



consejo para la
Transparencia

**DESDE LA TRADICIÓN DEL SECRETISMO
HACIA UNA CULTURA DE LA TRANSPARENCIA:**

**AVANCES E INCIDENCIA
DEL CONSEJO PARA
LA TRANSPARENCIA
EN LA APERTURA DE
INFORMACIÓN EN LAS
FUERZAS ARMADAS**



DESDE LA TRADICIÓN DEL SECRETISMO
HACIA UNA CULTURA DE LA TRANSPARENCIA:
**AVANCES E INCIDENCIA DEL CONSEJO PARA
LA TRANSPARENCIA EN LA APERTURA DE
INFORMACIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS**

Esta obra está licenciada bajo licencia Creative Commons Atribución - Compartir Igual 4.0 Internacional



Ediciones Consejo para la Transparencia, Santiago Chile - Octubre 2020

Diseño y Composición: Valeria Artigas Oddó

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1	Presentación	4
2	Contexto	10
3	Hitos emblemáticos:	14
3.1	Puente Mecano: El primer cuestionamiento a la lógica del secretismo de las FFAA	14
3.2	Fin de la Ley Reservada del Cobre	15
3.3	Publicidad de las Actas del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA)	18
4	Desafíos y materias pendientes	20
4.1	Financiamiento de las Fuerzas Armadas. Nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la Defensa Nacional	20
4.2	Normas de secreto establecidas en el Código de Justicia Militar. Artículo 436	22
4.3	Gestión Documental por parte de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública	23
4.4	Conducto regular como obstáculo al ejercicio del derecho de acceso a la información	26
4.5	Gastos Reservados en las Instituciones de la Defensa Nacional	28
5	Conclusiones	30
6	Referencias Bibliográficas	32

1 PRESENTACIÓN

DESDE LA TRADICIÓN DEL SECRETISMO HACIA UNA CULTURA DE LA TRANSPARENCIA:

AVANCES E INCIDENCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (CPLT) EN LA APERTURA DE INFORMACIÓN EN LAS FFAA.

El mundo vive momentos complejos, inmerso en una vorágine de incertidumbres económicas, inestabilidades políticas y transformaciones tecnológicas que muchas veces provocan inseguridad en la sociedad y por consiguiente, crisis de los Estados democráticos. Esta crisis, se amplifica y se radicaliza, en un contexto social convulsionado y de una evidente fractura en la relación de los Estados con la ciudadanía.

Latinoamérica ha sido una de las regiones que desde hace algunas décadas, viene padeciendo de manera muy profunda esta crisis, deambulando permanentemente por periodos de inestabilidad económica, ingobernabilidad política y fragilidad institucional y del Estado de Derecho, que se expresan en bajísimos niveles de confianza en los gobiernos, la que en Latinoamérica no supera el 22% (Latinobarómetro, 2018) y la ocurrencia de vicios institucionales tremendamente nocivos para el desarrollo de los países, como la corrupción, el tráfico de influencias y el abuso de poder. Hoy en día, el 85% de los latinoamericanos, piensa que la corrupción es un problema grave (Transparencia Internacional, 2019).

Hasta hace unos pocos años atrás, Chile parecía ser inmune a estos flagelos y se mostraba al mundo como una de las pocas excepciones en la región, en la que los hechos de corrupción parecían ser episodios aislados, oportunamente detectados y debidamente aplacados por una institucionalidad robusta, proba y de un correcto funcionamiento.

No obstante lo anterior, lamentablemente, hemos observado cómo Chile ha enfrentado en los últimos años, diversos y numerosos casos de corrupción, resquebrajando el impoluto escenario que caracterizaba la imagen de nuestro país, cubriendo con un manto de sospecha la labor del Estado y sus instituciones y la relación entre el mundo público y el privado, convirtiéndose esto en uno de los factores que cercena la confianza por parte de la ciudadanía respecto de todo tipo de instituciones, la que apenas alcanza el 23% para el sector público y el 25% para el sector privado (Estudio Nacional de Transparencia, 2019), con la crisis de legitimidad que ello conlleva.

En este contexto, las Fuerzas Armadas de Chile, lejos de estar ajenas a esta situación, en los últimos años han sido protagonistas de una serie de actos irregulares y faltas a la probidad en sus filas. El secretismo, la falta de transparencia y la ausencia de control, han permitido casos graves de corrupción y dilapidación de recursos del Estado en estas trascendentales instituciones de la República.

PRESENTACIÓN

En estos lamentables casos, ha surgido la indeseable percepción de que dichas instituciones han procedido bajo una tradición de secretismo y opacidad, y que, bajo el amparo del concepto de la seguridad nacional, han tenido un margen de acción que se ha convertido en un espacio fértil para conductas reñidas con la probidad administrativa. La paradójica y lamentable consecuencia de esta situación, es que -precisamente- lo que se ve profundamente mermado, es el correcto resguardo de la seguridad nacional; nada menos que su principal función.

Frente a este escenario de crisis e inestabilidad institucional, los Estados y las instituciones democráticas han debido implementar reformas en su diseño y funcionamiento con el objetivo de hacerse más eficientes y producir mejores resultados, pues lo que se requiere en una democracia, es -justamente- una institucionalidad robusta, con una mejor gestión pública, un Estado responsable y más eficiente y, en contrapartida, una ciudadanía empoderada y activa que ejerza un profundo control social.

Chile no ha estado ajeno a este proceso de reforma y modernización del Estado, de hecho, la misma Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se enmarca en este proceso y surge a propósito de potentes escándalos de corrupción que obligaron a los actores sociales y políticos a consensuar y avanzar en las medidas necesarias, para dotar al país de un marco normativo y de las herramientas de transparencia acordes a la tendencia y estándares internacionales. De esta forma, se puede señalar que la promulgación de la Ley de Transparencia y la creación del Consejo para la Transparencia, se sitúan como parte de un proceso de reforma y modernización del Estado chileno.

De este modo, la política pública de Transparencia se ha erigido como un aporte sustancial en el fortalecimiento de la democracia y como una condición ineludible de las democracias modernas, mejorando sustancialmente la gestión pública, contribuyendo a una participación ciudadana más informada, abriendo no sólo la oportunidad, sino que la posibilidad real de ejercer y proteger otros derechos, potenciando el control social en el combate a la corrupción.

Por lo tanto, es de toda lógica afirmar que la Transparencia llegó para quedarse. En términos formales, a nivel internacional, el derecho de acceso a la información (DAI) ha adquirido el reconocimiento de derecho humano, lo que se comprueba en su inclusión a distintas instancias internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS 16), además 78 son los Estados que han adherido a la iniciativa OGP¹, 18 de ellos en América Latina (OGP, 2020), cada uno formulando planes de acción en los que se comprometen a mejorar y reformar sus gobiernos, cimentando el camino hacia el Gobierno Abierto, y 15 Países de Iberoamérica son miembros de la Red de Transparencia y Acceso a la Información RTA² (RTA, 2020).

Por su parte, leyes de Transparencia han surgido con fuerza en una primera instancia en países desarrollados y, en las últimas décadas, en países del mundo en desarrollo, particularmente en Europa central y oriental, como también en países de América Latina (Mendel, 2009; Celhay y Gil, 2009), donde actualmente, más de 20 países cuentan con estas legislaciones (Unesco, 2016).

Estas implementaciones normativas vienen a responder a la alta demanda ciudadana por Transparencia, sin importar si es a un organismo público o a uno privado, pues la desconfianza cruza

¹ La Alianza para el Gobierno Abierto es una iniciativa multilateral que intenta asegurar compromisos concretos de gobiernos nacionales y subnacionales para promover el gobierno abierto, dar más poder a los ciudadanos, luchar contra la corrupción y utilizar las nuevas tecnologías para fortalecer la gobernanza. <https://www.opengovpartnership.org/es/>

² Red Iberoamericana de intercambio entre organismos y/o entidades públicas que desarrollan supervisión en funciones en Transparencia y el Derecho de Acceso a la Información Pública. <https://redita.org/>

PRESENTACIÓN

ambos mundos, demostrando en este tiempo, además, su eficacia y efectividad y nos ha evidenciado que la corrupción es mayor y más grave de lo que pensábamos. Sin duda, mayores niveles de transparencia y acceso a la información hoy en día colaboran en el destape de diversas situaciones reñidas con la probidad, pues más de 100 irregularidades se han identificado por medio del uso de los instrumentos de la Ley de Transparencia en nuestro país.

De esta forma, las Leyes de Transparencia han hecho del control social una realidad y de la rendición de cuentas de las autoridades, una obligación. Hoy, cada ciudadano es un vigilante y las herramientas de la transparencia hacen más fácil el escrutinio por parte de los medios de comunicación y de la sociedad civil sobre las decisiones públicas y el uso de recursos fiscales. La penetración y el impacto ciudadano que ha tenido esta política pública, lo observamos año a año en el creciente reconocimiento que hace la ciudadanía sobre la importancia de este derecho. En Chile, el 86% de los ciudadanos considera que la transparencia es necesaria (Estudio Nacional de Transparencia, 2019) y si en el año 2009, el 78% de las personas consultadas en nuestro Estudio Nacional de Transparencia creía que todas las personas tenían derecho a acceder a la información de los organismos públicos (Estudio Nacional de Transparencia, 2009); en 2019, ese porcentaje subió a un 93%.

Y esto se traduce también en la práctica: al 31 de agosto de 2020, en 1.240.000 oportunidades, un ciudadano ha solicitado información a un organismo público. Más de 41.000 de estos ciudadanos, que no han recibido respuesta o quedaron disconformes con ésta, han acudido ante el Consejo para la Transparencia a estampar su reclamo y hacer valer su derecho (CPLT, Reportes Estadísticos 2020), lo que no hace sino corroborar que estamos hablando de una herramienta valorada y cada vez más utilizada.

En línea con lo anterior, el Estudio Nacional de Transparencia nos indica que a 11 años de la Ley de Transparencia, en nuestro país los ciudadanos perciben que en Chile hoy es más fácil detectar los casos de corrupción que hace una década atrás, percepción que además aumenta de manera importante en relación a años anteriores (Estudio Nacional de Transparencia, 2019).

