



Materia : Reclamo de ilegalidad.
Procedimiento : Especial.
Reclamante : Fisco de Chile.
R.U.T. N° : 61.006.005
Apoderado : Marcelo Oyharcabal Fraile.
R.U.N. N° : 11.895.983-3.
Patrocinante : Marcelo Oyharcabal Fraile.
R.U.N. N° : 11.895.983-3.
Recurrido : Consejo para la Transparencia.
R.U.T. N° : 61.979.430-3.
Representante : David Alejandro de Jesús Ibaceta Medina.
R.U.N. N° : se ignora.

En lo principal: Interpone reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia. En el primer otrosí: Acompaña documentos. En el segundo otrosí: Personería. En el tercer otrosí: Asume patrocinio y poder.

I. CORTE.

MARCELO OYHARCABAL FRAILE, Abogado Procurador Fiscal (S) de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, corporación de derecho público, ambos domiciliados en calle Agustinas 1225, 4° piso, comuna y ciudad de Santiago, ante S.S. I. comparezco y expongo:

Que, encontrándome dentro de plazo, y en conformidad a lo dispuesto por los artículos 28 y siguientes de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de acceso a la Información de la Administración del Estado, prevista en el artículo primero de la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, interpongo en representación del Fisco (Fuerza Aérea de Chile) reclamo de ilegalidad **en contra del Consejo para la Transparencia**, persona jurídica de derecho público, **representado por su Director General don David Alejandro de Jesús Ibaceta Medina**, ambos domiciliados en calle Morandé 360, piso 7°, comuna de Santiago, por la dictación de la **Decisión Amparo Rol C3917-22**, adoptada en Sesión N° 1305, del Consejo Directivo, celebrada el 6 de septiembre de 2022, la que fue notificada a mi parte el día 7 de octubre de 2022, y por medio de la cual el Consejo para la Transparencia acogió parcialmente el amparo de acceso a la información formulado

por Tamara Silva, ignoro segundo apellido, ordenando a la Fuerza Aérea de Chile entregar a esa solicitante información sobre armas dadas de baja por la Institución entre el 1 de enero de 2019 y la fecha de ingreso de la solicitud de acceso (22 de abril de 2022), desglosada por cantidades, tipos de armas y modelo de las armas.

La Decisión reclamada es manifiestamente ilegal, viola no sólo la letra y espíritu de la Ley de Transparencia, sino que además la Constitución Política, por lo cual procede que S.S. I. acoja el presente reclamo y deje sin efecto la Decisión impugnada.

I. ANTECEDENTES.

i) Mediante requerimiento de información de AD008T-0002280 de 22 de abril de 2022, doña Tamara Silva, solicitó a la Oficina de Transparencia de la Fuerza Aérea de Chile lo siguiente:

“En virtud de la ley N° 20.285 de Transparencia y Acceso a Información Pública, solicito acceso y copia a la cantidad de armas dadas de baja por la Fuerza Aérea de Chile entre el 1 de enero de 2019 y a la fecha de ingreso de esta solicitud. Solicito que la información de estos datos sea entregada en formato Excel, desglosada por cantidades, tipos de armas, modelo de armas y establecimiento del cual fue dado de baja y el destino de estas armas, en caso de venta. Esto último indicando si fueron compradas por un funcionario o ex funcionario. Solicito la información de acuerdo al principio de divisibilidad, establecido en el artículo 11 de la Ley 20.285, que indica que, si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida, e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda. También solicito de acuerdo al Principio de máxima divulgación, establecido en el mismo artículo, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales”.

ii) Por Oficio EMGFA (OTAIP) “P” N° 1068, de 17 de mayo de 2022, del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea, se dio respuesta al requerimiento de información, indicando que la Fuerza Aérea de Chile debe mantener la reserva y/o secreto de los antecedentes requeridos, en virtud del artículo 436 del Código de Justicia Militar, artículo 8° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 4° transitorio de la Carta Fundamental y artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.285, todo lo cual configura la causal de denegación del artículo 21 N° 3 y N° 5 de la ley N° 20.285, lo contrario, supone afectar la misión y función crítica de la Fuerza Aérea, contenida en la Constitución Política de la República, con el consiguiente riesgo de afectación cierto, probable y

específico de la seguridad de la Nación. Asimismo, se informó que tiene aplicación la hipótesis prevista en el artículo 34 de la Ley N° 20.424 “Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional”.

