Modifica el Código de Justicia Militar y la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, para aplicar a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública las normas de transparencia y publicidad de los actos de la Administración del Estado

Boletín N°11697-07

I. ANTECEDENTES

1. Los últimos años el país ha conocido lamentables, alarmantes y masivos hechos que afectan la probidad pública de algunas **instituciones de las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad,** con indicios claros de ser fallas institucionales sistémicas en los controles internos y externos, producto de la **falta de transparencia y publicidad** en las mismas, entre otras causas.

2. En el Caso de Carabineros de Chile, una de las instituciones que contaba con más prestigio institucional y confiabilidad ciudadana, se reveló un fraude que se habría desarrollado por más de 10 años, con un perjuicio fiscal que ascendería a cerca de 28 mil millones de pesos. Respecto al Ejército de Chile, también nos referimos a un fraude organizado por uniformados en el uso de los fondos provenientes de la ley reservada del cobre, con un monto de perjuicio fiscal, que superaría los 5 mil millones de pesos. A lo anterior debe agregarse otros episodios de irregularidades en Carabineros relacionados con pago de sobresueldos y conflictos de interés en las mutualidades y con el pago de pensiones ilegales en Dipreca.

3. Estos lamentables hechos conjuntamente con producir un importante perjuicio fiscal, han afectado la probidad pública y dañado la necesaria confiabilidad que los ciudadanos deben tener en dichas instituciones.

4. La Honorable Cámara de Diputados, al tomar conocimiento de estas rregularidades, en ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, creó diversas Comisiones Investigadoras[1] a

[1] Comisión especial investigadora de las irregularidades en la gestión y administración financiera en Carabineros de Chile y en relación a las actuaciones de los distintos organismos públicos en la materia: y Comisión Especial Investigadora de las responsabilidades administrativas y políticas que permitieron el fraude fiscal ocurrido en el Ejército, a través de la apropiación indebida de

fin de indagar y reunir información sobre las irregularidades en la gestión y administración financiera; analizar las eventuales fallas en el desarrollo e implementación de los procedimientos y sistemas de control; e investigar las responsabilidades administrativas y políticas; entre otros objetivos; con el propósito último de que estos hechos no se vuelvan a repetir.

5. De la lectura de las propuestas y recomendaciones de los Informes de Comisión resulta evidente la **necesidad de mejorar los sistemas de control**, tanto internos como externos, y en este último ámbito, modificar **el artículo 436 del Código de Justicia Militar** de 1987, que dispone el secreto de determinados documentos, en atención a lo dispuesto en la **Constitución Política de la República** (especialmente los artículos 8 -incorporado en la reforma constitucional de 2005-, y 19 Nº12 y Nº14) **y la Ley Nº20.285 sobre Acceso de la Información Pública** de 2008.

6. Fue manifiesto durante el ejercicio de la función fiscalizadora, en el transcurso de las sesiones de comisión, la indignación que produjo la verificación de una amplísima diversidad de documentos y actos considerados por las instituciones como secretos o reservados, constatándose que una excepción legal del derecho constitucional de acceso a la información pública, se ha constituido en la práctica, en una verdadera regla general, extendiéndose el secreto no sólo a la gestión operativa y estratégica, sino que también aspectos administrativos, financieros y contables que por su naturaleza deben ser conocidas por la ciudadanía.

7. Este verdadero privilegio y exceso de secreto o reserva que solo tienen las Fuerzas Armadas y Carabineros, por ejemplo, ha impedido el conocimiento de la dotación total de los funcionarios de estas entidades; la cantidad y los motivos de las bajas que se producen al interior de ellas; cantidad de los funcionarios destinados efectivamente a trabajar en las calles para resguardar la seguridad de los ciudadanos; la cantidad y los montos por los cuales son

---

fondos derivados de la ley Reservada del Cobre, entre los años 2011 y el presente; entre otras.

recontratados ex funcionarios, luego de su retiro, por las propios instituciones o entidades relacionadas; los sistemas de control sobre armamento y municiones; y diversos protocolos u otras informaciones internas, entre otras situaciones.

