

RESUELVE REPOSICIÓN EN AMPARO ROL C396-10

Entidad pública: Ministerio de
Defensa Nacional

Requirente: Paulo Montt Rettig

Ingreso Consejo: 14.12.2010

En sesión ordinaria N° 213 de su Consejo Directivo, celebrada el 7 de enero de 2011, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008, el Consejo para la Transparencia, en adelante indistintamente el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto del recurso de reposición administrativa deducido en contra de la decisión recaída en el amparo Rol C396-10, de 2 de noviembre de 2010, de conformidad con lo dispuesto en el art. 59 de la Ley N° 19.880, de 2003.

VISTOS:

Los artículos 5°, inc. 2°, 8° y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de la Ley N° 20.285 y N° 19.880; lo previsto en el D.F.L. N° 1 – 19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575; y, los D.S. N° 13/2009 y 20/2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban, respectivamente, el Reglamento del artículo primero de la Ley N° 20.285, en adelante indistintamente el Reglamento y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **DECISIÓN RECURRIDA:** El 2 de noviembre de 2010, en la sesión ordinaria N° 195 de su Consejo Directivo, este Consejo se pronunció sobre el amparo por denegación de información relativa al contrato de compraventa -o de otro tipo-, por medio del cual se habría materializado la adquisición de un puente mecano a ser instalado en el río Bío Bío, a la empresa Acrow Corporation of America, junto con sus antecedentes fundantes —propuesta de la empresa, resolución adjudicatoria, propuestas de otras empresas, entre otros-, Rol C396-10, deducido por don Paulo Montt Rettig en contra del Ministerio de Defensa Nacional y resolvió acogerlo en virtud de las consideraciones expuestas en dicho acuerdo. Por su parte, mediante Oficio N° 2.451, de 23 de noviembre de 2010, despachado con la misma fecha, este Consejo notificó por carta certificada dicha decisión al reclamante y al reclamado y a través de Oficio N° 2.674, de 17 de diciembre de 2010 a la empresa Acrow Corporation of America.
- 2) **REPOSICIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL:** Mediante presentación ingresada el 14 de diciembre de 2010 don Jaime Ravinet De la Fuente, Ministro de Defensa Nacional y Presidente del Consejo Superior de la Defensa Nacional, dedujo dentro de plazo legal, recurso de reposición administrativa en contra de la decisión ya individualizada, solicitando que se modifique, rechazando en definitiva el amparo interpuesto, por los fundamentos que se sintetizan a continuación:

- a) En relación con las competencias que se atribuye el Consejo para la Transparencia:
- i. La decisión del Consejo vulnera lo dispuesto por el art. 7° de la Constitución y el art. 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al atribuirse la facultad, que el legislador no le ha conferido expresamente, de determinar lo que es público y lo que es secreto y reservado, en circunstancias que de acuerdo a la Constitución, quien determina aquello, es el mismo constituyente, quien se remite para estos efectos a una ley de quórum calificado y en parte alguna de la Ley de Transparencia se faculta a dicho organismo para decidir lo que es público o secreto o reservado. Aún más, en su afán de interpretar las normas de la Ley de Transparencia incurre en excesos peligrosos, al declarar en la práctica inaplicables para el caso que nos ocupa, normas legales expresas y vigentes, declaradas por los mismos vigentes y aplicables para otros casos, autoatribuyéndose con ello potestades públicas del todo asimilables a los del Tribunal Constitucional.
 - ii. Asimismo, interpreta y deja sin aplicación el dictamen de la Contraloría General de la República N° 48.302, del 27.10.07, que para el Ministro que suscribe es obligatorio y vinculante, y que lo guía en la aplicación para el caso que nos ocupa del art. 436 del Código de Justicia Militar y que para el Consejo para la Transparencia también es obligatorio, desatendiendo y desobedeciendo los arts. 98 de la C.P.R, 1° y 21 de la Ley N° 18.575 y 1°, 6°, 9° y 19 de la Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.
 - iii. Al atribuirse la facultad de calificar la aplicabilidad al caso y la consecuente invocación de las leyes N° 7.144 y 13.196, negando en la práctica tal posibilidad, insinúa que las operaciones y contratos que se ha negado a entregar el Ministerio, no caen dentro de su esfera; atribuyéndose facultades fiscalizadoras que exclusiva y excluyentemente el art. 6° de la Ley N° 13.196 ha entregado a la Contraloría General de la República.
 - iv. Esto ocurre porque no se advierte en la actuación del Consejo el apego a los criterios de hermenéutica legal básicos, y sistemáticos, lo que conduce a errores en su decisión.
- b) La seguridad de la Nación es un valor fundamental que la Constitución consagra para la subsistencia del Estado:
- i. De la lectura de la decisión recurrida queda la impresión de que la seguridad de la Nación es un concepto que para el Consejo para la Transparencia, luego de una evaluación del daño que implicaría la revelación de datos, antecedentes y documentos que se refieren a la defensa Nacional, estima que puede subordinarse o infravalorarse, frente al interés público de difundirlos, sin mayor ponderación, por un supuesto interés social prevaleciente en orden a un control ciudadano de las compras públicas, aunque ellas sean del sector de la Defensa Nacional y particularmente de equipamiento militar.