Finalmente se le señaló en relación al “destino de estas armas, en caso de venta. Esto último indicando si fueron compradas por un funcionario o ex funcionario”, que la Institución no realiza venta de armamento retirado del servicio a funcionarios o ex funcionarios, como asimismo, que en caso que las armas sean enajenadas, éstas se enajenan en condición de chatarra.

iii) Seguidamente, a través de Oficio N° Oficio N° E10651 de fecha 15 de junio de 2022, de la Jefa de Unidad de Análisis de Admisibilidad y SARC del Consejo para la Transparencia, se informó a la Fuerza Aérea de Chile del Amparo interpuesto ante dicho Consejo, con fecha 18 de mayo de 2022, por Tamara Silva, fundado en una eventual vulneración a su derecho de acceso a la información, en relación con los antecedentes derivados de su solicitud de acceso a la información pública AD008T-0002880.

iv) La Fuerza Aérea de Chile formuló sus observaciones y descargos correspondientes en relación al Amparo deducido, por Oficio EMGFA (OTAIP) “P” N° 1415/C.P.L.T., de 1 de julio de 2022, señalando además las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales en que se fundamenta que respecto de la solicitud de acceso a la información relativa al detalle de las armas dadas de baja en la Institución concurre la excepción de denegación de información por la causal de secreto o reserva del artículo 21 N°s 3 y 5 de la Ley de Transparencia, en relación con el artículo 436 N° 4 del Código de Justicia Militar y artículo 34 de la Ley 20.424 “Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional”.

v) Finalmente, mediante Oficio N° E19641, de 7 de octubre de 2022, notificado a la Fuerza Aérea mediante correo electrónico de la misma fecha, el Consejo para la Transparencia comunicó su Decisión en el Amparo Rol C3917-22, por denegación de acceso a la información, acogiendo parcialmente la reclamación interpuesta, requiriendo al Sr. Comandante en Jefe hacer entrega, en parte, de lo solicitado por Tamara Silva en su requerimiento de información.

II.- LA DECISIÓN RECLAMADA.

1. El amparo al que se hace referencia en apartado anterior fue conocido y resuelto por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, en sesión N° 1305, celebrada el 6 de septiembre de 2022. Dicha resolución se adoptó por mayoría con el voto en contra de la Consejera Sra. Natalia González Bañados.

2. En dicha Decisión el Consejo para la Transparencia no efectuó realmente un análisis de las observaciones y descargos presentados por la Fuerza Aérea, limitándose a señalar en sus considerandos 4, 5, 9, 10,11, 12 y 13 lo siguiente:

“4) Que, por lo expuesto, si bien el artículo 436 del Código de Justicia Militar, en tanto norma legal, está formalmente sujeta a lo dispuesto por el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia (y puede por tanto ser objeto de reconducción formal), es igualmente menester determinar si el contenido de dicha disposición guarda correspondencia con las causales de secreto señaladas por el constituyente (es decir, si puede tener lugar a su respecto la reconducción material). Esta reconducción material señalada, debe estar guiada por la exigencia de "afectación" de los bienes jurídicos indicados en el artículo 8 inciso 2° de la Constitución Política de la República, esto es, debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, derechos de las personas, seguridad de la Nación o el interés nacional.

5) Que, en la especie, a juicio de este Consejo, el órgano no ha acompañado antecedentes suficientes que permitan acreditar una afectación presente o probable y con suficiente especificidad a la seguridad nacional. En efecto, la indicación de que la divulgación de la información develaría el potencial bélico del órgano -con sus especificaciones técnicas-, dando cuenta de sus capacidades estratégicas y sus estándares de operación, y afectándose con ello la seguridad de la nación, no resulta suficiente para efectos de tener por acreditada la causal esgrimida, en la medida que no especificó la forma concreta sobre qué capacidades o estándares de operación -y cómo- se verían afectados, teniendo en consideración que lo pedido se refiere a armamento dado de baja, que no forma parte del potencial bélico vigente y utilizado actualmente por la FACH. Asimismo, la alegación de la eventual utilización de la información pedida por potenciales adversarios, constituye una alegación futura, hipotética e incierta, sobre la cual no se acompañó documentos suficientes que acrediten una probabilidad cierta de su ocurrencia, así como tampoco la forma en que la utilización de material bélico dado de baja, implicaría afectar el debido funcionamiento del órgano y la seguridad nacional. Así, en contraposición a lo argumentado por el órgano, se advierte que la divulgación de lo pedido permitiría el ejercicio del control social respecto a la cantidad armamento dado de baja por la FACH. (...)

9) Que, la materia consultada consiste en una nómina genérica de armas dadas de baja en la Armada de Chile durante un período acotado de tiempo; por consiguiente, dichos antecedentes no se vinculan en ningún caso con fundamentos de los actos y resoluciones presupuestarias de la Defensa Nacional como exige expresamente las letras el citado Art. 34 de la ley N° 20.424; a su vez, atendido su alcance de carácter acotado

y genérico, la nómina requerida no tiene la capacidad de revelar estándares operativos de las Fuerzas Armadas ni tampoco detenta la potencialidad de dar a conocer especificaciones técnicas de los equipamientos utilizados por la reclamada en el marco del cumplimiento de sus fines propios.

10) Que, en efecto, la hipótesis de reserva mencionada en la letra c) del inciso 2º del Art. 34 del Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa invocada por la FACH para pretender reservar la información requerida, no resulta aplicable al presente amparo, norma que, al establecer excepciones al principio de publicidad, debe ser interpretada restrictivamente, para que su alcance no traspase los límites que el propio legislador estableció.

