

DECISIÓN AMPARO ROL C396-10

Entidad pública: Ministerio de
Defensa Nacional

Requirente: Paulo Montt Rettig

Ingreso Consejo: 29.06.2010

En sesión ordinaria N° 195 de su Consejo Directivo, celebrada el 2 de noviembre de 2010, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008, el Consejo para la Transparencia, en adelante, el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto del amparo Rol C396-10.

VISTOS:

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

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El día 13 de mayo de 2010, don Paulo Montt Rettig, solicitó al Ministerio de Defensa y al Ministerio de Obras Públicas, lo siguiente:
 - a) Informar sobre la existencia de un contrato de compraventa o de otro tipo, por medio del cual se habría materializado la adquisición de un puente mecano a ser instalado en el río Bío Bío, la que se habría efectuado a la empresa Acrow Corporation of America, de acuerdo a la información de prensa que acompaña a su solicitud. Indica que en caso de tratarse de una compraventa directa y no producto de una licitación pública, solicita acompañar los estudios o antecedentes técnicos y legales que avalarían la necesidad de efectuar dicha contratación directa. Solicita, además, una copia del decreto, resolución o acto mediante el cual se habría aprobado la adquisición y mediante la cual se habría materializado la misma.
 - b) En relación con lo anterior, solicita informar sobre la propuesta efectuada por la empresa Acrow Corporation of America, la que deberá contener todos los antecedentes referidos al precio de la compraventa, los aspectos que se encuentran comprendidos dentro del precio ofrecido (vgr. costos de transporte, seguro, instalación del puente), las razones técnicas por las cuales se eligió la propuesta de la empresa Acrow Corporation of America y la fecha en que la autoridad solicitó la propuesta a dicha compañía.
 - c) Informar sobre otras propuestas para la adquisición del referido puente en el río Bío Bío, incluyendo las comunicaciones escritas enviadas por la autoridad a Acrow Corporation of America y otros eventuales proveedores, mediante las cuales se les solicitó a dichas compañías la presentación de propuestas para el referido puente en el río Bío Bío.

Asimismo, solicita acompañar los estudios técnicos que avalarían la decisión de optar por la propuesta de Acrow Corporation of America en lugar de las propuestas alternativas.

2) DERIVACIÓN Y RESPUESTA:

- a) La solicitud fue respondida derivándose mediante Ordinario D.A.MDN (O) N° 15000/73/2010 CONSUDENA, de 18 de mayo de 2010, del Director Administrativo del Ministerio de Defensa Nacional al Secretario del Consejo Superior de Defensa Nacional, con copia al solicitante. Allí se señala que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Transparencia, si un órgano de la Administración del Estado es requerido para intervenir en un asunto que no sea de su competencia, debe derivar de inmediato los antecedentes a la autoridad que deba conocerlo según el ordenamiento jurídico, por lo que se remite y adjunta la solicitud de información presentada a través de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional al Secretario del Consejo Superior de Defensa Nacional, informando al ciudadano que su solicitud ha sido derivada.
- b) A través de Ordinario SEC. CSDN. (O) n° 1000/665/J. EMGE, de 24 de mayo de 2010, del Secretario del Consejo Superior de Defensa Nacional y dirigido al Jefe del Estado Mayor General del Ejército, se derivó el requerimiento de don Paulo Montt Rettig, por estimar que el Ejército es la institución ejecutora del referido proyecto.
- c) Mediante Ordinario JEMGE SECRET OTIPE (P) N° 6800/655, de 31 de mayo de 2010, del General de División del Estado Mayor General del Ejército, se le informó al reclamante que no existiendo el contrato de compraventa que solicita y por referirse a una materia de competencia del Ministerio de Defensa Nacional, se derivó su requerimiento a dicha Secretaría de Estado, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de Transparencia.
- d) Por Ordinario SS.FF.AA. N° 1742/ Int., de 11 de junio de 2010, del Subsecretario para las Fuerzas Armadas, por orden del Ministro, se le informó al reclamante que:
 - i) En razón del terremoto del 27 de febrero último, el cual afectó especialmente la zona de Concepción, se produjeron serios daños de infraestructura que han afectado incluso a recintos y zonas estratégicas para la defensa nacional y han alterado gravemente las comunicaciones en todos los ámbitos, comprometiendo con ello la seguridad nacional en esa zona del país. Dentro de dicho contexto, se efectuaron algunas inversiones y compras necesarias para la defensa nacional bajo el régimen de la Ley N° 13.196 y sus normas complementarias.
 - ii) Estas inversiones tienen el carácter de secretas conforme a la propia norma citada y su divulgación pública se encuentra restringida en razón de necesidad de la defensa nacional. Agrega que, además, los documentos solicitados son, por su naturaleza, secretos según lo establecido en el artículo 436 del Código de Justicia Militar. Por esto, y en conformidad a que los documentos caen en la esfera del artículo 21 N° 3 y N° 5 de la Ley de Transparencia, toda vez que su publicidad, comunicación y conocimiento puede afectar las necesidades de la defensa nacional.

