

# PROSPECCIÓN JURISPRUDENCIAL AL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS ARMADAS

## JURISPRUDENTIAL PROSPECTING TO THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY IN THE ENVIRONMENT OF THE ARMED FORCES

*Sergio Cea Cienfuegos\**

RESUMEN: La finalidad de la presente indagación jurisprudencial es analizar el principio de transparencia en el ámbito de las Fuerzas Armadas, a trece años de la reforma constitucional contenida en la ley n.º 20050 y a diez años de la entrada en vigencia de la ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado n.º 20285, en relación con cambios de paradigma, que, a juicio del autor, impactan actualmente, la manera o forma en cómo se entendía históricamente el secreto y la reserva en el ámbito castrense; tales son: la derogación tácita de la potestad reglamentaria en materia de publicidad y transparencia, la correcta interpretación y armonización de las causales de reserva y secreto de la legislación castrense con la Constitución Política de la República y la necesidad de fundamentación de las excepciones alegadas en materia de secreto y reserva.

PALABRAS CLAVE: Principio de la transparencia - Fuerzas Armadas - Reforma constitucional causales de secreto y reserva - Derogación tácita - Interpretación - cambio de paradigma - Legislación castrense - Ley n.º 20285.

ABSTRACT: The goal of the present academic research is to analyze the principle transparency in the environment of the Armed Forces, thirteen years after the Constitutional Reform contained in the Law 20.050 and ten years after the enactment of the transparency law of the public function and access to

---

\* Abogado Universidad de Chile. Magister en derecho con mención en derecho administrativo Universidad de Chile. Profesor de derecho administrativo Universidad del Desarrollo.

information of the State Administration n.°20285 in relation to change of paradigm that according to the author, impacts currently the way or shape of how the secrecy and the reservation were understood on the military environment; such are the tacit derogation of the regulatory power in matters of publicity and transparency, the correct interpretation and harmonization of the causes of the reservation and secrecy of the military legislation with the Constitution of the Republic and the need to substantiate the alleged exceptions regarding secrecy and reservation.

KEYWORDS: Principle of the Transparency - Armed Forces - Constitutional Reform causes of the Reservation and Secrecy - Tacit Derogation - Interpretation - Paradigm Shift - Military Law - Law 20285.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES QUE SE CONTEMPLABAN EN LA LEGISLACIÓN ANTES DE EFECTUARSE LA REFORMA CONSTITUCIONAL INTRODUCIDA POR LA LEY N.°20050

Detectamos que en la década de los años sesenta del siglo pasado, existía un contorno definido en materia de probidad administrativa respecto del funcionario público, pero no así en lo que respecta al principio de publicidad y el acceso a la información pública de los órganos de la Administración del Estado, donde imperaba el secreto y la reserva, incluso a nivel de la potestad reglamentaria.

En efecto, corresponde precisar que en el ámbito de la función pública, legislativamente, se había logrado delinear de manera institucionalizada el principio de probidad administrativa, consagrado en algunas normas del decreto con fuerza de ley n.° 338 de 5 de abril de 1960, que contenía el Estatuto Administrativo, con prohibiciones para los funcionarios públicos; tales como: intervenir en razón de sus funciones en asuntos en que tenga un interés personal o familiar, actuar contra los intereses del Estado y los funcionarios inferiores no podían ofrecer regalos o manifestaciones a sus superiores y estos últimos aceptarlas<sup>1</sup>, entre otras limitaciones vinculadas a la probidad administrativa.

Sin embargo, en lo concerniente a la publicidad y al acceso a la información pública de los órganos de la Administración del Estado, los asuntos públicos podían tener el carácter de reservados en virtud de su naturaleza o por instrucciones especiales, lo que denota que en esa época no existía una

---

<sup>1</sup> Ley n.° 18834 sobre Estatuto Administrativo, artículos 162, 163 y 164.

relevancia normativa del principio de publicidad y del acceso de la información pública, al entregar su delimitación a la potestad reglamentaria inferior, esto es, a las instrucciones de la autoridad pública, o utilizando un concepto jurídico indeterminado y sin contenido sustancial o material, que lo relacione concretamente con la “naturaleza” del asunto, sin definir o precisar lo que se entendía por reserva y secreto, dado que bastaba que un funcionario del Estado estimara en una instrucción, que un documento era reservado, para que este adquiriese tal carácter<sup>2</sup>.

Esta tendencia, que permitía mayor autonomía a un funcionario público, para efectuar la estimación de reserva o secreto, se mantuvo también en el texto primigenio de la ley n.º 18834, que en su artículo 55<sup>3</sup> mantuvo como obligación de los funcionarios públicos, guardar secreto de aquellos asuntos que tenían el carácter de reservados, no tan solo en virtud de la ley, sino que, además, “del reglamento”, “de su naturaleza” o “por instrucciones especiales”<sup>4</sup>.

Incluso en el actual DFL n.º 29, que fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley n.º 18834, sobre Estatuto Administrativo, en su actual artículo 61 del párrafo singularizado con la letra h), continúa considerando la posibilidad de que exista un asunto reservado previsto en un “reglamento”, por “su naturaleza” o “por instrucciones especiales”, lo que se encuentra actualmente tácitamente derogado, al tenor de lo previsto en la Carta Fundamental, con las introducción del nuevo texto del artículo 8º mediante la Ley de Reforma Constitucional n.º 20050.

En el campo castrense, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas n.º 18948, considera en dos disposiciones legales, menciones a la reserva y el secreto en dicho ámbito, tales son las relativas a las sesiones y actas de las Juntas de Selección y Apelación, las que serán secretas y además aquella que efectúa un reenvío a la ley n.º 13196 en materia de régimen presupuestario especial.

En lo que respecta, al secreto de las Juntas de Selección y Apelación del personal de las Fuerzas Armadas, cabe considerar que existe efectivamente una normativa permite invocar dicho secreto, materia que ha sido

---

<sup>2</sup> Téngase presente el artículo 155 de la ley n.º 18834 sobre Estatuto Administrativo, el cual reza: “El empleado debe guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de su naturaleza o por instrucciones especiales. La infracción será sancionada administrativamente, sin perjuicio de otras responsabilidades a que los hechos dieren lugar”.

<sup>3</sup> La idea expuesta, resulta corolario lógico al tener de lo dispuesto en el artículo 55 de la ley n.º 18834 sobre Estatuto Administrativo, el cual reza: “Serán obligaciones de cada funcionario: h) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales”.

<sup>4</sup> Ley n.º 18834 sobre Estatuto Administrativo.

ratificada permanentemente por las decisiones del Consejo para la Transparencia<sup>5</sup> como, asimismo, por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República<sup>6</sup>.

