



TRANSPARENCIA & SOCIEDAD

EDICIÓN N° 1 · Junio 2014

EMILIO MOYA DIAZ · VERONICA CID BOTTESELLE

Hacia una propuesta de transparencia en los partidos políticos de Chile

RODRIGO MORA ORTEGA

Una revisión sobre las tensiones entre el derecho a la información y el derecho a la verdad histórica

EOLO DÍAZ-TENDERO · DANIEL PEFAUR

El derecho de acceso a la información pública como principio de acción en la modernización de la gestión pública y del Estado: Mediciones y efectos en Chile

JOSÉ LUIS MARZAL RUIZ · JUSTINO JOSÉ NÚÑEZ QUIROZ

La experiencia mexicana de medición y efectos del acceso a la información en la gestión del Gobierno

ANJULI TOSTES FARIA OSTERNE · JÉSSICA SCHUENCK DE MELO

Medición y efectos del acceso a la información en la Gestión del Estado (Brasil)

Una revisión sobre las tensiones entre el
**DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL
DERECHO A LA VERDAD HISTÓRICA**

RODRIGO MORA ORTEGA

Abogado de la Universidad de Chile, Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Chile, Diploma in Public Policy de la Universidad de Chicago. Coordinador Legal Fundación Pro Acceso, Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez.
rodrigomoraortega@gmail.com

Resumen

El artículo busca establecer en base a casos de jurisprudencia, las tensiones que surgen entre la aplicación del Derecho de Acceso a la Información Pública y el Derecho a la verdad histórica. El análisis se centra en dos áreas, la primera se centra en el contexto del manejo de los archivos y potenciales riesgos al patrimonio documental. La segunda, establece una reflexión y discusión sobre los límites del acceso a la información en el caso del acceso a archivos relativos a casos de violación de Derechos Humanos y su potencial divulgación pública.

Palabras clave: derecho de acceso a la información, verdad histórica, derechos humanos.

Abstract

The article seeks to establish the tensions that can arise from the application of the right to access to information and the right to historical truth. The analysis focuses on two areas, first, the risks around the archives and the documental patrimony. In second place, the author invites the readers to a discussion about the limits of access to information in human rights violation cases, and their potential exposure to the public.

Key words: right to access to information, historical truth, human rights.

SOBRE EL DERECHO A LA VERDAD HISTÓRICA

En el contexto de los principios generales establecidos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos para proteger y promover los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad se han desarrollado líneas argumentativas en torno a la creación de un Derecho Fundamental implícito (adscrito a otro consagrado ya en una norma) denominado “Derecho a la memoria histórica” enmarcado en uno de mayor entidad que es el “Derecho a saber”.

La impunidad se ha definido como una infracción a un deber estatal de “investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el Derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones” (ONU, 2005:7).

El Derecho a saber o Derecho a la verdad ha sido conceptualizado por primera vez por un informe de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU suscrito por Louis Joinet, donde delimita acertadamente que el Derecho a la verdad no puede ser agotado únicamente en su faz individual, entendido como saber lo ocurrido, sino que considera una dimensión colectiva que busca que en el futuro dichas violaciones masivas no se reproduzcan. Se ha establecido incluso que este Derecho tendría su raíz en el Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949 en relación con las personas desaparecidas y fallecidas a raíz del conflicto bélico, donde el artículo 32 detalla el “Derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros” (González-Salzburg, 2008).

Como contrapartida, Joinet considera que el Derecho a saber contempla un deber estatal a la memoria “*a fin de prevenir contra las deformaciones de la historia que tienen por nombre el revisionismo y el negacionismo*” (ONU, 1997: párrafo 17). Con este objeto, se proponen dos clases de medidas: la primera, la puesta en marcha, a corto plazo, de comisiones no judiciales de investigación entendiendo que “los tribunales no pueden sancionar rápidamente a los asesinos y sus cómplices comanditarios”; la segunda, preservar los archivos que tengan relación con las violaciones de Derechos Humanos (ONU, 1997: párrafo 18).