Y lo más importante, la transparencia mejora la confianza en las instituciones, elemento fundamental de la convivencia social y de la legitimidad institucional. Así, los ciudadanos que conocen la Ley de Transparencia y han ejercido el derecho de acceso a la información tienen más confianza en las instituciones y menor percepción de corrupción. (Estudio Nacional de Transparencia, 2019).

Como es natural, las instituciones de las Fuerzas Armadas también han sido objeto de una creciente demanda de transparencia. Desde el 2013 a la fecha, las tres ramas de las Fuerzas Armadas han recibido más de 12.500 solicitudes de acceso a la información a través del Portal de Transparencia del Estado. Casi el 40% de éstas se produjeron entre los años 2019 y el 2020 (CPLT, Reportes Estadísticos 2020).

Sin embargo, ante esta demanda de más transparencia, no siempre han respondido de la forma adecuada, habida cuenta de los casi 1.000 reclamos que ha recibido el CPLT contra las tres ramas de las Fuerzas Armadas. El Ejército de Chile, es la tercera institución más reclamada, con casi 700 casos presentados por ciudadanos ante el Consejo para la Transparencia (CPLT, Reportes Estadísticos 2020).

PRESENTACIÓN

Ante esta demanda de mayor transparencia, el Consejo para la Transparencia, a través de sus decisiones, ha hecho transitar a las Fuerzas Armadas de nuestro país hacia mayores grados de transparencia y de apertura hacia el escrutinio social. Dan cuenta de ello casos particulares e hitos emblemáticos de alta connotación social, que han dejado en evidencia el impulso que ha dado el Consejo, para avanzar hacia una cultura más transparente en el quehacer de las instituciones encargadas de nuestra defensa nacional.

Entre estos hitos, hemos querido destacar y desarrollar en el presente documento, los que, dada su relevancia, tanto simbólica como sustancial, han significado un gran avance para elevar los estándares de transparencia en las Fuerzas Armadas.

El primer hito es referido a la adquisición de un puente mecano a instalarse en el río Bío Bío en el año 2010, en donde un ciudadano solicitó al Ministerio de Defensa Nacional antecedentes, documentos y el contrato por el cual se llevó a cabo dicho puente. El Ministerio negó la información, fundándose principalmente en la afectación a la seguridad de la nación y la defensa nacional, dado que había sido adquirido bajo el régimen contemplado en la Ley Reservada del Cobre.

El ciudadano presentó un amparo ante el CPLT, y éste, luego de analizar el caso, ordenó la entrega de la información, aduciendo que el puente mecano era de uso público con ocasión del terremoto del año 2010, para uso de civiles y que la publicidad de su contrato no representaba una afectación a la seguridad de la nación.

El segundo hito guarda relación con la denominada "Ley Reservada del Cobre", en donde se solicitó, vía Ley de Transparencia, a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, copia íntegra del texto completo de dicha Ley. La solicitud fue rechazada, por cuanto la divulgación de ésta afectaría la seguridad nacional, toda vez que los recursos destinados a través de la ley en cuestión tratan sobre la adquisición de material bélico y equipamiento militar.

Ante dicha negativa, se presentó un amparo ante el CPLT, el que luego de analizar profundamente todos los antecedentes del caso, determinó que la sola existencia de una denominada ley "reservada" no se justifica para declarar secreta la información que se vincule a dicha norma, es decir, no se advirtió que la publicidad del texto legal produjera una afectación a la seguridad nacional y se ordenó la entrega de la información solicitada, exceptuando lo que dice relación con los recursos destinados a la adquisición de material bélico y equipamiento militar. Gracias a este caso, se propició el proceso para que la Ley reservada del Cobre, desde el año 2016, ya no tenga ese carácter.

El tercer hito, se refiere a la solicitud de las actas de las sesiones del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) entre el año 1989 y el 2012 que abordaban entre otros temas, consideraciones en torno los senadores designados de la época, la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, información relacionada al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación plasmados posteriormente en el Informe Rettig y las acusaciones constitucionales contra miembros de la Corte Suprema. Sin embargo, el Estado Mayor Conjunto denegó la entrega de los documentos, argumentando que el COSENA "podría haber adoptado acuerdos o sus miembros haber emitido opiniones, comentarios y/o deliberaciones que consten en las actas, cuyo conocimiento público podría causar una afectación directa, cierta o probable a la Seguridad de la Nación, a la defensa nacional, al orden público, al interés nacional y a las relaciones internacionales del país".

PRESENTACIÓN

Posterior a eso, la requirente ingresó un amparo al CPLT que, de manera unánime, ordenó la entrega de un conjunto de actas del COSENA, manteniendo sólo algunas en reserva, pues su publicidad involucraba, efectivamente, la seguridad de la Nación. El Estado Mayor Conjunto recurrió a la Corte de Apelaciones de Santiago, instancia que rechazó el reclamo. En marzo de 2017, el Estado Mayor Conjunto impugnó el fallo del tribunal de alzada y recurrió a la Corte Suprema, que respaldó la decisión del Consejo para la Transparencia, avaló la entrega de la información y ratificó que la publicidad de las actas no afectaba la seguridad nacional.

El jueves 7 de noviembre del 2019, en medio del estallido social desatado el 18 de octubre de ese mismo año, el Presidente de la República, Sebastián Piñera, convocó a una reunión del Consejo de Seguridad Nacional. En menos de dos semanas después del encuentro, la Presidencia liberó las actas de la cita, ejemplo inequívoco de que la decisión del CPLT y la instalación del sentido de legitimidad que entrega la transparencia a las decisiones, se instaló definitivamente en este tipo de instancias. Sin duda, un avance del que no se debe echar pie atrás.

Todos estos hitos nos dan la certeza de que, con sentido de responsabilidad democrática, las instituciones en Chile y en especial las Fuerzas Armadas de nuestro país, pueden avanzar con pasos decididos y concretos a modernizar, eficientar y transparentar su gestión, abriéndose al escrutinio y al control ciudadano, como cualquier otra institución pública. Tenemos pruebas de que nuestro país sabe enfrentar crisis y transformarlas en oportunidades³, las Fuerzas Armadas no pueden sino avanzar en la misma lógica. El contexto actual nos obliga a actuar con decisión, con reformas sustantivas y profundas, que aseguren la rendición de cuentas de las autoridades como una norma y no como un simple enunciado, que hagan del secretismo una mala práctica, de la opacidad una zona indeseable y de la transparencia una bandera contra la corrupción.

En este sentido, existen desafíos, medidas e iniciativas de probidad y transparencia muy concretas para el sector de la Defensa Nacional y las Fuerzas Armadas, que se presentan en el horizonte. Algunas de ellas están siendo impulsadas, precisamente, por el Ministerio de Defensa Nacional, y como Consejo para la Transparencia, también se han hecho propuestas en el marco de la discusión legislativa tendiente a perfeccionar distintas normativas en esta materia. En opinión del CPLT, es de suma relevancia avanzar en las normas y mediadas que entreguen las herramientas necesarias para precaver debidamente, mediante el control público, el mal uso de los recursos públicos y promover la transparencia y acceso por parte de la ciudadanía a este tipo de información. Como sabemos, si esto fuera así, muy probablemente no habríamos conocido las durísimas evidencias del mal manejo de estos recursos.

En virtud de todos los temas planteados y a la constante necesidad de las propias instituciones de avanzar permanentemente hacia mayores estándares de transparencia, rendición de cuentas y probidad, que respondan a las necesidades de una ciudadanía cada vez más empoderada y exigente, el Consejo para la Transparencia entiende que hoy la sociedad chilena está exigiendo estándares de ética y transparencia más altos y para ello se requiere un compromiso mayor de todas las instituciones y sectores, para así arribar a los más altos estándares en estas materias y lograr así niveles superiores a los que los pisos mínimos legales exigen.

Nuestra historia institucional nos ha mostrado cómo distintos gobiernos han impulsado agendas de probidad y políticas públicas para enfrentar casos de corrupción, buscando dotar al país de un

³ La propia Ley de Transparencia es un ejemplo de aquello, pues a propósito de una serie de irregularidades y hechos de corrupción que se suscitaron en nuestro país, actores políticos de todos los sectores, en conjunto con la sociedad civil aunar esfuerzos y voluntades para elaborar la Ley de Transparencia y Acceso a la Información. Para más información ver <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/2019/04/fortaleciendo-la-Democracia-16x24cm.pdf>

PRESENTACIÓN

adecuado marco normativo y un sistema sancionatorio que inhiba tanto a las autoridades como a privados de incurrir en irregularidades, malas prácticas o, derechamente, delitos penados por la ley. Las Fuerzas Armadas, como parte de las instituciones fundamentales de nuestra democracia y del resguardo de la seguridad nacional de nuestro país, no pueden estar ajenas a esta tarea, deben avanzar decididamente en la construcción de una fecunda cultura de la transparencia y la probidad en nuestro país. Mucho se ha avanzado, y mucho queda por avanzar. Esperamos que los hitos que se detallan en las siguientes páginas nos ayuden a iluminar el camino y nos muestren el ejemplo de cómo transitar en esa dirección.

2 CONTEXTO

El impulso que ha generado el Consejo para la Transparencia, para dotar de más transparencia la gestión y el accionar de las Fuerzas Armadas en nuestro país ha generado grandes avances en la materia, pero aún quedan grandes desafíos por delante.

En Chile, existen actualmente 199⁴ textos legales que tienen la categoría de secretos o reservados. Entre éstos se incluyen leyes, decretos con fuerza de ley y decretos ley que fueron promulgados, pero luego publicados con acceso a un público restringido, por lo que no pueden ser conocidos por la ciudadanía.

La gran mayoría de dichas normas fueron dictadas durante el régimen militar (138 textos, equivalentes al 69%), hay un 29% que fue dictada antes de este período y un 2% (3 textos) dictados desde el retorno a la democracia⁵.

La primera ley reservada fue firmada en el año 1900 y, actualmente, se desconoce la materia que trata. Esto ocurre con otros 57 textos que fueron dictados en el período anterior a 1973.

En el retorno a la democracia, la primera ley reservada fue aprobada en 1996 con el objetivo de modificar la planta de la, en aquel entonces, Subsecretaría de Marina. Luego, en el año 1998, se firmó una ley y un decreto con fuerza de ley, ambos para introducir reformas en la planta del Ejército, de la Armada y la Fuerza Aérea.