11) Que, en este orden de ideas, y en conformidad a lo razonado en los considerandos 5º y 9º, en los cuales se descartó la afectación a la seguridad de la nación conforme a lo argumentado por el órgano, corresponde, asimismo, desestimar la concurrencia de la causal de reserva del artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia, por las razones ya mencionadas.

12) Que, en consecuencia, tratándose lo solicitado de información de naturaleza pública respecto de la cual se desestimó la concurrencia de las causales de reserva esgrimidas por el órgano por afectación a la seguridad de la nación, se acogerá el presente amparo y conjuntamente con ello, se ordenará la entrega de lo pedido.

13) Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que este Consejo desconoce la cantidad total de armas dadas de baja por la FACH, por lo que la información entregada en la forma desagregada en los términos requeridos podría permitir asociar un tipo de arma a una unidad operativa específica. En conformidad a lo anterior, se ordenará la entrega de la información, previa aplicación del principio de divisibilidad, contemplado en el artículo 11, letra e) de la Ley de Transparencia, esto es, reservando la información desagregada en relación a la unidad interna la que correspondía el arma, debiendo en definitiva entregar información consistente en; cantidad armas dadas de baja por la Fuerza Aérea de Chile entre el 1 de enero de 2019 y a la fecha de ingreso de la solicitud, en formato excel, desglosada por cantidades, tipos de armas y modelo de armas.”.

III.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECLAMO.

1.- LAS CAUSALES DE SECRETO QUE OBLIGAN A LA RESERVA DE LA INFORMACIÓN SOLICITADA.

La información requerida y ordenada entregar es secreta.

1.1.- En efecto, procede respecto de la información en cuestión las causales de secreto de los números 3 y 5 del artículo 21 de la Ley de Transparencia.

Dicha norma permite denegar total o parcialmente el acceso a la información, “N°3 cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional (....) N° 5 cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”.

La Constitución Política, en su artículo 8, inciso 2°, dispone que son públicos los actos y resoluciones del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos 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.

Luego, la disposición cuarta transitoria de la Carta Fundamental prescribe que “Se entenderá que las leyes actualmente en rigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

En dicho contexto, el artículo 436 del Código de Justicia Militar establece que se entienden por documentos secretos, entre otros, aquellos cuyo contenido se relacionan con la seguridad del Estado y la Defensa Nacional, estableciendo, en lo que interesa, su numeral 4) los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales.

Ahora bien, “pertrecho”, al tenor de la Ley 19.924, que Modifica la Normativa Relativa a la Importación de las Mercancías del Sector Defensa, Calificadas como Pertrechos, comprende *“la maquinaria bélica; vehículos de uso militar o policial excluidos los automóviles, camionetas y buses; armamento y sus municiones; 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". Por su parte, por "maquinaria bélica" se entienden los aparatos, motores y herramientas que se utilizan y preparan para la guerra.

Asimismo, la Fuerza Aérea en su oportunidad señaló a la requirente que la información era secreta igualmente en conformidad a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, que señala que: *"Los fundamentos de los actos y resoluciones presupuestarios de la defensa nacional, incluidos los que acompañan el proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público, serán secretos o reservados en todo lo relativo a: c) Especificaciones técnicas y cantidades de equipamiento bélico y material de guerra"*.

Pues bien, es menester indicar que la cantidad de armas dadas de baja por la Fuerza Aérea de Chile entre el 1 de enero de 2019 y la fecha de la solicitud efectuada por la reclamante, señalando cantidades, tipos de armas y modelo, implica lisa y llanamente dar a conocer el potencial bélico y material de guerra adquirido por la Institución, con sus especificaciones técnicas, con el consiguiente riesgo de afectación cierta, probable y específica a la seguridad de la Nación, perturbando el funcionamiento de la Institución, y poniéndola en riesgo.

Ello así, pues se trata de elementos considerados estratégicos, afectando con su publicidad de manera cierta y concreta la seguridad de la Nación, al desvelar las capacidades estratégicas de la Fuerza Aérea y sus estándares de operación.

En tal sentido, al reservar los antecedentes relativos al nivel de operatividad y alistamiento del material bélico que posee la Institución, la Fuerza Aérea se protege frente a la labor de inteligencia de potenciales adversarios o terceras organizaciones que pueden obtener dichos antecedentes, desconociéndose el tratamiento y gestión posterior de dicha información, lo que afecta de manera cierta los intereses del Estado y la misión constitucional que se le ha entregado a la Fuerza Aérea en su calidad de garante de la Defensa Nacional.