- ii. Olvida el Consejo que uno de los deberes esenciales e irrenunciables del Estado es resguardar la seguridad nacional. Coherentemente con esto, recientemente el Ministerio de Defensa Nacional cuenta con un nuevo Estatuto Orgánico aprobado por la Ley N° 20.424, cuerpo normativo que reafirma las ideas expresadas y reconoce el rol trascendente que posee en esta estructura la figura del Ministro de Defensa nacional, estableciendo las tareas y facultades otorgadas a dicho Ministro de Estado, tal como proponer para la aprobación del Presidente de la República los proyectos de adquisición e inversión de material de guerra.
 - iii. Señala que la nueva estructura del Ministerio de Defensa Nacional consagrada en la Ley N° 20.424, en el Título V relativo a la fiscalización de las actividades del sector defensa, se incluye una norma –art. 34- que determina que los actos y resoluciones presupuestarios de la defensa nacional son, en general, públicos, salvo las excepciones de secreto o reserva, donde ubica a los fundamentos de los actos y resoluciones presupuestarios de la defensa nacional, en todo lo relativo a las especificaciones técnicas y cantidades de equipamiento bélico y material de guerra, lo que incluye obviamente los contratos relativos a ello.
 - iv. Agrega que de la relación sintética de normas constitucionales y legales de diverso rango realizado queda en evidencia que ellas se relacionan con el art. 436 del Código de Justicia Militar que el Consejo ha sido tan renuente a aplicar en su integridad, demostrando que dichas normas son un todo sistemático y coherente, que en algunos casos incluye normas que declaran secretos cierto tipo de actos, contratos y operaciones, los que el Ministro que suscribe no aplica por gusto, sino como un deber esencial e ineludible del cargo que ostenta y que el Presidente de la República le ha confiado, por lo que de no hacerlo dejaría de cumplir las leyes del sector y dejaría de conducir el sector de la actividad del Estado que el Primer Mandatario le ha encomendado.
- c) Como afecta la revelación o entrega de la documentación solicitada a la seguridad de la Nación:
- i. En primer lugar, indica que espera que de las argumentaciones reseñadas quede claro que la entrega de los documentos que el Consejo le ordena efectuar afectaría la seguridad nacional y que este caso no trata de una disputa comercial entre una empresa extranjera representada por el Sr. Montt, sino que de un tema sumamente serio, que aunque el Consejo al parecer no le agrada, atañe directamente a la defensa nacional.
 - ii. El puente mecano se adquirió por el Ejército de Chile, previa aprobación del proyecto de inversión por el CONSUDENA, órgano que preside y que integran, entre otros, todos los Comandantes en Jefe de las Ramas de las FF.AA. y sus respectivos Jefes de Estado Mayor, como también el Ministro de hacienda y el Ministro de Relaciones Exteriores. Asimismo, dicho proyecto fue aprobado por un D.S. del Presidente de la República, firmado por el Ministro de Hacienda y el

recurrente, decreto exento de toma de razón y de refrendación, lo que no exime al acto de fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República. Por esto, se trata de un acto presidencial, que autoriza al Ejército a efectuar la inversión con cargo a las cuentas de la Ley N° 13.196, que el Consejo ha declarado secreta y cuyas cuentas son también secretas, por lo que como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, los documentos que derivan de la operación también son secretos o, al menos, reservados.