Cuando se regulaba el régimen presupuestario especial, hacía mención y reenvío a la ley n.º 13196, que, a la época de su dictación, tenía el carácter de reservada, por lo que solamente había sido publicada en un *Diario Oficial* de edición restringida.

Esta situación, referida a la reserva de la citada norma legal, fue modificada primero a propósito de una decisión del Consejo para la Transparencia, en el amparo rol C2867-15, en la que el referido organismo dispuso a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas hacer entrega de la copia del texto completo de la Ley Reservada del Cobre, en su versión publicada en edición restringida del *Diario Oficial*, debiendo reservar única y exclusivamente el artículo 3º de dicha ley como, asimismo, entregar sus modificaciones posteriores. Tal decisión administrativa no fue recurrida de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva, por lo que se materializó la entrega del contenido requerido.

Posteriormente, la ley n.º 20977 en su artículo único, prescribe que el texto de la ley n.º 13196, incluidas sus modificaciones, dejará de tener el carácter de secreto o reservado a contar del 22 de diciembre de 2016, insertándose íntegramente el texto actualizado de la citada ley n.º 13196 en el referido *Diario Oficial*.

## II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL PREVISTA EN LA LEY N.º 20050: CAMBIO DE PARADIGMA

A partir de la reforma constitucional, introducida por la ley n.º 20050, que consagró un nuevo contenido en el artículo 8º de la Constitución Política, se ha generado un cambio de paradigma, en lo que se refiere a los principios de publicidad y transparencia, dado que se establece como regla general, que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Al determinarse taxativamente las excepciones a los señalados principios de publicidad y transparencia, como son las causales de reserva y secreto relativas al debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los

<sup>5</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2009), rol n.º A266-2009 y (2010) rol n.º C870-2010.

<sup>6</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013), dictámenes n.º 366-2013, 39251-2013, 76719-2013 y 31384-2013; (2014), dictámenes n.º 24755-2014, 4.230-2014 y 55503-2014; (2015), dictamen n.º 99637-2015 y (2016) dictamen n.º 16041-2016.

derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional, se limita el secreto precisamente a las referidas causales constitucionales, por lo que se restringió al legislador de dicha atribución, no contando desde ese momento, con la amplitud de facultades para regular legislativamente esa materia, a menos que se proponga una reforma constitucional.

Otra particularidad en el cambio de paradigma que se analiza, es en segundo término, que se normativiza expresamente el “principio de afectación”, en virtud del cual, no solo es necesario esgrimir la existencia de una causal de reserva o secreto, para denegar una información, sino que, además, debe acreditarse la forma o manera, en que incide en el caso concreto y como puede dañar el bien jurídico que se tutela, esa situación excepcional, y porque, en definitiva, requeriría la declaración de reserva o secreto.

Como tercer aspecto, el constituyente elevó el estándar de la norma jurídica que autoriza el secreto o reserva, siendo esta, del rango de ley de quórum calificado, es decir, aquella que necesita para su aprobación modificación o derogación, la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, en consecuencia, todas aquellas normas jurídicas inferiores a esa jerarquía se encuentran tácitamente derogadas.

### III. ALGUNAS CAUSALES SOBRE RESERVA O SECRETO EN LAS FUERZAS ARMADAS

#### *a) Secreto de las sesiones y actas de las Juntas de Selección y Apelación*

Como hemos enunciado previamente, en la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas n.º 18948, originalmente existían dos preceptos que establecían secretos o reservas en materia de información, no obstante que con la modificación de la ley n.º 20977, que consagró la publicidad de la ley n.º 13196, actualmente la única disposición que preceptúa el secreto en la referida ley n.º 18948, en su artículo 26 inciso sexto, que señala que las sesiones y actas de la Juntas de Selección y Apelación serán secretas.

Esta disposición legal es, incluso, de rango superior al de quórum calificado, por tratarse de un precepto orgánico constitucional, en consecuencia, cumple el estándar mínimo previsto en el artículo 8º de la Carta Fundamental que es ley de quórum calificado, sin perjuicio que, además, al entrar en colisión con otras normas legales, en la ponderación al caso concreto, se ha preferido la aplicación de esta preceptiva militar, pero no en función de su jerarquía normativa, sino que por estimarse que el contenido de las sesiones y las actas de las referidas Juntas de Selección y Apelación, podrían afectar la

seguridad de la nación o el interés nacional, tal como lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>7</sup>:

“QUINTO: Que, en forma expresa el artículo 1° transitorio de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, dispone que cumplen con la exigencia de quórum calificados los preceptos legales que con anterioridad a la promulgación de la ley 20.050 que reformó el artículo 8° de la Constitución Política de la República establezcan o dispongan la reserva o secreto de la información y en este orden de ideas, las disposiciones y razones esgrimidas por el CDE que se han citado para no acceder a entregar la información en la forma pedida, esto es, el artículo 26 inciso 2° de la Ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas en relación con el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política, independientemente de la época en que fuera dictada, son plenamente válidas. En efecto, la reserva en el caso que interesa, está sustentada en las excepciones a que alude la disposición constitucional por lo que resulta justificable la falta de publicidad toda vez que la información corresponde a las deliberaciones de los integrantes de las Juntas de Selección y Apelación de la Armada en el período 2012 2013 instancia en las que se analizan, ponderan y valorizan las características y aptitudes personales y profesionales de integrantes de la Institución y las actas son la materialización de los acuerdos que sus integrantes adoptan para finalmente determinar las Listas de Retiros para los períodos que correspondan.

En las deliberaciones de los integrantes de las Juntas, es dable estimar que existen apreciaciones no sólo respecto del peticionario sino también de terceros de forma tal que como ocurre en toda instancia de deliberación necesariamente existe debate e intercambio de opiniones sobre las condiciones de unos y otros, fortalezas y debilidades, que finalmente, se traducen en decisiones que atendida la naturaleza de la Institución deben mantenerse en reserva por el carácter obediente y no deliberante de sus integrantes que excluye el reproche a los superiores que intervienen en los procesos de selección por quienes se sientan afectados, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer por la vía reglamentaria los recursos que le franquea la normativa institucional, lo que respecto del peticionario, así ocurrió ya que su inclusión en Lista de Retiro fue dejada sin efecto al deducir apelación.

SEXTO. Que, consecuente con lo anterior, de conformidad con el artículo 101 de la Constitución Política de la República, la Armada de Chile, integrante de las Fuerzas Armadas, es un cuerpo armado profesional,

---

<sup>7</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014), rol n.° 5121-2014, fisco de Chile con Consejo para la Transparencia, considerando 5°, 6° y 7°.

jerarquizado y disciplinado, siendo la Junta de Selección del personal soberana en las decisiones que adopte sobre la idoneidad, capacidad profesional y condiciones personales de sus integrantes sometidos a calificación, sin que sea procedente la publicidad de las consideraciones que tuvieron sus integrantes para confeccionar la Lista de Retiros 2012 2013 que quedaron plasmadas en el acta respectiva, por ser éstas reservadas y secretas. En consecuencia, no pueden ser revisadas por un órgano ajeno siendo improcedente aplicar el principio de divisibilidad tarjando aquellos que no corresponda al peticionario por constituir las actas un solo todo ya que aceptar lo contrario significaría descontextualizar las deliberaciones que se tradujeron finalmente en decisiones.