Joinet (ONU, 1997: párrafo 25) propone luego tres medidas para la preservación de los archivos de la memoria y garantizar el Derecho de saber:

- a) Medidas de protección y de represión contra la sustracción, la destrucción u ocultación;
- b) Realizar un inventario de archivos disponibles, que incluya los existentes en países terceros con la finalidad de que, con su cooperación, puedan ser consultados, o en su caso, restituidos;
- c) Adaptación a la nueva situación, de la reglamentación, sobre el acceso a los archivos y su consulta, principalmente otorgando el Derecho a toda persona que sea imputada la garantía de su Derecho a respuesta y que éste sea incluido en su expediente.

En el mismo orden, se ha reforzado esta idea mediante formulaciones de derechos que han explicitado obligaciones generales para los Estados partes. En este marco, es relevante comentar el contenido del “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad” hecho por la profesora Diane Orentlicher para la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y aprobada por la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005 (ONU, 2005). En ese compendio se establecen y explicitan derechos varios, dentro de los cuales la existencia de archivos de la memoria contribuye a garantizarlos:

- El Derecho inalienable a la verdad (principio 2), que considera que “cada pueblo tiene el Derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del Derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”.
- El deber de recordar (principio 3) “que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los Derechos Humanos y el Derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”.

· El Derecho de las víctimas a saber (principio 4) consiste en que “independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el Derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”.

Luego se dice que sea que un Estado establezca o no comisiones de verdad (una de las condiciones primeras del informe Joinet), el Principio 5 de los Principios establece que se “debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los Derechos Humanos y el Derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos” (ONU, 2005).

Los Principios definen lo que significa *archivos* de la memoria en sus definiciones, entendiendo que son “colecciones de documentos relativos a violaciones de los Derechos Humanos y el Derecho humanitario de fuentes que incluyen: a) organismos gubernamentales nacionales, en particular los que hayan desempeñado una función importante en relación con las violaciones de los Derechos Humanos; b) organismos locales, tales como comisarías de policía, que hayan participado en violaciones de los Derechos Humanos; c) organismos estatales, incluida la oficina del fiscal y el poder judicial, que participan en la protección de los Derechos Humanos; y d) materiales reunidos por las comisiones de la verdad y otros órganos de investigación” (ONU, 2005).

La construcción del derecho a saber ha sido recogida ya en numerosos fallos en el marco del sistema interamericano de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ (en adelante, la Corte) conociendo de diversos casos de violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos en los países bajo su jurisdicción, ha ordenado a los Estados adoptar medidas para la preservación de la memoria de las víctimas como parte de la reparación (medidas de satisfacción individual) y también medidas para la preservación de la memoria histórica que buscan contribuir a la no repetición de los hechos (medidas de satisfacción colectiva) (Uprimmy, 2012). Este tribunal internacional ha sostenido explícitamente que “toda persona, incluyendo a los familiares de las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos, tiene el Derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas (o las víctimas), y la sociedad

como un todo, deben ser informados de lo sucedido en relación con esas violaciones” (Gómez Palomino vs. Perú).

Es en este contexto en el cual se insertan los archivos de la memoria en América Latina. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), a través de la acción de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha impulsado la sistematización, preservación y plena accesibilidad de los archivos en el marco de “obligaciones estatales que se derivan del Derecho de Acceso a la Información como instrumento para garantizar los derechos de las víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos” (CIDH, 2009a: 23). En especial, en el marco de una visita a Guatemala luego del conflicto armado, la CIDH manifestó que “el Derecho de Acceso a la Información impone a los Estados, entre otros, el deber de preservar y facilitar el acceso a los archivos estatales, cuando éstos existieron; y de crearlos y preservarlos cuando no estuvieran recopilados u organizados como tales. Cuando se trata de graves violaciones de Derechos Humanos, la información que pueden reunir estos archivos posee un valor innegable y es indispensable no sólo para impulsar las investigaciones sino para evitar que hechos aberrantes puedan repetirse” (CIDH, 2009b).

Aunque el valor de estos principios en el derecho interno chileno ha sido lamentablemente de una recepción no pacífica, en el orden latinoamericano ya la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que los principios internacionales deben entenderse como “parte del cuerpo normativo supranacional que integra el bloque de constitucionalidad” (STC T-327/2001 del 26 de marzo).