3) AMPARO: Don Paulo Montt Rettig dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra del Ministerio de Defensa Nacional, por denegación infundada de acceso a la información, fundado en lo siguiente:

- a) A raíz de las repercusiones del terremoto que afectó la zona centro sur de Chile, particularmente la destrucción del Puente Viejo que unía la ciudad de Concepción con la



comuna de San Pedro de la Paz, a principios de abril del presente año el Ministerio de Obras Públicas (en adelante también MOP), solicitó a la empresa británica Mabey Bridge Limited la elaboración de un puente mecano de 1,4 km de largo para ser ubicado en el río Bío Bío, en la provincia de Concepción.

- b) Frente a la referida solicitud, Mabey Bridge Limited, con fecha 16 de abril de 2010, remitió al Secretario Regional Ministerial del MOP un presupuesto de alrededor de US\$ 17 millones, que incluía la instalación del puente, en la que se consideraba el costo del transporte, maquinaria, herramientas y mano de obra. El valor de dicha instalación corresponde a US\$ 3 millones, por lo que el valor del puente mismo, vale decir toda la infraestructura no instalada, alcanza la cifra de US\$ 14 millones.
- c) Posteriormente, el 27 de abril de 2010, Mabey Bridge Limited hizo presente vía telefónica y por medio de correo electrónico la presentación de dicho presupuesto a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, solicitando la programación de una reunión con el Subsecretario con el fin de realizar una presentación de la oferta. Dichas comunicaciones nunca fueron contestadas por la autoridad. En estas circunstancias, con fecha 7 de mayo de 2010, la prensa nacional anunció la compra por parte del Estado de Chile de un puente mecano para el río Bío Bío, con el objeto de reemplazar el Puente Viejo en la Provincia de Concepción. Dicha compra se realizaría a la compañía estadounidense Acrow Corporation of America y, según afirmó el diario Las Últimas Noticias, *“se gestó, muy en reserva, en los Estados Unidos, casi un mes después del desastre”*—noticia publicada el 07.05.2010, en la página 2, bajo el titular “Chile compró el puente mecano más largo de la historia para el Biobío”, por la suma de US\$ 16 millones, sin embargo este sería armado por ingenieros del MOP y personal de la fuerza de trabajo del Ejército.
- d) Así, según dicha información, el puente sería comprado por US\$ 2 millones más que la oferta que realizare Mabey Bridge Limited en su oportunidad y teniendo el Ministerio de Defensa Nacional absoluto conocimiento de la existencia de dicha información. En estas circunstancias, dicha compañía solicitó al reclamante la recopilación de los antecedentes del proceso de compra o de adjudicación del puente mecano en cuestión, motivo por el cual realizó la fallida solicitud de información.
- e) Dicha solicitud de información fue derivada, en primer lugar al Secretario del Consejo Superior de Defensa Nacional, quien, a su vez, la derivó al Jefe del Estado Mayor General del Ejército, quien, por su parte, la remitió al mismo organismo ante el cual se había presentado en su origen, quien recién con fecha 11 de junio de 2010 hizo envío de su negativa a la solicitud, considerando esta vez que sí era de su competencia.
- f) Señala que la negativa a entregar información no se encuentra adecuadamente fundada, por lo que representa una infracción a los diversos cuerpos normativos que instruyen la transparencia de los servicios públicos, constituyéndose así en una barrera al ejercicio de los derechos ciudadanos, en particular a lo dispuesto por los artículos 5°, 12, 16 y 21 de la Ley de Transparencia.
- g) La reserva del numeral 3 del artículo 21 permite la denegación de la información de los actos en caso de que su publicación afecte la seguridad de la nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional la mantención del orden público o la seguridad pública. En primer lugar, señala que *debe tenerse presente que la seguridad nacional debe ser entendida considerando “dos frentes: el externo, que puede verse afectado por la guerra y por la agresión militar, o por una agresión económica de tal entidad que ponga en*

riesgo el normal desarrollo de la vida colectiva; y el frente interno, en que la seguridad nacional se encuentra comprometida en los casos de tensión extrema o de pugna entre gobernantes y gobernados, traducida en situaciones de insurrección o rebelión o de alzamiento revolucionario¹. Así, no se entiende de qué modo la divulgación de información respecto de las condiciones de compra y contratación de un puente mecano para la ciudad de Concepción podrían afectar de algún modo la seguridad nacional, considerando que en él transitarán vehículos particulares, para fines privados y que bajo ninguna mirada la información solicitada es calificable como un tema relativo a la defensa del país.