- iii. Plantea una serie de interrogantes en caso que la decisión impugnada quede afirme, preguntándose si el Consejo para la Transparencia posee la capacidad técnica necesaria para juzgar el secreto militar.

d) Utilidad del puente mecano:

- i. Dicho puente fue adquirido por el Ejército para sus Brigadas de Ingenieros y el paso entre cauces de ríos, quebradas o terreno intransitable de sus Brigadas Acorazadas. Se trata de un puente de gran extensión, utilizado por las FF.AA. de EE.UU., que se descomponen en unidades más pequeñas de carácter modular para poder utilizarse en atravesar cauces de agua o quebradas de menor extensión entre dos puntos. El hecho que tenga transitoriamente utilidad civil –como ha ocurrido en casos como Dichato, Tirúa y Pelluhue-, no lo priva de su carácter esencial de equipamiento militar y contribuir así al potencial bélico de la nación.
- ii. La referida operación surge de una necesidad imperiosa para el Supremo Gobierno de recuperar en forma rápida y efectiva la conectividad de las localidades afectadas por el terremoto del 27 de febrero pasado, en cuyo contexto el Gobierno decretó los estados de excepción correspondientes para restablecer la normalidad de las zonas afectadas por la catástrofe señalada, para lo que se contó y aún se cuenta con la colaboración coordinada de todos los órganos que forman parte de la Administración del Estado, dentro de los cuales las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública han cumplido un papel destacado y protagónico, los que derivan de las misiones constitucionales y legales que están llamadas a desempeñar en una catástrofe de dicha magnitud.
- iii. Insiste en el uso o utilidad de equipos militar del puente mecano cuestionado, que por más que artificiosas argumentaciones del Consejo no pierde su calidad de tal.
- iv. En el marco referido, el Ejército de Chile puso a disposición de las más altas autoridades de la República toda su capacidad profesional y técnica para colaborar en recuperar la normalidad, explicándose así la decisión institucional de colaborar en forma activa en la recuperación de la conectividad en la zona señalada y de procurar restablecer la integridad del territorio nacional.
- v. El restablecimiento de la conectividad en la zona donde el puente mecano se pretende emplazar, es de suma urgencia, ya que en sus proximidades se ubican bases militares de alta importancia estratégica

para la defensa nacional, resultando imperioso recobrar la fluidez del desplazamiento vehicular en la zona y restablecer, y luego mantener, la actividad económica de la región. Por esto se presentó al CONSUDENA el proyecto de inversión del puente indicado, lo que recibió el tratamiento de una inversión necesaria para la defensa nacional, recurriéndose para financiar dicha operación a la Ley Reservada del Cobre, que ampara el secreto de las operaciones que en ella se funden, así como los actos administrativos necesarios para que ellos se materialicen, permitiendo incluso eximir de la propuesta pública a dichas operaciones, cuando se trate de casos urgentes e imprevistos, situación de pública notoriedad. Esto se ve corroborado por la generalidad de nuestra legislación, ya que la Ley N° 19.886 sobre compras públicas exime de su aplicación, precisamente en su art. 3° letra f), a casos como la especie, lo que revela una concepción sistemática del legislador al respecto.

- e) Efectos mediatos de la decisión del Consejo para la Transparencia:
- i. Demuele el secreto militar y que afecta a la seguridad nacional y la defensa nacional, derogando en la práctica el artículo 436 del Código de Justicia Militar y los artículos 255 y 256 de dicho cuerpo legal, que sancionan la revelación de secretos militares.
 - ii. A futuro las FF.AA. serán renuentes a prestar colaboración a las autoridades civiles ante catástrofes de la naturaleza, al verse obligadas a exhibir su material de guerra o equipamiento militar para acudir a prestar auxilio a la población civil, sea en forma transitoria o permanente.
 - iii. Sitúa al Ministro de Defensa Nacional en un difícil dilema al poder incurrir en los delitos previstos y sancionados en los arts. 245 y 247 del Código Penal y 255 y 256 del Código de Justicia Militar.
 - iv. Por último, señala que en el hipotético evento que el Consejo no acoja el recurso de reposición, solicita como petición subsidiaria que por su intermedio se haga entrega a don Paulo Montt Rettig de los documentos requeridos por él, bajo la prevención y consecuencias que derivan de los arts. 245 y 247 del Código Penal y 255 y 256 del Código de Justicia Militar.
- f) En el primer otrosí, acompaña copia de ciertos documentos bajo expresa petición que queden en custodia del Consejo Directivo.
- g) En el segundo otrosí, solicita que el Consejo reciba al Ministro de Defensa Nacional o a quien este designe, en audiencia pública junto a don Paulo Montt Rettig, a fin de dar solución honrosa y satisfactoria para ambas partes contendientes.