Desde el caso chileno y en esta misma óptica de análisis, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las desapariciones forzadas o involuntarias (GTDFI) que visitó Chile en 2012, entregó diversas recomendaciones en los temas de verdad, justicia, reparación y memoria. En este último aspecto, el Grupo señaló que “los memoriales y otras manifestaciones para recuperar y preservar la memoria de las graves violaciones a los Derechos Humanos y de sus víctimas (...) constituyen reconocimientos sociales colectivos sobre las violaciones ocurridas así como un rechazo y repudio a las mismas” (Sistema de las Naciones Unidas en Chile, 2012) para luego recomendar, entre otras cosas, la asignación de

¹ En especial, Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009.

partidas presupuestarias especiales para su mantenimiento y que los Ministros del Ejecutivo y jefes de las tres Fuerzas Armadas visitaran los sitios de memoria “a fin de resaltar el compromiso institucional del Estado chileno con la memoria y los Derechos Humanos” (Sistema de las Naciones Unidas en Chile, 2012).

LA REGULACIÓN DE LOS ARCHIVOS PÚBLICOS DE LA MEMORIA EN CHILE

La legislación chilena actual no distingue normativamente entre clases de archivos o clases de documentos que justifiquen en su integridad un tratamiento especial. Existen, sin embargo depósitos especiales mantenidos por personas jurídicas sin fines de lucro que buscan preservar la memoria histórica sobre graves violaciones a los Derechos Humanos, en especial, sobre lo acaecido durante el gobierno de Augusto Pinochet (1973-1990)².

Conviene recordar cuál es el régimen general de los archivos en la legislación chilena. Respecto de la custodia de los documentos simples no sujetos a reserva o secreto, el artículo 14 del DFL N°5.200 de 1929, del Ministerio de Educación, declara que deben ingresar anualmente al Archivo Nacional “los documentos de los Departamentos de Estado que hayan cumplido cinco años de antigüedad”, debiendo estar antes en los archivos de la correspondiente institución. Respecto de los actos declarados secretos o reservados, establece el artículo 22 de la Ley N°20.285 que “los documentos en que consten los actos declarados secretos o reservados por un órgano o servicio, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio, durante el plazo de diez años, sin perjuicio de las normas que regulen su entrega al Archivo Nacional”.

Los órganos de la Administración pueden, en el ejercicio de sus competencias, entregar información a terceros extraños a ella, por medio de la legislación de acceso a la información al ciudadano que la solicita, o bien a otros organismos de la Administración mediante oficios, o bien por razones de preservación histórica, como es el caso de los museos (donde al revés de los casos an-

teriores van copias originales)³. Si así lo hacen, pierden su tenencia, siendo imposible que esta documentación sea susceptible de ser solicitada por la Ley N°20.285.

Aunque en el estado actual de las cosas, la Administración del Estado no puede entregar información actualmente secreta o reservada a terceros ajenos a la Administración, aún con fines museográficos, sino hasta cuando se haya levantado dicha declaración de secreto o reserva. De otra manera se infringiría el mandato de la Ley de guardar la documentación de carácter reservada o secreta en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio, durante el plazo de diez años.

Aún con lo anterior, la Ley no distingue para el acceso a la información pública la fecha de creación de la misma, por tanto, una de las consecuencias principales de la dictación de la Ley N°20.285 es la liberación de una gran cantidad de información por estar guardadas en archivo o bien porque su declaratoria de secreto se encontraba amparada en causales no establecidas en una norma de rango legal. Ahora bien, eso no significa que los archivos de la memoria se encuentren sin regulación. Los principios de derecho internacional sostienen que aun cuando se trate de información con valor histórico, pueden concurrir respecto de ella causales especiales de reserva.

Los Principios consideran varias necesidades. En primer término, una de preservación que incluye la adopción de “medidas técnicas y sanciones penales para impedir la sustracción, la destrucción, la disimulación o la falsificación de los archivos, entre otras cosas con el fin de que queden impunes los autores de violaciones de Derechos Humanos y/o del Derecho humanitario” (ONU, 2005: principio 14). En segundo lugar, la facilitación de consulta los archivos en primordialmente en interés de las víctimas o sus familiares y de los acusados que lo soliciten (ONU, 2005: principio 14), pero considera que respecto a las consulta con carácter de investigación histórica, la autorización considerará solamente las causales de reserva destinadas a salvaguardar la integridad y la seguridad de las víctimas y de otras personas, no pudiendo denegarse la autorización con fines de “censura”.