- h) Agrega que aún cuando se hubiese identificado algunas alteraciones del orden público producidas en dicha zona luego del terremoto –las que hace varios meses han sido controladas, volviendo la seguridad ciudadana a su plena normalidad-, la seguridad nacional en nada podría verse afectada con la divulgación de los detalles del proceso de adjudicación y compra del puente mecano que se instalará, no existiendo, de este modo, cumplimiento de los requisitos de la causal invocada al no existir afectación a la seguridad nacional requerida para su configuración.
- i) El numeral 5 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, por su parte, señala que en el caso que una ley de quórum calificado declare reserva o secreto de determinados datos, éstos no podrán ser entregados al público. El Ministerio de Defensa Nacional realiza alusiones a dos leyes, que si bien no vincula directamente con el numeral citado, podría interpretarse que las utiliza para fundar su rechazo en relación con su causal.
- j) Aún cuando la Ley N° 13.196 –Ley Reservada del Cobre-, tiene el carácter de reservada, el proyecto de ley que busca establecer un nuevo sistema de financiamiento de la Defensa Nacional (boletín N° 6.701), enviado al Congreso por el Ejecutivo en septiembre de 2009 permite tener claridad respecto de los aspectos regulados en la referida ley. Así, entre otros, es posible señalar que la citada ley destina el 10% del total de las ventas de cobre al extranjero y sus subproductos por parte de Codelco, a la compra de armamento y equipamiento militar. Evidentemente un puente mecano a ser instalado en la ciudad de Concepción, para el tránsito de vehículos particulares con fines privados, no constituye armamento o equipamiento militar. Por esto, estima que no es admisible que con el objetivo de eludir el control ciudadano de los actos, las normas de transparencia y el derecho a informarse de la ciudadanía, se apele sin más a la Ley Reservada del Cobre, siendo que los actos relacionados con la información solicitada no tienen conexión alguna con materias de defensa, y tampoco se trata de bienes necesarios para la defensa nacional adquiridos por las fuerzas armadas, a quienes se destinan los fondos de dicha ley. Insiste, así, que en la especie se trata simplemente de la adquisición de un puente –como muchos otros que se han instalado en Chile- y no se divisa cómo la información de dicha adquisición podría afectar la seguridad nacional.
- k) Es tan clara la infracción a las normas de transparencia en el presente caso, que la solicitud de información que realizó circuló por distintos organismos a la espera de una respuesta razonable, sin que ello se produjera, apelándose luego, sin mayor fundamento, a la Ley Reservada del Cobre, normativa que no guarda relación alguna con la solicitud de información realizada. La negativa del Ministerio de Defensa Nacional, simplemente, no es compatible con el deber de transparencia que se aplica a todos los

¹ Verdugo, Pfeffer y Nogueira, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 349.



actos de la Administración del Estado, siendo precisamente el control de la gestión pública por parte de la ciudadanía uno de los principales objetivos de la Ley de Transparencia.

- l) Del tenor del artículo 436 del Código de Justicia Militar, al que el Ministerio de Defensa Nacional hace alusión, se desprende claramente que la información solicitada no se ajusta a aquella declarada secreta en éste, ya que la información relativa a la adjudicación y compra de un puente mecano para la ciudad de Concepción no se relaciona con la seguridad del Estado, ni con la defensa nacional, ni el orden público interior, ni con la seguridad de las personas, ni con ninguno de los contenidos enumerados en la norma. La divulgación de dicha información es inocua para todos los fines que intenta resguardar el artículo 436 del Código de Justicia Militar y, más aún, se trata de información cuyo conocimiento es de público interés, ya que se trata de una importante compra pública en infraestructura para el uso de toda la comunidad. Finalmente, y a mayor abundamiento, se debe tener en cuenta que las normas del Código de Justicia Militar son aplicables a las Fuerzas Armadas, por lo que no es procedente que el Ministerio de Defensa Nacional apele a ellas para justificar su accionar.
- 4) **DESCARGOS U OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de este Consejo acordó admitir a tramitación este reclamo trasladándolo mediante Oficio N° 1.231, de 8 de julio de 2010, al Subsecretario de Defensa Nacional, solicitándole, en particular, que al formular sus descargos se refiera específicamente a las razones que, a su juicio, configurarían la causal de reserva de los números 3 y 5 del artículo 21 de la Ley de Transparencia. De la misma manera se le solicitó que remita copia de la información que le fue solicitada por el reclamante, bajo la reserva establecida en el artículo 26 de la Ley de Transparencia. Mediante Ordinario SS.DEF.GAB. N° 232/SS.FF.AA, de 12 de julio de 2010, dicho Subsecretario remitió los antecedentes del presente amparo al Subsecretario para las Fuerzas Armadas, por tratarse de una materia de su competencia. A través de Ordinario MDN.GAB.JUR N° 6800/2226/C.T., de 26 de julio de 2010, del Ministro de Defensa Nacional, éste presenta los siguientes descargos u observaciones:
 - a) Invoca lo dispuesto por el art. 21 N° 3 de la Ley de Transparencia. Asimismo señala que, en relación al tema que nos ocupa, cabe citar a la Ley Reservada del Cobre que autoriza la concurrencia de ciertos requisitos, giros en determinadas cuentas para la adquisición y mantención de los materiales y elementos que conforman el potencial bélico de las instituciones armadas. Enseguida, de acuerdo al reglamento complementario de la Ley N° 7.144 que creó el Consejo Superior de Defensa Nacional, en su artículo 29 N° 2, dispone que es factible, en este caso, efectuar una adquisición por trato directo, por cuanto se establece que *“Podrá eximirse una inversión o adquisición del trámite de propuesta pública o privada en los siguientes casos: 2) Cuando se trate de casos urgentes o imprevistos relacionados con los bienes por adquirir, calificados mediante resolución fundada del respectivo Comandante en Jefe y del Consejo en su caso”*. En virtud de las normas legales precedentemente citadas, estas inversiones tienen el carácter de secretas y su divulgación pública se encuentra restringida en necesidad de la defensa nacional. Además los documentos solicitados son por su naturaleza secretos según lo establecido en el artículo 436 del Código de Justicia Militar.
 - b) A su vez, respecto a la causal de reserva contenida en el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia el Ministerio se adhiere plenamente a los criterios expresados en el