SÉPTIMO. Que la vulneración de la reserva y secreto de la sesión y acta de las Juntas de Selección y Apelación del período 2012 2013 en lo referente al peticionario, altera la normativa, principios y el orden institucional por el que se rige la Armada de Chile en la materia y no corresponde que el Consejo disponga la entrega de información en la forma que se indica en el considerando 15) de la Decisión de Amparo para determinar si realmente se produce la afectación de la seguridad de la Nación. Este concepto, no queda restringido sólo a la preservación de la integridad física de la Nación y su territorio, esto es, a una cuestión militar o policial, sino que siendo un concepto que ha sido reconocido como complejo de definir responde a las exigencias del Estado y su institucionalidad en el interés de resguardar la naturaleza misma de las Instituciones de la Defensa Nacional impidiendo que la publicidad de los antecedentes personales de integrantes incorporados en las Listas de Retiro de la Institución, acarree la desnaturalización de su carácter, esto es, ser una Institución disciplinada, obediente y no deliberante afectando de paso la seguridad de la Nación por quedar las decisiones adoptadas por la Superioridad expuestas al reproche público de los subordinados. Esta, es una condición que se logra por medio de acciones destinadas a impedir, atenuar o eliminar vulnerabilidades que puedan afectar a las Instituciones del Estado lo que se vería afectado al cuestionarse a la Superioridad lo discutido y finalmente resuelto por las Juntas respecto a las condiciones personales y profesionales del peticionario.

La seguridad de la Nación, responde a las exigencias del Estado dentro de la institucionalidad dada a sus Fuerzas Armadas y en este aspecto, a la necesidad de mantener la garantía de que las decisiones de los superiores jerárquicos no sean cuestionadas por sus subordinados afectando la esencia de sus funciones”.

Desde la perspectiva antes enunciada, se puede concluir que cuando un derecho fundamenta, se encuentra en situación de colisión con la seguridad nacional o el interés nacional, legítimamente la Administración podría

afectarlo o restringirlo en el caso concreto, como ocurre entre el *habeas data* y la seguridad o interés nacional<sup>8</sup>:

“OCTAVO. Que en cuanto dice relación con la alegación del Consejo, en orden a que procede la entrega de las actas que efectúa el sargento 2° señor Pérez Terán, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° letra ñ) y 12 de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, esto es, haciendo uso del ‘habeas data impropio’ por ser el titular de los datos que se contienen en ellas, deberá desestimarse, atendido lo señalado por el artículo 15 del mencionado texto legal que dispone que la información no podrá solicitarse cuando afecte la reserva o secreto establecido en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

En consecuencia, la norma invocada para demandar la entrega de las actas con datos del peticionario para el período de Selección y Apelación 2012 2013 entra en colisión con lo dispuesto en el artículo 26 inciso 6° de la Ley Orgánica Constitucional de la Fuerzas Armadas en relación con el artículo 8° de la Constitución Política que consagra su secreto, sin perjuicio de reiterar que el peticionario dentro del proceso de calificación de la Armada de Chile para ese período tuvo acceso a su hoja de vida; calificación anual; consideraciones del mando y finalmente, la resolución de las Juntas sin que haya quedado impedido de ejercer los derechos que la normativa legal y reglamentaria le concedía para demandar reconsideración y/o apelar de lo resuelto los que ejerció y que como se ha dicho fueron acogidos manteniéndose en servicio activo en la Institución.

Hasta ahora, solo se ha analizado la existencia de la causal, pero es relevante, además, establecer mediante el test de daño o *balancing test*, si en el caso concreto se afecta la seguridad de la nación o el interés nacional, para ello, se debe considerar que las Fuerzas Armadas son instituciones disciplinadas y jerarquizadas, y que, por tanto, ciertas decisiones de la institución deben mantenerse en reserva, en virtud del carácter obediente y no deliberante de sus integrantes, al que se han adscrito voluntariamente al ingresar a estos cuerpos castrenses, lo que les impide efectuar un reproche a sus superiores, en los procesos de selección correspondientes, sin perjuicio de que en el marco del debido proceso, el que la sesión y acta de la junta sea secreta, no implica que deban ser privados del conocimiento de sus calificaciones antes y después del proceso, y menos aún de desconocerle los derechos de impugnación que les correspondan.

---

<sup>8</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014), rol n.° 5121-2014, considerando 8°.

En síntesis, estimo que por una parte debe mantenerse el secreto de la sesión y el acta de la junta, pero respetando el debido proceso, que en el caso concreto significa el derecho a que el afectado conozca sus calificaciones antes y después del proceso, con el legítimo derecho de impugnación de estas, en los diversos recursos disciplinarios a que tiene derecho en las oportunidades procesales legales y reglamentarias.

Ahora bien, surge otra cuestión un poco más compleja al aplicar la norma en estudio. En efecto, existen casos en que el sujeto calificado se encuentra en la lista de mérito y, aun así, puede ser incluido en la lista anual de retiro por eliminación. Este procedimiento es plenamente explicable en aquellos organismos e instituciones jerarquizadas de estructura piramidal, como son las Fuerzas Armadas, porque no es posible transformar una estructura piramidal en rectangular, evidentemente no todo el personal que pertenece a una escala jerárquica inferior, puede ascender al grado superior porque no hay vacantes o cupos suficientes, y esa diferencia de vacantes o cupos, necesariamente implica que ese personal, aunque se encuentre en lista de mérito, de todas formas no podría continuar en la institución, lo que se encuentra regulado en el artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas n.º 18948.

Sin perjuicio de ello, el referido personal, que es incluido en la lista de retiro respectiva, tiene el derecho de recurrir, mediante los recursos administrativos de reconsideración y apelación, para que estando en igualdad de condiciones con relación a sus pares, se evalúe con criterios objetivos si precisamente era el que tenía menor mérito, dentro sus pares, al momento de conformarse la selección de los que continúan en la institución, si ello no fuere así, podría esa situación constituir una arbitrariedad o una discrecionalidad administrativa no razonable ni proporcional, en el caso concreto, ya sea por ausencia de fundamentación o motivo, o por contener una fundamentación no suficiente para adoptar la decisión.