- 3) **EVACÚA TRASLADO A LA REPOSICIÓN DEL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL:** El Consejo Directivo de este Consejo trasladó dicha reposición mediante Oficio N° 2.690 y 2.691, ambos de 17 de diciembre de 2010, a la empresa Acrow Corporation of America y a don Paulo Montt Rettig, respectivamente. La primera, a la fecha, no ha evacuado dichos descargos, mientras que, a través de presentación

ingresada el 30 de diciembre de 2010, don Paulo Montt Rettig, presentó sus descargos al recurso de reposición, indicando que solicita se declare la inadmisibilidad del recurso de reposición, toda vez que la carta certificada por medio de la cual se realizó la notificación de la decisión recurrida fue recepcionada en la central de correos el día 30 de noviembre de 2010, entendiéndose notificada el día 3 de diciembre de 2010 –de acuerdo al art. 46 de la Ley N° 19.880-, por lo que el plazo de 5 días para interponer dicho recurso, venció el 13 de diciembre de 2010. A mayor abundamiento, la notificación y el conocimiento efectivo de la decisión por parte de la reclamada se realizó el mismo día 3 de diciembre de 2010. En el improbable caso que el recurso de reposición sea admitido a tramitación, presenta los siguientes descargos u observaciones:

a) El Ministerio de Defensa comete errores conceptuales graves en su presentación:

i. El presente asunto no es de competencia del Tribunal de la Contratación Pública:

1. La Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en su artículo 22 crea el Tribunal de la Contratación Pública, cuyas facultades se encuentran enunciadas en el artículo 24 de dicho cuerpo normativo, por lo que –y de acuerdo a la propia interpretación realizada por dicho Tribunal- las compras directas no deben ser objeto de su revisión, encontrándose éstas fuera de su competencia, motivo por el cual no sería procedente –contrariamente a lo señalado por el Ministro de Defensa Nacional- que el Tribunal de la Contratación Pública conociera de la compra del puente mecano para el río Bío Bío, ya que éste no ha sido objeto de licitación, sino de compra directa.
2. A mayor abundamiento, en caso que la compra se hubiera realizado al amparo de la Ley N° 13.916, la aplicación de la Ley N° 19.886 se encuentra expresamente excluida, de acuerdo a lo señalado en su art. 3° letra f).
3. Por otra parte, señala que la materia ventilada en el presente amparo dice relación exclusiva con el acceso a la información pública y no pretende imputar a los órganos de la Administración irregularidades, ilegalidades o desviaciones de sus deberes, cuestiones que en caso alguno competen al Consejo para la Transparencia.
4. Las denuncias pertinentes han sido presentadas al organismo contralor, que actualmente se encuentra desarrollando una investigación al respecto. Por lo que, a diferencia de lo señalado por el recurrente, no ha solicitado al Consejo que actúe fuera de su ámbito de competencia, instruyendo investigación respecto de la legalidad de la compra.

ii. El Dictamen N° 48.032 de Contraloría General de la República no es aplicable a la presente causa: de acuerdo al Ministro de Defensa Nacional, la información solicitada tendría el carácter de reservada en

conformidad a lo dispuesto por el art. 436 del Código de Justicia Militar, norma que de acuerdo al dictamen N° 48.032 del órgano contralor, le sería vinculante. El Consejo realizó un correcto análisis respecto de la aplicación y pertinencia de dicha norma a la presente causa, concluyendo que las actuaciones respecto a la cual se solicita información no son subsumibles a los presupuestos contenidos en dicho artículo, por lo que dicha decisión no ha vulnerado en modo alguno el dictamen señalado, ya que no se ha pretendido derogar dicha norma legal.

