

OFICIO N° 000 104

ANT.: No hay

MAT.: Remite documento "Nuevo trato en transparencia y acceso a la información de la documentación de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile".


SANTIAGO, 17 ENE 2019

A: ALBERTO ESPINA OTERO
MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL


DE: MARCELO DRAGO AGUIRRE
PRESIDENTE DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

En virtud de lo dispuesto en el literal f) del artículo 33 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, que faculta al Consejo para la Transparencia para proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información, remito a Ud. el documento elaborado por este Consejo denominado, "*Nuevo trato en transparencia y acceso a la información de la documentación de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile*".

Sin otro particular, le saluda atentamente



MARCELO DRAGO AGUIRRE
PRESIDENTE
Consejo para la Transparencia



Adjunto: Minuta "Nuevo trato en transparencia y acceso a la información de la documentación de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile"

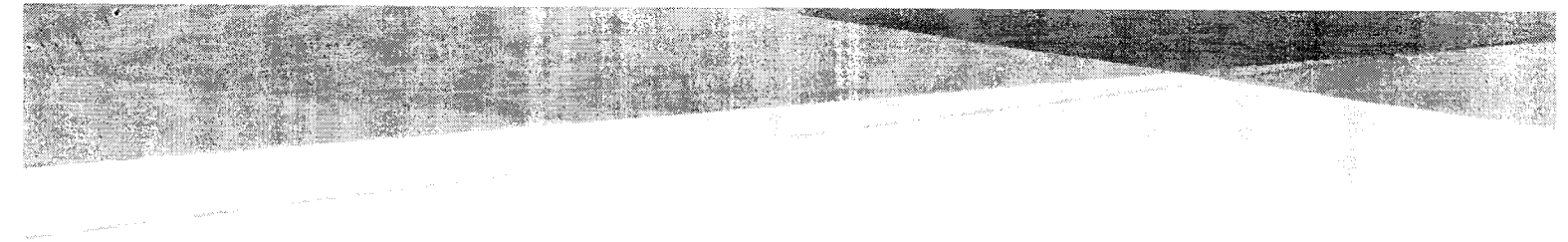


JRY/PCV/EBPI/AGG

DISTRIBUCIÓN:

1. Ministro de Defensa Nacional
2. Archivo





NUEVO TRATO EN TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS Y CARABINEROS DE CHILE

Presentación del Consejo para la Transparencia ante la
Comisión Especial Investigadora respecto de irregularidades
en contra del Ejército en procesos de adquisición

**NUEVO TRATO EN TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA
DOCUMENTACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS Y CARABINEROS DE CHILE
DJ/UNR/10.12.2018**

I. CLAVES

1. **Transparencia como eje del nuevo mecanismo de financiamiento de las Fuerzas Armadas.** La reforma a la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre debe estructurarse en base al principio constitucional de publicidad. El Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa debe tener un régimen claro respecto de qué es público y qué es secreto. **Se debe transparentar la gestión de inversiones de dicho fondo en el mercado de capitales.** En cambio, **los retiros del Fondo para financiar gastos en Defensa deben ser secretos**, por la potencial afectación de la seguridad de la nación.

Asimismo, con el objeto de generar una mayor rendición de cuentas compatible con el resguardo de la seguridad de la Nación, **se propone fortalecer los deberes de información del Ministerio de Defensa Nacional y Contraloría General de la República ante el Congreso Nacional.**

2. **Reserva del artículo 436 del Código de Justicia Militar circunscrito a materias estrictamente militares, en conformidad con el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución Política de la República.** La actual redacción del artículo 436 del Código de Justicia Militar resulta incompatible con los estándares exigidos por la Constitución Política de la República, respecto de la declaración de secreto o reserva de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado.

Por lo tanto, **se propone una nueva redacción de dicha norma que permita enumerar taxativamente los casos en los cuales se pueda denegar la entrega de información** por parte de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, en consonancia con lo establecido por el artículo 8° de la Constitución, **definiendo claramente lo que se debe entender por el concepto de seguridad nacional.** Además, se sugiere incorporar al artículo 7° de la Ley de Transparencia, el número de personas en planta y las dotaciones del personal de Carabineros y las Fuerzas Armadas.