Asimismo, no se puede soslayar que las adquisiciones de material bélico se efectúan en su mayoría al amparo de la Ley 21.174, que "Establece Nuevo Mecanismo de Financiamiento de las Capacidades Estratégicas de la Defensa Nacional" (ex ley del Cobre), y las menos, bajo la modalidad de trato directo, con carácter reservado, conforme al artículo 20, inciso final, de la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, el cual dispone que *"Los organismos públicos regidos por esta ley, estarán exceptuados de publicar en el sistema de información señalado precedentemente, aquella información sobre adquisiciones y*

contrataciones calificada como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley. Las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad cumplirán con esta obligación, en conformidad a su legislación vigente sobre manejo, uso y tramitación de documentación". Ambos mecanismos de adquisición, garantizan la reserva respecto de sus procedimientos, atendido precisamente que se trata de material bélico.

Ahora bien, por el transcurso del tiempo no dejan de ser reservados los antecedentes que dieron origen a aquellas adquisiciones de carácter secreto, lo que además se fundamenta en el artículo 22 de la propia Ley de Transparencia cuando señala que *"Los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación. / Transcurridos cinco años contados desde la notificación del acto que declara la calificación, el servicio u órgano que la formuló, de oficio o a petición de cualquier persona y por una sola vez, podrá prorrogarla por otros cinco años, total o parcialmente, evaluando el peligro de daño que pueda irrogar su terminación"*.

Pues bien, el mismo Consejo para la Transparencia ha reconocido la confidencialidad y reserva de la información relativa a pertrechos, entre otros, en Decisión Amparo Rol C771-21, la que señala en lo que interesa, lo siguiente:

"8°) Que, de conformidad al tenor del artículo 436 N° 4, del Código de Justicia Militar, se colige de modo preciso que el legislador ha procurado reservar los documentos secretos que se encuentren referidos o guarden relación con equipos y pertrechos policiales, es decir, antecedentes que detallen su origen, conformación, funcionamiento, desempeño y otros similares. En este contexto, se hace presente que este Consejo en la decisión de amparo Rol C5857-20, declaró secretas las órdenes de compra de vehículos lanza aguas, precisamente por configurarse respecto de dicho tipo de antecedentes la reserva establecida en el artículo 436 N° 4, del Código de Justicia Militar, ello por cuanto la divulgación de dicha documentación darían cuenta de los medios logísticos adquiridos por la institución, junto con la descripción específica de los vehículos consultados, sus condiciones de pago, junto con otros datos de la operación comercial, lo cual conlleva un riesgo de afectación presente o probable y con suficiente especificidad al debido cumplimiento de las funciones de Carabineros de Chile y, en definitiva, a la seguridad pública. El mentado criterio resulta aplicable en el presente caso, toda vez que lo requerido comprende precisamente el acceso a todos los actos que sean fundamento de la adquisición del vehículo carro lanza agua por el que se consulta, en los cuales plausiblemente, se consigna información sobre sus características técnicas y comerciales, lo que a la luz del

marco normativo aplicable tiene el potencial de afectar las funciones del órgano y, consecuentemente, la seguridad y orden público.”.

Por su parte, la Excm. Corte Suprema en fallo de 30 de diciembre de 2014, recaído en causa Ingreso N° 24.118-2014, acogió el recurso de queja interpuesto por este Consejo de Defensa del Estado, y reconoció expresamente que *“es secreta la información relacionada con equipos y pertrechos militares. En este aspecto no cabe sino concluir que la información relativa a la compra de aviones militares no tripulados es secreta, pues cae dentro del concepto de equipos y pertrechos militares sin que sea necesario acudir a otro cuerpo normativo para llegar a tal conclusión, pues los aviones no tripulados constituyen parte del equipamiento bélico de la Fuerza Aérea. En este mismo sentido cabe tener presente que se trata de adquisición de material de uso bélico, cuya reserva es indispensable para el desarrollo de las estrategias de defensa nacional.”.*

A mayor abundamiento, en sentencia de 3 de octubre de 2016, también de la Excm. Corte Suprema, en causa caratulada Recurso de Queja "Fisco con Consejo para la Transparencia", Ingreso N° 28.007-2016, ejerciendo sus facultades de oficio, dejó sin efecto la sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago por la que se había rechazado la reclamación de ilegalidad deducida contra la Decisión Amparo Rol C 1794-15, estableciendo en su considerando 8° lo siguiente:

“Que, en concordancia con lo expuesto, forzoso es concluir que la información ordenada entregar está cubierta por la invocada causal del artículo 21 N° 5 de la Ley N° 20.285, en relación al artículo 436 del Código de Justicia Militar, en atención a consideraciones vinculadas a la “seguridad de la Nación”, circunstancia que constituye uno de los cuatro supuestos previstos en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República para disponer la reserva de información, y ello ciertamente porque la información solicitada puede comprometer la eficaz actuación de una institución como la Armada de Chile, dedicada a la Defensa Nacional, y en particular de uno de los elementos que la integran, cuál es su Comando de Fuerzas Especiales, desde que a partir de ella puede elaborarse un completo análisis de sus planes de operación o de servicio, así como de las armas de fuego y de los equipos y pertrechos que emplea en las labores propias de su especialidad. No se trata de información inocua relativa al funcionamiento de un servicio público, sino que tiene directa relación con características críticas de la labor que dicha institución lleva a cabo en el ámbito de la seguridad de la Nación, de modo que su develación podría implicar el conocimiento de elementos vinculados con los materiales que emplea así como con el carácter y tipo de las actividades bélicas que realiza y de la particular manera en que las lleva a cabo para garantizar la Defensa Nacional”.