A. Justificaciones de la restricción

Se ha argumentado la publicación de acceso restringido en base a ciertos preceptos legales. A saber:

El Código Civil define el concepto de "ley" como "la declaración de la voluntad soberana que, manifestada de la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.". Luego se indica en el artículo 6° del mismo Código Civil, que "La Ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen" y en el artículo 7°, que "La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde esa fecha se entenderá conocida de todos y será obligatoria."

De lo anteriormente descrito, se podría concluir que al no encontrarse publicadas y dadas por conocidas por todos, una ley no podría obligar, sin embargo, el mismo artículo 7° del Código Civil continua "Sin embargo en cualquier ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia", lo cual da espacio a estas fórmulas distintas de publicación.

⁴ Ver lista en anexo.

⁵ Estas cifras no consideran los 4 textos desclasificados relacionados con la Ley Reservada del Cobre.

Además, el artículo 8° de la Constitución Política de la República, agregado en la reforma de 2005, declara la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, pero establece al mismo tiempo una posibilidad para declarar algunos con carácter de reservado al indicar que "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."

B. Constitucionalidad de las leyes secretas o reservadas.

Sobre la constitucionalidad de las leyes secretas pueden esgrimirse diversos argumentos que justifican una u otra postura. A continuación, se exponen los lineamientos generales de dichas posturas:

- 1) Las leyes secretas se encontrarían vigentes por aplicación de la disposición cuarta transitoria de la Constitución. En virtud de esta regla, se entiende que las leyes aprobadas con anterioridad a la Constitución de 1980 mantienen su vigencia y debería entenderse que la reserva cumple con la exigencia de quórum calificado que actualmente prescribe el artículo 8° de la Carta Fundamental.
- 2) Sólo estarían vigentes las leyes secretas que puedan reconducirse a las causales de denegación del artículo 8° de la Constitución, esto es, que su publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.
- 3) Con la entrada en vigencia de la ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en el año 2009, habría operado una derogación tácita respecto de estas leyes.
- 4) Las leyes secretas serían inconstitucionales por dos motivos: la vulneración del Principio de Publicidad Constitucional y la vulneración del Derecho de Acceso a la Información Pública.

Con todo, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, como resultado del proceso de revisión y levantamiento de esta clase de regulación, se ha podido constatar que existe numerosa legislación de dichas características, que, atendido la materia sobre la cual versan y el tiempo transcurrido desde la fecha de su dictación, podría razonablemente presumirse que algunas de estas normas han sido derogadas tácitamente, o bien se encuentran en desuso u obsoletas.

C. Materias

En lo que respecta al contenido de los textos legales secretos, la información disponible es precaria. De hecho, de todos los textos legales secretos dictados entre 1900 y 1973, sólo se conoce el nombre y fecha de publicación de una: la Ley Reservada del Cobre (ahora desclasificada). Del resto no se sabe nada, ya que no registran texto ni fecha de publicación en el Diario Oficial, salvo un decreto con fuerza de Ley del cual se conoce la fecha de publicación (restringida). Así, en alrededor de un 29% de los textos legales secretos no se tiene información para poder determinar, preliminarmente, su materia.

Sobre el 71% restante, las materias están claramente asociadas a la Defensa Nacional y de manera más específica, se pueden desglosar de la siguiente forma⁶:

- 76% Plantas de las FFAA.
- 16% Transferencias y compra de armamento militar.
- 6% Facultades de órganos del Estado.
- 2% Materias varias.

Definiciones para cada una de las categorías relacionadas con la materia de los textos legales (Contreras, 2014):

- **Plantas de las FFAA:** proyectos que aumentan o modifican las plantas de las FFAA o de Orden y Seguridad Pública -ya sea de manera permanente o transitoria-, aquellas que modifican requisitos generales en los empleos de las FFAA o de Orden y Seguridad Pública, incluyendo la dotación de personal militar que desarrolla funciones en el Ministerio de Defensa Nacional, en cualesquiera de sus Subsecretarías.
- **Transferencias:** asignaciones monetarias o financieras directas o indirectas a las FFAA o al Ministerio de Defensa Nacional. Se incluyen las franquicias o exenciones tributarias para estas instituciones. En ésta se contabilizaba la "Ley Reservada del Cobre" y sus modificaciones antes de su desclasificación.
- **Facultades de Órganos:** regulan normas sobre los servicios de sanidad de las instituciones castrenses, las normas de movilización nacional, la designación de fiscales militares y la creación de la Dirección de Inteligencia Nacional y la Central Nacional de Informaciones. Ésta es una de las categorías más problemáticas, puesto que se trata de potestades que pueden afectar los derechos de las personas y que no son conocidas por éstas.
- **Materias Varias:** textos legales secretos que establecen excepciones de trámites administrativos para ciertos organismos de la Defensa y decretos leyes que confieren derechos a una persona individual determinada.

D. Discusión sobre la validez de estos textos

Dado que la materia de estos textos legales está asociada a la Defensa Nacional, la justificación de la reserva de dichos textos ha descansado en que su publicación para el público general podría afectar, eventualmente, la seguridad nacional⁷. Sobre este punto, se advierte que existe una diferencia entre afectar la seguridad nacional y estar relacionada con la seguridad nacional, indicando que no por el hecho de que una ley esté "relacionada con la seguridad", necesariamente esa seguridad se vea afectada por su publicación. La afectación es relativa, por lo que sería necesario realizar un test de afectación⁸ a estas leyes para poder identificar aquellas que aún correspondan mantener en reserva y aquellas que pudieran ser desclasificadas⁹.

Así, en uno de los trámites de la moción presentada el año 2003¹⁰ (proyecto de ley que buscaba publicar todos los textos secretos dictados durante la dictadura), se acordó publicar todos menos 33 textos por ser materias que se relacionan con la seguridad nacional. En otro momento, el Ministerio de Defensa Nacional solicitó un mayor plazo de desclasificación para esos 33 textos. De

6 Estas cifras se encuentran calculadas, considerando los textos legales relacionados con la Ley del Cobre ya desclasificada.

7 Según el numeral 3) del artículo 21 de la Ley de Transparencia, se considera causal de reserva por afectación de la seguridad nacional si se afectaren alguno de los siguientes tres aspectos; la defensa nacional, la mantención del orden público o la seguridad pública. Correa Sutil (2009) plantea que la afectación de la seguridad nacional se refiere a aquella que afecte la fortaleza bélica y de relaciones exteriores necesaria para que no se arriesgue la integridad del país frente a amenazas externas. Contreras (2014) propone la siguiente definición: la Seguridad de la Nación es aquel bien colectivo, de rango constitucional, que preserva la independencia del país y que obliga a la defensa de la soberanía, su institucionalidad republicana y la integridad territorial de Chile, frente a agresiones externas, calificadas como tales por el ordenamiento nacional e internacional.

8 Según se enuncia en algunos considerandos de casos del Consejo para la Transparencia, como por ejemplo en el caso A45-09 cons. 8, el "Test de afectación o test de daño, consistente en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación".

9 Jaime Pilowsky. Seminario de conmemoración a un año desde que se aprobó el proyecto que terminó con el secreto de la Ley Reservada del Cobre Consejo para la Transparencia, año 2018.

10 Proyecto de ley que "Ordena publicación de leyes secretas", Boletín N° 3307-07, ingreso 5 de agosto de 2003.

CONTEXTO

todas maneras, el plazo fijado en ese momento fue el año 2014, el cual ya se ha sobrepasado dada la inactividad de la moción desde el 2005.

Por su parte, en la discusión del Congreso Nacional sobre la moción para desclasificar la Ley Reservada del Cobre¹¹, se debatió justamente sobre los límites de la reserva en materias de seguridad, donde la mayoría de los diputados se encontraban a favor de distinguir entre “la reserva de una norma y las operaciones efectuadas al alero de la misma –por ejemplo, las compras de equipamiento y pertrechos militares con cargo a los fondos de la Ley Reservada del Cobre” (Contreras 2017, p.11). De esta manera, se planteaba la publicidad de la norma y el secreto de las compras realizadas bajo esa Ley.

¹¹ Proyecto de ley que “Exige la publicación en el Diario Oficial de la Ley N°13.196, Reservada del Cobre”, Boletín N° 10.518-07, ingreso 14 de enero de 2016.

3 HITOS EMBLEMÁTICOS

3.1 PUENTE MECANO: EL PRIMER CUESTIONAMIENTO A LA LÓGICA DEL SECRETISMO DE LAS FUERZAS ARMADAS

En noviembre del año 2010, el Consejo para la Transparencia se pronunció respecto de la publicidad del contrato por el cual se llevó a cabo la adquisición de un puente mecano a instalarse en el río Bío Bío, junto con diferentes antecedentes y documentos relacionados con dicho contrato. El pronunciamiento del Consejo en dicha oportunidad tuvo lugar ante la denegación, por parte del Ministerio de Defensa Nacional, de la entrega de dicha información, fundándose principalmente en la afectación a la seguridad de la nación, en particular, la defensa nacional, entre otras cosas, debido a que dicho puente mecano fue adquirido bajo el régimen contemplado en la Ley Reservada del Cobre.

En su decisión de amparo Rol C396-10, mediante la cual se accede a la entrega de la información, el Consejo señaló que el contrato por el cual se adquirió un puente mecano de uso público, junto con sus antecedentes fundantes, no caben dentro de ninguna de las hipótesis de reserva del artículo 436 del Código de Justicia Militar. Por su parte, en cuanto a la eventual afectación a la seguridad de la nación, se indicó, por una parte, que nuestro ordenamiento jurídico admite el secreto de documentos relacionados con la adquisición de equipos y pertrechos militares, lo que no se advierte que ocurra en la solicitud de información de que se trata. Por otra parte, lo solicitado dice relación con la instalación de un puente mecano, con ocasión del terremoto del año 2010, el que estará expuesto al público, para uso de civiles, por lo que sus características serán conocidas por toda la ciudadanía, por lo que no se aprecia de qué manera lo solicitado afectaría la seguridad de la nación, no justificándose alterar la regla general de publicidad que rige a los actos de la Administración del Estado.