En cambio, se carece de fundamentación, en concepto de la Contraloría General de la República<sup>9</sup>, en que la autoridad administrativa,

“...en el ejercicio de sus facultades, no puede efectuar discriminaciones o distinciones arbitrarias, entendiéndose por tales aquellas que no tengan fundamento jurídico o carecen de una motivación o fundamento racional”,

y además; “no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues, en tal caso, resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos”.

---

<sup>9</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2007), dictamen n.º 16178.

En cambio la ausencia de fundamentación “suficiente” implica que “...es arbitrario, el acto administrativo que, no obstante tener esa necesaria fundamentación, ella no es idónea para justificar lo decidido”<sup>10</sup>.

La existencia de una fundamentación en el acto administrativo y que dicha fundamentación sea “suficiente”, permite diferenciar cuando se actúa por discrecionalidad o por arbitrariedad.

Lo que autoriza al legislador es la discrecionalidad administrativa, por ello autores como Rubén Saavedra citando a Tomás Ramón Fernández, expresa que existen

“...dos parámetros concretos para distinguir arbitrariedad de discrecionalidad. El primero es la motivación de la decisión administrativa y el segundo la necesidad de una justificación objetiva”<sup>11</sup>.

Cualquier decisión que no contemple estos dos elementos o factores de fundamentación antes enunciados, sería un acto “arbitrario” esto es,

“...por no existir motivación alguna o por motivación insuficiente, y en un segundo lugar, porque la decisión no está debidamente fundamentada”<sup>12</sup>.

Por lo expuesto, si bien las Juntas de Selección y Apelación son soberanas en la apreciación de la idoneidad funcionaria en las Fuerzas Armadas y sus actas y sesiones son secretas, ello no obsta a que deban respetar la discrecionalidad administrativa, en sus decisiones para no incurrir en actuaciones arbitrarias, tal como lo ha expresado la Corte de Apelaciones de San Miguel<sup>13</sup>:

“14°) Que la circunstancia que el inciso 5° del artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas disponga que ‘Las Juntas de Selección y Apelación de las Fuerzas Armadas son soberanas en cuanto a las apreciaciones que emiten sobre la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los calificados, no correspondiendo a otros organismos ajenos a las respectivas instituciones castrenses la revisión de los fundamentos de sus decisiones’. No implica arbitrariedad ni adoptar sus decisiones en contra de la normativa vigente como ocurre en la especie, en la que la falta de fundamentación y sujeción a la ley, tornan la decisión en ilegal y arbitraria, de modo que se deben adoptar las medidas tendientes a restablecer el imperio del derecho”.

---

<sup>10</sup>MORAGA (2013), p. 44.

<sup>11</sup> SAAVEDRA (2011), p. 131.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2015), rol n.º 1334-2015, considerando 14°.

*b) Situaciones referidas a las plantas y dotaciones del personal de las Fuerzas Armadas*

Diversos requerimientos de acceso a la información pública han tenido por objetivo la entrega de información referida a las plantas y dotaciones del personal de las Fuerzas Armadas, pero en algunos casos el propio Consejo para la Transparencia, haciendo aplicación del artículo 21 numeral 5° de la ley n.° 20285 en relación con el artículo 436 del *Código de Justicia Militar*, ha rechazado en lo pertinente las respectivas solicitudes.

Sin perjuicio de lo expuesto, cada vez que el Consejo para la Transparencia hace distinciones o precisiones, aplicando el principio de divisibilidad, a nuestro juicio, vulnera los preceptos legales existentes sobre la materia, porque se aparta del claro tenor literal de la norma, especialmente cuando se trata de situaciones amparadas en el numeral 1° del artículo 436 del *Código de Justicia Militar*.

En efecto, el Consejo para la Transparencia, mediante un criterio de función militar, acogió parcialmente el amparo<sup>14</sup>, rechazando lo relativo a las funciones estrictamente militares y a información que es inexistente, sosteniendo que por tratarse aquellos funcionarios de cargos transitorios, como serían los funcionarios a contrata, la divulgación de esa información no afectaba la seguridad nacional y, además, la reserva de información del Ejército cede ante la necesidad de transparentar las políticas públicas de contratación y distribución de personal.

El referido criterio de interpretación extensiva que efectúa el CPLT, a nuestro entender excede el marco normativo específico, porque efectúa distinciones y consideraciones que solo le corresponden determinar al legislador, y no a un órgano administrativo como es el CPLT, afectándose, en consecuencia, el principio de legalidad. En efecto, no es función del CPLT, reemplazar al legislador por cuanto “Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus”.

En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>15</sup>, concluye en el reclamo de ilegalidad:

“Sexto: Que las Fuerzas Armadas por su especial naturaleza –encargadas de la defensa nacional– se rigen por un estatuto jurídico especial y, especialmente, por el Código de Justicia Militar. En ese contexto se ubica la norma del artículo 436 del citado texto legal –ley de quórum calificado– cumpliéndose de esta forma el requisito de ser un precepto legal actualmente vigente y dictado con anterioridad a la promulgación

<sup>14</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2017), rol n.° C-1252-17.

<sup>15</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017), rol n.° 9568-2017, considerando 6°.

de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, conforme a uno de los presupuestos del artículo 8° inciso segundo de la Constitución Política. Así las cosas, es dable concluir que es información secreta aquella relacionada con la Defensa Nacional, lo que se vincula a la seguridad de la Nación y en concreto lo son por expreso mandato legal los documentos ‘relativos a las Plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas’. De lo anterior se infiere que la información que se ordena entregar al solicitante consistente en ‘cantidad de funcionarios de la categoría a contrata que se encuentran a la fecha contratados por el Ejército de Chile, reservándose esta información solo respecto del personal a contrata que cumple labores propiamente militares’, se encuentra amparada por la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo del Código de Justicia Militar ya citado, por cuanto tales funcionarios forman parte de la dotación del personal en servicio activo del Ejército”.

Del fallo que se transcribe, se infiere claramente que las sucesivas distinciones funcionales que previamente efectuó el CPLT, para acoger parcialmente el amparo por acceso a la información pública, exceden el marco que el legislador determinó para el adecuado resguardo del secreto y reserva en ese caso específico y excepcional.

Otra diferenciación que ha efectuado el CPLT<sup>16</sup>, es aquella referida a acoger parcialmente un amparo, respecto de información de exoficiales de la Armada de Chile recontratados en la señalada institución.

Nuevamente en el referido caso, el CPLT, efectuó una separación consistente en estimar que la información referida al personal contratado como empleado civil, habiendo tenido la calidad de exoficial, cede ante la necesidad de transparentar las políticas públicas de contratación y distribución de personal, y especialmente de recontratación de personas que dejaron de pertenecer en calidad de uniformados a la Armada y que se reincorporan como funcionarios civiles por esta vía, lo que influye en el uso y disposición de los recursos públicos por parte de dicho órgano del Estado y, aunque fue rechazado el reclamo de ilegalidad en la Corte de Apelaciones de Santiago, la Excma. Corte Suprema<sup>17</sup>, actuando de oficio estimó:

“6°) Que 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

<sup>16</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2016), rol n.° C-3612-16.