dictamen N° 48.302, de 26 de octubre de 2007, de la Contraloría General de la República, cuya copia acompaña, en el sentido de sostener que el artículo 436 del Código de Justicia Militar, al establecer que determinados actos administrativos son secretos, no ha sido derogado por el artículo 8° de la Constitución Política de la República y le es aplicable la disposición cuarta transitoria, por todo lo cual se encuentra vigente, pudiendo los órganos respectivos dictar actos con ese carácter al amparo de esa norma legal.

- c) Por último señala que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de Transparencia, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 21 N° 3 y 5 del mismo cuerpo legal, desafortunadamente no es posible remitir tanto la normativa reseñada como la información requerida, debido a que su publicidad, comunicación o conocimiento afecta la seguridad de la Nación.

5) **DESCARGOS DEL TERCERO INTERESADO:** Mediante Oficio N° 1.232, de 8 de julio de 2010, se le dio traslado del presente amparo al representante legal de Acrow Corporation of America, solicitándole su pronunciamiento acerca de si se opone a la entrega de la información y, en su caso, los fundamentos de hecho y derecho que sustenten sus afirmaciones. A través de presentación de 18 de agosto de 2010, del Gerente General de CNSA Representaciones S.A., éste señala que:

- a) En primer lugar, su sociedad no actúa como representante legal de Acrow Corporation of America, sino sólo como representante para materias comerciales. Sin perjuicio de esto, en nombre de ésta, se opone a la entrega de la información solicitada, toda vez que se trata, por una parte, de una información de carácter comercial y privado, concerniente a una relación de esa naturaleza entre dicha sociedad norteamericana con el Ejército de Chile, por lo que su divulgación afectaría los derechos personales de carácter comercial y económico de Acrow Corporation of America y, por otra, de una materia que se consideró de índole secreta, relacionada con la defensa nacional.
- b) Respecto a este último aspecto, señala que el objeto del contrato fue la venta e instalación de un puente mecano que se instalaría en el río Bío Bío, para reemplazar transitoriamente el Puente Viejo que se destruyó con motivo del terremoto. Dicho puente mecano, una vez construido el puente definitivo, entiende que quedará a disposición del Ejército de Chile para fines de la defensa nacional, por lo que una publicidad o conocimiento más detallado del mismo puede afectar a ésta.
- c) Adicionalmente, hace presente, que en el contrato que se celebró en su oportunidad entre Acrow Corporation of America y el Fisco-Ejército de Chile, se acordó que las partes deberían mantener secreto del referido contrato y de todo lo relacionado con los bienes adquiridos (planos y características), antes, durante y luego de su ejecución, considerando lo dispuesto en los artículos 8° de la Constitución Política y 436 del Código de Justicia Militar.

6) **ADJUNTA ANTECEDENTES:** A través de Ordinario MDN.GAB.AS.JUR.(O) N° 6800/2226/C.TRANSP., de 4 de octubre de 2010, el Ministro de Defensa Nacional remite dictamen N° 56.749, del 15 de octubre de 2009, que, a su juicio, valida y confirma la actuación observada por la Secretaría de Estado como plenamente ajustada a la legalidad vigente.

7) **REITERA SOLICITUD DE ANTECEDENTES:** Por medio de Oficio N° 2.067, de 4 de octubre de 2010, dirigido al Ministro de Defensa Nacional y de acuerdo a lo convenido en la sesión ordinaria N° 185 del Consejo Directivo, de 29 de septiembre de 2010, se le requirió



nuevamente que remita la información solicitada por el reclamante, en especial el contrato por el cual se habría materializado la adquisición del referido puente mecano, haciendo presente que la solicitud se efectúa con el propósito de analizar si en la especie concurre o no la causal de reserva alegada. Asimismo, se le reitera que, mientras no se adopte la decisión definitiva, el Consejo Directivo mantendrá la debida reserva de los antecedentes que le sean remitidos y que, conforme al artículo 26 de la Ley de Transparencia, si la decisión final del Consejo declara que la información es secreta o reservada tendrán también este carácter los escritos, documentos y actuaciones que hayan servido de base para su pronunciamiento. Mediante Ordinario MDN.GAB.AS.JUR.(O) N° 6800/3379/C.TRANSP., de 13 de octubre de 2010, el Ministro de Defensa Nacional responde a dicho requerimiento indicando que:

- a) Reafirma enfáticamente el carácter de secreto de las adquisiciones de defensa, lo que cubre natural y obviamente los procedimientos de adquisiciones o compras y que se rigen por un régimen normativo especial. A la invocación de la reserva de la información en virtud de la Ley Reservada del Cobre indica que hay que agregar la Ley N° 7.144, de 1942, que crea el Consejo Superior de la Defensa Nacional (CONSUDENA), que sirve de soporte y complemento necesario a la primera, y el D.S. N° 124/2004, que establece con mayor detalle las atribuciones del CONSUDENA y los procedimientos de adquisición en materia de defensa, estableciendo claramente que las sesiones del CONSUDENA son secretas, por la naturaleza de las materias de que trata, ya que todos ellos se refieren a la seguridad de la nación a la y a la defensa nacional.
- b) Agrega que lo que efectúa la Ley Reservada del Cobre, en síntesis, es establecer un sistema de financiamiento con el objeto de que el CONSUDENA cumpla sus finalidades sobre la base de porcentajes de operaciones vinculadas a las ventas y aportes provenientes del cobre. Dicho cuerpo legal contempla un régimen de control y fiscalización de carácter reservado, el que dispone que las entregas de fondos se harán en forma reservada, que éstas se mantendrán en cuentas secretas, que se contabilizarán en forma secreta y que su inversión sólo se dispondrá mediante Decretos Supremos Reservados Exentos de toma de razón y de refrendación. A lo anterior hay que agregar que la Contraloría General de la República posee un régimen especial de fiscalización de la inversión de los fondos provenientes de dicha Ley Reservada del Cobre, lo que ha sido ratificado por el dictamen N° 56.749, del 15 de octubre de 2009, emitido por el Organismo Supremo de Control, el cual ya ha sido enviado al Consejo, jurisprudencia administrativa que confirma el apego a la legalidad con que se ha actuado en este caso. Abona lo anterior el dictamen N° 48.302, de 26 de octubre de 2007, del órgano contralor, el que tiene carácter obligatorio y vinculante para los órganos de la Administración del Estado, dentro de los cuales se encuentra el Ministerio de Defensa Nacional.
- c) El sistema normativo especial someramente descrito es plenamente coherente con las normas generales sobre Contratación Pública, por cuanto la Ley N° 19.886 establece normas excepcionales respecto de ciertas compras relativas al sector defensa.
- d) De lo anterior concluye que:
 - i) Las compras relativas a la defensa nacional financiadas con cargo a la Ley Reservada del Cobre son secretas, incluidos los contratos que le sirven de soporte, al ser estos documentos relacionados directamente a la defensa nacional al tenor del artículo 436 del Código de Justicia Militar.