Por su parte, esta I. Corte de Apelaciones de Santiago ha acogido tales planteamientos cuando en su sentencia ejecutoriada de 9 de febrero de 2021, en los autos Ingreso N° 562-2020, concluyó la plena aplicación de las disposiciones mencionadas, señalando a la letra lo siguiente:

“Duodécimo: Que como consecuencia de lo anterior, la decisión de amparo dictada en la causa C8105-2019 es ilegal en la parte que acogió parcialmente el amparo presentado por don Paulo Jaramillo Ríos y ordenó al Ejército de Chile entregar la información sobre la cantidad de cartuchos de armas utilizados en los toque de queda en las fechas que indicó dividido por tipo y región o, el inventario de cartuchos al 1 y al 27 de octubre de 2019, indicando todos los ingresos de cartuchos, pues con ello se ha vulnerado la reserva dispuesta en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, desoyendo las causales que el Ejército invocó para denegar la información correspondientes a los numerales 3 y 5 del artículo 21 de la Ley N° 21.285 por lo que el presente reclamo será acogido.

Décimo tercero: Que si bien los argumentos señalados bastan para acoger el reclamo de que se trata, se coincide con el reclamante Ejército de Chile en cuanto refuerza el carácter de reservada de la información que se solicita divulgar lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley N° 20.424 que si bien dice relación con materia presupuestaria se insiste en que es secreta la información sobre la “cantidad de equipamiento bélico”.

Así las cosas, y como US. Itma. podrá apreciar, al tratarse el armamento de la Fuerza Aérea, de “material bélico”, la revelación o publicidad de su detalle, es altamente indiciario de sus capacidades estratégicas. Por esta razón, no es procedente la aplicación de la regla de publicidad, ya que la información es secreta al tenor de lo dispuesto en los artículos 436 N° 4, en relación con el artículo 8° y la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, y 34 de la Ley 20.434, Orgánica del Ministerio de Defensa Nacional, todo ello en relación con el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia. El inciso 2° del referido artículo 34 consagra una amplia gama de excepciones a la publicidad, entre las que se incluye todo lo referente a las especificaciones técnicas y a las cantidades de equipamiento bélico y material de guerra, en reconocimiento de la sensibilidad de las materias de la defensa y de la injerencia de los aspectos presupuestarios en ellas.

1.2.- Por otra parte, la Decisión Amparo que se reclama incurre en una confusión en su considerando 8), al señalar en relación a la norma del artículo 34 de la Ley 20.434, que “(...) -al tratarse de una limitación de un derecho constitucional- cabe interpretar restrictivamente los casos de secreto o reserva de la información, por las siguientes razones:

Primero, porque es ajeno a cualquier forma de resolución de controversias la jerarquización de derechos. Lo que argumenta el Consejo para la Transparencia es que siempre debiera privilegiarse el acceso a la información por sobre las normas que regulan la defensa nacional así establecidas en la ley. Pero esta técnica de jerarquización no es aceptada en el derecho.

Segundo, porque la correcta forma de resolver este conflicto es examinar si la limitación al derecho que está en juego es desproporcionada o no está amparada en un fin legítimo. Y como se ha mostrado más arriba, la restricción al principio de transparencia que se impone en el caso concreto i) ha sido determinada por la ley; ii) responde a un fin legítimo ponderado por el legislador, como es la protección de la seguridad nacional; y iii) es idónea y necesaria por no haber otra forma más adecuada para evitar los perjuicios que pudieran causarse por la entrega de la información; y, por lo anotado, iv) es perfectamente proporcional.

1.3.- Por último, es menester relevar el voto disidente de la Consejera Sra. Natalia González Bañados en el Amparo que se reclama, que concluye el secreto de la información al tenor del artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia, en los siguientes términos:

“1) Que, en el presente caso, se debe considerar el nivel de desglose y pormenorización en que la solicitante ha requerido la información, la que no corresponde únicamente a datos agregados, sino que solicita conocer también el tipo y modelo de armas dadas de baja en el período consultado.

2) Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia, se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.”

3) Que, establecido lo anterior, y teniendo especialmente en consideración las alegaciones expuestas por el órgano reclamado y los fundamentos en que se sustentan, a diferencia a diferencia del voto mayoritario, esta Consejera en un afán precautorio y de resguardo de las funciones de la Fuerza Aérea de Chile, estima que además de la reserva del dato relativo a la unidad institucional a la que correspondía el arma, procede la reserva de la información referida al tipo y modelo de arma dada de baja en el período consultado, ello en virtud del artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia.