3. **Reglas de gestión documental de la Fuerzas Armadas al servicio de la transparencia.** **Se debe elevar el estándar exigido para la custodia, conservación y eliminación de documentos en poder de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, eliminando la facultad que delega en las propias instituciones la regulación de esta materia.** En este sentido, se recomienda que se establezca, a nivel legal, que será facultad de los Ministerio de Defensa Nacional y del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, la dictación de los reglamentos necesarios que dispongan los mecanismos para la gestión documental al interior de las instituciones, debiendo distinguir aquellos casos en que dicha información ha sido declarada como secreta o reservada.



4. **Prohibición de exigir el conducto regular, de manera previa al ejercicio del derecho de acceso a la información.** Se debe prohibir la exigencia del conducto regular, como requisito previo para el ejercicio del derecho de acceso a la información para los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

II. INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la información se hace aplicable y abarca a todos los órganos de la Administración del Estado, sin distinción alguna, encontrándose limitado solamente por las causales de secreto o reserva que así se hayan establecido en la ley. En este sentido, las distintas instituciones que componen las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, se encuentran plenamente regidas por las disposiciones de la ley, 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, 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. 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.

De igual manera, la experiencia del Consejo para la Transparencia ha mostrado que un componente importante que permita garantizar el derecho de acceso a la información, es una adecuada gestión documental, que permita encontrar y acceder fácilmente a la información que se está requiriendo. En el caso de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, 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 más posible el derecho de acceso a la información, sin que esto llegue a implicar una afectación de la seguridad nacional.

III. FINANCIAMIENTO DE LAS FUERZAS ARMADAS. Nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional

Actualmente, se encuentra en tramitación en segundo trámite constitucional, ante la Comisión de Hacienda del Senado, el proyecto de ley que **establece un nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional**, el que crea dos fondos de financiamiento: 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**.

El Consejo para la Transparencia reconoce los avances en materia de otorgar mayor transparencia al sistema de financiamiento de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, 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 **Principio globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información “Principios de Tshwane”**, 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 órgano responsables de la revisión de aspectos financieros del sector de la seguridad, etc.

1. Delimitar el alcance del secreto en cuanto a la gestión en el mercado de capitales del Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa.

El proyecto crea el Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa (en adelante, el Fondo). El Fondo tendrá por objeto financiar la inversión en material bélico,



infraestructura asociada, y sus gastos de sostenimiento, en base a un programa de financiamiento de inversiones a cuatro años que permita materializar la planificación del desarrollo de la fuerza. Este **Fondo se mantendrá en una cuenta reservada especial del Servicio de Tesorerías**. Sus recursos se invertirán en el mercado de capitales conforme a la Ley N° 20.128, sobre Responsabilidad Fiscal (art. 12) y **sus inversiones se informarán conforme lo disponga el Ministro de Hacienda en Oficio Reservado**.

Según la citada Ley N° 20.128, el Ministro de Hacienda podrá solicitar al Banco Central de Chile, en su calidad de agente fiscal, la administración de todo o parte de los recursos del Fondo. Adicionalmente, al norma dispone que el Ministerio de Hacienda deberá emitir informes trimestrales sobre el estado de los Fondos que se establecen en la presente ley (Fondo de Estabilidad Económica y Social), debiendo remitir copia de ellos a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados y a la Comisión Especial de Presupuestos, dentro de los 90 siguientes al término del respectivo trimestre (inciso 5 del artículo 12).