<sup>17</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol n.° 37908-2017, considerandos 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11° y 12°.

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.

7°) Que, como se señaló, el artículo 436 señala en su encabezamiento que ha de entenderse por documentos secretos: 'Aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas'. Enseguida establece un listado ejemplificador de instrumentos que tienen tal carácter, el que evidentemente no es taxativo, toda vez que la condición de secreto está definida por la vinculación y afectación del mismo a uno de los cuatro conceptos expuestos en su enunciado.

8°) Que esclarecido lo anterior, es necesario subrayar que la ley ha señalado, expresamente, que es secreta la información vinculada con los planes de operación o de servicio de las instituciones de las Fuerzas Armadas con sus respectivos antecedentes de cualquier naturaleza, relativos a esta materia, así como aquella concerniente a las armas de fuego, partes y piezas de las mismas que dichas instituciones emplean y, además, la relacionada con equipos y pertrechos militares.

En este aspecto no cabe sino concluir que la información que se ordena entregar, esto es, aquella relativa al personal de ex oficiales que hayan sido recontratados desde el año 2010 a la fecha, con indicación del cargo y sueldo con el que reingresaron y la unidad o repartición en que se desempeñan actualmente, de aquellos funcionarios que cumplen funciones relacionadas con labores administrativas, servicios generales, legales, de docencia, de salud, es una información que se encuentra amparada por la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, toda vez que aquella se relaciona con los planes de operación o de servicio de la Armada de Chile, en tanto su entrega, en los términos que ha sido ordenada, permite establecer la cantidad de personal civil que se desempeña en la referida institución, como asimismo los recursos que son destinados a su planta de funcionarios civiles. Así, su revelación claramente conlleva un debilitando del rol esencial que les ha sido asignado por la Carta Fundamental a las Fuerzas Armadas, toda vez que permite publicitar parte de los recursos humanos y económicos con los que cuenta.

En este aspecto, se debe señalar que es el propio Consejo el que ha reconocido la causal de secreto o reserva plasmada en el artículo 436 del Código de Justicia Militar y es en virtud de aquello que, acudiendo al principio de divisibilidad establecido en el artículo 11, letra e), de la ley N° 20.285, reserva la información respecto de los funcionarios que realizan labores propiamente militares, estableciendo que su publicidad podría revelar antecedentes del ámbito de estrategia. Sin embargo, tal razonamiento implica realizar una distinción que el referido precepto no contempla. Así, si se concluye que la información relacionada con la planta de funcionarios de la Armada de Chile, está amparada por la causal de secreto o reserva en comento, sólo puede concluirse que tal reserva debe abarcar a toda la planta, sean funcionarios civiles o militares, puesto que tales datos, en atención a la labor que el ordenamiento jurídico encomienda a la referida institución, son estratégicos, pues permiten establecer los funcionarios con que se cuenta y la cantidad de dinero que se destina al ámbito de recursos humanos, de modo que aquella, indudablemente, se relaciona directamente con la seguridad de la Nación.

9°) 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, desde que a partir de ella puede elaborarse un completo análisis de sus planes de operación o de servicio.

10°) 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, 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 planes de empleo y estándares en los que operan las Fuerzas Armadas. En el caso concreto, las razones expuestas en el considerando precedente permiten configurar la reserva esgrimida por el Consejo de Defensa del Estado, toda vez que la información que se impone develar, forma parte de los planes de empleo de la Armada, sin perjuicio que, además, claramente se relaciona con la develación

del estándar con que opera la institución, pues implica entregar datos relacionados con todos los funcionarios civiles recontractados desde el año 2010 en adelante, indicando el cargo que ocupa, monto de la remuneración y la unidad en que se desempeña.

En este punto, se debe precisar que el fallo que originó la interposición del recurso de queja que motiva la presente actuación de oficio, estableció que no se acompañó prueba que permita establecer que los antecedentes requeridos se vinculen con la seguridad de la Nación, cuestión improcedente, 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 34 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 presupuestaria vinculada a los planes de empleo y estándar de operación de las fuerzas armadas, es reservada o secreta.

11°) Que, no puede pasar inadvertido que los razonamientos antes referidos permiten configurar en la especie la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia, toda vez que la publicidad de la información cuya entrega se ordena por la decisión de amparo que fue reclamada ante la Corte de Apelaciones afecta la seguridad de la Nación en los términos exigidos por el precepto. En este aspecto, razona acertadamente el quejoso cuando refiere que la calificación de afectación de la seguridad nacional comprometida en la publicidad de la información sobre el monto global invertido en remuneraciones de funcionarios de planta civil recontractados fue realizada expresamente por el legislador, por lo que era improcedente que el Consejo para la Transparencia ordenara la entrega de la información. En efecto, si bien es cierto la expresión ‘seguridad de la Nación’ no se encuentra definida en términos formales, no lo es menos que las reglas hermenéuticas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico permiten concluir, en lo sustancial, que ella abarca tanto la preservación de la seguridad interna como externa del Estado de manera de asegurar la soberanía, por lo que la defensa nacional juega un rol preponderante en su aseguramiento.

12°) Que, en consecuencia, en concepto de esta Corte, lo decidido por el Consejo para la Transparencia no se ajusta a lo dispuesto en la legislación que regula esta materia, lo que torna en ilegal la resolución que se analiza, pues al acoger parcialmente el amparo de acceso a la información de que se trata vulneró particularmente lo prevenido en los artículos 8 de la Carta Fundamental; 21 N° 3 y 5 de la Ley de Transparencia y 436 N° 2, N° 3 y N° 4 del Código de Justicia Militar y 34, letras a) y b) de la Ley N° 20.424”.

Conforme a los fundamentos expuestos, la Excma. Corte Suprema efectúa una ponderación respecto de la colisión de bienes jurídicos tutelados y afectados, apartándose de las distinciones por categorías de personal a las que se refiere el CPLT, y centrándose en la interpretación hermenéutica de la norma jurídica aplicable al caso concreto, esto es el artículo 436 numeral segundo del *Código de Justicia Militar*. La Excma. Corte Suprema para fundamentar tal interpretación, recurre al examen de otras normas relacionadas con la materia, entre las que se destacan aquellas previstas en el Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, en que la regla general es que los actos y resoluciones presupuestarios de la Defensa Nacional, son públicos, pero excepcionalmente serán secretos o reservados en lo relativo a los planes de empleo y estándares en los que operan las fuerzas armadas<sup>18</sup>, razón por la que la Excma. Corte Suprema, actúa de oficio, dejando sin efecto la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo el reclamo de ilegalidad interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado.