² Así, por ejemplo, la Fundación Museo de la Memoria y los Derechos Humanos.

³ El artículo 29 del DFL N°5.200. de 1929, del Ministerio de Educación, establece que “*los diversos Departamentos de Estado por medio de los funcionarios con que cuenten en el país y en el extranjero cooperarán al fomento de las bibliotecas, los archivos y los museos, enviándoles aquellos impresos, documentos, objetos o materias que se hallen a su alcance y que tengan algún interés para el servicio*”.

Respecto a las causales especiales que pueden servir de denegación de información de archivos de la memoria, los Principios sólo consideran como idóneos “la afectación de la integridad y la seguridad de las víctimas y de otras personas”. Entendemos que esa integridad se refiere únicamente al Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (artículo 19 N°1 de la Constitución chilena) y en segundo término, el Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (19 N°7 del mismo cuerpo normativo).

Por censura se entiende lo ocurrido en varios Estados en procesos de transición donde los órganos de la Administración del Estado niegan información solicitada amparándose en causales de seguridad o interés nacional, o bien, en ninguna de ellas. En el caso de Guatemala, este Estado ha sido condenado por la imposibilidad de las víctimas de acceder a los archivos militares, vulnerando así el Derecho de Acceso a la Información establecido implícitamente en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Así, se señala, por ejemplo, en “Gudiel Álvarez” que:

La Comisión y las representantes están solicitando a la Corte considerar que las negativas de información del Ministerio de la Defensa, ante las solicitudes de información de órganos extrajudiciales y judiciales encargados del esclarecimiento de los hechos, constituye a la vez una violación del derecho de acceso a la información de los familiares de las víctimas de dichos hechos. Al respecto, esta Corte considera que esta falta de colaboración del Ministerio de la Defensa con la CEH y las autoridades encargadas de la investigación ha constituido un obstáculo para el esclarecimiento de los hechos de este caso, y de tal forma fue analizado en esta Sentencia, al pronunciarse sobre las investigaciones de las desapariciones forzadas y la muerte de Rudy Gustavo Figuera Muñoz, así como las consecuentes violaciones a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (supra párr. 248 a 252) y en el análisis del Derecho a la integridad personal de los familiares (infra. párr. 295 a 302) (Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, 2012).

En concreto, si estos principios se aplicaran de manera bruta, tenemos que con respecto de las causales de reserva o secreto establecidas actualmente por La ley chilena, solamente podrá establecerse respecto de información que calce con las hipótesis de protección de afectación de derechos de las personas y nunca con aquellas que refieren directamente a la protección del Estado. En este último caso, se trata de las causales establecidas en el artículo 21 N°1 de la LAIP sobre debido cumplimiento

de las funciones del órgano, seguridad nacional e interés nacional en el caso, y en el caso de la afectación de la política exterior del país como señala el artículo 22 LAIP.

Nos parece importante referirnos en el siguiente apartado a esta clase de denegaciones de frecuente uso en casos de Estados con procesos de justicia transicional.

Respecto de la ponderación de la Seguridad Nacional en estos casos

La mayoría de las legislaciones en transparencia consideran las causales de seguridad nacional como una de las más discutibles y donde cabe el más amplio sentido común para interpretarlas generalmente en favor del Estado obligado a entregar información. La Ley chilena estableció causales especiales de seguridad de la Nación dentro de las reglas generales y una causal agravada en casos relacionados con el ejercicio de la soberanía.

El artículo 21 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública dice que “las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:” (...) “3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública”. En caso de declararse secreto o reservado un acto administrativo, la Ley establece en el artículo 22 que “transcurridos cinco años contados desde la notificación del acto que declara la calificación, el servicio u órgano que la formuló, de oficio o a petición de cualquier persona y por una sola vez, podrá prorrogarla por otros cinco años, total o parcialmente, evaluando el peligro de daño que pueda irrogar su terminación”.