- ii) Los procesos de adquisición de los insumos, pertrechos y equipamiento indicados involucran en el proceso decisional, tanto al Ejército, Ministerio de Defensa Nacional, el Poder Ejecutivo y al CONSUDENA, a quienes se les impone el secreto o reserva en las fases que intervienen.
 - iii) Por las razones anotadas el Ministerio se ve impedido de remitir la documentación solicitada, ya que de obrar en sentido contrario estaría vulnerando el secreto que está obligado legalmente a cautelar.
 - e) En todo caso y de acuerdo al artículo 6° de la Ley Reservada del Cobre, señala que están en condiciones de exhibir personalmente y reservadamente al Consejo los antecedentes del caso, previniendo, en todo caso, que la unidad ejecutora del proyecto de inversión es el Ejército de Chile, repartición que posee la documentación sustentatoria de la señalada operación, lo que permitirá demostrar la absoluta legalidad de la operación realizada y la necesidad institucional que la justificó.
- 8) **PRESENTACIÓN DEL RECLAMANTE:** Por medio de escrito ingresado el 6 de octubre de 2010, don Paulo Montt Rettig solicita, de acuerdo al artículo 25 inciso final de la Ley de Transparencia, que el Consejo cite a audiencia para recibir antecedentes o medios de prueba respecto del presente amparo. Dicha solicitud se funda en que:
- a) En primer lugar, en el hecho de que el órgano recurrido no solo se ha negado a entregar a esa parte la información solicitada, sino que incluso ha desconocido el Oficio N° 1.231 del Consejo, mediante el cual se solicitó remitir copia de dicha información. Aún más, el recurrido se ha amparado fundamentalmente en la Ley Reservada del Cobre, la cual, hasta donde llega su conocimiento, destina el 10% de las ventas de cobre al extranjero y sus subproductos por parte de Codelco a la compra de armamento y equipamiento militar, sin que haya justificado por qué la compra de un puente para uso público, sería una compra de armamento o equipo militar.
 - b) Asimismo, el Ministro de Defensa Nacional tampoco ha remitido al Consejo los antecedentes que permitan determinar si efectivamente se está frente a una compra que quede bajo el ámbito de la Ley Reservada del Cobre, lo cual hace imposible determinar la efectividad de la causal de reserva invocada, es decir, la total falta de motivación del acto del Ministro impide determinar la supuesta causal de reserva que establecería la Ley Reservada del Cobre, ya que ni siquiera es posible saber si dicha ley se aplica en la especie.
 - c) Por otra parte, el recurrido ha omitido señalar que, posteriormente a la compra del puente mecano objeto del reclamo, se ha llamado a una licitación para construir las fundaciones de dicho puente y que dicha licitación es de conocimiento público, como también, que respecto de esta licitación no se ha invocado ni la Ley Reservada del Cobre ni ninguna otra clase de secreto. Es decir, una parte del puente quedaría sujeta a un supuesto deber de reserva al amparo de la Ley Reservada del Cobre, mientras que otra parte del mismo puente no quedaría sujeta a reserva o secreto alguno.
 - d) En definitiva, en la especie, se desconoce por completo las motivaciones que ha tenido la denegación de acceso a la información solicitada, por lo que se hace indispensable citar a la audiencia contemplada en el inciso final del artículo 25 de la Ley de Transparencia, a fin de que ambas partes puedan aportar los antecedentes necesarios para una adecuada resolución del amparo.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que lo requerido, en el caso que nos ocupa, es el contrato de compraventa o de otro tipo, por medio del cual se habría materializado la adquisición de un puente mecano a ser instalado en el río Bío Bío, a la empresa Acrow Corporation of America, junto con sus antecedentes fundantes —propuesta de la empresa, resolución adjudicatoria, propuestas de otras empresas, etc.—.
- 2) Que, en principio, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia **dicha información sería pública** —más refiriéndose a contrataciones que, como regla general, deben publicarse como parte de los deberes de transparencia activa (art. 7° de la Ley)—, salvo que se acreditase que concurre alguna de las causales de reserva establecidas en el artículo 8° de la Constitución.
- 3) Que el **Ministro de Defensa y Presidente del Consejo Superior de Defensa denegó el acceso a lo solicitado** por estimar que concurriría la causal de reserva establecida en el **numeral 3 del artículo 21**, esto es, que de entregarse dicha información **se vería afectada la seguridad de la Nación, en particular, la defensa nacional**. No obstante, **no señaló de qué manera se produciría tal afectación**, por lo que esta alegación se analizará más adelante a propósito del art. 436 del Código de Justicia Militar y la Ley N° 13.196. **Por la misma razón el Ministro se negó a remitir a este Consejo el contrato y sus antecedentes para que fueran evaluados bajo la reserva del art. 26 de la Ley de Transparencia.**
- 4) Que la **negativa también se fundó en lo dispuesto en:**
 - a) La **Ley N° 7.144**, de 1942, que **crea el Consejo Superior de Defensa Nacional (CONSUDENA)** cuyo objeto, de acuerdo al artículo 1°, es asesorar al Gobierno en el estudio y la resolución de los problemas que se refieren a la defensa nacional y se relacionen con la seguridad exterior del país. El art. 2° establece como sus funciones y atribuciones: a) Estudiar y establecer las necesidades de la Defensa Nacional comprendiendo las medidas necesarias para la protección de las poblaciones civiles contra bombardeos aéreos como, asimismo, las normas de protección y de seguridad mínimas que en sus instalaciones deben satisfacer los servicios estimados vitales y de utilidad pública; b) Proponer las adquisiciones e inversiones necesarias para satisfacerlas; c) Fiscalizar el cumplimiento de los planes de adquisiciones e inversiones que se aprueben conformes a las letras que anteceden; d) Proponer las inversiones de los fondos extraordinarios destinados por esta ley u otras posteriores a la Defensa Nacional, añadiendo que ningún gasto con cargo a estos fondos podrá ser hecho sin la autorización del Consejo; y e) Proponer la confección de estadísticas y censos de cualquiera clase, la ejecución de ensayos de fabricaciones y las expropiaciones necesarias para la mejor atención de la Defensa Nacional. De lo señalado, como salta a la vista, no se desprende una causal de secreto o reserva que deba analizarse.
 - b) El art. 29 N° 2 del **reglamento complementario de la Ley N° 7.144**, que **autorizaría al CONSUDENA a realizar adquisiciones sin licitación pública o privada pero, de acuerdo a lo que informa el Ministerio, no se referiría al secreto o reserva de dichas contrataciones, sin que este Consejo haya podido acceder a su texto para corroborarlo²**. Con todo, ello **carece de relevancia pues al ser una norma infralegal no se ajusta a lo exigido por el art.**

² No se encuentra disponible en transparencia activa ni tampoco, por el momento, en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional.



8° de la Carta Fundamental que, para declarar la reserva o secreto de una información, exige una ley de quórum calificado. Lo mismo ocurre con el también alegado D.S. N° 124/2004, del M. de Defensa³, otra norma infralegal que no es apta para establecer casos de reserva. Por ello se descartará la invocación de estos reglamentos.