*c) Antecedentes, informaciones y registros que obren en poder de los organismos que conforman el sistema de inteligencia de su personal cualquiera sea su cargo*

En este contexto, cabe precisar que la ley n.º 19974 sobre el sistema de inteligencia del Estado, tiene una regulación específica, relativa al secreto de la información, relativa a los “antecedentes”, “informaciones y registros”, que obren en poder de los organismos que conforman el sistema o de su personal, que implica que la propia ley estableció a que órganos públicos, dada su importancia para el Estado, se debería entregar la referida información. En consecuencia, solo determinados órganos del Estado tienen derecho a conocer la información recopilada por los organismos del sistema de inteligencia, tales son: la Cámara de Diputados, el Senado, los Tribunales de Justicia, el Ministerio Público (a través del Fiscal Nacional) y la Contraloría General de la República.

En virtud de esa enumeración taxativa, estimamos que no se le otorga por el legislador al Consejo para la Transparencia, la facultad para acceder a los “antecedentes”, “informaciones y registros”, que obren en poder de los organismos que conforman el sistema de inteligencia o de su personal, por lo que dicha entidad, carece de competencia para pronunciarse sobre esa materia.

Cabe precisar que, respecto de lo que antes hemos aseverado, no existe jurisprudencia específica del Excma. Corte Suprema específicamente sobre este aspecto.

---

<sup>18</sup> Ley n.º 20424 sobre Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, artículo 34.

Sin embargo, existen otras solicitudes de acceso a la información pública, relacionadas con información de inteligencia en que a la Excm. Corte Suprema<sup>19</sup> le correspondió emitir un pronunciamiento respecto de determinado personal que ascendió al grado de general, entre el 10 de marzo de 2001 y 11 de marzo de 2006 y, que en cualquier periodo, entre 1973 y 1990, integraron la Comisión DINA o la CNI, especificando a cual pertenecieron, y los nombres de todos los generales que, en cualquier período comprendido entre el 11 de marzo de 2002 y 11 de marzo de 2015 hayan estado en servicio activo y que hubiesen integrado o hubieran sido destinados a la Comisión DINA, la DINA o la CNI, respectivamente. En este caso concreto, se resolvió en relación con la aplicación de la ley n.º 19974:

“...los sistemas de inteligencia constituyen la articulación del trabajo de organismos especializados en la recopilación y sistematización de información para la toma de decisiones, función política intrínseca a cualquier gobierno, independiente de su ideología y naturaleza. En este sentido, el Decreto Ley N° 521 y luego el Decreto Ley N° 1.878, señalaron que la Dirección Nacional de Inteligencia y la Central Nacional de Información, respectivamente, fueron creadas como ‘organismos militares de carácter técnico profesional, cuya misión era la de reunir información para producir la inteligencia que se requería para la formulación de políticas, planificación y adopción de medidas que debían procurar el resguardo de la seguridad y el normal desenvolvimiento de las actividades nacionales y mantención de la institucionalidad establecida’. El contexto político fue divergente al democrático, pero aquello no les resta el carácter de órganos de inteligencia, de manera que no es posible sostener, como lo expresan los jueces de la Corte de Apelaciones que atendido a que son entes anteriores a la entrada en vigencia de la Ley sobre Sistema de Inteligencia del Estado, no les sea aplicable su normativa, porque, como se dijo, dicho aspecto es intrínseco a cualquier Estado y la referida normativa solo vino a sistematizar ese aspecto”.

En conclusión, si bien el fallo se pronuncia respecto de información relacionada con organismos de inteligencia, su aplicación en el caso concreto sirvió para fundamentar la causal de reserva prevista en el artículo 436 numeral primero del *Código de Justicia Militar*, que fue citada en los motivos posteriores, especialmente el fundamento 13) del citado fallo, que razona en el siguiente sentido:

---

<sup>19</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol n.º 35801-2017, fisco de Chile con Consejo para la Transparencia.

“13°) Que, esta causal, entonces, debe reconducirse a alguno de los criterios de reserva establecidos taxativamente por la Constitución, en orden a afectar el debido funcionamiento del órgano, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, en consecuencia, no cabe sino concluir que la información que se ordena entregar, esto es, aquella relativa al personal de ex oficiales que ascendieron al grado de General entre el 10 marzo de 2002 y 11 de marzo de 2006 y que durante el período de 1973 y 1990 formaron parte o integraron la Dina o la CNI y los nombres de todos los Generales que en cualquier período comprendido entre el 11 de marzo de 2002 y 11 de marzo de 2015 hayan estado en servicio activo en los referidos organismos, es una información que se encuentra amparada por la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, toda vez que aquella se relaciona con “los relativos a las plantas o dotaciones ya la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas ...y de su personal”, en tanto su entrega, en los términos que ha sido ordenada y conforme lo expuesto por el requerido, importan evidentemente la afectación de los derechos fundamentales de estas personas e incluso de su familia, en su caso, lo cual quedó demostrado con los antecedentes que se acompañaron en su oportunidad”.

Un segundo caso en que se pronunció la Excma. Corte Suprema<sup>20</sup>, es el relativo al reencasillamiento del personal de un organismo de seguridad, que prestó servicios en una institución castrense, caso en el cual se revolió que la información requerida era secreta, pero en razón de que los funcionarios podrían ser objeto de atentados contra su dignidad, esto es, por la protección de derechos fundamentales como son la seguridad personal, salud y protección de la vida privada, y no en razón de la seguridad de la nación ni de su sistema de inteligencia.

“6°) Que, como se dijo, los cuestionamientos que el Comandante en Jefe del Ejército dirige a la divulgación de la información de que se trata se vinculan con la afectación que dicha publicidad podría causar a derechos de los funcionarios oponentes y de sus familias que se encuentran garantizados en la Carta Fundamental, en particular aquellos referidos a su seguridad, su salud y la esfera de su vida privada.

Al respecto, y con el fin de corroborar sus afirmaciones, el reclamante acompañó copias simples de diversas publicaciones periodísticas en las que se da cuenta de al menos ocho actividades conocidas como ‘funas’, esto es, de actuaciones coordinadas destinadas a encarar, increpando y

---

<sup>20</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol n.º 8109-2017.

fustigando de manera pública, a personas acusadas de violaciones a los derechos humanos, con el fin de desacreditarlas ante la comunidad.

De tales elementos de juicio se desprende, sin ningún género de duda, la efectividad de que hechos como los que sirven de fundamento a la causal de reserva esgrimida por el actor han ocurrido, efectivamente, con anterioridad, de modo que la posibilidad de que las mismas se repitan respecto de los treinta funcionarios que manifestaron su oposición no puede ser descartada de un modo tan categórico.