4) Que, asimismo, la entrega de la información sobre el tipo y modelo de arma dada de baja en el período consultado con el nivel de desglose requerido, puede afectar el derecho de las personas a la seguridad, al potencialmente generar una fuente de alarma pública en la población. En consecuencia, concurre también a su respecto la causal de reserva establecida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.

5) Que, en consecuencia, respecto de los referidos antecedentes el amparo debe ser rechazado en virtud de lo dispuesto en los artículos 21 N° 2 y 21 N° 3 de la Ley de Transparencia.”.

Si bien es cierto, el voto discrepante se fundamenta en la causal de secreto del artículo 21 N° 3 y no en la del N° 5, en relación con los artículos 436 N° 4 del Código de Justicia Militar y 34 letra c) de la Ley 20.424, la Consejera Natalia González Bañados deduce la afectación de la seguridad nacional en forma cierta, concreta y específica, toda vez que la entrega de información respecto del armamento dado de baja en la Institución con el detalle requerido, implica -como se ha señalado- divulgar antecedentes vinculados a las capacidades y/o estándares con que cuenta o contaba la institución, lo que naturalmente afectará la seguridad de la Nación, en cuanto se refiere a la defensa nacional. Así, la cantidad y tipos de armas, modelo y la baja de las mismas muestra naturalmente la capacidad bélica institucional y cómo se va renovando, dando cuenta del estándar con que opera la Institución en la seguridad de su personal y unidades militares.

2.- EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA HACE UNA PONDERACIÓN DE AFECTACIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL, NO OBSTANTE QUE DICHA CALIFICACIÓN ES DE COMPETENCIA DEL LEGISLADOR DE ACUERDO AL ARTÍCULO 8° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y AL ARTÍCULO 21 N° 5 DE LA LEY DE TRANSPARENCIA.

Tal como se señaló anteriormente, la Fuerza Aérea respondió a la reclamante que procede respecto de la información solicitada las causales de excepción del artículo 21 N°s 3 y 5 de la Ley de Transparencia, esta última causal en relación con lo prescrito en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, que posee rango de quórum calificado, según lo dispone el artículo 4º transitorio de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 1º transitorio de la Ley de Transparencia, en cuanto se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.

Conforme al artículo 436 del Código de Justicia Militar, se entienden por documentos secretos, entre otros, aquellos cuyo contenido se relaciona con la seguridad del Estado y la Defensa Nacional, estableciendo en el numeral 4), que tal carácter poseen los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales.

La norma citada, representa una excepción a la regla de publicidad establecida en el artículo 8º de la Constitución Política, y posee rango de quórum calificado, según lo dispone la disposición cuarta transitoria de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 1º transitorio de la Ley de Transparencia, configurándose la causal de secreto del artículo 21 numeral 5) de la Ley de Transparencia.

Pues bien, el mencionado artículo 21 de la Ley de Transparencia, establece que las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: (...) 3.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública. (...) 5.- Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.”.

Como puede apreciarse, la causal contenida en el numeral 5) es una causal objetiva, cuyo tenor no permite realizar un análisis de “afectación” como puede realizarse en virtud de las causales 1 a 4, toda vez que, en lo relativo a la última causal, es el propio constituyente en el artículo 8° quien entrega esta potestad al legislador, al señalar que “sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

De esta manera, en los casos en que una ley de quórum calificado – como ocurre en la especie- ha declarado el secreto o reserva de aquellos documentos cuya publicidad o conocimiento afectan el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, no es posible realizar la ponderación de la afectación por parte del Consejo para la Transparencia, sin infringir el tenor del artículo 8° de la Constitución Política.

Al efecto, el Consejo para la Transparencia refiere expresamente en los considerandos 3) al final, 4) y 5) de su Decisión Amparo, cuya ilegalidad se solicita declarar, que la norma del artículo 436 del Código de Justicia Militar debe sufrir un proceso de reconducción y determinarse si su contenido guarda correspondencia con las causales de secreto del artículo 8° constitucional, que debe acreditarse una afectación presente o probable y con suficiente especificidad a la seguridad nacional.

Sin embargo, la Ley de Transparencia no ha facultado expresamente al Consejo para la Transparencia para efectuar tal “reconducción material” ni la ponderación o test de afectación, tampoco para establecer por la vía interpretativa requisitos que el legislador no ha previsto para la procedencia de las causales de secreto.

En efecto, agregar como requisito para la procedencia de la causal del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia la ponderación de la afectación y la acreditación del perjuicio derivado de la entrega de la información es improcedente. Por eso, es ilegal la Decisión reclamada cuando se establece en su considerando 5) que: “Asimismo, la alegación

de la eventual utilización de la información pedida por potenciales adversarios, constituye una alegación futura, hipotética e incierta, sobre la cual no se acompañó documentos suficientes que acrediten una probabilidad cierta de su ocurrencia (...). En tales argumentaciones y asertos, el Consejo para la Transparencia se coloca por sobre la ley, sobrepasa las atribuciones y órbita de competencia que el legislador le ha conferido, y viola lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución Política.

