 2003 del Ministerio del Interior.

En síntesis, se puede sostener que el Decreto que creó la Comisión Valech I, sí contemplaba una disposición relativa a la reserva de antecedentes. Sin embargo, su validez, alcance y eficacia es, al menos, poco clara. Por una parte, si la habilitación legal con que contaba la autoridad para decretar dicha reserva fuese la contemplada en las normas de transparencia de la Ley N.º 18.575, la misma no podría exceder los veinte años, debía ser decretada caso a caso y con fundamento. Por otro lado, hay buenos argumentos para sostener que la reserva establecida en Decreto N.º 1.040 no podía limitar las atribuciones de los tribunales de

justicia para acceder a los mismos en el marco del ejercicio de su jurisdicción¹⁴. Finalmente, el ambiguo estatuto de la propia comisión, podría implicar la imposibilidad de sancionar la infracción al deber de reserva, restando eficacia a su declaración.

II. Los tribunales de justicia y el secreto legal de los antecedentes de las comisiones Valech

1. El secreto de antecedentes en la Ley 19.992

La entrada en vigor de la Ley N.º 19.992 de 2004, modificó el estatuto aplicable a los antecedentes recopilados por la Comisión Valech I. De hecho, la norma legal estableció (i) el carácter secreto de los antecedentes por un lapso de cincuenta años; (ii) la custodia de los mismos por el Ministerio del Interior; (iii) extensión del secreto a toda persona, grupo de personas, autoridad o magistratura, lo que incluye a los tribunales de justicia; (iv) estableció un castigo penal para quienes habiendo trabajado en la Comisión, violaren el secreto; y (v) estableció que los titulares de los antecedentes aportados podrían darlos a conocer por su propia voluntad (art.15).

Particularmente relevante para este análisis son los puntos (iii) y (v), que están contenidos en el inciso tercero del artículo 15 de la citada ley:

Mientras rija el secreto previsto en este artículo, ninguna persona, grupo de personas, autoridad o magistratura tendrá acceso a lo señalado en el inciso primero de este artículo, *sin perjuicio del derecho personal que asiste a los titulares* de los documentos, informes, declaraciones y testimonios incluidos en ellos, para darlos a conocer o proporcionarlos a terceros por voluntad propia.

13 En el mismo sentido STC 318, c. 7, STC 378, c. 24, STC 1001, c. 9 (Navarro y Carmona, 2015). En cuanto a si una modificación de las facultades de los tribunales, como aquella de requerir información, constituiría una “atribución” en el sentido del artículo 77, y por lo tanto requeriría de quórum calificado, el Tribunal Constitucional ha interpretado restrictivamente el alcance de las materias que deben regularse vía ley orgánica constitucional, entendiendo por “atribuciones” solo aquellas materias que se refiere a competencia (BCN, 2015).

14 En este sentido, cabe tener presente que la Comisión Rettig también fue creada mediante un Decreto Supremo. Éste estableció el carácter reservado de las actuaciones de la Comisión (aunque no de sus antecedentes), y facultó a aquella para resguardar la identidad de quienes proporcionaren antecedentes o trabajaren en la Comisión (arts. séptimo y octavo). Cuando la Ley N.º 19.123 estableció la “absoluta confidencialidad” de los antecedentes, pero resguardando el acceso de los Tribunales de Justicia a aquellos.

De esta manera, los tribunales quedaron expresamente excluidos del acceso al conjunto de estos antecedentes, salvo respecto de las partes de éstos que sen puestos a su disposición por quien los entregó a la Comisión.

2. La reforma constitucional de 2005 y el secreto de la Ley 19.992

Ahora bien, la reforma constitucional de 2005 elevó los principios de publicidad y transparencia de la función pública a rango constitucional¹⁵. En lo pertinente, el nuevo inciso segundo del artículo 8° señala:

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.

Esta disposición es relevante, porque los antecedentes de la Comisión Valech constituyen los fundamentos para calificar administrativamente a quienes prestaron su testimonio como víctimas de prisión política y/o tortura, por lo que serían, en principio públicos. Ahora bien, la misma disposición, establece que pueden ser reservados o secretos, cuando se cumplan dos requisitos. Primero, que una ley de quórum calificado así lo determine. Y segundo, que dicha ley se funde en las causales que la misma disposición establece.

El carácter de calificado o no del secreto establecido en la Ley N.º 19.992, se resuelve apelando a la disposición cuarta transitoria del mismo texto constitucional. Esta señala que las leyes vigentes al momento de la entrada en vigor de la reforma constitucional, que de acuerdo al texto constitucional requiriesen quórum orgánico o calificado, se “entenderá que [...] cumplen estos requisitos y *seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución*, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”¹⁶. Lo anterior es relevante para

15 El principio de publicidad se refiere a notificar o hacer público los actos y resoluciones, por su parte, el principio de transparencia se refiere a notificar o hacer públicos los fundamentos y el procedimiento de dichos actos y resoluciones.

el análisis, ya que la supervivencia del secreto establecido en la ley N.º 19.992 quedó limitado a su compatibilidad con el nuevo artículo 8°.