Se hace presente que, al igual que en la decisión de amparo Rol C57-10 previamente referida, en esta oportunidad, el Consejo vuelve a manifestar su preocupación por la existencia de normas secretas en el ordenamiento jurídico, como lo era la Ley Reservada del Cobre, lo que suponía aceptar un peligroso bolsón de opacidad que pugna con el principio constitucional de publicidad y transparencia.

Si bien el Consejo reconoció la vigencia en su momento de la Ley Reservada del Cobre, la norma de secreto que ésta contemplaba sólo iba a resultar aplicable en tanto se considerara que, en el caso concreto, concurría un daño cierto y específico a la seguridad de la nación, lo que es consecuencia de la reconducción material de las normas de secreto a las causales constitucionales que lo contemplan.

3.2 FIN A LA LEY RESERVADA DEL COBRE

En diciembre del año 2016 se aprobó la Ley N°20.977, que estableció el término del carácter de secreto de la Ley N°13.196, Reservada del Cobre. Esta última había sido promulgada en 1958 con el fin de establecer la entrega anual del 10% de los ingresos por ventas de la Corporación del Cobre, Codelco, hacia las Fuerzas Armadas (FFAA). Si bien la publicidad definitiva de esta ley en el Diario Oficial y el posterior acceso de todos los ciudadanos a la norma fue impulsada por una decisión del Consejo para la Transparencia (CPLT) el 29 de marzo de 2016¹², en la cual ordena entregar el texto de la Ley al requirente, fue la moción liderada por el entonces Diputado Jaime Pilowsky, la que provocó finalmente la desclasificación de esta ley en el Diario Oficial.

Así, si bien a mayo de 2016 existían 203 leyes secretas, con la publicación de la Ley N°20.977, se desclasificaron 4 textos, a saber, la Ley N°13.196; el decreto ley N°1.530 de 1976; la Ley N°18.845, de 1985 y la Ley N°18.628 quedando en los actuales 199 textos. Por lo tanto, este hecho funda un precedente que la convierte en ejemplar para impulsar la desclasificación de otras leyes secretas.

La Ley Reservada del Cobre, aprobada en 1958 y modificada sustancialmente durante el régimen militar, tiene por objeto "financiar la adquisición de sistemas de armas y pertrechos, es decir, la adquisición y mantenimiento de los materiales y elementos que conforman el potencial bélico nacional a través de un gravamen de un 10% sobre el valor de las exportaciones de cobre y sus derivados que hace la Corporación del Cobre (CODELCO)" (Consejo para la Transparencia, 2015). En el artículo 1° de la propia Ley 13.196 se indicaba que "El 10% del ingreso en moneda extranjera determinado por la venta al exterior de la producción de cobre, incluidos sus subproductos, de la Corporación Nacional del Cobre de Chile y el 10% del valor de los aportes en cobre al exterior que efectúe dicha Corporación, deberán ser depositados por el Banco Central de Chile en moneda dólar de los Estados Unidos de América, en la Tesorería General de la República, con el objeto de que el Consejo Superior de Defensa Nacional cumpla con las finalidades de la ley N°7.144."

Los factores que ayudaron a la desclasificación de esta ley son, por una parte, las denuncias de corrupción en la ejecución de más de 5.000 millones de pesos provenientes de la Ley Reservada del Cobre (el caso "*Milicogate*"¹³) y un procedimiento de amparo de acceso a la información pública presentado ante el Consejo para la Transparencia, cuyo objeto era, precisamente, el conocimiento del texto íntegro de la ley y sus modificaciones. Al momento del ingreso de este amparo, el Consejo ya había decidido ocho casos sobre información relativa a la Ley Reservada del Cobre, que si bien no pedían el texto de la Ley, solicitaban información relacionada con ella (la materia de los amparos se detalla en la tabla N°2). De estos, sólo en los dos primeros la decisión fue rechazar el amparo y no exigir la entrega de la información, resolviendo que era aplicable la norma de secreto consagrada en la Ley Reservada del Cobre, en tanto -previa aplicación del test de daño- el organismo consideró que en el caso concreto concurría un daño a la seguridad de la Nación. Pese a ello, cabe destacar que en el caso C57-10, se deja constancia de la "preocupación" del Consejo por la existencia de éstas, indicando que admitir su existencia "supone aceptar un peligroso bolsón de opacidad que pugna con el principio constitucional de publicidad y transparencia y el contenido esencial del derecho a acceder a la información pública, esto es, la facultad de todo individuo de buscar, solicitar y acceder a la información que obre en poder de los órganos estatales, particularmente a partir de la reforma constitucional del 2005 (artículos 8° y 19 numerales 12 y 26 de la Constitución), representando también un serio debilitamiento del principio democrático en que se basa nuestra institucionalidad republicana (art. 4° de la Constitución)"¹⁴.

¹² Caso Rol N° C2867-15, Salvador Soto Fortes con Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, decisión del 29/03/2016, Consejo para la Transparencia. Disponible en: http://extranet.consejotransparencia.cl/Web_SCW2/Archivos/C2867-15/Decision_Web_C2867-15.pdf.

¹³ El diario The Clinic, le dio ese apodo al caso en una de sus ediciones <http://www.theclinic.cl/2015/08/13/milicogate-el-gran-robo-del-fondo-reservado-del-cobre/>

¹⁴ C57-10 y C396-10, Consejo para la Transparencia, considerandos 10 y 14 respectivamente.

Tabla N°1:
Amparos presentados al Consejo para la Transparencia relacionados con la Ley Reservada del Cobre¹⁵

Rol Amparo	Materia
C382-09	Contratos para proveer de bienes y servicios suscritos entre el Ejército de Chile y la empresa Servicios Logísticos Ltda. entre el 31 de agosto de 1999 y el 31 de agosto de 2009. O al menos, se le informe la cantidad de contratos, el monto al que ascienden y el tipo de prestación al que se refieren. (Rechazado)
C57-10	Montos en la cuenta de la Ley Reservada del Cobre: totales, gastados y remanentes por año, entre 2004 y 2009. (Rechazado)
C396-10	Contrato del puente mecano en el río Biobío, hecho con dinero de la Ley Reservada del Cobre. (Acogido Totalmente)
C326-11	Gastos hechos con posterioridad al terremoto del 27 de febrero de 2010 para enfrentar la emergencia y reconstrucción del país con fondos de la Ley Reservada del Cobre. (Acogido Totalmente)
C349-11 y C536-11	Información relativa al proceso licitatorio denominado "Habitabilidad Conjunta Cruz del Sur", al que llamó el Estado Mayor Conjunto y que se llevó a efecto entre diciembre de 2009 y mayo de 2010 (Contratos comprados con la Ley Reservada del Cobre). (Acogido Totalmente)
C508-11	Solicitud al Ministerio de Hacienda de información relativa a los fondos y donaciones realizadas y usadas en relación a la reconstrucción post terremoto. Entre ellas, la ejecución operativa de los US\$300 millones provenientes de los fondos originados por la Ley Reservada del Cobre. (Acogido Parcialmente)
C2202-13	Información sobre aviones adquiridos por las Fuerzas Aéreas. (Acogido Parcialmente)
C503-15	Solicitud al Ejército de Chile, de una serie de antecedentes respecto de un Oficial en particular, entre ellos, nombre de las personas naturales o jurídicas que hayan sido proveedores del Ejército y se les haya pagado con recursos de la Ley Reservada del Cobre, transacciones irregulares y responsabilidad del Oficial especificado. (Acogido Totalmente)
C2867-15	Texto íntegro y modificaciones de la Ley Reservada del Cobre. (Acogido Parcialmente)

Más tarde, el día 17 de noviembre de 2015, se presenta el amparo rol C2867-15 ante el Consejo para la Transparencia, contra la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, solicitando el texto íntegro de la Ley Reservada del Cobre y sus modificaciones. El CPLT solicitó y tuvo acceso al texto de la referida norma, para decidir sobre unos casos anteriores (C57-10 y C396-10) y sobre este caso en particular. La decisión fue tomada el 29 de marzo de 2016, en sesión ordinaria N°694, en la que el Consejo para la Transparencia decide acoger parcialmente el amparo C2867-15, ordenando la entrega del texto de la Ley y sus modificaciones al reclamante, salvo el artículo 3°, en el cual se señala la cuenta en la que deben traspasarse los montos del cobre.

Uno de los elementos para efectuar el juicio de afectación, fue la revisión de la información respecto de la Ley Reservada del Cobre que ya se encontraba en el dominio público. El razonamiento es simple: si la información (o parte de ella) se encuentra en el dominio público, entonces no existe afectación en la divulgación oficial de ésta. Respecto de la Ley Reservada del Cobre, había una considerable cantidad de información disponible en distintos actos de órganos del Estado –el Libro de la Defensa Nacional, Dictámenes de la Contraloría, proyectos de ley y la Memoria Anual de CODELCO– ya divulgada en la esfera pública" (Contreras, 2017). El 3 de mayo de 2016 el ór-

¹⁵ El detalle de los amparos y sus decisiones se encuentra disponible en el buscador de jurisprudencia del Consejo para la Transparencia en http://extranet.consejotransparencia.cl/Web_SCW2/Paginab/Listado.aspx

gano requerido da cumplimiento a la decisión del Consejo para la Transparencia, haciendo entrega del texto en formato papel al requirente, en los términos requeridos por el Consejo, sin interponer un recurso de legalidad ante la Corte de Apelaciones.

Mientras tanto, el 14 de enero de 2016, los entonces Diputados Jaime Pilowsky Greene, Ricardo Rincón González, Marcelo Schilling Rodríguez, René Saffirio Espinoza, Guillermo Ceroni Fuentes y Yasna Provoste Campillay, presentaron la moción de promulgación de una Ley que elimine el carácter secreto de la Ley Reservada del Cobre, obligando a su publicación en una edición regular del Diario Oficial de la República de Chile y no en una edición reservada. Esta moción fue aprobada por el Congreso Nacional el día 23 de noviembre de 2016, promulgándose en consecuencia, la Ley N°20.977. Esta nueva Ley fue finalmente publicada en el Diario Oficial el día 22 de diciembre de 2016, insertándose la Ley del Cobre y todas sus modificaciones.