- iii. Las Fuerzas Armadas no están facultadas para eximirse de los requerimientos de la autoridad civil: La afirmación realizada por el Ministro de Defensa Nacional se encuentra en profundo desconocimiento del funcionamiento de nuestro sistema constitucional y democrático, ya que las instituciones armadas se encuentran bajo las órdenes de las autoridades civiles y no al revés, citando las disposiciones legales pertinentes.
- b) La calificación de seguridad nacional es competencia privativa del Consejo para la Transparencia: la Ley de Transparencia otorga la facultad a dicho Consejo de calificar la información que originó la solicitud de amparo como secreta o reservada (art. 26), lo que es coherente con la función del Consejo de resolver los reclamos por acceso a la información (art. 24), ya que la única forma de determinar si las causales legales invocadas para mantener en secreto o reserva determinada información se encuentra dentro de los presupuestos legales, es la realización por parte de éste de una interpretación que concluya con la determinación del carácter reservado o público de la información. En consecuencia, no es suficiente la mera invocación de la concurrencia de la causal pro parte de quien alega el carácter reservado de determinada información.
- c) Que un asunto sea de competencia del Ministro de Defensa o de las FF.AA. no le otorga el mérito de afectar la seguridad nacional:
- i. A diferencia de lo entendido por el recurrente, la reserva en virtud de afectación de la seguridad nacional debe fundarse precisamente en posibles atentados o perjuicios determinados que podría sufrir específicamente la seguridad nacional, no bastando asociar su origen a las instituciones vinculadas con ésta.
 - ii. Así, materias cuya divulgación pueda afectar la seguridad nacional no necesariamente deben provenir del Ministerio de Defensa Nacional o de las FF.AA., pudiendo tener origen en otras carteras ministeriales y, viceversa, no toda información proveniente del sector de Defensa Nacional tiene el carácter reservado.
 - iii. El carácter público de la generalidad de los actos, resoluciones, sus fundamentos y procedimientos se presenta como indiscutible en la Ley N° 20.424 que establece el Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, existiendo una marcada preferencia por la publicidad, especialmente en lo relativo a compras, como lo dispone el artículo 34. Por esto, para declarar que determinada información tiene el carácter

de reservada, el Consejo debe justificar una afectación a la seguridad nacional, desatendiendo el origen de la información, cuestión que no se ha producido en la especie.

- d) La correspondencia de un acto a la causal de seguridad nacional es siempre objeto de control por el Consejo para la Transparencia, afirmar lo contrario equivale a afirmar la existencia de un acto de gobierno:
- i. El recurrente realiza una serie de afirmaciones que pretenden sostener que el acto por medio del cual se realizó la compra del puente, y particularmente su calificación como parte de la seguridad nacional se encuentran exentas de control, por lo que bastaría con que un decreto delegado califique una compra como parte de la seguridad nacional, para que ésta quede automáticamente eximida de control, sin posibilidad de cuestionar los presupuestos que harían concurrir la causal de seguridad nacional o su ámbito de aplicación.
 - ii. Ello no es efectivo, toda vez que la causal de seguridad nacional es siempre controlable, por lo que debe ser probada por quien la invoca ante las instancias competentes, no bastando su mera declaración por parte de las autoridades administrativas.
 - iii. La existencias de actos ajenos al control –como lo estaría postulando el Ministro de Defensa Nacional- equivale a afirmar la existencia de un acto de gobierno, correspondiente a aquellos que no se encontrarían sujetos a control y a los principios de constitucionalidad y legalidad contenidos en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.
- e) La aplicación de penas por divulgación de información contenidas en el Código Penal y de Justicia Militar no se aplica respecto de información de carácter público: las disposiciones penales con las que el Ministro de Defensa Nacional pretende ilegítimamente amedrentar a su representada, no serían en caso alguno aplicables, ya que tal como éstas expresamente señalan, la aplicación de penas será procedente por divulgación de información que tenga el carácter de secreta y por personas que estén bajo una obligación de garantías de ella, requisitos que no concurren.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que verificándose los presupuestos para su procedencia, este Consejo admitirá a tramitación el recurso de reposición formulado por el Ministro de Defensa Nacional y Presidente del Consejo Superior de la Defensa Nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, de 2003, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, sin perjuicio de lo que en definitiva se resolverá. En virtud de lo anterior, y estimando este Consejo que el recurso administrativo que mediante esta decisión se resuelve fue deducido dentro del plazo legal, por entenderse notificada la resolución recurrida el día 7 de diciembre de 2010, se desechará la argumentación del reclamante don Paulo Montt Rettig en torno a la supuesta inadmisibilidad del recurso que se analiza.