El segundo requisito para que la reserva o secreto sea constitucionalmente válida, es que la excepción a la publicidad se justifique en algunas de las causales que ella misma establece. En este caso, resulta pertinente la afectación de los derechos de las personas, en particular, su derecho a la privacidad.

3. La Ley de Acceso a la Información Pública y el secreto de la Ley 19.992

En 2008, entró en vigor la Ley N.º 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, que regula el principio de transparencia de la función pública (o Ley de Transparencia), incluyendo las excepciones a la publicidad de la información (art. 1). En concordancia con la disposición constitucional citada, la Ley declara como públicos, en principio, (i) los actos y resoluciones administrativos; (ii) sus fundamentos; (iii) los procedimientos utilizados para dictarlos; (iv) la información elaborada con presupuesto público; y (v) “*toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración*, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento” (art. 5; énfasis añadido)¹⁷.

Ahora bien, el mismo artículo 5 sujeta esta publicidad a las excepciones contempladas en la ley y “en otras leyes de quórum calificado.” Por su parte, el artículo 21 de la Ley, contempla como excepción a la publicidad la reserva de “documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados

16 La Contraloría General de la República ha sido explícita en la aplicabilidad de esta norma transitoria al secreto Valech. Ha señalado que “el artículo 15 de la Ley N° 19.992, al disponer el carácter secreto de los documentos, testimonios y antecedentes aportados a la aludida Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, es una norma que se mantiene vigente, produciendo los efectos que le son propios”, en atención, justamente, a la disposición cuarta transitoria de la CPR (Dictamen N.º 77.470 y 41.230).

17 Fernández (2009) advierte que el hecho de que esté en poder de la administración no sería suficiente para darle el carácter de documentación pública. Se requeriría además, que se encuadre en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 8° del texto constitucional, esto es, constituir un acto, una resolución, o su fundamento o ser constitutiva del procedimiento seguido para dictarlos. En este caso, los antecedentes Valech serían el antecedente para la calificación de las víctimas.

o secretos, *de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política*” y cuando su divulgación pueda afectar “los derechos de las personas”, en particular, cuando se refiere a su privacidad (énfasis añadido)¹⁸.

Desde el punto de vista del acceso de tribunales a la documentación, sólo la excepción relativa a las leyes calificadas resulta pertinente, pues es evidente que la privacidad de las personas como excepción a la publicidad cede ante el requerimiento de un tribunal de justicia (vg. secreto bancario).

Lo anterior supone que la reserva que recae sobre los antecedentes aportados a la Comisión Valech, constituye una excepción al principio de publicidad, fundada en una ley que se reputa de quórum calificado, en atención a las disposiciones transitorias citadas. Conforme a lo señalado por el Consejo para la Transparencia en diversas decisiones¹⁹, apoyándose en la jurisprudencia constitucional (rol 1.800-10), dichas excepciones deben interpretarse restrictivamente. Además, deben estar fundadas en las causales de excepción establecidas en el texto constitucional, lo que concuerda con lo establecido en el artículo 21 citado.

El artículo 8 constitucional establece como causal de excepción “los derechos de las personas”, lo que incluye la privacidad. De esta manera, los antecedentes Valech estarían protegidos por el secreto establecido en la Ley N.º 19.992, pero el alcance de dicho secreto debe ser entendido restrictivamente en relación con las causales que lo justifican, en este caso, la privacidad de las víctimas²⁰. Esto porque la validez de dicha disposición descansa en la disposición transitoria que sólo deja subsistente

aquello que sea compatible con el texto constitucional.

En este sentido, cabe recordar que la Ley de Transparencia reconoce el principio de la divisibilidad, conforme a lo cual, un acto que contiene información pública e información clasificada, puede ser publicado en forma parcial (art. 11 letra e). Así, el secreto podría quedar limitado únicamente a la identidad de la víctima, siendo públicos todo el resto de los antecedentes.

De lo anterior se sigue que los tribunales de justicia podrían tener acceso, al menos, a los antecedentes sin identificación de la víctima, pues a partir de la reforma constitucional de 2005, el secreto calificado debe estar siempre justificado en alguna de las causales constitucionales, debiendo éstas interpretarse restrictivamente. Ahora bien, de acuerdo a la información recabada en el INDH, que es el custodio legal de los antecedentes, hasta la fecha no han existido requerimientos de tribunales para acceder a aquellos recopilados por la Comisión Valech I, en contraste con lo sucedido con la Comisión Valech II, que se ve a continuación (Ljubetic, 2016).