Luego, el artículo 22 establece hipótesis de secreto o reserva indefinido para asuntos básicamente de seguridad nacional contenidos en información pública, estableciendo que:

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

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

- c) La defensa internacional de los derechos de Chile, y
- d) La política exterior del país de manera grave.

La protección de la seguridad nacional es tarea eminente del Estado, aunque la Constitución Política en su artículo 22 establece como deber fundamental de los chilenos, entre otros, “contribuir a preservar la seguridad nacional”. Ahora bien, aunque algunos de los documentos revisados aleatoriamente arrojaron secreto o reserva vigente, dichas declaratorias quedan tácitamente derogadas con el advenimiento de la Ley N°20.285.

En este sentido, se adelanta ya una colisión de normas entre aquella que le impone el deber de preservación de la seguridad nacional a los chilenos y el Derecho a la memoria histórica.

Los Principios de Johannesburgo en Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información son normas de carácter voluntario que han sido apoyados por la Relatoría de Libertad de Expresión de la ONU y citados frecuentemente en sus resoluciones. En su Principio 2, establecen específicamente cuáles son las restricciones admisibles a la libertad de expresión en materia de seguridad nacional. Aquella es legítima si “su propósito genuino y su efecto demostrable sean los de proteger la existencia de un país o su integridad territorial contra el uso o la amenaza de la fuerza, sea de una fuente externa, tal como una amenaza militar, o de una fuente interna, tal como la incitación al derrocamiento violento del gobierno”. En particular, no lo es si protege “intereses inconexos con la seguridad nacional, incluso, por ejemplo, el de proteger a un gobierno de una situación embarazosa o de la revelación de algún delito, o el de ocultar información sobre el funcionamiento de sus instituciones públicas, o el de afianzar una ideología en particular, o el de suprimir la conflictividad industrial”. En este último sentido, esta “noción” de seguridad nacional se parece mucho a las denuncias ocurridas en el caso guatemalteco ya citado.

Jorge Correa Sutil en un trabajo reciente delimita la causal de reserva o secreto de seguridad nacional a algo mucho más concreto y compatible con un Estado de Derecho democrático. Este concepto debe entenderse como “la afectación de la fortaleza bélica y de relaciones exteriores para que no se arriesgue la integridad del país respecto de amenazas externas” (Correa Sutil, 2010).

Respecto de la ponderación con causales de seguridad nacional, la Comisión ha dicho que la regla general es

el acceso y que las limitaciones deben tener armonía con el artículo 13.2 de la CADH la que a su vez debe ser interpretada sistemáticamente con las causales establecidas con los ordenamientos nacionales. Dicho artículo establece que la libertad de pensamiento y expresión (del cual surge el Derecho de Acceso a la Información Pública) tiene como límites “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Dicha limitación debe tener expresión en una Ley, tener un fin legítimo y ser necesaria y proporcionada en una sociedad democrática.

Considerando por la otra parte la existencia del deber de recordar, la obligación de garantizar la preservación de los archivos y la posibilidad de consultarlos es que podemos hablar de un verdadero “Derecho a la memoria” que a su vez es expresión del Derecho de Acceso a la Información Pública y la libertad de expresión (artículo 19 N°12 de la Constitución, artículo 13 de la CADH). Este Derecho puede a veces contraponerse con otra regla como es el deber establecido en el artículo 22 de la Constitución “preservar la seguridad nacional”.

En el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos, la CIDH ha establecido una muy clara ponderación entre seguridad nacional y acceso a la información: “en cualquier circunstancia, pero especialmente en procesos de transición a la democracia, las víctimas y sus familiares tienen Derecho a conocer la información sobre graves violaciones de Derechos Humanos que repose en los archivos del Estado, incluso, si tales archivos se encuentran en las agencias de seguridad o en dependencias militares o de policía (...) “resulta sorprendente el argumento según el cual el secreto sobre las graves violaciones de Derechos Humanos cometidas por agentes del Estado en un régimen autoritario que se pretende superar, sea condición indispensable para mantener la “seguridad nacional” del nuevo Estado de Derecho. En efecto, desde una perspectiva democrática, el concepto de “seguridad nacional” nunca puede abarcar el secreto sobre actividades estatales criminales como la tortura o la desaparición forzada de personas” (CIDH, 2009a).