En casi todas estas áreas de gestión que se mencionan, se han descubierto irregularidades ocultas por muchos años con el manto de este privilegio de secreto.

8. Por otra parte, la propia Constitución y la Ley de acceso a la Información Pública contemplan la posibilidad de secreto o reserva de determinados actos y resoluciones, así como sus fundamentos y procedimientos, pero las instituciones armadas y policiales, han ampliado esta excepción respaldándose en el 436 del Código de Justicia Militar, sin efectuar la debida justificación fundada, sin expresar las razones que motiven su decisión, y la afectación concreta y precisa de los bienes jurídicos establecidos en la Constitución Política de la República.

9. Estas excesivas restricciones permiten comprender, por ejemplo, el desconocimiento durante años de la existencia de cerca de 5 mil carabineros “fantasmas”, denominación que se le dio a la diferencia entre la supuesta dotación de funcionarios considerada en la ley de presupuestos y la dotación efectiva de Carabineros, tanto civiles como operativos, lo cual constituyó uno de los orígenes del fraude.

10. Todo lo anterior, hace evidente la actual dificultad existente en los sistemas de control, fiscalización o investigación externa y pública, pues son extremadamente restringidos, siendo casi imposibles incluso para los parlamentarios.

11. La importancia de dicho control radica, entre otros motivos, en que permite cautelar el patrimonio público y aportar en la detección temprana de posibles hechos irregulares o delictivos. Y a mayor abundamiento, este privilegio incluso afecta el diagnóstico y búsqueda de soluciones que pueden realizarse desde la academia o especialistas en materia de seguridad pública, al no contar siquiera con las estadísticas básicas de estas instituciones.

12. Cabe tener presente también, que en el sentido que propone el presente proyecto de ley, diversa jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, ha respaldado el pronunciamiento del Consejo para la Transparencia, en orden a obligar a Carabineros y las FFAA a la entrega de información solicitada que ha sido calificada como secreta por las instituciones en virtud una la interpretación extensiva del artículo 346 del Código de Justicia Militar que dispone el secreto.

13. No es comprensible, ni razonable que diversa información como la relación existente en relación entre profesores y cátedra que imparten en la Academia de Ciencias Policiales; la cantidad de oficiales, suboficiales y funcionarios recontratados por Carabineros; el cargo o grado que tenía la persona al momento de pasar a retiro, el monto del dinero por el cual se recontrató, y en qué calidad se realizó; el detalle del gasto, licitaciones y registro de proveedores de determinados elementos (sin dar cuenta del volumen y características de ellos); el expediente de la investigación administrativa instruida con el objeto de establecer eventuales irregularidades en determinadas adquisiciones de vehículos blindados (aplicando reserva sobre características técnicas de los vehículos); la documentación respecto al reconocimiento entregado por el Ministerio de Educación; tan solo por mencionar algunos casos, sea considerada secreta porque afecten o pudieran afectar alguno de los bienes jurídicos protegidos por el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

14. Recientemente, también la prensa ha constatado en el desarrollo de reportajes de investigación, las dificultades existente para acceder a información pública en las instituciones de las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad; y organizaciones de la sociedad civil como Chile Transparente han recomendado terminar con este privilegio del secreto y extender la aplicación de la Ley Nº20.285 a todas estas instituciones.

15. Finalmente, resulta también indispensable incorporar de modo explícito, a fin de evitar futuros actos de fraude u otros que atenten contra la publicidad, probidad y el patrimonio público, la aplicación de la Ley Nº20.285 sobre Acceso a la Información Pública, también a las personas

jurídicas de derecho privado, típicamente corporaciones o fundaciones, que han sido creadas para desarrollar actividades propias de la función pública relacionadas con instituciones armadas o policiales.