- 2) Que, una vez admitido a tramitación el recurso interpuesto, procede determinar únicamente, para los efectos de resolver acertadamente la impugnación deducida por el Ministerio recurrente, si los argumentos y antecedentes esgrimidos en su reposición resultan o no suficientes para modificar, reemplazar o dejar sin efecto lo resuelto por este Consejo en la decisión recurrida recaída en el amparo Rol C396-10, por medio de la cual se dispuso acoger dicha reclamación, requiriendo al Ministro de Defensa Nacional entregar al peticionario la información solicitada por éste –esto es, el contrato de compraventa o de otro tipo, por medio del cual se habría materializado la adquisición de un puente mecano a ser instalado en el río Bío-Bío, compra que habría efectuado a la empresa Acrow Corporation of America, conjuntamente con sus antecedentes fundantes– en un plazo que no superara los 10 días hábiles contados desde que ésta quedara ejecutoriada.
- 3) Que, primeramente, en cuanto a las alegaciones realizadas por el Ministerio recurrente relativas a la supuesta incompetencia de este Consejo para determinar lo que es público o reservado y la eventual aplicación en la especie de las normas legales invocadas, particularmente aquella contenida en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, debe consignarse que el Consejo para la Transparencia, conforme lo disponen los literales b) y j) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, le asiste la función de resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a dicho cuerpo legal, para lo cual debe necesariamente pronunciarse sobre la procedencia, en el caso de que se trate, de las causales de reserva o secreto que hayan sido invocadas, atribución que precisamente ejerció en la especie al dictar la decisión que se ha recurrido, razón por la cual deberán rechazarse los argumentos del Ministerio de Defensa respecto a esta materia.
- 4) Que, por su parte, cabe precisar que, si bien la decisión recurrida reconoce la plena vigencia de las normas legales contenidas en el artículo 436 del Código de Justicia Militar y la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre, a la luz de lo dispuesto tanto en el artículo 8° de la Constitución Política como en el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia –en relación a lo prescrito por las normas 1° y 4°, ambas transitorias, de la Ley de Transparencia y de la Carta Magna, respectivamente–, este Consejo, en la misma decisión impugnada, concluyó que la información solicitada en el caso en análisis no se encontraba amparada en ninguna de las hipótesis de reserva legal que dichos preceptos contemplan, por lo que dispuso finalmente acoger el amparo deducido, todo lo cual no se ve de ningún modo alterado por las alegaciones realizadas por el Ministro de Defensa Nacional en el recurso deducido, sino que, por el contrario, se ve más bien reforzado en cuanto en dicha impugnación se sostuvo que el puente mecano al que se refiere el contrato y antecedentes fundantes pedidos, al menos transitoriamente, tendría utilidad civil.
- 5) Que, cabe señalar que este Consejo ha señalado, en la decisión recaída en el amparo Rol C512-09, de 15 de enero de 2010, *«[q]ue el artículo 8° de la Carta Fundamental, en su inciso 2°, exige la afectación de los bienes jurídicos que indica para justificar que la Ley pueda establecer hipótesis de reserva o secreto. El vocablo “afectare” es claro en cuanto a que debe causarse un perjuicio o daño al bien jurídico si se divulga la información, de manera que no basta sólo que aquélla se “relacione” con éste o que le resulte atingente para que el legislador pueda mantener tal información en secreto o reserva. Esta es la forma, a juicio de este Consejo, en que la aludida disposición del Código de Justicia Militar debe ser interpretada para obtener un resultado que sea*

conforme con el texto vigente de la Constitución» (Considerando 12).