En el ámbito nacional, el Consejo para la Transparencia ha desarrollado un criterio jurisprudencial para determinar el carácter de reservado o secreto de un documento a raíz de la afectación de los bienes jurídicos protegidos en los términos del artículo 8 de la Constitución (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), el cual en términos simples se expresa en la siguiente frase:

“Es necesario, en primer lugar, no sólo que la información de que se trate concierna a las materias sobre las que éstos versan, sino que además debe dañarlos o afectarlos negativamente en alguna magnitud y con alguna especificidad que habrá de ser determinada, daño que no cabe presumir, sino que debe ser acreditado por los órganos administrativos que tiene alguna probabilidad de ocurrir”⁴.

Entonces, la seguridad nacional como causal de reserva para el acceso a la información pública presenta un enfoque restrictivo para ser aplicado que siempre será compatible con la noción de un Estado Democrático de Derecho. En esa ponderación, y entendiendo que los documentos que se poseen en los archivos de la memoria son de larga data y de difícil prueba de afectación actual, el Derecho a la memoria histórica debiera siempre preservar respecto del primero, excepto casos de duda extrema.

EL DIFÍCIL ESCENARIO ACTUAL DE LOS ARCHIVOS DE LA MEMORIA. POSIBLES SALIDAS

La letra f) del Principio 8 del ya citado “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad mandado de las comisiones de investigación” sostiene la obligación de subrayar la importancia de preservar los archivos de las comisiones de verdad, aclarando las condiciones que “regirán el acceso a sus archivos, incluidas las condiciones encaminadas a impedir la divulgación de información confidencial, preservando a la vez el Derecho del público a consultar sus archivos”.

Dos comisiones de verdad han sido relevantes en la recopilación de antecedentes en el caso chileno. Ambas instancias crean reglas de secreto de carácter absoluto, lo que establece una excepción expresa al Derecho a la memoria histórica que ya hemos desarrollado, aunque en la práctica este secreto se ha visto un poco atenuado.

La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación

La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, conocida como Comisión Rettig, creada por Decreto Supremo N°355 de 1990, con el objeto de esclarecer “la verdad sobre las graves violaciones a los Derechos Humanos cometidas en el país entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990”. Posteriormente, se dicta la Ley N°19.123 que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación que en su artículo 2 N°3 establece expresamente que “el acceso a la información deberá asegurar la absoluta confidencialidad de ésta, sin perjuicio que los Tribunales de Justicia puedan acceder a dicha información, en los procesos sometidos a su conocimiento”.

Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech)

El artículo 15 de la Ley N° 19.992 dispone que los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante la referida Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, en el desarrollo de su cometido, son secretos, añadiendo que dicho carácter no se extiende al informe elaborado por ese organismo sobre la base de aquellos. El referido secreto se mantendrá durante el plazo de 50 años, período en que los antecedentes sobre los que recae quedarán bajo la custodia del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Además, su inciso tercero prescribe que mientras rija el secreto, ninguna persona, grupo de personas, autoridad o magistratura tendrá acceso a tales datos, 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.

En armonía con lo indicado, el inciso cuarto del artículo 15 de la misma Ley establece que los integrantes de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, así como las demás personas que participaron a cualquier título en el desarrollo de las labores que se les encomendaron, estarán obligados a mantener reserva respecto de los antecedentes y datos que según el mismo artículo tienen carácter secreto, durante el mencionado plazo de 50 años. La infracción de este deber está sancionada con la pena del artículo 247 del Código Penal para la violación de secretos.

⁴ Este ha sido el criterio aplicado por el Consejo para la Transparencia, entre otras, en las decisiones de amparos Roles A45-09, C669-10 y C652-10 y 1341-11.

Sólo pueden acceder a estos documentos, testimonios y antecedentes aportados a la citada Comisión, las personas y entidades autorizadas por la Ley (los miembros de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura y dos de sus profesionales especialmente autorizados por unanimidad para cumplir con la obligación de calificación. Estas personas también quedan sujetas eventualmente a la pena del artículo 247 ya citada.