16. Sin perjuicio que profusa jurisprudencia de los Tribunales de Justicia ha reconocido su aplicación en las personas jurídicas de derecho privado, que se crean para el desarrollo de funciones típicamente administrativas, no debiese ser necesaria la judicialización.

17. Resulta evidente la necesidad de incorporarlas de modo explícito a las diversas personas jurídicas de derecho privado que desarrollan funciones administrativas, pues los propios parlamentarios, hemos verificado durante el ejercicio de la función fiscalizadora, las diversas dificultades que existen para acceder también a su información. Así mismo, dicha necesidad ha sido constatada por medios de comunicación social al desarrollar reportajes de investigación.

Ejemplo de lo anterior, fue el reportaje realizado por Informe Especial de Televisión Nacional de Chile, respecto de remuneraciones que recibirían ex y actuales autoridades de las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad, por participar en los Consejos de la Mutualidad de Carabineros, Mutual de Seguros de Chile, y Mutualidad del Ejército y Aviación, todas las cuales tienen este carácter.

II. CONTEXTO NORMATIVO

1. La Reforma Constitucional de 2005 incorporó los principios de probidad y publicidad, en el ejercicio de las funciones públicas, dentro de las bases de la institucionalidad en el artículo 8.

2. La Ley Nº20.285 sobre Acceso a la Información Pública, de 2008, que ha significado un importante avance en el fortalecimiento del sistema democrático, el ejercicio del derecho a la información y consecuente control ciudadano de los actos del Estado, en su artículo 2 hace aplicable las

disposiciones contenidas en dicha ley, a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública.

A su vez, el artículo 21 de la misma ley, dispone las únicas causales de **secreto o reserva** en cuya virtud se podría denegar total o parcialmente el acceso a la información, destacándose sobre el particular el Nº3 en el cual se señalan la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

3. El Código de Justicia Militar de 1987, en su artículo 436, dispone lo que se entiende por documentos secretos, estableciendo un **listado amplio y no taxativo de causale**s, cuya interpretación extensiva por las instituciones armadas, restringe la aplicación del principio general de publicidad y ejercicio del derecho constitucional de acceso a la información pública, creando un privilegio de secreto o reserva en favor de las Fuerzas Armadas y Carabineros que debe terminar.

III. CONSIDERACIONES

1. Este proyecto de ley, puede comprenderse dentro de los necesarios avances legislativos que recientemente han debido realizarse y que tienen por finalidad fortalecer la transparencia, probidad y confiabilidad en las funciones públicas en diversas áreas específicas. Entre ellas destacan la Ley Nº20.900, sobre Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia; y la Ley Nº20.880 sobre Probidad en la Función Pública; entre otras; todas las cuales fueron parte de la agenda de probidad y transparencia que impulsó el Gobierno de la Presidenta Bachelet.

2. Parece razonable que los avances que hemos impulsado los diversos sectores políticos del país, en materia de publicidad, transparencia y probidad, comprendan también a las instituciones de las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad, a fin de evitar eventuales perjuicios fiscales y mejorar su evaluación pública, facilitando el control público de las mismas.

3. Considerando además la tendencia del derecho administrativo, en orden a crear diversas **entidades**

organizativas privadas, típicamente corporaciones y fundaciones, con el fin de desarrollar con mejores niveles de flexibilidad y eficacia, **funciones propias de la actividad pública,** resulta necesario explicitar la aplicación de la Ley Acceso a la Información Pública a ellas, pues de lo contrario parte significativa de la actividad pública quedaría fuera del control público, haciéndose necesaria su constante judicialización para acceder a ella.

4. Resulta necesario y urgente promover cambios normativos que faciliten el control público, especialmente en aquellas instituciones recientemente afectadas en su credibilidad, y con ello evitar que el exceso de secretismo o reserva, sea comprendida como un privilegio de ciertos sectores.