- 6) Que en similar sentido ha informado a este Consejo el profesor CORREA SUTIL¹, quien al analizar la constitucionalidad del artículo 436 del Código de Justicia Militar ha indicado que, a su entender, *“el único modo de compatibilizar la norma de justicia militar que analizamos con la Carta Fundamental consistiría en interpretar que lo que este hace es simplemente establecer, en sus cuatro numerales, un listado de clases o tipos de documentos, respecto de los cuales debe luego enjuiciarse si afectan o dañan la seguridad de la Nación. Esa inteligencia del precepto lo haría compatible con el artículo 8° de la Carta Fundamental”* (p. 82). Con todo, no es preciso que este Consejo haga un control directo de constitucionalidad de la Ley, pues le basta examinar lo mismo a la luz de lo exigido por los artículos 21 N° 5 y 1° transitorio de la Ley de Transparencia.
- 7) Que, acerca del sentido o alcance de la expresión seguridad de la Nación y seguridad nacional, CORREA S. señala que ni la historia fidedigna de la Ley N° 20.285 ni la jurisprudencia judicial anterior al funcionamiento del Consejo para la Transparencia otorgó un significado a dicho concepto. Por su parte, tras revisar la doctrina nacional en la materia (Silva Bascuñán, Cea, Evans, Verdugo, Pfeffer y Nogueira), concluye que *«[c]omo puede apreciarse la doctrina constitucional chilena no hace sino padecer el enorme debate ideológico que hubo y sigue habiendo tras ésta expresión, particularmente álgido cuando se incorporó a la Constitución de 1980»* (p. 73). En ese contexto, advierte que el concepto *«sigue cubriendo no sólo los aspectos defensa bélica o diplomática de la integridad territorial del país, para abarcar “el desarrollo del país, en sus más variados aspectos”*» (p. 75).
- 8) Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar la aproximación al concepto de seguridad de la Nación realizada por CONTRERAS y GARCIA en clave de causal de reserva, quienes relevan que el carácter abierto y controvertido del concepto de seguridad de la Nación obliga a un ejercicio argumentativo, postulando la necesidad de hacer un test de daños y de proporcionalidad para determinar su concurrencia, y sostienen que: *“En general, no es toda la defensa nacional ni todo tipo de asuntos relativo a las relaciones exteriores las que están sujetas a esta reserva o secreto. Más bien todo lo contrario. De lo que se trata es de contener esta garantía institucional sobre los aspectos que, de ser conocidos, pondrían en serio riesgo el funcionamiento del sector y, de paso, la garantía de la propia permanencia del Estado y la salvaguarda de sus intereses públicos más esenciales. Es la única forma de conectar la limitación de este derecho fundamental con el respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto”*².
- 9) En ese contexto, CORREA S. advierte los riesgos de discrecionalidad que supone un concepto excesivamente amplio de la seguridad de la nación y postula acotarlo a su contenido más cierto, el que estima consiste en *“la fortaleza bélica y las relaciones exteriores necesarias para que no se amenace la integridad territorial”* (p. 76), y que encontraría asidero en el derecho comparado, particularmente Estados Unidos de América, donde se han identificado aquellos *“campos o materias a que debe referirse un antecedente para que pueda siquiera considerarse que su divulgación dañe la*

¹ CORREA S, Jorge. La seguridad de la Nación y el interés nacional como límite a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado. Informe en derecho requerido por el Consejo para la Transparencia, diciembre de 2009.

² GARCÍA P., Gonzalo y CONTRERAS V., Pablo. Derecho de Acceso a la Información en Chile: *Nueva Regulación e Implicancias para el Sector de la Defensa Nacional*. /en/ Estudios Constitucionales año 7, N° 1, 2009, p. 147.



seguridad nacional o de la Nación". Al respecto, hace presente que la regulación de dicho país (Freedom of Information Act y las "Executive Orders" dictadas en conformidad con ella), definen seguridad nacional como "*defensa nacional o relaciones internacionales de los Estados Unidos*" (p. 83) y para decretar la reserva de la información, no basta que se acredite un daño a la seguridad de la Nación en alguno de los dos campos ya referidos, sino que es necesario, además, que la información concierna a algunas de las ocho categorías que indica en dicha regulación³ (p. 84).