Por el contrario, los antecedentes referidos más arriba obligan a estos sentenciadores a considerar, al menos como factible, que hechos como los descritos puedan llegar a afectar a los empleados civiles del Ejército tantas veces mencionados, de modo que se ha de concluir que existen elementos bastantes para estimar que la revelación de su identidad redundará, con toda probabilidad, en la afectación de su seguridad y la de su familia y en la perturbación de su vida privada y familiar, en los términos previstos en el N°2 del artículo 21 de la Ley N° 20.285”.

#### *d) Equipamiento y pertrechos militares o policiales*

Entendemos que, en esta materia, la Ley de Transparencia n.° 20285 efectivamente contempla una protección de secreto y reserva al equipamiento y los pertrechos militares, ello, en virtud de una interpretación armónica de las disposiciones contenidas en los numerales tercero y quinto del artículo 21 de la citada norma legal, en relación con el artículo 436 n.°4 del *Código de Justicia Militar*.

En efecto, el numeral tercero del artículo 21, de la referida ley de Transparencia, ha establecido:

“Artículo 21.- 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.

Específicamente, el equipamiento y los pertrechos militares y policiales se vinculan con la protección de la seguridad de la nación, entendida como “...es la aptitud del Estado, para prever, resguardar o hacer frente a riesgos que Amenacen su existencia y que afecte su desarrollo”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> CEA y CORONADO (2011), p. 24.

Asimismo, hemos sostenido<sup>22</sup> que la seguridad de la nación no es un fin exclusivo o excluyente propio de las Fuerzas Armadas, dado que la propia Constitución Política de la República, respecto de estas instituciones castrenses utilizó la expresión “son esenciales” para la seguridad de la nación, dejando claramente establecido que no son los únicos entes públicos encargados de preservar la debida protección de la citada finalidad constitucional, tanto es así, que el propio Consejo para la Transparencia, tiene consagrada idéntica obligación de resguardo del secreto y la reserva cuando se afecte la seguridad de la nación, e incluso, los consejeros, en su calidad de funcionarios públicos, tienen la misma obligación.

En efecto, la ley n.º 20285, en sus artículos 1º y 33 en su párrafo “j” y el artículo 61 del DFL n.º 29, prescriben lo siguiente:

“Ley N° 20285, sobre acceso a la información pública.

Artículo 1º.- La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

Artículo 33.- El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.

DFL N° 29 Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo.

Artículo 61.- Serán obligaciones de cada funcionario:

h) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales”.

De las citadas disposiciones legales, se desprende claramente que el deber de resguardar el secreto y la reserva, en los casos excepcionales en que la Constitución Política del Estado así lo establece, no solo es una obligación del Consejo para la Transparencia como órgano, sino que, además, es deber de cada uno de sus consejeros y de su presidente, en su condición de funcionarios públicos, y más aún, en los casos en que se compromete la seguridad de la nación, deben actuar con la mayor cautela posible, dado que además de las Fuerzas Armadas, los demás organismos del Estado, entre los cuales se encuentra el Consejo para la Transparencia, también deben velar por la seguridad de la nación.

---

<sup>22</sup> CEA y CORONADO (2011), p. 23.

La forma en que el referido Consejo y sus miembros deben resguardar el secreto y la reserva, es dar estricto cumplimiento a las normas legales que regulen la materia, absteniéndose de efectuar interpretaciones de orden administrativo, que significan en la decisión administrativa, dejar sin aplicación o restringir el alcance de la norma legal, ya sea mediante definiciones o interpretaciones propias de un concepto que ya había sido conceptualizado por el legislador o haciendo distinciones que el legislador no efectúa.

En este sentido, es interesante considerar que el propio Tribunal Constitucional<sup>23</sup> ha estimado que cuando existe un precepto de quórum calificado que establezca reserva o secreto, no corresponde que un órgano administrativo, efectúe interpretaciones en dicho ámbito administrativo, por lo que los preceptos legales de la jerarquía respectiva, que consagren confidencialidades, no pueden ser vulnerados por una interpretación extensiva del referido Consejo para la Transparencia.

Por su parte, la Excelentísima Corte Suprema<sup>24</sup> ha sostenido:

“Decimotercero: Que, por otro lado, no puede pasar inadvertido que los razonamientos antes referidos permiten configurar en la especie la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia, toda vez que la publicidad de la información cuya entrega se ordena por la decisión de amparo que fue reclamada ante la Corte de Apelaciones afecta la seguridad de la Nación en los términos exigidos por el precepto, pues se refiere a información relacionada directamente con la adquisición de equipamiento bélico altamente tecnologizado, cuya reserva es indispensable para el desarrollo de una adecuada estrategia de defensa nacional. En este aspecto, razona acertadamente el quejoso cuando refiere que la calificación de afectación de la seguridad nacional comprometida en la publicidad de la información sobre el monto global invertido en los aviones no tripulados fue realizada expresamente por el legislador, por lo que era improcedente que el Consejo para la Transparencia ordenara la entrega de la información. En efecto, si bien es cierto la expresión ‘seguridad de la Nación’ no se encuentra definida en términos formales, no lo es menos que las reglas hermenéuticas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico permiten concluir, en lo sustancial, que ella abarca tanto la preservación de la seguridad interna como externa del Estado de manera de asegurar la soberanía, por lo que la defensa nacional juega un rol preponderante en su aseguramiento”.

<sup>23</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.º 1602, considerando 29º y 30º; (2011), rol n.º 1990, considerando 45º y (2014), rol n.º 2505, considerando 21º.

<sup>24</sup> CORTE SUPREMA (2014), rol n.º 24118-2014, considerando 13º.

Del considerando transcrito, se ratifica el aserto de que el Consejo para la Transparencia, no se encuentra facultado para efectuar calificaciones jurídicas administrativas, en materias tales como la seguridad de la nación, cuando el propio legislador ha determinado su contenido en una ley de quórum calificado y su consecuente reserva o secreto.

En consecuencia, el equipamiento y los pertrechos militares, se encuentran amparados por la reserva y secreto previsto en el artículo 436 del *Código de Justicia Militar*, porque como ha establecido el Tribunal Constitucional<sup>25</sup>, el legislador tiene la potestad para crear excepciones al principio de publicidad, en la medida que dicha norma legal, tenga a lo menos un quórum calificado, y el Consejo para la Transparencia, por ser un órgano administrativo, carece de la potestad para dejar de aplicar dicha normativa legal, lo que a nuestro entender, es un nuevo paradigma relativo a la derogación tácita de la potestad reglamentaria en materia de publicidad y transparencia, que hasta antes de la jurisprudencia constitucional y judicial, solo era entendido como un derogación tácita, de los reglamentos que establecían causales de reserva o secreto, pero que ahora además, se ha extendido a esta nueva dimensión que limita al referido ente administrativo en sus decisiones.