Más tarde, con fecha 3 de mayo de 2017, la Cámara de Diputados presentó al Ejecutivo el acuerdo por el que solicita "conformar un grupo de trabajo con integrantes del Congreso Nacional, Poder Ejecutivo y Consejo para la Transparencia a fin de analizar la situación de las leyes secretas de nuestro país" con el objetivo de, posteriormente, poder sugerir qué leyes pueden publicarse. Luego de esto, el 25 de julio de 2017, el Consejo para la Transparencia decide unirse a dicha propuesta y presenta al presidente de la Cámara de Diputados, Sr. Fidel Espinoza Sandoval y al Ministro Secretario General de la Presidencia, Sr. Nicolás Eyzaguirre Guzmán, un oficio con la propuesta de la conformación de un grupo de trabajo, en el cual se integre el Congreso, el Poder Ejecutivo y el Consejo para la Transparencia, para analizar la situación de las leyes secretas, estudiarlas caso a caso y avanzar en un proyecto que desclasifique aquellas que así lo amerite dicho análisis (Consejo para la Transparencia, 2017). El día 16 de agosto de 2017, el entonces Subsecretario General de la Presidencia, Gabriel de la Fuente, envía al Consejo para la Transparencia un oficio de respuesta, en la cual agradece la disposición del Consejo en la materia e informa que esta comunicación será considerada en el análisis de las leyes secretas vigentes. A la fecha, no ha habido mayor pronunciamiento sobre la conformación de esta comisión evaluadora.

El 15 de enero de 2018, el Consejo para la Transparencia envió Oficio N°163 al Ministro del Interior y Seguridad Pública, al Ministro de Defensa Nacional y al Ministro Secretario General de la Presidencia, solicitando los decretos promulgatorios de los textos legales reservados. La revisión de estos textos (que por sí solos no son reservados, sino que sólo es reservada la norma que promulga) es clave, ya que en ellos se señala si es el mismo decreto promulgatorio o bien una ley de quorum calificado, la que establece la reserva de cada texto reservado. Si fuera el primer caso, esos textos no serían válidamente reservados, ya que eso debe ser establecido por una ley de quorum calificado. Con fecha 6 de febrero de 2018, el Ministro del Interior y Seguridad Pública, a través del Oficio N°3.922, dio respuesta denegando el acceso a dichos decretos, indicando que el Ministerio "no se encuentra facultado para acceder a lo solicitado", fundamentándose en que "en el entendido que las referidas normas tuvieron su origen con carácter de reservado -por cuanto su publicidad podría afectar los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional- entregar la información solicitada, implica necesariamente una afectación al principio de juridicidad". También se recibió respuesta de los otros dos Ministerios. La respuesta del Ministerio de Defensa Nacional también fue en el sentido de denegar la información, mientras en la respuesta del Ministerio Secretaría General de la Presidencia se indicaba que no contaban con dicha información.

3.3 PUBLICIDAD DE LAS ACTAS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL

El Consejo para la Transparencia se ha pronunciado en diversas oportunidades en relación con la publicidad de las Actas de las sesiones del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) que se han celebrado. En las respectivas solicitudes de información, las actas eran denegadas, en primer lugar, por tratarse de documentos en poder de un órgano constitucional que no forma parte de la Administración del Estado. Asimismo, se denegó su entrega por cuanto ésta produciría una afectación cierta, probable y específica a la Seguridad de la Nación y el Interés Nacional.

A partir del primer amparo que tuvo conocimiento el Consejo (Rol C2803-15), resuelto en sesión N°694, de fecha 29 de marzo de 2016, se distinguió el régimen de publicidad aplicable a estas actas datadas antes de la reforma constitucional de la Ley N°20.050 del año 2005, del régimen aplicable a partir de dicha reforma constitucional.

En síntesis, previo a la reforma constitucional del año 2005, los acuerdos y opiniones relativos a hechos, actos o materias que atentaren gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pudieren comprometer la seguridad nacional, son públicos o reservados según lo determine para el caso particular el propio COSENA. Por otra parte, respecto de las consultas que el Presidente de la República formule al referido Consejo, así como los debates e informes que ellas generen, tendrán el carácter de reservados, a menos que el Presidente de la República proponga lo contrario y así lo acuerde en cada caso el Consejo. Es decir, el constituyente entrega al COSENA la facultad de determinar la publicidad o reserva de los antecedentes.

Posteriormente, con la reforma constitucional del año 2005, el poder constituyente estableció expresamente la publicidad de las actas del COSENA, como regla general, salvo que la mayoría de los miembros acuerde lo contrario. Lo anterior en plena concordancia con lo dispuesto en el artículo 8° inciso segundo de la Carta Fundamental.

Dicho criterio, que ha sido sostenido también por el Consejo para la Transparencia en sus decisiones de amparo que ha debido conocer posteriormente (por ejemplo, Roles C4670-18, C3259-18, C4046-18, C5190-18, entre otras), también se encuentra ratificado por sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones y por la Corte Suprema, conociendo de Reclamos de Ilegalidad y Recursos de Queja, respectivamente. Se debe hacer presente que, en algunas de las decisiones citadas, miembros del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, realizaron una visita técnica en dependencias del Estado Mayor Conjunto (entre otras, el 17 de enero de 2019), con el objeto de revisar materialmente las actas solicitadas.

Sobre el particular, cabe destacar lo resuelto al fallar un recurso de queja por la Corte Suprema, en sentencia Rol 19.163-2019, en donde señaló que el COSENA es un órgano consultivo que forma parte de la Administración del Estado, lo que se produce al otorgar asesoría al Poder Ejecutivo en materias de seguridad nacional. Agregó que, en relación con las causales de secreto y reserva, antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.050 se distinguía expresamente entre actas públicas y actas reservadas, señalando que,

"Para el caso que, en las primeras, no se expresara que eran reservadas, por aplicación del principio de publicidad se entendían públicas pues, es el constituyente de la época (antes de la reforma del año 2005) que le otorgó facultad al COSENA para así determinarlo".

A continuación, el mismo fallo agregó que,

"Distinta es la situación de aquellas actas que, en la misma época, se determinó su carácter de reservadas, cuyo fundamento legal era el derogado artículo 96 de la Constitución Política de la República, actualmente, rige el principio de publicidad reconocido en el artículo 8 de la Carta Fundamental, de forma tal que el CPLT debe efectuar una reconducción material y determinar si hay o no exclusión, en los términos del referido artículo 8, esto es, aduciendo razones de seguridad o interés nacional, para cual necesariamente ha de efectuar un análisis del contenido de los actas, tal como aconteció y que es, por tanto, coherente con la normativa constitucional y legal descrita precedentemente."

Se concluyó, en definitiva, que la publicidad de las actas solicitadas no parece vulnerar la seguridad nacional, con la excepción de aquellas actas que expresamente se indican, las que en atención a su contenido específico, se mantuvieron en reserva. Esta declaración de publicidad de gran parte de las actas del COSENA permite la reconstrucción de la memoria histórica dentro del contexto sociopolítico del país, pudiendo conocer de primera fuente las deliberaciones de las autoridades de la época. Así, por ejemplo, fue posible acceder, a información relativa a las deliberaciones sostenidas a propósito del nombramiento de senadores designados, discusiones sobre elecciones de miembros del Tribunal Constitucional, el debate sobre las consecuencias relativas al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Rettig), etc.

4

DESAFÍOS Y MATERIAS PENDIENTES

La actual legislación en materia de financiamiento de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, y otras respecto de las cuales la regulación vigente dispone su secreto o reserva, se ha visto permanentemente cuestionada, demandándose cada vez más desde la ciudadanía un mayor acceso a los procedimientos y decisiones al interior de las mismas. Aunque a la fecha ha habido importantes avances en la materia, quedan aún pendientes algunos desafíos que resulta necesario abordar para facilitar el acceso a la información por parte de la ciudadanía y favorecer y promover el control social de los procedimientos y decisiones en estas instituciones, sin perjuicio de la procedencia de las causales de secreto o reserva establecidas en la Constitución y la ley, cuando sea procedente.

4.1

FINANCIAMIENTO DE LAS FUERZAS ARMADAS. NUEVO MECANISMO DE FINANCIAMIENTO DE LAS CAPACIDADES ESTRATÉGICAS DE LA DEFENSA NACIONAL

El 26 de septiembre de 2019 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°21.174, que establece un nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional. Esta norma creó dos fondos: el Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y el Fondo de Contingencia Estratégico. Asimismo, deroga la Ley N°13.196, Reservada del Cobre.

Dentro de los principales aspectos que se pueden destacar de la ley, podemos mencionar los siguientes:

- a) Crea un Fondo de Contingencia Estratégico para enfrentar situaciones de crisis y financiar material bélico severamente dañado como consecuencia de emergencia o catástrofes; y para anticipar una adquisición de material bélico contemplada en la planificación del desarrollo de la fuerza, cuando por las características y disponibilidad sea necesaria dicha adquisición para mantener o desarrollar las capacidades estratégicas.
- b) Se elimina el piso mínimo para actividades generales de las Fuerzas Armadas establecido en la Ley de Presupuestos y el piso mínimo de gastos reservados contemplado para las Fuerzas Armadas.
- c) Incorpora la obligación de presentar un proyecto de ley que regule el sistema de compras de capacidades estratégicas. En éste se establece que, dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la ley, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional un proyecto que regule el sistema de compras que se realice con cargo al Fondo Plurianual para las capacidades estratégicas.

En efecto, con fecha 4 de junio de 2020, el Presidente de la República envió al Congreso Nacional, un proyecto de ley que establece un nuevo sistema de compras e inversiones de las capacidades

estratégicas de la Defensa Nacional, con cargo al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y al Fondo de Contingencia Estratégico, contenido en el Boletín N°13.563-02, actualmente en su primer trámite constitucional en la Comisión de Defensa Nacional del H. Senado.