4. Comisión Valech II

Por otra parte, la Ley 20.405 de 2010 creó la Comisión Valech II, con un mandato que incluía la calificación de las víctimas de prisión política y tortura. Esta ley, estableció un régimen de secreto distinto que el de la Ley N.º 19.992, por cuanto solo estableció que “[t]odas las actuaciones que realice la Comisión, así como todos los antecedentes que reciba, tendrán el carácter de reservados, para todos los efectos legales”, sin establecer un plazo de vigencia del secreto, ni su extensión a los tribunales, ni penas para la infracción del deber de secreto.

Finalmente, la Ley N.º 20.496 de 2011, que amplió el plazo de funcionamiento de la comisión “Valech II”, estableció que la Comisión Valech y sus funcionarios, “se encontrarán sujetas a las mismas obligaciones, prohibiciones y sanciones establecidas en el artículo 15 de la ley N.º 19.992”. Así se extendió el estatuto de reserva aplicable a los antecedentes recopilados por la comisión “Valech I”, pero sólo respecto de las personas señaladas, sin que el secreto alcance a los tribunales de justicia.

De hecho, a partir del Dictamen N.º 41.230 de la CGR, el INDH comenzó a entregar los

18 En concordancia con la disposición constitucional transitoria ya citada, el artículo 1 transitorio de la Ley de Transparencia dispone que “los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la [reforma constitucional de 2005], que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos” se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado.

19 Cfr. decisiones de amparo roles C969-12,;C415-11 y C527-11.

20 El artículo 21 de la Ley de Transparencia establece las causales de secreto o reserva de antecedentes que permiten denegar el acceso a los mismos. Entre ellas contempla los casos en que “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” (numeral 2; énfasis añadido).

antecedentes solicitados por tribunales de justicia, recibidos por la Comisión Valech II (Carmona, 2014). Lo hizo en el entendido que la Ley 20.405 no sería de quórum calificado, y teniendo presente que la Contraloría se abstuvo de pronunciarse sobre el deber de entregar los antecedentes frente a un requerimiento de tribunales (INDH, 2014).

Referencias

- BCN. (2004). Historia de la Ley N.º 19.992 Establece pensión de reparación y otorga otros beneficios a favor de las personas que indica. Disponible en: <http://bcn.cl/1szht> (octubre, 2015).
- (2015). El Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación restrictiva del alcance de las materias que deben regularse vía ley orgánica constitucional. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/1wo2e> (julio, 2016).
 - (2016). El carácter secreto de los antecedentes de la Comisión Valech: derechos humanos y experiencia extranjera. Informe elaborado por Matías Meza-Lopehandía. Disponible en: <http://bcn.cl/1wo2f> (julio, 2016).
- CNPPT. (s/f). Informe. Disponible en: <http://bcn.cl/1sz4n> (mayo 2016).
- Cordero, E. (2009). El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 32, pp: 409-440. Disponible en: <http://bcn.cl/1wnc2> (julio, 2016).
- Fernández, M. A. (2009). Objeto del principio de publicidad, a propósito del artículo 5to de la Ley no. 20.285. *Revista de Derecho Público*, 71, pp. 47-63.
- INDH. (2014) Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile 2014. Disponible en: <http://bcn.cl/1t0pg> (mayo, 2016).
- Ljubetic, Y. (2016). [comunicación telefónica con el autor; 21 de julio de 2016].
- Navarro, E. y Carmona, C. (editores). (2015). Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 59.

Textos normativos y jurisprudencia

- Decreto Ley N.º 3.464 (Constitución Política) [texto vigente desde el 22 de mayo de 2003 al 25 de agosto de 2005]. Disponible en: <http://bcn.cl/1uyn0> (julio, 2016)
- Decreto Supremo N.º 26 de 2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia [texto vigente al 11 de noviembre de 2003]. Disponible en: <http://bcn.cl/1wnfb> (julio, 2016).
- Decreto Supremo N.º 1.040 de 2003 del Ministerio del Interior. Disponible en: <http://bcn.cl/1wne8> (julio, 2016).
- Ley N.º 18.575 [texto vigente desde el 23 de junio de 2003 al 15 de febrero de 2005]. Disponible en: <http://bcn.cl/1uw4b> (julio, 2016).
- Tribunal Constitucional. Causa de inaplicabilidad presentado por Televisión Nacional de Chile respecto de los artículos décimo h) y 33 b) de la Ley N.º 20.285, en los autos Rol N.º 945-2010 sobre reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia. Causa acumulada a la causa rol 1.732-10 del Tribunal Constitucional. Rol 1.800-10. Disponible en: <http://bcn.cl/1wpa6> (julio, 2016).