No resulta claro el alcance del carácter reservado de la cuenta en que el Servicio de Tesorerías mantendrá el Fondo y la reserva de las decisiones de inversión en el mercado de capitales, de cara a las reglas de publicidad a que se refiere la Ley N° 20.128. Al respecto, se puede distinguir dos tipos de información:

- (i) Aquella relativa a la gestión de las inversiones del Fondo en el mercado de capitales. Esta corresponde a información sobre la composición del fondo –v.gr. fondos soberanos o acciones, intereses devengados– la cual da cuenta de las decisiones de gestión financiera de la entidad encargada de la administración del Fondo en el mercado de capitales –ya sea el Banco Central, el Ministerio de Hacienda a través del Servicio de Tesorerías o un intermediador financiero contratado al efecto conforme a la Ley Nro. 20.128. En efecto, se trata de información análoga a aquella que actualmente publica el Ministerio de Hacienda respecto de la gestión del Fondo de Estabilidad Económica y Social que regula la Ley 20.128, sobre responsabilidad fiscal¹. Dicha información, aunque relativa a un fondo para el financiamiento de material bélico, se estima *a priori* pública, pues se refiere exclusivamente a decisiones de inversión en el mercado de capitales.

En este sentido, lo que se debe publicar es información respecto de la manera cómo se están invirtiendo los fondos en el mercado de capitales, especificando el destino de la inversión, las fechas, los instrumentos, rentabilidades y pérdidas y, en general, toda otra información que permita hacer efectiva la rendición de cuentas respecto del manejo del fondo. Con todo, siempre se deberá mantener reserva respecto de los montos específicos que se invierten, sin revelar nunca los retiros de estos fondos.

- (ii) Aquella relativa los retiros del Fondo para financiar gastos en defensa. Esta corresponde a los retiros del Fondo destinados a la inversión en material bélico y gasto en defensa. Este segundo tipo de información debería ser el objeto de protección de la norma de secreto, pues su divulgación tiene el potencial de afectar la seguridad de la Nación.

Poe lo tanto, **se propone** distinguir entre ambos tipos de información al tiempo de declarar su carácter secreto, señalando explícitamente que el Ministerio de Hacienda deberá emitir

¹ Disponible en: <http://www.hacienda.cl/fondos-soberanos.html> [consultado el 14.11.2018]



informes trimestrales sobre el estado de los Fondos en términos análogos al artículo 12, inciso 5°, de la Ley N° 20.128.

2. Fortalecer los deberes de rendir cuenta del Ministerio de Defensa Nacional ante el Congreso Nacional

Conforme al proyecto, la aplicación de los recursos del Fondo se contabilizará en forma extrapresupuestaria y **el uso de sus recursos y también las inversiones se harán a través de Decretos reservados**, exentos del trámite de toma de razón. En el caso de las inversiones, dispone el artículo 100 que estos decretos serán registrados reservadamente en la Contraloría General de la República. Sin embargo, el proyecto establece que el **Ministro de Defensa deberá informar a la Cámara de Diputados de las observaciones formuladas por la Contraloría General de la República a estos decretos**, con ocasión del cumplimiento de la obligación a que se refiere la letra f) del artículo 3° de la ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional. Ese literal dispone que una de las funciones del Ministerio de Defensa Nacional será el de informar al Congreso Nacional respecto de las políticas y planes de la defensa nacional y el de informar sobre la planificación de desarrollo de la fuerza y los proyectos específicos en que se materialice.

Finalmente, el proyecto señala que **habrá un programa cuatrienal de inversiones en material bélico**, infraestructura asociada y gasto de sostenimiento correspondiente, aprobado por el Ministerio de Defensa Nacional e informado a la Dirección de Presupuestos previo a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 101. El mismo artículo además dispone que el **Ministerio de Defensa Nacional deberá informar anualmente ante las comisiones técnicas de cada Cámara –previo al proceso de discusión presupuestaria– la actualización del programa de inversiones**. La publicidad de las sesiones y de los antecedentes considerados por las comisiones respectivas será restringida conforme al art. 5, inciso 9, de la LOC del Congreso Nacional.

Por lo tanto, en cuanto al deber del Ministerio de Defensa Nacional de informar anualmente al congreso, **se propone que la información se entregue al Congreso de forma trimestral**, con el fin de otorgar mayores grados de transparencia a una materia tan relevante e importante para el país, tanto desde el punto de vista de la seguridad nacional como del monto de los recursos públicos involucrados.