Conforme indica el mensaje del Presidente de la República, la iniciativa de ley *"pretende dos objetivos esenciales, por un lado, regular a nivel legal los aspectos fundamentales del sistema de compras y adquisiciones conforme al nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la Defensa Nacional y, por el otro, establecer los controles civiles y democráticos adecuados para resguardar el uso correcto y eficiente de los recursos públicos de acuerdo al plan cuatrienal de inversiones, a la planificación del desarrollo de la fuerza y a la Política de Defensa Nacional."*

- d) Se deroga la Ley N°13.196, Reservada del Cobre, subsistiendo el impuesto del 10% a beneficio Fiscal por un período de nueve años, disminuyendo desde el año diez un 2,5% por año hasta llegar a 0% en el año doce.
- e) Finalmente, la ley establece que los recursos remanentes en las cuentas de la Ley Reservada del Cobre serán incorporados al Fondo de Estabilización Económica y Social, establecido en la Ley N°20.128, sobre responsabilidad fiscal.

Si bien esta ley a todas luces resulta en un avance en la materia, se observan varios aspectos respecto de los cuales aún se puede continuar avanzando en elevar los estándares de transparencia del sistema. Sobre el particular, se debe tener en consideración lo señalado por los Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información, denominado "Principios de Tshwane"¹⁶, los que han sido formulados para orientar la redacción, revisión e implementación de leyes o disposiciones relativas a la potestad del Estado para clasificar información por motivos de seguridad nacional o sancionar su divulgación.

En lo relativo al financiamiento de las Fuerzas Armadas, resulta especialmente relevante el principio 10, relativo a las categorías de información sobre las cuales existe una fuerte presunción o un interés preponderante a favor de su divulgación, por su importancia para el proceso de control democrático y el Estado de Derecho. En estos casos, de acuerdo a los citados principios, existe una necesidad imperiosa de que tal información deba ser pública y divulgarse en forma proactiva. Asimismo, se señala que la información que este principio enumera sólo podría clasificarse o mantenerse en reserva por motivos de seguridad nacional, únicamente en circunstancias absolutamente excepcionales y por un plazo estrictamente limitado.

Particular relevancia tiene la letra f) de ese principio, que incluye en esta necesidad imperiosa de publicidad, a la información financiera. De acuerdo a este literal, se debe permitir que el público entienda las finanzas del sector de la seguridad, así como las reglas que las rigen. Entre otro tipo de información, esto debe alcanzar a los presupuestos de los departamentos y agencias, reglas de gestión financiera y mecanismos de control, informes redactados por instituciones supremas de auditoría y otros órganos responsables de la revisión de aspectos financieros del sector de la seguridad, etc.

¹⁶ Los Principios de Tshwane, son principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información, y fueron emitidos el 12 de junio de 2013. Estos principios han sido redactados por 22 organizaciones durante un período de dos años.

4.2 **NORMAS DE SECRETO ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. ARTÍCULO 436.**

El artículo 436 del Código de Justicia Militar dispone que se entiende por documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas, enumerando a continuación, a modo ejemplar, qué tipo de documentos deben considerarse como reservados.

Sin embargo, esta norma establece un enunciado amplio, relacionando el concepto de documento secreto con la seguridad del Estado, la defensa nacional, o el orden público, y estableciendo a continuación un catálogo enunciativo de carácter lato. El precepto, además, no tiene una exigencia expresa de afectación de la seguridad de la Nación, tal como exige la Constitución, lo que representa una serie de dificultades en su aplicación e interpretación.

La actual redacción del artículo 436 del Código de Justicia Militar resulta incompatible con los estándares requeridos por el artículo 8º, inciso 2º de la Constitución Política de la República, para declarar la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado.

Al respecto, podemos señalar que existen numerosas mociones que buscan modificar dicho precepto legal, siendo uno de las más importantes, el Boletín N° 11.697-07, sobre el cual el Consejo para la Transparencia ha trabajado junto a los parlamentarios de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, y al Ejecutivo, para perfeccionar su contenido. Sin embargo, a la fecha, dicha iniciativa se encuentra paralizada en su tramitación legislativa.

Ahora bien, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia ha ratificado lo ya señalado por el Consejo para la Transparencia, en orden a que la declaración de secreto o reservado de un acto debe reconducirse a la afectación de alguno de los bienes jurídicos señalados por el artículo 8º de la Constitución, y que efectivamente se acredite la existencia de un daño a alguno de dichos bienes.

Como se señaló previamente, la mantención de reglas especiales de secreto en materia de defensa, constituyen bolsones de opacidad, que impiden la debida rendición de cuenta de parte de las Fuerzas Armadas y Carabineros hacia la ciudadanía, permitiendo amparar irregularidades en su actuar. Un adecuado ejercicio del derecho de acceso a la información, que no imponga trabas o dificultades adicionales para acceder a la documentación que obra en poder de estas instituciones, constituye un elemento esencial en la prevención, detección y sanción de irregularidades en materia de probidad y conflictos de intereses, permitiendo un mayor control social de la actividad de los órganos del Estado.

Por otro lado, el artículo 21 N°3 de la Ley de Transparencia nace con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005 que consagró, entre otros, el principio de publicidad de los actos de la Administración del Estado, adecuándose al estándar establecido por la Carta Fundamental.

En este sentido, resulta fundamental avanzar en una definición clara respecto de la causal de seguridad nacional establecida en el artículo 21 N°3 de la Ley de Transparencia. Para ello, es importante que tal concepto otorgue contenido a la cláusula de seguridad de la Nación vinculándola más bien a las amenazas o agresiones externas. Las referencias a los asuntos internacionales

que aparecen en el derecho comparado, en nuestra legislación ya se encuentra cubiertas por la hipótesis del artículo 21 N°4 de la citada ley, en función de la causal de interés nacional.

Tal definición, se encuentra perfectamente alineada con lo expresado en los principios de Tshwane, sobre seguridad nacional y el derecho a la información. En efecto, por una parte, el literal 2 c) de dichos principios, considera como buena práctica para la seguridad nacional, cuando la misma es empleada para limitar el derecho a la información, que se defina este concepto con precisión en la legislación, de forma coherente con una sociedad democrática. Asimismo, el principio 9 se refiere a la información que puede ser reservada de manera legítima, señalando en su literal b) que será buena práctica el que se establezca una lista exclusiva de categorías de información limitada.

4.3 GESTIÓN DOCUMENTAL POR PARTE DE LAS FUERZAS ARMADAS Y FUERZAS DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA.

A. Regulación general en materia de conservación de documentos para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

- En materia de gestión documental y conservación de documentos, en el ámbito de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, la normativa general asociada es la siguiente: El D.F.L. N° 5200, de 1929, sobre instituciones nacionales patrimoniales dependientes del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, regula, en general, la forma y condiciones en que la documentación y archivos provenientes de las instituciones del Estado ingresarán al Archivo Nacional, así como sus condiciones de conservación.
- El artículo 14, inciso final, de este cuerpo legal (incorporado mediante la Ley N° 18.771, del año 1989) excluye de la aplicación de sus reglas generales el archivo y eliminación de la documentación que obra en poder del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y de los demás organismos dependientes de dicha Secretaría de Estado, o que se relacionen con el gobierno por su intermedio, estableciendo expresamente que estos procesos se realizarán conforme a lo que disponga la reglamentación ministerial e institucional respectiva.

A dicho respecto, cabe hacer presente que existe una iniciativa de ley en tramitación en el Congreso Nacional - segundo trámite constitucional - que tiene por objeto modificar el inciso final del artículo 14 del referido D.F.L. N° 5.200 (Boletín N°9958-17). Dicho proyecto de ley propone que la documentación del Ministerio de Defensa Nacional, o de sus organismos relacionados, en que consten actos que hayan sido declarados secretos o reservados, será conservada por las respectivas instituciones, mientras los efectos de la declaración de reserva se mantengan vigentes.

- Por su parte, la Circular N°28.704, de la Contraloría General de la República, de 1981, sobre disposiciones y recomendaciones referentes a eliminación de documentos, dispone que la autorización para eliminar documentos de los servicios de la Administración Pública compete otorgarla, por regla general, al Presidente de la República, salvo respecto de los organismos que gozan de autonomía administrativa, en cuyo caso la eliminación deberá ser autorizada por

la respectiva jefatura superior. Esta circular no hace ninguna referencia a la eliminación de documentos en particular por las Fuerzas Armadas o Carabineros, reforzando así lo mencionado por el inciso final del artículo 14 del D.F.L. N° 5.200.

B. Regulación especial relativa a la documentación que obra en poder del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Armadas y Fuerza de Orden y Seguridad Pública.

- El Ministerio de Defensa Nacional aprobó, mediante Resolución N°13, de 15 de febrero de 2008, el Manual de manejo, uso y tramitación de la documentación del Estado Mayor de la Defensa Nacional. Dicho manual tiene por finalidad establecer normas comunes para la elaboración, redacción, clasificación, tramitación, control y archivo de la documentación del Estado Mayor de la Defensa Nacional y en su relación con el Ministerio de Defensa Nacional y otras instituciones civiles o militares.
- El capítulo VIII del manual se refiere a "Destrucción de Documentación", la que, según el artículo 136, considera los siguientes principios: a) archivar sólo lo que realmente es importante y necesario conservar en los archivos; b) mantener todo documento de vigencia permanente o transitoria hasta que sea reemplazado por otro, o hasta que se cumpla lo que en él se indica o disponga; c) conservar sólo los originales de los documentos hasta un mínimo 5 años; d) destruir, una vez que se haya tomado conocimiento, todo documento al que sólo baste su registro en la tarjeta respectiva, tales como los acuse recibo, por ejemplo; e) levantar acta de incineración de todos los documentos clasificados y de aquellos que sea conveniente por su importancia, dejar constancia de su incineración.
- La incineración o destrucción de documentos puede ser automática, ordenada o de emergencia, según lo disponga la respectiva autoridad del órgano de la Administración del Estado que corresponda, o de la institución de las Fuerzas Armadas o de Seguridad Pública que corresponda en cada caso, y permanecerán vigentes y serán incinerados conforme a lo estipulado en el Anexo N° 24, sobre plazos para la destrucción e incineración de documentación. A este respecto, se estipula que la documentación será incinerada en un plazo de 5, 3 ó 1 año, dependiendo de si su clasificación es Secreto (S), Reservado (R), Confidencial (C), u Ordinario (O), respectivamente. Sólo excepcionalmente, cuando el documento no pierde vigencia o es muy importante, no será destruido y pasará al archivo histórico, una vez transcurrido el plazo indicado. Asimismo, el referido anexo dispone que la documentación en que se indique explícitamente fecha de destrucción o "destruir después de cumplido", deberá ser destruida, de acuerdo a estas instrucciones.
- El artículo 139 del manual establece que cuando se ordene destruir o eliminar una publicación secreta, reservada o confidencial, debe hacerse siempre en presencia de dos oficiales, quienes certificarán que éstos han sido efectivamente destruidos y eliminados en su presencia, y que se han hecho las anotaciones correspondientes en el Libro de Registro.
- En aplicación de lo dispuesto por el inciso final del artículo 14 del D.F.L. N° 5200, de 1929, a modo de ejemplo, el Reglamento de Documentación N°22, de Carabineros de Chile, cuya última modificación fue incorporada por el decreto N°262, de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, regula el tratamiento de los documentos al interior de dicha institución,

plazos y condiciones en que la documentación debe mantenerse al interior de la institución, etc. Por su parte, el Reglamento de Operación de Aeronaves, del Ministerio de Defensa Nacional, de 2012, establece normas sobre operación de los servicios de transporte aéreo de aviación general, contemplando una regla de conservación de la bitácora de vuelo o diario de a bordo.