- 5) Que también se invocó, para fundamentar el rechazo de la petición, el artículo 436 del Código de Justicia Militar, que “...entiende por documentos secretos aquéllos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas”, incluyendo “entre otros”, los documentos:
 - a) “...relativos a las Plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile y de su personal” (N° 1);
 - b) “...atinentes a planos o instalaciones de recintos militares o policiales y los planes de operación o de servicio de dichas instituciones con sus respectivos antecedentes de cualquier naturaleza, relativos a esta materia” (N° 2);
 - c) “...concernientes a armas de fuego, partes y piezas de las mismas, municiones, explosivos, sustancias químicas y demás efectos a que se refiere la ley N° 17.798 usados por las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile...” (N° 3) y
 - d) “Los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales” (N° 4).
- 6) Que este Consejo, en la decisión recaída en el amparo C512-09, ha señalado que el citado art. 436 puede ampararse por el art. 1° transitorio de la Ley de Transparencia, según el cual, y de conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, “se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política”.
- 7) Que, sin embargo, la misma decisión estableció que para determinar si nos encontramos frente a un acto o documento reservado en virtud de dicha norma no cabe su sola invocación, toda vez que tanto por lo dispuesto en el art. 8° de la Constitución como por lo señalado en el art. 21 N° 5 de la Ley de Transparencia debe determinarse, además, si la publicidad de dicha información afecta, en este caso, la seguridad de la Nación. Sólo en tal caso puede acogerse, lícitamente, a la reserva del artículo 436 ya mencionado. Por otro lado, la Contraloría General de la República señaló en su dictamen N° 48.302, de 26 de octubre de 2007, que: «...frente a la afirmación del Ministerio en cuanto a que la enumeración de asuntos que contiene el artículo 436 es “meramente ejemplar y en modo alguno taxativo”, debe aclararse que ello es así sólo en la medida que los demás casos de secreto o reserva se encuentren previstos en una expresa disposición legal, como ocurre, también en el ámbito de las instituciones armadas, con los registros a que se refiere el inciso final del artículo 16 de la Ley N° 19.886». Así, es preciso determinar si nos encontramos frente a alguno de los actos o documentos enumerados en dicha norma o bien si la reserva de la información solicitada viene dada por otra norma legal, como podría ser la Ley Reservada del Cobre.
- 8) Que el contrato por el cual se adquirió el puente mecano objeto de esta solicitud —que será de uso público— y sus antecedentes fundantes no caben dentro de ninguno de los

³ Ibídem.



numerales del art. 436 del Código de Justicia Militar descritos en el considerando 5°. En efecto, no abarcan la dotación de las FF.AA o Carabineros, planos o instalaciones militares o planes operativos, ni armas de fuego, equipos o pertrechos militares o policiales. De allí que deba descartarse la aplicación de esta norma para justificar la reserva de lo solicitado.

- 9) Que el último argumento alegado para fundar la reserva de la información solicitada es lo establecido en la Ley Reservada N° 13.196, del Cobre, de 1958. Dicha Ley ha sido modificada en 7 ocasiones durante el régimen militar, mediante decretos leyes y leyes también reservados, fijándose su texto definitivo mediante el Decreto Ley Reservado N° 1.530, de 21 de julio de 1976. Según señala el Libro de la Defensa Nacional, versión 2010, disponible en el sitio web del Ministerio de Defensa (<http://www.defensa.cl/contenidos/libro-de-la-defensa-nacional-version-2010>), el objeto de esta Ley es financiar "...la adquisición de sistemas de armas y pertrechos, es decir, la adquisición y mantenimiento de los materiales y elementos que conforman el potencial bélico nacional...", a través de "un gravamen de un 10% sobre el valor de las exportaciones de cobre y sus derivados que hace la Corporación del Cobre (CODELCO). Asimismo, fija un monto mínimo equivalente a US\$ 180.000.000 (ciento ochenta millones de dólares), ajustados por la variación del Índice de Precios Mayoristas (IPM) de los Estados Unidos entre 1987 y el año en cuestión" (p. 303). Cabe señalar que, como es sabido, esta Ley establece que la entrega de dichos fondos debe realizarse de modo reservada, teniendo el mismo carácter su contabilidad, la cuenta en que se mantienen y su inversión.
- 10) Que, aunque se trata de una Ley Reservada, este Consejo ha tomado conocimiento de su contenido a través de dos de sus consejeros en las dependencias del Ministerio de Defensa —conforme el art. 26 de la Ley de Transparencia—, como medida para mejor resolver decretada a propósito del amparo C57-10, en que también se invocó este precepto legal. Tal como en ese caso lo que corresponde es que este Consejo aplique los artículos 21 N° 5 y 1° transitorio de la Ley de Transparencia y resuelva si se aplica en este caso la ficción que otorga quórum calificado a leyes previas a la reforma constitucional de 2005. Esto supone verificar:
- a) Que la Ley esté vigente;
 - b) Que, en el caso concreto, la hipótesis o caso de reserva se subsuma dentro de alguna de las causales del artículo 8° de la CPR, conforme requiere tanto el art. 21 N° 5 de la Ley de Transparencia como su art. 1° transitorio. Ello supone revisar si la seguridad nacional se vería afectada por la divulgación de la información solicitada.
- 11) Que la Ley N° 13.196 se encuentra vigente pues fue publicada conforme a su propia redacción, en una forma diferente a la establecida en el Código Civil⁴, sin que haya sido derogada a la fecha.
- 12) Que, en cuanto a la afectación de la seguridad nacional, el Consejo estima que la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre, y nuestro ordenamiento jurídico admite el secreto de los documentos relacionados con la adquisición de equipos y pertrechos militares o policiales (art. 436 Código de Justicia Militar), pero no advierte que esta hipótesis concorra en este caso. Por un lado, el Ejército no ha proporcionado a este Consejo elementos de juicio que le hayan permitido formarse esa convicción. Por otro, la información solicitada dice relación con la adquisición e instalación de un puente mecano sobre el río Bío-Bío a raíz del