Además, **se propone** que el hecho de la remisión y el envío de este informe trimestral pueda ser monitoreado por la misma ciudadanía a través de la **publicación de una versión pública** del hecho a través del sitio electrónico del **Congreso Nacional**, así como del **Ministerio de Defensa Nacional**, debiendo esta última información sujetarse a lo indicado **en el artículo 7° de la Ley de Transparencia**. Sin perjuicio de la publicación de los actos de remisión y envío, **su contenido se mantiene como reservado**, en atención a la importancia y vinculación de ella con la seguridad nacional.

3. Fortalecer las reglas de transparencia y probidad aplicables a los miembros de comité técnico a cargo de la administración del fondo.

El proyecto dispone que la administración del Fondo estará a cargo de un órgano técnico colegiado, encargado de la administración financiera, cuidado y rendición de cuenta de los

recursos. La integración de este órgano será de tres miembros: (i) un representante del Ministerio de Defensa Nacional designado por el Ministro de Defensa Nacional, (ii) un representante del Ministerio de Hacienda designado por el Ministro de Hacienda, y (iii) un representante del Presidente de la República, designado por éste.

Según acordó la Comisión de Defensa en su segunda revisión del proyecto (16.10.2018), los miembros de este órgano técnico colegiado deberán ser funcionarios o agentes públicos civiles, los que serán de exclusiva confianza de la autoridad que los nombra;

a) Poseer estudios de educación superior conforme al numeral 1 del literal A del artículo 2° del DFL N° 3, de 2011, del Ministerio de Defensa Nacional, que fija la planta de personal de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

b) Les serán aplicables las normas de la ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses; ley N° 20.730, que regula el lobby –al incorporarlos como sujetos pasivos de lobby en el artículo 6 de dicha ley; y las disposiciones del Título III, relativas a la probidad pública, de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

El mismo artículo 99 dispone que un reglamento será el que establecerá las normas de integración y funcionamiento, así como los mecanismos, procedimientos, modalidades y demás normas necesarias para la aplicación, control y rendición de cuentas de sus recursos.

En atención al volumen de recursos que administra este órgano y la importancia de las materias sobre las que versa el destino de los fondos, **se propone establecer los siguientes deberes de probidad y transparencia en la ley, durante el ejercicio del cargo por parte de los funcionarios designados:**

- a) Incorporar la obligación de dedicación exclusiva para quienes desempeñen el cargo.
- b) Establecer prohibiciones post empleo, que los inhabilite para desempeñarse, una vez finalizado sus cargos, y por un período de un año, en actividades o empresas que se relacionen, directa o indirectamente, con el Ministerio de Defensa Nacional, o con cualquiera de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Carabineros.
- c) Incorporar la realización de auditorías semestrales con el fin de ir fiscalizando periódicamente el buen uso de los recursos disponibles en este fondo.
- d) Disponibilización de sus registros de agenda pública y de sus declaraciones de intereses y patrimonio, bajo las obligaciones establecidas en el artículo 9° de la Ley N° 20.730, Regula el Lobby y las Gestiones que Representen Intereses Particulares ante las Autoridades y Funcionarios; y el artículo 7°, inciso final de la Ley N° 20.880, de forma tal que la ciudadanía pueda hacer un efectivo control de la rendición de cuentas de estos sujetos obligados a través de los portales de InfoLobby e InfoProbidad.

4. Fortalecer el deber de rendición de cuenta de la Contraloría General de la República ante las comisiones de defensa del Congreso.

El artículo 100 del proyecto propone que por razones de seguridad de la Nación los **decretos de inversión en material bélico y gastos de defensa tendrán carácter**



reservado, estarán exentos del trámite de toma de razón y serán registrados reservadamente². Sin embargo, **la CGR podrá formular observaciones al referido decreto y**, en caso de estimarlo procedente, **ordenará la auditoría al efecto**, remitiendo los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado o al Ministerio Público, si correspondiere. Asimismo, el Ministro de Defensa Nacional deberá informar a la Cámara de Diputados de las observaciones formuladas por la Contraloría General de la República a estos decretos, con ocasión del cumplimiento de la obligación a que se refiere la letra f) del artículo 3° de la ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional.