C. Desafíos normativos en materia de gestión documental que obra en poder del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Armadas, y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

De acuerdo a la regulación previamente expuesta, la gestión de los documentos que obran en poder de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, se sujetan a un régimen excepcional, quedando al margen de lo regulado por el D.F.L N° 5200, de 1929, del Ministerio de Educación Pública. Si bien este Consejo reconoce las particularidades que podría tener la documentación de estas instituciones, y que, en ocasiones, deba someterse a un régimen distinto al general, que resguarde la naturaleza de la información de que se trata, la entrega de la reglamentación de estos asuntos a los propios organismos tampoco resulta conveniente, dada la necesidad del control social que la ciudadanía tiene derecho a realizar.

En este sentido, conviene señalar que el propio Consejo para la Transparencia ha ratificado la importancia sobre la conservación de información oficial y la reconstrucción de archivos de dichas instituciones, como, por ejemplo, en casos referidos a los Consejos de Guerra, las actas del Consejo de Seguridad Nacional o las actas de incineración de documentos por parte organismos públicos.¹⁷

Por lo anterior, un desafío a futuro en la materia consiste en elevar el estándar exigido para la custodia y conservación de la documentación que obre en poder de dichas instituciones, sin que quede sólo a reglamentación interna la regulación de estas materias.

Otro desafío importante consiste en poder incorporar una regla que contemple un mecanismo que permita suspender la facultad de las instituciones de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública para proceder a la destrucción de la información, cuando exista una investigación penal en curso y para la cual ciertos documentos resulten relevantes.

La infracción a esta obligación de no destruir documentación en ciertos casos calificados debe tipificarse como un delito, a efectos de poder sancionar no sólo administrativamente, sino que también penalmente a quienes destruyan documentación encontrándose obligados a conservarla.

En ese orden de ideas, el Consejo para la Transparencia a través de su jurisprudencia, en decisiones de amparo Roles C3119-17 y C3220-17, ha hecho presente a Carabineros de Chile la precariedad del sistema de gestión documental institucional, no acogiendo la alegación de que la información solicitada no se encontraría sistematizada o recogida en una base de datos única, integral y que permita un fácil acceso, incluso para sus propios funcionarios. Por lo anterior, en las citadas decisiones, se le recomendó a dicha institución adoptar las medidas tendientes a ajustar sus sistemas informáticos, para los efectos de facilitar el derecho de acceso a la información pública. Esto permitirá dar respuesta oportuna y expedita a las solicitudes de acceso que se le formulen y, en definitiva, garantizar adecuadamente dicho derecho en favor de los ciudadanos.

¹⁷ Véase las decisiones C225-13, C2803-15 y C1053-17, entre otras.

Por lo tanto, y a efectos de asegurar un fácil acceso a la información que obre en poder de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, resulta importante incorporar también la obligación de que éstas adecúen sus sistemas informáticos, permitiendo la sistematización y digitalización de toda la información, la que a su vez disponga de las medidas de seguridad necesaria que eviten la filtración de la información que ahí se contiene o el acceso a ésta de personas no autorizadas.

4.4

CONDUCTO REGULAR COMO OBSTÁCULO AL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

A través de denuncias y mediante la resolución de amparos al derecho de acceso a la información, el Consejo para la Transparencia ha ido creando jurisprudencia respecto de aquellas instituciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, que han negado el ejercicio del derecho de acceso a la información, a los funcionarios de sus respectivas instituciones, utilizando como argumento el que éstos deben ceñirse al conducto regular para requerir antecedentes.

Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 8º, inciso 2º, de la Constitución Política de la República, establece con rango constitucional el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. De acuerdo a dicha norma, sólo por intermedio de una ley de quórum calificado se podrá establecer la reserva o secreto de dichos antecedentes, y sólo en aquellos casos en que 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. Dichas excepciones, establecidas constitucionalmente, deben interpretarse restrictivamente, no pudiendo limitarse el derecho de acceso a la información si no se encuentra acreditada la afectación de dichos bienes jurídicos y no procediendo la integración de lagunas por analogía. De igual forma, y conforme ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (STC 634/2007, 1990/2012, 2153/2012), el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental que se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República.

Por su parte, el artículo 2º de la Ley de Transparencia dispone que dicha ley es aplicable a las Fuerzas Armadas, entre otros órganos de la Administración del Estado, sin que se establezca ningún tipo de excepción ni condición especial para ejercer los derechos reconocidos en la ley ante los organismos que componen las Fuerzas Armadas. A continuación, el artículo 5º de la ley prescribe que los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, serán públicos, salvo las excepciones que establezca la ley.

A su vez, el artículo 11, letra g) del mismo cuerpo legal reconoce el principio de no discriminación, conforme al cual *"los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud"*. Este principio no es más que una extensión del derecho fundamental de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, derecho que se encuentran obligados a respetar todos los órganos el Estado.

En consecuencia, cumpliendo con los requisitos formales establecidos en el artículo 12 de la Ley de Transparencia, las únicas razones para denegar una solicitud de acceso a la información es la inexistencia de la información requerida o configurarse algunas de las causales de secreto o reserva contempladas en el artículo 21 de la misma ley. A saber, los requisitos que debe contener una solicitud de acceso a información son los siguientes: (i) nombre, apellido y dirección del solicitante y de su apoderado, en su caso; (ii) identificación de la información clara que se requiere; (iii) firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado, y; (iv) órgano administrativo al que se dirige. Por lo tanto, carece de todo asidero legal aducir como argumento para declarar la inadmisibilidad de una solicitud fundamentos distintos a los señalados en la propia Ley de Transparencia.

Dicho criterio ha sido sostenidamente confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, entre otros, en los fallos roles ICA N° 3323-2013, N° 5080-2014, N° 9134-2016. A dichos efectos, en la sentencia Rol ICA N° 8998-2017, de la Corte de Apelaciones de Santiago, el que en sus considerandos 8° y 9° señaló que "8°) *Que conforme a la preceptiva citada, la información que se requiera a los órganos de la Administración del Estado, se rige por la Ley N° 20.285, la cual expresamente extiende su aplicación a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y a su vez se señala que toda persona, sin hacer excepción alguna, tiene derecho a acceder a la información que solicita, sin que por lo tanto haya razón alguna para excluir de este procedimiento a los funcionarios activos de las Fuerzas Armadas. 9°) Que la preceptiva sobre "conducto regular" invocada por el Ejército de Chile está contenida en normativa de carácter reglamentaria, y por lo tanto, en caso alguno puede primar por sobre la legal ya referida.*"

De esta forma, exigir que las solicitudes que efectúen los miembros de las Fuerzas Armadas deban ser realizada por el conducto regular, supone una infracción a las disposiciones vigentes de la Ley de Transparencia y constituye una infracción al derecho fundamental de acceso a la información, obstruyendo el legítimo ejercicio éste, reconocido universalmente a cualquier persona, sin poder efectuarse ningún tipo de discriminación a quien realice la solicitud.

En efecto, conforme lo dispone el artículo 4° del decreto N° 1445, de 1951, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, "*se entenderá por 'conducto regular' la serie de autoridades directas, jerárquicamente escalonadas, que forman el camino normal que deben seguir las órdenes, desde el superior que las dicta hasta quienes deben ejecutarlas, las noticias, reclamaciones, etc., que marchan en sentido inverso y, en general, todas las tramitaciones de asuntos relativos al servicio o interés de las Fuerzas Armadas. El 'conducto regular' es un medio de las funciones militares y podrá, en circunstancias calificadas de urgencia que lo precisen, prescindirse de utilizarlo totalmente; en estos casos deberá darse cuenta a los superiores directos correspondientes, tan pronto sea posible, de las circunstancias que motivaron tal prescindencia.*"

Por lo tanto, y tal como se describe en la norma, el conducto regular constituye un mecanismo para las "*tramitaciones de asuntos relativos al servicio o interés de las Fuerzas Armadas*", y no puede constituirse en un obstáculo al legítimo ejercicio de un derecho fundamental, como lo es el derecho de acceso a la información.