⁴ En este caso rige lo dispuesto por los artículos 27, 29 y 29 del D.L. N° 991/1976, que establece normas para la tramitación de decretos leyes. Ello, pues se trata de las disposiciones que regían en 1976 para la tramitación válida de un decreto ley.



terremoto de inicios de año, puente que se emplazará en paralelo a los otros ya existentes y, además, estará expuesto al público —para el uso de civiles— con lo que sus características serán conocidas por todos. En este contexto el Consejo no aprecia cómo afectaría a la seguridad nacional la revelación de lo solicitado, de manera que no se justifica alterar la regla general de la publicidad administrativa ni afectar el derecho de acceso a la información administrativa, máxime si ello supone el control social de una contratación pública.

- 13) Que aunque la Ley Reservada del Cobre declarase secreta la información solicitada no parece admisible que pueda invocarse ante un particular una restricción al ejercicio de un derecho fundamental contenida en una Ley que éste no puede conocer. En tal caso le resultaría imposible cuestionar el fundamento de esta medida, lo que atentaría seriamente contra el derecho a un debido proceso. A este respecto conviene recordar que recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso C345/06, de 10.03.2009) resolvió que no podían imponerse obligaciones a los particulares en un Reglamento no publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea.
- 14) Que este Consejo deja constancia de su preocupación porque en nuestro ordenamiento existan leyes que tienen carácter secreto. Admitirlas supone aceptar un peligroso bolsón de opacidad que pugna con el principio constitucional de publicidad y transparencia y el contenido esencial del derecho a acceder a la información pública, esto es, la facultad de todo individuo de buscar, solicitar y acceder a la información que obre en poder de los órganos estatales, particularmente a partir de la reforma constitucional del 2005 (artículos 8º y 19 numerales 12 y 26 de la Constitución), representando también un serio debilitamiento del principio democrático en que se basa nuestra institucionalidad republicana (art. 4º de la Constitución). Por ello oficiará a los órganos colegisladores manifestándoles su preocupación por este estado de cosas.
- 15) Que, por último, debe representarse al Ministerio de Defensa la falta de colaboración con las tareas que debe desempeñar este Consejo al no remitirle los antecedentes solicitados para una mejor resolución de este caso, pese a que el art. 26 de la Ley de Transparencia asegura la reserva de la información remitida a raíz de este tipo de requerimientos. De igual modo, debe representársele que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Transparencia, debe derivar las solicitudes de información en caso de no ser competente para ocuparse de dicho requerimiento o no poseer los documentos solicitados, lo que claramente no ocurrió en este caso toda vez que finalmente fue el mismo Ministerio el que, en definitiva, respondió el requerimiento, vulnerándose así los principios de oportunidad y facilitación que rigen el derecho fundamental de acceso a la información pública.
- 16) Que, por todo lo señalado precedentemente, se acogerá el presente amparo requiriendo al Ministerio de Defensa Nacional que haga entrega al reclamante de lo solicitado.

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

- I. Acoger el amparo presentado por don Paulo Montt Rettig en contra del Ministerio de Defensa, por los fundamentos señalados precedentemente.
- II. Requerir al Ministro de Defensa Nacional:



- a) Cumplir el presente requerimiento en un plazo que no supere los 10 días hábiles contados desde que la presente decisión quede ejecutoriada, bajo el apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia.
 - b) Informar el cumplimiento de esta decisión mediante comunicación enviada al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, o a la dirección postal de este Consejo (Morandé N° 115, Piso 7°, comuna y ciudad de Santiago), de manera que esta Corporación pueda verificar que se dé cumplimiento a las obligaciones impuestas precedentemente en tiempo y forma.
- III. Representar al Ministerio de Defensa Nacional que debe dar estricto cumplimiento a las normas que rigen el derecho de acceso a la información pública, como asimismo, su falta de colaboración con este Consejo.
- IV. Encomendar al Director General de este Consejo notificar el presente acuerdo a Paulo Montt Rettig y al Ministro de Defensa.

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