El artículo 3° N°6 de la Ley N° 20.405 establece que al INDH le corresponde “custodiar y guardar en depósito los antecedentes reunidos”, entre otras, por la referida Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, agregando que para cumplir con este objetivo deberá recopilar, analizar y sistematizar toda información útil a este propósito.

De esta forma, el N° 6 del aludido artículo 3° traspasó la custodia de los “antecedentes reunidos” por la mencionada Comisión, desde el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, hacia el aludido Instituto, sin modificar el carácter secreto de los mismos, el plazo por el cual este se mantendrá vigente, las sanciones por la comunicación, divulgación o revelación de los respectivos datos, ni la obligación de reserva a las personas que indica la Ley.

El secreto por 50 años que dictaminó en la Ley N° 19.992 es anterior a la dictación de la Ley de Transparencia y es perfectamente legal y vigente. El Mensaje Presidencial que dio origen a la norma se fundó en los siguientes aspectos:

- El éxito de las tareas encomendadas a la Comisión está vinculado a la confidencialidad y reserva con que, desde su creación, se revistió a sus actuaciones y a las informaciones que recabara (...) La confianza que las víctimas supieron depositar en la Comisión debe ser honrada y salvaguardada. Como sociedad, no podemos permitir que sus valerosos testimonios y dolorosos recuerdos sean utilizados para ningún otro propósito que aquel para el cual fueron proporcionados.
- La información, testimonios y demás antecedentes aportados a la Comisión pertenece a exclusivamente a sus titulares (...) ni el Gobierno o sus autoridades, pueden disponer de tales antecedentes para una finalidad diferente a la dicha, sin traicionar con ello el compromiso de confidencialidad asumido frente a las víctimas de prisión y tortura, y sin atentar contra

el Derecho elemental que toda persona tiene sobre su propia historia, sobre sus experiencias y memorias.

- La regulación que se propone, establece expresamente que son los titulares de los referidos antecedentes, quienes tienen el Derecho y la libertad de darlos a conocer o proporcionarlos a terceros, para cualquiera de las finalidades u objetos que no corresponden a la función para la cual fueron recibidos por la Comisión (como usarlos en un juicio).

Es evidente que estas normas son claras y que no admitirían ningún tipo de interpretación en contrario a simple vista. Sin embargo, el Consejo para la Transparencia ha sostenido (felizmente, en nuestra opinión) en una decisión (C446-09) que el hecho de que la nómina de personas reconocidas como víctimas por esta Comisión como también las reconocidas por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se encuentren en varias páginas web del Estado (con señalamiento de su nombre y Rut), atenúa el valor de la reserva.

Observemos ahora como esta misma tensión se ha dado en ordenamientos jurídicos que han enfrentado procesos de justicia transicional.

La Agencia Española de Protección de Datos, a propósito de la publicación de bases de datos de afectados por el régimen franquista, se ha preguntado si la difusión de estos datos sin el consentimiento de los afectados está amparada por la Ley española. El criterio de la Agencia respecto de la mencionada publicación es que pueden publicarse los nombres en el caso de fallecidos. En el caso de no fallecidos, debe obtenerse el consentimiento de los interesados para que sus datos sean incluidos y en caso de no contarse con el consentimiento, la información deberá constar de forma disociada, de forma que no resulte posible identificar directa o indirectamente al interesado. Dada la legislación nacional, el mismo criterio puede ser repetido aquí, pero la verdad es que -reiteramos- la práctica ha tendido a atenuar el secreto.

Ahora bien, es importante pensar que en el caso español existe una legislación específica que promueve la investigación histórica en este periodo, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre de 2007, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Esta regla puede servir de ponderación en el caso de tratamiento de datos personales, atendiendo a la finalidad de interés público. Consideramos entonces que aquí colisionan el Derecho a la libertad de expresión

y el Derecho a la honra de las personas involucradas, en este caso, prevaleciendo el interés público dado por la promoción de la verdad histórica. El profesor Francisco Tomás y Valiente ha señalado respecto a lo anterior que “la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el Derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia histórica” (Tomás y Valiente, 1990).