4.5 GASTOS RESERVADOS EN LAS INSTITUCIONES DE LA DEFENSA NACIONAL

Con fecha 4 de febrero de 2020 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°21.211, sobre información y rendición de cuentas de gastos reservados. Esta normativa vino a reemplazar la legislación vigente que fue sobrepasada a la luz de los hechos de faltas a la probidad ejercidos por determinados altos cargos tanto en el Ejército como en Carabineros de Chile. Dentro de los principales aspectos a destacar de esta nueva normativa podemos señalar lo siguiente:

- a) Los gastos reservados deberán destinarse exclusivamente para materias de orden público, la seguridad interna y externa del país, la inteligencia y contrainteligencia. En el caso de la Presidencia de la República, quedarán comprendidos aquellos que sean inherentes a sus funciones y que por su naturaleza deban ser reservados y secretos.
- b) Se aumentan considerablemente los mecanismos de control civil respecto de los mismos. Los controles internos corresponden a los ministros de Defensa, respecto de las FFAA.; del Interior, respecto de las policías y la ANI, y de Relaciones Exteriores, en relación a la Dirección de Fronteras y Límites.
- c) En cuanto a los controles externos, la Contraloría General de la República deberá recibir la información de las unidades operativas que tendrán acceso a ellos, por ejemplo, en el caso de las FFAA. los servicios de inteligencia o el Estado Mayor Conjunto. Además, la Contraloría recibirá por escrito anualmente en forma genérica y secreta el destino de los gastos reservados, pudiendo el Contralor observarlos si advierte inconsistencias o mal uso de estos, lo que se representará al Ministro respectivo, quien deberá hacer las aclaraciones del caso. Adicionalmente, quienes tengan acceso a gastos reservados tendrán la obligación de hacer una declaración de patrimonio e intereses especial y reforzada, quedando la Contraloría incluso facultada para solicitar antecedentes a la Unidad de Análisis Financiero, con la finalidad de detectar cualquier desvío de estos recursos.
- d) Se eliminan también los pisos de los Gastos Reservados de tal manera que las instituciones que los reciben, como las FFAA., deben justificar su necesidad ante los ministros respectivos y estos, a su vez, ante el parlamento. No obstante lo anterior, siempre deberá existir una glosa para los Gastos Reservados.
- e) Finalmente, los ministerios que reciben gastos reservados deberán informar a la Comisión de Inteligencia de la Cámara de Diputados sobre los objetivos para los cuales fueron solicitados.

Por último, y a modo de antecedente adicional, cabe acá señalar por encontrarse en estrecha relación con la materia, que con fecha 4 de junio de 2020, el Ejecutivo ingresó un proyecto de ley que establece un nuevo estatuto de protección en favor del denunciante (Boletín N°13.565-07), el cual tiene como objetivo primordial incorporar una ley independiente que contendrá un Estatuto de Protección en favor del denunciante, a través del cual se plantea crear un canal de denuncia soportado a través de una plataforma electrónica; regular el órgano público a cargo de su implementación y gestión; reforzar las medidas de protección del personal de la Administración del

DESFÍOS Y MATERIAS PENDIENTES

Estado denunciante; establecer medidas de protección en favor del denunciante particular y sancionar las acciones de persecución u hostigamiento al funcionario. Los mecanismos de denuncia y protección propuestos en el proyecto de ley serán de aplicación universal, para funcionarios de la Administración del Estado (cualquiera sea la institución en la cual desempeña sus funciones el denunciante) o personas externas a la Administración.

Dicha iniciativa de ley constituye, en opinión de esta Institución, un importante avance en la prevención de actos que atenten contra la probidad pública y la promoción de la denuncia de éstos, por lo que se espera que esta nueva iniciativa tenga una tramitación expedita en el Congreso Nacional.

5 CONCLUSIONES

El derecho de acceso a la información se hace aplicable y abarca a todos los órganos de la Administración del Estado, encontrándose limitado por las causales de secreto o reserva establecidas en la Constitución y la ley. En este sentido, las distintas instituciones que componen las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, se encuentran plenamente regidas por las disposiciones de la Ley de Transparencia, y sólo en virtud de la concurrencia de alguna causal de secreto, por afectación de alguno de los bienes jurídicos señalados en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, se podrá denegar el acceso a determinada información.

Asimismo, el adecuado y oportuno ejercicio del derecho de acceso a la información es un mecanismo fundamental para la prevención, detección y sanción de irregularidades que puedan ocurrir al interior de los órganos de la Administración del Estado, permitiendo también un mayor control social sobre la actividad de éstos. Lo anterior, se hace especialmente importante al interior de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, las que, en atención a las funciones que desempeñan, poseen un más amplio margen para mantener parte de su actividad fuera del escrutinio público.

La actual legislación, tanto en materia de financiamiento de estas instituciones como respecto de las materias que pueden mantener en secreto, se ha visto permanentemente cuestionada, demandándose cada vez más desde la ciudadanía un mayor acceso a los procedimientos y decisiones al interior de las mismas. De ahí que los cambios normativos en la materia deben ser capaces de reconocer las particularidades que tienen los asuntos que se encuentran bajo el control de estas instituciones, pero sin que esto signifique dejar fuera del alcance de conocimiento público aquellos aspectos que sean estrictamente necesarios, y que efectivamente se acredite que su publicidad ponga en riesgo aspectos tan importantes como la seguridad nacional.

En ese sentido, la experiencia del Consejo para la Transparencia ha mostrado que un componente importante que permite garantizar el derecho de acceso a la información consiste en una adecuada gestión documental, que asegure encontrar y acceder fácilmente a la información que se está requiriendo. En el caso de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, los procedimientos de custodia y destrucción de la documentación han quedado casi a la completa discrecionalidad de las mismas instituciones, lo que claramente afecta la posibilidad de acceder a los antecedentes que puedan ser requeridos, como la colaboración con otros organismos del Estado.

La seguridad nacional y el adecuado ejercicio del derecho de acceso a la información no deben ser considerados como opuestos o incompatibles entre sí. Si bien es cierto que el resguardo de la seguridad nacional, en ocasiones puede restringir el acceso a determinada información, esto no debe transformarse en la regla general y sólo cuando se acredite una efectiva afectación de la seguridad nacional se debe limitar el derecho de acceso. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico debe entregar los elementos que permitan conjugar de la mejor manera ambos elementos, garantizando lo mejor posible el derecho de acceso a la información, sin que esto llegue a implicar una afectación de la seguridad nacional.

CONCLUSIONES

El Consejo para la Transparencia celebra los avances en la materia, de los cuales se ha dado cuenta a lo largo del presente documento, los que contribuirán decididamente a facilitar el acceso a la información pública que se encuentre en poder de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, por parte de la ciudadanía. Al mismo tiempo, insta a continuar avanzando en el perfeccionamiento de la transparencia y el acceso a la información, y se pone a disposición de las instancias que correspondan para colaborar, en el ámbito de sus competencias, en el mejor logro de dichos desafíos.

6

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Boletín 10.118-07 (2015) "Elimina el carácter reservado de disposiciones legales promulgadas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y dispone su publicación".
- Boletín 10.518-07 (2016) "Exige la publicación en el Diario Oficial de la ley N°13.196, Reservada del Cobre".
- Boletín 3.307-07 (2003). "Ordena publicación de leyes secretas".
- Cámara de Diputados de Chile. Informe de la Comisión Especial Investigadora de las responsabilidades administrativas que permitieron el fraude fiscal ocurrido en el ejército a través de la apropiación indebida de fondos derivados de la Ley Reservada del Cobre. Descargado el 19 de marzo de 2018 desde <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prml-D=81206&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>. 2017
- Celhay, Pablo. Gil, Daniel. "Experiencia comparada en acceso a la información pública" en de la Fuente (et.al) Calidad de la Democracia, Transparencia e Instituciones Públicas. Serie Estudios, volumen 1. Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2009.
- Contreras, Pablo. "Secretos de Estado. Transparencia y Seguridad Nacional". Santiago de Chile, Thomson Reuters. 2014.
- Contreras, Pablo. "El futuro de las leyes secretas", en Anuario de Derecho Público UDP. Santiago, Ediciones UDP.
- Correa Sutil, Jorge (). "La Seguridad de la Nación y el Interés Nacional como Limite a la Publicidad de los Actos y Resoluciones de los Órganos del Estado". Santiago, Informe de Derecho requerido por el Consejo para la Transparencia, Inédito. 2010.
- CPLT. 10 Años del Consejo para la Transparencia. Fortaleciendo la democracia, la rendición de cuentas y el control social. <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/2019/04/Fortaleciendo-la-Democracia-16x24cm.pdf>. 2019.
- CPLT. Caso "Soto Fortes, Salvador con Subsecretaría para las Fuerzas Armadas", rol N° C2867-15. Descargado el 19 de marzo de 2018 desde http://extranet.consejotransparencia.cl/Web_SCW2/Archivos/C2867-15/Decision_Web_C2867-15.pdf. 2015.
- CPLT. Oficio 6026 al Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Proyecto de Acuerdo de fecha 7 de Junio de 2017, en cuya virtud la Cámara de Diputados solicita a la Presidenta de la República conformar un grupo de trabajo, con integrantes del Congreso Nacional, Poder Ejecutivo y Consejo para la Transparencia a fin de analizar la situación de las leyes secretas de nuestro país. 2017.
- CPLT. Estudio Nacional de Transparencia, 2009.
- CPLT. Estudio Nacional de Transparencia, 2019.
- CPLT, Reportes Estadísticos 2020. https://www.consejotransparencia.cl/inicio_old/estadisticas-y-analisis/

- Latinobarómetro, <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/11/26204452/latinobarometro-informe-2018.pdf>. 2018.
- Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 20 de abril de 2008.
- Ley N°13.196. Descargado el 19 de marzo de 2018 desde <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1098152>
- Mendel, Toby. El derecho a la información en América Latina: comparación jurídica. Unesco, 2009.
- Ministerio de Defensa. Libro de la Defensa. Descargado el 19 de marzo de 2018 desde <http://www.defensa.cl/libro-de-la-defensa-nacional-de-chile/libro-de-la-defensa-2010/>. 2010
- Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Oficio 3922, responde al Oficio N° 163, de 15 de enero de 2018, del Presidente del Consejo para la Transparencia. 2018
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Oficio 1232. Respuesta al Oficio N° 6.026, de 25 de julio de 2017, del Consejo para la Transparencia. 2017
- OGP <https://www.opengovpartnership.org/es/our-members/>
- Pilowsky, Jaime. Presentación en Conversatorio "A un año de la publicación de la Ley Reservada del Cobre", Santiago, Sala de Lectura, Cámara de Diputados, Ex Congreso Nacional. 2018
- Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información "Principios de Tshwane", 2013.
- RTA <https://redrta.org/quienes-somos/>
- The Clinic (2015). Milicogate: El gran robo del fondo reservado del cobre. Descargado el 19 de marzo de 2018 desde <http://www.theclinic.cl/2015/08/13/milicogate-el-gran-robo-del-fondo-reservadodel-cobre/>
- Transparencia Internacional, Barómetro Global de la corrupción en América Latina y el Caribe, 2019.
- UNESCO http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view/news/unesco_welcomes_the_adoption_of_the_law_on_access_to_informa/



consejo para la
Transparencia