- 10) Que este Consejo ha valorado en casos precedentes que la divulgación de determinada información pueda afectar la seguridad nacional. Así ocurrió en la decisión del amparo Rol A266-09, de 15 de diciembre de 2009, y en la decisión del amparo Rol C57-10, de 2 de noviembre de 2010. En esta última se declaró que el monto existente en la cuenta de la Ley Secreta del Cobre se encontraba amparado por la causal de reserva o secreto establecida en la Ley N° 13.196, estimando plausible en tal caso la afectación de la seguridad nacional por su divulgación dado que se trataba de recursos destinados a la adquisición de material bélico y equipamiento militar. Que, sin embargo, en este caso la información solicitada no se refiere a equipamiento que revista esa naturaleza, como se razonó ya en la decisión recurrida. En efecto, como allí se dijo "la información solicitada dice relación con la adquisición e instalación de un puente mecano sobre el río Bío-Bío a raíz del terremoto de inicios de año, puente que se emplazará en paralelo a los otros ya existentes y, además, estará expuesto al público —para el uso de civiles— con lo que sus características serán conocidas por todos. En este contexto el Consejo no aprecia cómo afectaría a la seguridad nacional la revelación de lo solicitado, de manera que no se justifica alterar la regla general de la publicidad administrativa ni afectar el derecho de acceso a la información administrativa, máxime si ello supone el control social de una contratación pública" (considerando 12°).
- 11) Que, en conclusión, analizado el texto del recurso de reposición en comento, este Consejo estima que no aporta nuevos antecedentes o alegaciones que motiven una conclusión diferente a la arribada por este Consejo en la decisión del amparo C396-10, impugnada en la especie, limitándose a profundizar alegaciones ya vertidas en su oportunidad y señalando los supuestos efectos y consecuencias que, a su juicio, tendría dicha declaración de publicidad, razones suficientes para disponer el rechazo en todas sus partes el recurso de reposición interpuesto por el Ministro de Defensa Nacional, por cuanto, según se indicó, no añade nuevos antecedentes que valorar y que conlleven a modificar o dejar sin efecto lo decidido.
- 12) Que, por último, respecto a la solicitud subsidiaria realizada por el recurrente en cuanto a que este Consejo haga entrega de lo solicitado bajo la prevención y consecuencia de los artículos que cita del Código de Justicia Militar como del Código Penal, debe rechazarse de plano, toda vez que este Consejo al dictar la decisión recurrida ya evacuó pronunciamiento respecto de la publicidad de la información solicitada sobre la base de la ponderación de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyaron las causales de secreto o reserva invocadas, desechándolas en definitiva, por lo que una vez efectuada tal declaración no procede supeditar la

³ Entre dichas categorías se encuentran: planes militares sistemas de armas u operaciones; información sobre gobiernos extranjeros; actividades de inteligencia, incluyendo métodos y fuentes, así como criptología; materias científicas, tecnológicas o económicas relativas a la seguridad nacional, incluyendo la defensa contra el terrorismo internacional; programas gubernamentales para proteger instalaciones o material nuclear; armas de destrucción masiva (pp. 83-89)



divulgación de la información pedida ni su entrega a condición ni prevención alguna, sin perjuicio de la observancia del plazo prudencial establecido especialmente para cumplir con tal requerimiento.

- 13) Que, finalmente, la solicitud de audiencia formulada por el Ministro de Defensa debe rechazarse toda vez que, por una parte, el momento procesal para realizarla es la resolución del amparo mismo y no la vía de la reposición, y, por otra, el propio Ministerio de Defensa se negó a remitir a este Consejo en ese momento el contrato y sus antecedentes para que fueran evaluados bajo la reserva del art. 26 de la Ley de Transparencia. Es más, si bien con ocasión de esta reposición se han allegado documentos relativos al proceso de contratación, de ellos no se desprenden antecedentes que hagan variar lo resuelto ni tampoco se acompañó el contrato mismo. En consecuencia, no se estima que la realización de la audiencia solicitada sea necesaria para una correcta resolución de esta reposición que, por su propia naturaleza, debe tramitarse con celeridad o se frustraría el propósito del legislador que estableció un procedimiento ágil y expedito para atender las solicitudes de información, tanto ante los órganos de la Administración como ante este Consejo.

EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES QUE LE OTORGAN LOS ARTS. 24 Y SIGUIENTES Y 33 B) Y D) DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y POR LA UNANIMIDAD DE SUS MIEMBROS PRESENTES, ACUERDA:

- I. Rechazar el recurso de reposición administrativo deducido por el Ministro de Defensa Nacional en contra de la decisión recaída en el amparo Rol C396-10, de 2 de noviembre de 2010, interpuesto por don Paulo Montt Rettig en contra del Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de los fundamentos expuestos precedentemente.
- II. Encomendar al Director General de este Consejo notificar el presente acuerdo a don Paulo Montt Rettig, a la empresa Acrow Corporation of America y al Sr. Ministro de Defensa Nacional, conforme a lo señalado en el art. 46 de la Ley N° 19.880, sin perjuicio de remitir copia de la presente decisión a través de correo electrónico.

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, integrado por su Presidente don Raúl Urrutia Ávila y los Consejeros don Alejandro Ferreiro Yazigi, don Juan Pablo Olmedo Bustos y don Jorge Jaraquemada Roblero.

RAÚL URRUTIA ÁVILA

ALEJANDRO FERREIRO YAZIGI

JORGE JARAQUEMADA ROBLERO

JUAN PABLO OLMEDO BUSTOS