En este sentido, se propone que si bien la fiscalización y control del gasto se realizará en forma reservada, la Contraloría General de la República deberá informar semestralmente a las Comisiones de Defensa del Congreso, en sesión conjunta y secreta, sobre sus procedimientos de control y sus resultados. Asimismo, una versión pública de dicho reporte deberá ser publicado en el sitio electrónico del Congreso.

IV. NORMAS DE SECRETO EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. ARTÍCULO 436

La actual redacción del artículo 436 del Código de Justicia Militar es **incompatible con los estándares requeridos por el artículo 8°, inciso 2° 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.

En este sentido, 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 8° de la Constitución**, y que efectivamente se acredite la existencia de un daño a alguno de dichos bienes.

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.

El artículo 436 del Código de Justicia Militar presenta una serie de dificultades en su aplicación e interpretación. 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,

² De acuerdo al nuevo artículo 106 de la LOC de las Fuerzas Armadas los gastos reservados serán fijados anualmente para cada Institución de las Fuerzas Armadas por decreto supremo expedido a través del Ministerio de Defensa Nacional y suscrito, además, por el Ministro de Hacienda. Estos decretos supremos serán reservados, estarán exentos del trámite de toma de razón, y dichos gastos tendrán la sola obligación de rendir cuenta en forma global y reservada mediante Certificados de Buena inversión.



no tiene una exigencia expresa de afectación de la seguridad de la Nación, tal como exige la Constitución.

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, **se propone que se defina claramente la causal de seguridad nacional establecida en el artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia.** Para ello, se dota de contenido a la cláusula de seguridad de la Nación vinculándola 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.

Por lo tanto, se propone una nueva redacción al artículo 436 del Código de Justicia Militar, que enumere taxativamente los casos en los cuales se pueda denegar la entrega de información por parte de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, y que contenga una clara definición del concepto de seguridad nacional.

Además, se sugiere que la información respecto del número de personas en planta y de dotaciones de personal, se incorpore como un nuevo inciso en el literal d) del artículo 7° de la Ley N° 20.285.

PROPUESTA NORMATIVA:

“Artículo 1°. - Reemplácese el artículo 436 del Código de Justicia Militar, por el siguiente:

Artículo 436.- Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se rigen por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República y por el artículo 5° de la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la Ley No. 20.285, sobre acceso a la información pública.

Por excepción, será reservada o secreta la información que obre en poder de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile cuando su contenido afecte el debido cumplimiento de las funciones de dichas instituciones, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, la seguridad pública o el interés nacional.

Se entiende por seguridad de la nación, las acciones destinadas a preservar la independencia del país, a defender la soberanía y a mantener la integridad territorial de Chile, frente a agresiones externas, calificadas como tales por el ordenamiento nacional e internacional.

En virtud de esto, se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, sólo en los siguientes casos:

1.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la planificación primaria o secundaria, la planificación táctica, o las capacidades estratégicas de las instituciones de la Defensa Nacional. Asimismo, cuando se afecte la planificación de operaciones en el marco de estados de excepción constitucionales, de operaciones de paz, u operaciones de seguridad para actos electorales;



2.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte las capacidades operativas de las Fuerzas Armadas para el resguardo de la seguridad de la Nación en los términos definidos por este artículo;

3.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la cooperación recíproca entre Estados para el resguardo de la seguridad de la Nación y las operaciones militares conjuntas y/o combinadas; y

4.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento se refiera a aquellos pertrechos militares y dicha publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de dichas instituciones, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, la seguridad pública o el interés nacional. Se entenderá por pertrechos militares la maquinaria bélica; los vehículos de uso militar o policial excluidos los automóviles, camionetas y buses; el armamento y sus municiones; los elementos o partes para fabricación, integración, mantenimiento, reparación, mejoramiento o armadura de maquinaria bélica y armamentos; sus repuestos, combustibles y lubricantes, y equipos y sistemas de información de tecnología avanzada y emergente utilizados exclusivamente para sistemas de comando, de control, de comunicaciones, computacionales y de inteligencia.