Al respecto, conviene traer a colación el fallo de 26 de noviembre de 2018, de la Excma. Corte Suprema, Ingreso N° 4285-2018, en cuyo considerando 12° resuelve que:

“(…), por otro lado, es imperioso consignar que si bien lo anterior es suficiente para asentar que en el caso concreto se configuraba la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 5 de la Ley N° 20.285, no se puede soslayar que en nuestro ordenamiento jurídico existe otra norma que consagra el secreto de la información cuya entrega ha sido ordenada por el Consejo para la Transparencia, cual es el artículo 34 letra b) de la Ley N° 20.424, ley de quórum calificado dictada con posterioridad a la Ley de Transparencia, que establece el secreto (...) en todo lo relativo a los estándares en los que operan las Fuerzas Armadas. En este contexto, cabe señalar que si bien las normas que establecen excepciones a la publicidad deben ser interpretadas restrictivamente, ello no autoriza a desatender su claro espíritu amparándose en una interpretación literal limitada. En el caso concreto, es posible configurar la reserva esgrimida por el Consejo de Defensa del Estado, puesto que al develar la información requerida, en los hechos se está ordenando entregar información relevante, toda vez que, aun cuando el evento que motiva la solicitud guarda relación con una exposición de tecnología aeroespacial y de defensa que ocurre una vez cada dos años en el país, es incuestionable que el despliegue de dicha actividad en un recinto militar, requiere para su organización y ejecución de un número considerable de personal institucional de distinta jerarquía, orden, rango y subordinación dentro de la Fuerza Aérea de Chile, de modo que su reserva es vital para una adecuada estrategia de inteligencia militar que brinde seguridad a la Nación, concepto que abarca tanto la preservación de la seguridad interna como externa del Estado de manera de asegurar la soberanía.”.

Asimismo, la Excma. Corte Suprema estableció en fallo de 27 de septiembre de 2018, Ingreso N° 12.235-2018, en su considerando 9° que:

“(…), por otro lado, es imperioso consignar que si bien lo anterior es suficiente para asentar que en el caso concreto se configuraba la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 5 de la Ley N° 20.285, no se puede soslayar que en nuestro ordenamiento jurídico existe otra norma que consagra el secreto de la información, cuya

entrega ha sido ordenada por el Consejo para la Transparencia, cual es el artículo 34 letra a) y b) de la Ley N° 20.424, (...). En este punto, se debe precisar que no es necesario que se acompañe prueba que permita establecer que los antecedentes requeridos se vinculen con la seguridad de la Nación, toda vez que basta el ejercicio lógico deductivo, relacionado con el análisis de la norma en comento, para comprender que se está ante información reservada, toda vez que el legislador lo estableció expresamente en el artículo 436 del Código de Justicia Militar antes referido, sin que sea exigible prueba que acredite un nivel de vinculación con el bien jurídico que la causal de reserva consagra, puesto que la ley realizó la ponderación ex ante, y concluyó que develar información vinculada a las plantas o dotaciones de personal de las Fuerzas Armadas, es reservada o secreta.”.

Asimismo, la Excma. Corte Suprema en sentencia dictada en el recurso de Queja Ingreso N° 12.015-2019, estableció en la primera parte de su considerando 6° lo siguiente:

“Que, sin perjuicio de lo expuesto, esta Corte estima necesario subrayar que la primera exigencia para que el deber de reserva de la información pueda ser invocado por los órganos del Estado es que éste conste en una ley de quórum calificado, condición que cumplen las disposiciones legales que hayan sido dictadas con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.285 y que estaban vigentes a su promulgación. En consecuencia, el deber de reserva que establece el artículo 436 del Código de Justicia Militar, que debe su actual redacción a la Ley N° 18.667 publicada el 27 de noviembre de 1987, cumple con el requisito de emanar de una ley de quórum calificado y, por ende, su aplicación resulta legal y constitucionalmente procedente, toda vez que la norma expresamente refiere que es información secreta aquella relacionada con la defensa nacional, lo que no puede sino vincularse con la seguridad de la Nación, función esencial de las Fuerzas Armadas.”.

El mismo fallo agrega en su considerando 8° que: “(...), incluso más, es imperioso consignar que si bien lo anterior es suficiente para asentar que en el caso concreto se configura la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 5 de la Ley N° 20.285, no se puede soslayar que en nuestro ordenamiento jurídico existe otra norma que consagra el secreto de la información cuya entrega ha sido ordenada por el Consejo para la Transparencia, cual es el artículo 34 letra c) de la Ley N° 20.424, ley de quórum calificado dictada con posterioridad a la Ley de Transparencia, que establece el secreto de los fundamentos de los actos y resoluciones presupuestarios de la defensa nacional en todo lo relativo a especificaciones técnicas y cantidades de equipamiento bélico y material de guerra. En este contexto, cabe señalar que si bien las normas que establecen excepciones a

la publicidad deben ser interpretadas restrictivamente, ello no autoriza a desatender su claro espíritu amparándose en una interpretación literal limitada.”