Tanto el caso *Palomino v. Perú* de la Corte Interamericana señaló que el acceso de la información no debe ser sólo para las víctimas “sino para evitar que hechos aberrantes puedan repetirse”, así como la sociedad debe ser informada de lo ocurrido con el objeto de que dichas violaciones de Derechos Humanos no sean repetidas en el futuro.

En ese sentido, la legislación chilena no establece expresamente un Derecho a la verdad y a la memoria histórica, que haría falta para poder despejar las dudas y darle categoría de Derecho fundamental a este Derecho. En este sentido, proponemos una modificación legislativa en el sentido de dejar establecida expresamente la publicidad de informaciones relativas a violaciones de Derechos Humanos. Así lo dice la Ley brasileña de acceso a la información N°12.527 de 2011 estableciendo que “la información o los documentos que tienen que ver con la conducta que implique violaciones de Derechos Humanos cometidas por funcionarios públicos u

órdenes de la autoridad pública no puede estar sujeto a restricciones de acceso” (artículo 21) y luego sancionando en su reglamento a aquellos que destruyan o sustraigan “por cualquier medio, los documentos relativos a posibles violaciones de Derechos Humanos cometidas por agentes del Estado” (artículo 65 VII Decreto N°7724 de 2012).

Se debe recalcar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallos sucesivos ha ordenado a los Estados adoptar medidas para la preservación de la memoria de las víctimas como parte de la reparación y también ha ordenado medidas para la preservación de la memoria histórica. Por expresa disposición del artículo 5° inciso 2° de la Constitución chilena, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana limitan el ejercicio de la soberanía, por tanto según algunos autores “surge a lo menos una vincularidad (sic) moral y también jurídica de acatamiento ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes” (art. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica).

En todo caso, siempre los titulares de los datos personales tendrán, conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley N° 19.628, la posibilidad de ejercer respecto de los órganos de la Administración del Estado, el Derecho de acceder a sus propios datos, el Derecho de rectificación, el Derecho de cancelación o eliminación y el Derecho al bloqueo de datos.

BIBLIOGRAFÍA

Asociación de Historia Contemporánea. 2011. *El Acceso a los Archivos y la Investigación Histórica*. Disponible en http://www.ahistcon.org/PDF/doc/AHC_Archivos.pdf

González-Salzberg, D. 2008. *El derecho a la verdad en situaciones de postconflicto bélico de carácter no-internacional*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Bogotá, 12: 435-468.

Correa Sutil, J. 2010. *La seguridad de la Nación y el interés nacional como límites al acceso a la información*. Informe en Derecho al Consejo para la Transparencia. Chile.

Tomás y Valiente, F. 1990. *Clausura de las Jornadas "Justicia en Guerra", en Justicia en Guerra. Jornadas sobre la Administración de Justicia durante la Guerra Civil Española: instituciones y fuentes documentales*. Citado en El Acceso a los Archivos y la Investigación Histórica, Asociación de Historia Contemporánea, http://www.ahistcon.org/PDF/doc/AHC_Archivos.pdf

Uprimmy Salazar, C. 2012. *La Memoria en la Ley de Víctimas en Colombia*. En Anuario de Derechos Humanos, Disponible en <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/20563/21733>

Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. 1997. *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*. Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. Disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>

Organización de las Naciones Unidas. 2005. *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1

Los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información. 1996. Londres: Artículo 19, (Ed. Español: 2005) Disponible en <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1803/Johannesburg-Principles.Spa.pdf>

Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado N° 20.285. 2008. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&buscar=20285>

Sentencias especialmente revisadas

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, sentencia de 20 de noviembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Gómez Palominos v. Perú*, sentencia 22 de noviembre de 2005.

Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T- 327 del 26 de marzo de 2001*, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sitios web

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2006. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Acceso a la Información sobre Violaciones de Derechos Humanos*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano*. Disponible en línea en <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEacceso.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009b. *CIDH concluye visita de trabajo a Guatemala*. Comunicado de prensa N°37/09. Disponible en www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2009/37-09sp.htm

Sistema de las Naciones Unidas en Chile. 2012. *Desapariciones forzadas: ejemplares avances e importantes desafíos en Chile*. Comunicado de prensa, 27 de agosto de 2012, disponible en <http://www.onu.cl/onu/tag/desapariciones/>