5.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, en los términos definidos por este artículo, al revelar el personal de las instituciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, mediante la individualización de las personas que forman parte de éstas, en conexión con la función específica que desempeñan y el equipamiento militar que tienen a su cargo.

Artículo 2º.- Intercálese un inciso segundo al literal d) del artículo 7º de la Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública, una frase del siguiente tenor:

“Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, deberán mantener actualizada información respecto del número de personas en planta y en sus dotaciones de personal, desglosado en escalafones, grados y con indicación de las remuneraciones que a estas correspondan, manteniendo reserva de las identidades de quienes componen dichas plantas. El personal a contrata o a honorarios de ambas instituciones será información pública que deberá estar a disposición de acuerdo con este artículo, no rigiendo sobre ellos la reserva señalada precedentemente.”

Una propuesta como la que se expone, se encuentra perfectamente alineada con lo expresado en los principios de Tshwane, ya descritos. 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.**

Esto se aviene con la propuesta presentada por el Consejo para la Transparencia, por cuanto, por un lado, presenta una definición expresa de lo que debe entenderse por seguridad nacional y, por otro, contempla una enumeración taxativa de las situaciones en las cuales puede reservarse información por parte de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, y establece una obligación de transparencia activa para el número de



plantas y de dotaciones de personal de las instituciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros.

V. GESTIÓN DOCUMENTAL POR PARTE DE LAS FUERZAS ARMADAS Y CARABINEROS DE CHILE

1. Normativa general aplicable a la conservación de documentos

- El D.F.L. N° 5200, de 1929, sobre instituciones nacionales patrimoniales dependientes del Servicio Nacional del lobby 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.
- Actualmente, se está discutiendo en el Congreso, en segundo trámite constitucional, un proyecto de ley (ingresado en marzo de 2015) que tiene por objeto modificar el inciso final del artículo 14 del referido D.F.L. N° 5.200. Dicho proyecto de ley señala 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 mantenga vigente.
- 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.

2. Regulación especial relativa a la documentación que obra en poder del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Armadas, 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 (S), (R) y (C), o (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, 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.

3. Propuesta en materia de gestión documental de la documentación que obra en poder del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública

Conforme se ha expuesto, 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 (véase las decisiones C225-13, C2803-15 y C1053-17, entre otras).

Por lo tanto, y recogiendo lo aprobado en primer trámite constitucional por el proyecto de ley que suprime la eliminación de archivos y antecedentes por parte del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, se sugiere 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. El texto del proyecto de ley que se encuentra aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados, constituye un avance en la materia, no dejando a la sola discrecionalidad de cada institución la regulación de la gestión documental, reconociendo, por otra parte, las particularidades de dicha documentación.

En efecto, el texto aprobado en primer trámite constitucional dispone que respecto de aquella documentación que haya sido declarada como secreta o reservada, o en que consten actos que tengan dicha declaración, serán conservados y custodiados en las dependencias que las respectivas instituciones señalen, mientras mantengan la condición de secretos o reservados. Lo anterior, permite asegurar, en primer lugar, la mantención de dicho documento en poder de la respectiva institución, sin que quede al arbitrio de ésta la eliminación o destrucción del archivo. Por otra parte, si un documento ha sido calificado como reservado, la mantención del documento en poder del respectivo organismo, evita que personal ajeno a dichas instituciones tengan acceso a dicha información.

Con todo, resulta conveniente agregar al texto del citado D.F.L. mención expresa a que los mecanismos de custodia, conservación y tramitación de dichos documentos debe ser regulado a través de un decreto o reglamento emitido por el Ministerio de Defensa Nacional, o del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, tal como lo disponen las disposiciones transitorias del proyecto de ley respecto de la documentación que ya tenga la condición de secreta o reservada. De esta forma, serán los propios ministerios de defensa e interior los encargados de regular los plazos y procedimientos de conservación de los documentos, como las condiciones de envío al archivo judicial, o eventual destrucción de los mismos.