A mayor abundamiento, en el fallo de 28 de enero de 2020, de la Excm. Corte Suprema, en autos sobre recurso de queja Ingreso N° 23.170-2019, se estableció en lo que interesa, en el Considerando 4°, que:

“(…) Con todo, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar. Se sigue de ello que la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente.”

3.- EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA SOSLAYA LAS DIFICULTADES INHERENTES A ACREDITAR LA OCURRENCIA DE UN HECHO EVENTUAL Y, POSTERIORMENTE, SUS EFECTOS ESPECÍFICOS SOBRE LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN.

Por último, y muy relacionado con lo anteriormente expuesto, es imprescindible hacer presente a US. Itma., las dificultades inherentes a acreditar un hecho eventual, tal como ha exigido el Consejo para la Transparencia en su ilegal Decisión Amparo Rol C3917-22.

En efecto, la amplia gama de hipótesis que se presentan frente a una situación determinada hace virtualmente imposible acreditar con la suficiente “especificidad” -como exige el Consejo para la Transparencia en los considerandos 4) y 5) de la Decisión Amparo que se reclama- primero, la ocurrencia de un hecho y posteriormente, sus efectos específicos afectando la seguridad de la Nación. En síntesis, probar la posible ocurrencia de un hecho eventual, esto es, de un acontecimiento que no va a tener lugar de forma cierta, resulta muy difícil, si no imposible.

En tal contexto, es necesario tener presente el sentido preventivo de la causal de secreto de la información establecida por el legislador, pues no tendría objeto acreditar un daño ya ocurrido, cuando es de vital importancia velar porque no ocurra, siendo tal el sentido de las normas citadas precedentemente.

No obstante lo anterior, y aún actuando bajo el convencimiento que la causal del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia es una causal objetiva, en cuanto una ley de quórum calificado establece el secreto, y cuyo tenor no permite realizar un análisis o test de “afectación”, toda vez que es el propio constituyente en el artículo 8° de la Carta Fundamental quien entrega esta potestad al legislador (al señalar que “sólo una ley

de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”), la entrega y publicidad de los antecedentes requeridos por la solicitante doña Tamara Silva, a quien no es posible identificar por desconocer su segundo apellido, afecta de manera cierta y concreta la seguridad de la Nación al develar cantidades, tipos de armas y modelo dados de baja que permiten alumbrar sobre el potencial del equipamiento bélico y material de guerra de la Fuerza Aérea de Chile, y revelar en definitiva, capacidades estratégicas de la Institución y sus estándares de operación.

POR TANTO, en mérito de todo lo expuesto y de lo señalado en las disposiciones constitucionales y legales citadas,

A US. ILTMA. RUEGO tener por interpuesto reclamo de ilegalidad en contra de la Decisión Amparo Rol C3917-22, adoptada el 6 de septiembre de 2022, por el Consejo para la Transparencia, declarando su ilegalidad y dejándola sin efecto ya que la información ordenada entregar es secreta.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Sírvase S.S. I. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Copia de la Solicitud de Información presentada por doña Tamara Silva.
- 2.- Oficio EMGA (OTAIP) “P” N° 1060, de 17 de mayo de 2022, que responde la solicitud de acceso a la información referida.
- 3.- Copia del amparo deducido por la requirente ante el Consejo para la Transparencia.
- 4.- Oficio EMGA (OTAIP) “P” N° 1415, de 1 de julio de 2022, de la Fuerza Aérea que emite descargos respecto del amparo deducido ante el Consejo para la Transparencia.
- 5.- Oficio N° E19641, de 7 de octubre de 2022, que comunica la Decisión Amparo Rol C3917-22 del Consejo para la Transparencia, y copia del correo electrónico recibido por la Fuerza Aérea de Chile con fecha 7 de octubre de 2022, adjuntando tal oficio; y
- 6.- Decisión Amparo Rol C3917-22, del Consejo para la Transparencia, objeto del presente reclamo.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Ruego a V.S. Iltma. tener presente que mi personería para actuar en representación del Fisco de Chile, como Abogado Procurador Fiscal Subrogante de Santiago, consta en el certificado otorgado por la Secretaria Abogada del Consejo de Defensa del Estado, que en este acto acompaño.

EN EL TERCER OTROSÍ: Sírvase S.S. I. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio profesional asumo el patrocinio de la causa, y me reservo el poder, fijando domicilio en Agustinas 1225, 4° piso, comuna y ciudad de Santiago.

Cae / 3589-2022 / 2867-22 Proc C / VGE