## CONCLUSIONES

1. En lo que respecta al secreto de las Juntas de Selección y Apelación del personal de las Fuerzas Armadas, cabe considerar que existe efectivamente una normativa jurídica que permite invocar dicho secreto, materia que ha sido ratificada permanentemente por las decisiones del

---

<sup>25</sup> Bajo el entendido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en las sentencias (2006) rol n.º 634, considerando 20º; (2011) rol n.º 2153 considerando 15º; (2011) rol n.º 1990, considerando 27º y (2012) rol n.º 2246, considerando 22º, de las cuales se desprende que el mandato de publicidad resulta esencial para efecto de asentar las bases de un régimen republicano democrático, a partir del cual se garantice el control del ejercicio del poder, la responsabilidad que este ocasione y fomentar la participación ciudadana, sin embargo, el Tribunal deja de manifiesto que el derecho consagrado en el artículo 8º de nuestra Carta Fundamental no es absoluto, por lo que para efectos de hacerlo efectivo se debe hacer a través de los mecanismos y modalidades establecidas por el legislador, con pleno respeto de los derechos y principios que nuestro ordenamiento jurídico vigente consagra. Es de esta forma se trató de evitar la concepción de margen demasiado amplio respecto de las causales de secreto o reserva, confiándose así esta labor solo al legislador de quórum calificado, el cual precisara el contenido y alcances de las causales constitucionales de secreto o reserva.

Sobre la base de lo señalado por el Tribunal Constitución, se infiere que artículo 436 del *Código de Justicia Militar*, es una norma de excepción al principio de publicidad y transparencia de los actos y resoluciones del Estado, específicamente de la Administración del Estado.

- Consejo para la Transparencia<sup>26</sup> como, asimismo, por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República
2. Debe mantenerse el secreto de la sesión y el acta de las Juntas de Selección y Apelación, pero respetando el debido proceso, que significa en el derecho a que el afectado conozca sus calificaciones antes y después del proceso, con el legítimo derecho de impugnación de estas, en los diversos recursos administrativos disciplinarios a que tiene derecho en las oportunidades procesales legales y reglamentarias. Ello sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales cuando se afecte el principio de proporcionalidad y racionalidad en el ejercicio de las potestades públicas por esos órganos administrativos colegiados.
  3. El criterio de interpretación extensiva que efectúa el CPLT, a nuestro entender excede el marco normativo específico, porque efectúa distinciones y consideraciones que solo le corresponden determinar al legislador, y no a un órgano administrativo como es el CPLT, afectándose de un u otra forma el principio de legalidad. En efecto, no es función del CPLT, reemplazar al legislador por cuanto “Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus”.
  4. En el evento de concretarse una modificación de la legislación castrense en esta materia, en especial del artículo 436 del *Código de Justicia Militar*, el legislador deberá considerar los cometidos constitucionales que el artículo 101 de nuestra actual Carta Fundamental asigna a las Fuerzas Armadas, la sola circunstancia que el bien jurídico tutelado es la Defensa Nacional, incide directamente en una normativa excepcional y restrictiva de acceso a la información pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- CEA CIENFUEGOS, Sergio y Ricardo CORONADO DONOSO (2011): *Derecho militar. Parte general* (Santiago, Legal Publishing), tomo I.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2013): *Anotaciones sobre el procedimiento administrativo según la jurisprudencia de los tribunales chilenos* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén (2011): *Discrecionalidad administrativa* (Santiago, Legal Publishing).

---

<sup>26</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2009), rol n.º A266-2009 y (2010), rol n.º C870-2010.

## Normas

Constitución Política de la República de Chile.

*Código de Justicia Militar*, decreto n.º 2226 del Ministerio de Justicia, 19 de diciembre de 1944.

Ley n.º 18575 Orgánica Constitucional de bases Generales de la Administración del Estado, Ministerio del Interior, *Diario Oficial*, 5 de diciembre de 1986.

Ley n.º 18834 sobre Estatuto Administrativo, decreto con fuerza de ley n.º 29 del Ministerio de Hacienda de 16 junio de 2016, *Diario Oficial*, 17 de marzo de 2005.

Ley n.º 20285 sobre Acceso a la información pública, Ministerio Secretaria General de la Presidencia, *Diario Oficial*, 20 de agosto de 2008.

Ley n.º 20424 sobre Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa, Ministerio de Defensa Nacional; Subsecretaría de Guerra. *Diario Oficial*, 4 de febrero de 2010

## Jurisprudencia

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2009): Rol n.º A266-09, Víctor Díaz Acuña con Fuerza Aérea de Chile, 15 de diciembre de 2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2011): Rol n.º C870-10, Jorge Balmaceda Hoyos con Armada de Chile, 28 de enero de 2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2017): Rol n.º C1252-17, Ignacio Olivares con Ejército de Chile, 28 de julio de 2017.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2017): Rol n.º C3612-16, Yusef Cifuentes Tapia con Armada de Chile, 28 de febrero de 2017.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013): Dictamen n.º 366, 3 de enero de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (0013): Dictamen n.º 39251, 21 junio de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013): Dictamen n.º 76719, 22 noviembre de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013) Dictamen n.º 31384, 22 de mayo de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014): Dictamen n.º 24755, 8 de abril de 2014.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014) Dictamen n.º 41230, 10 de junio de 2014.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014): Dictamen n.º 55503, 21 de julio de 2014.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2015): Dictamen n.º 99637, 16 de diciembre de 2015.

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2016): Dictamen n.º 16041, 1 de marzo de 2016.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2007): Dictamen n.º 16178, 12 de abril de 2007.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014): Rol n.º 5121-2014, fisco de Chile con Consejo para la Transparencia, 17 de julio de 2014.
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2015): Rol n.º 1334-2015, Musa Rodríguez Fernando, 10 de agosto de 2015.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017): Rol n.º 9568-2017, 22 de agosto de 2017.
- CORTE SUPREMA (2014): Rol v 24118-2014, Consejo de Defensa del Estado, 15 de septiembre de 2014.
- CORTE SUPREMA (2017): Rol n.º 8109-2017, Humberto Oviedo Arriagada, 10 de marzo de 2017.
- CORTE SUPREMA (2017): Rol n.º 35801-2017, Ejercito de Chile (fisco de Chile) con Consejo para a Transparencia, 27 de julio de 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010): Rol n.º 1602-10, Control de Constitucionalidad, 18 de enero de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013): Rol n.º 2505-13, 13 de agosto de 2013 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011): Rol n.º 1990-11, 26 de mayo de 2011 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011): Rol n.º 2153-11, 26 diciembre de 2011 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2012): Rol n.º 2246-12, 08 de junio de 2012 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006): Rol n.º 634-06, 17 de octubre de 2006 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).