Por su parte, se debe agregar, además, que la calificación de secreto o reservada de un determinado documento debe serlo exclusivamente en consonancia con las causales legales expresamente dispuestas por el legislador, de acuerdo a lo expuesto en el tercer apartado de este documento.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto del resto de la documentación que obre en poder de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y que no hayan sido calificadas como secretas o reservadas, se debe dejar expresa mención que esta información se debe someter a las reglas generales de conservación, mantención y destrucción de documentos,



que rige para el resto de los órganos de la Administración del Estado, sin que se justifique que dichos documentos se deban someter a un régimen especial de conservación.

No obstante, a juicio de este Consejo se debe incorporar una regla que contemple un mecanismo que permita suspender la facultad de las instituciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile 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.

Por su parte, este Consejo, en decisiones de amparo Roles C3119-17 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.

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, se debe 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.

Por lo tanto, en base a lo anterior, se propone la siguiente modificación normativa:

“Artículo Único. Sustitúyase el inciso final del artículo 14 del decreto con fuerza de ley N° 5.200, de 1929, del Ministerio de Educación Pública, por los siguientes incisos nuevos:

“No obstante lo anterior, para facilitar el acceso a la información, el Ministerio de Defensa Nacional, los organismos dependientes de esta Secretaría de Estado o que se relacionen por su intermedio con el Supremo Gobierno, y de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, deberán conservar, tratar, archivar y destruir la información que posean o que esté bajo su control, responsabilidad o competencia, de acuerdo al reglamento que regule esta materia y que será expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, o por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, según corresponda.

Para este fin, deberán digitalizar la información que obre en su poder, en la forma que permita su fácil identificación y acceso, garantizando que ésta sea equiparable a los documentos originales, como también su duración, legibilidad, integridad y fidelidad de las copias, así como su adecuado almacenamiento, archivo, acceso y recuperación.

Con todo, los documentos en que consten actos que hayan sido declarados secretos o reservados, será custodiada y conservada en las dependencias que dichas instituciones

señalen, mientras los efectos de esta declaración se encuentren vigentes, en conformidad con lo indicado en los reglamentos señalados en el inciso precedente.

La documentación que se encuentre en poder de las distintas instituciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, no podrá ser destruida ni enviada al Archivo Nacional, en aquellos casos que exista una investigación penal en curso relativa a dichos documentos, y deberá ser conservada durante todo el tiempo que dure la investigación.

La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos que deben ser conservados en alguna de las instituciones que forman parte de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veintiuna a veinticinco unidades tributarias mensuales”.

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

A través de la resolución de amparos al derecho de acceso a la información, como de denuncias recibidas por este Consejo, esta Corporación ha tomado conocimiento que instituciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, niegan 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 8°, inciso 2°, 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, 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 sino 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 2° 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 5° 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. El más reciente fallo en este sentido, es el 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. mjm9°) 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. En este sentido, **se propone que se señale expresamente que, en el caso de que los miembros de las Fuerzas Armadas realicen una solicitud de acceso a la información, no se les podrá exigir como requisito la utilización del conducto regular.**

Por lo tanto, en base a lo anterior, se propone la siguiente modificación normativa:

“Incorpórese un inciso final al artículo 12 de la Ley de Transparencia, del siguiente tenor:

Prohíbese la exigencia del empleo del conducto regular como canal habilitado para que funcionarios de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile soliciten información pública a sus respectivas instituciones”.

Asimismo, se hace presente que este Consejo, mediante Resolución Exenta N° 387, de 23 de noviembre de 2018, y conforme lo adoptado en sesión ordinaria del Consejo Directivo N° 944, de 20 de noviembre de 2018, instruyó sumario administrativo en contra del Ejército de Chile, con la finalidad de determinar si existen infracciones a la Ley de Transparencia sancionables de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 de la misma ley.

Por su parte, mediante Oficio N° 5104, de 3 de diciembre de 2018, se informó al Ministro de Defensa Nacional acerca de eventuales hechos irregulares acontecidos al interior del Ejército de Chile y que se traducirían en una traba del legítimo ejercicio del derecho de acceso a la información, requiriéndole adopte las medidas tendientes a garantizar el adecuado ejercicio de este derecho.

PCV/EBP/APM/AGG