IV. CONTENIDO DEL PROYECTO

El presente proyecto de ley modifica el artículo 436 del Código de Justicia Militar y los artículos 2 y 21 Nº3, de la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

1. Respecto al **Código de Justicia Militar, modifica la parte final del encabezado del artículo 436 y suprime sus numerales**, que establecen un listado amplio y no taxativo de causales de secreto; conservando en el inciso primero los principios generales para fundamentar la declaración de secreto o reserva.

2. En relación a la **Ley Nº20.285 sobre Acceso a la Información Pública, incorpora una frase final al inciso I al artículo 2,** por el cual se explícita a su aplicación a las personas naturales de derecho privado creadas para desarrollar actividades propias de la función pública, considerándose los criterios desarrollado por la jurisprudencia para su determinación, con lo cual se delimita cuando una persona jurídica de derecho privado debe ser tratada como una entidad pública para estos efectos, sin alterar el régimen general.

3. Así también, se modifica el Nº3 del artículo 21, a fin de incorporar un nuevo inciso segundo que ratifica la

aplicación de las disposiciones y procedimientos de la presente ley, a las solicitudes y reclamos que se refieran a documentos o actos de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad; y el deber de oír en caso de controversia a la autoridad política ministerial.

4. También **se incorpora un nuevo inciso tercero** sobre la excepción de reserva o secreto aplicable a los actos o resoluciones, fundamentos y procedimientos de las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad, en el cual se incorporan expresamente los requisitos de formularse por escrito, ser debidamente fundado, especificar la causal legal invocada como excepción, las razones que motiven su decisión y la afectación concreta y precisa de los bienes jurídicos establecidos en la Constitución Política de la República, estos son, el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, el interés nacional y en particular la seguridad de la nación, considerando las demás normas y principios contenidos en esta ley, la Constitución Política de la República y demás leyes aplicables.

5. Finalmente, **se incorpora un nuevo inciso cuarto** que se refiere al procedimiento de impugnación y las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de algunos de los requisitos.

V. PROYECTO DE LEY

Artículo Único. - Modifíquense los artículos 436 del Código de Justicia Militar y 21 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública de la siguiente manera:

a) Reemplácese el **artículo 436** del Código de Justicia Militar, por el siguiente:

“Artículo 436.- Se entiende por documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la defensa nacional, el orden público o la seguridad pública.”

b) Agréguese al **artículo 2 de la Ley 20.285**, el siguiente **inciso II nuevo**:

“Así también, serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado, que ejerzan funciones públicas, cuando la naturaleza de las funciones que desempeñen, se relacionen con el cumplimiento de las funciones administrativas; sean creadas mediante la concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos; y/o sean integradas en sus órganos de decisión, administración y/o control por autoridades o funcionarios públicos, o personas nombradas por estos”.

c) Agréguese al **artículo 21 Nº3** de la Ley 20.285, el siguiente **inciso II nuevo**:

“Tanto las solicitudes como los reclamos de acceso a la información sobre los documentos o los actos emanados por las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública se realizarán según las disposiciones y procedimientos establecidos en esta ley, debiendo oírse en caso de controversia a los Ministerios de Interior y Seguridad Pública, y Defensa Nacional, según corresponda, para justificar fundadamente la pertinencia o no del secreto o reserva”.

d) Agréguese al **artículo 21 Nº3** de la Ley 20.285, el siguiente **inciso III nuevo**:

“La resolución denegatoria emanada de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, debe formularse por escrito, ser debidamente fundada, especificar la causal legal invocada como excepción, las razones que motiven su decisión y la afectación concreta y precisa de los bienes jurídicos establecidos en la Constitución Política de la República, considerando las demás normas y principios contenidos en esta ley, la Constitución Política de la República y demás leyes aplicables”.

e) Agréguese al artículo **21 Nº3** de la Ley 20.285, el siguiente **inciso IV nuevo**:

“El incumplimiento de alguno de estos requisitos, será reclamable según las disposiciones y procedimientos establecidos en la presente ley, será siempre sancionado con la multa del artículo 45”.

LEONARDO SOTO FERRADA

DIPUTADO DE LA REPÚBLICA