

Ramón Huidobro Salas*

Reserva en materia militar y acceso a información pública

Matter on military issues and access to public information

Resumen

En este trabajo se expone una visión general del orden jurídico aplicable al acceso a la documentación e información militar secreta o reservada. Se analizan los principales tópicos dogmáticos que genera esta excepción al principio de transparencia, en la normativa española y chilena.

Palabras Clave

Derecho administrativo militar, secreto o reserva militar, acceso a la información, archivos militares.

Abstract

This paper provides an overview of the legal order applicable to access to military documents and information secret or confidential. It discusses the main topics dogmatic, which generates this exception to the principle of transparency, in Spain and Chile.

* *Profesor Asistente de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diploma de Estudios Avanzados Europeos.*

Key Words

Military administrative law, military secrecy or confidentiality, access to information, military archives.

1. Aspectos Generales.

Cabe precisar inicialmente, que la reserva en materia militar como título de este trabajo, está referido específicamente a la aplicación del principio de transparencia de esa administración, por ello, a fin de evitar algún tipo de equivocidad conceptual debido a la adscripción de múltiples tópicos relativos al tema en comento, hago esta aclaración inicial para no descontextualizar el objeto de la exposición.

Desde esa perspectiva, es necesario realizar previamente una aproximación y delimitación conceptual referida a la expresión “reserva”. Una acepción más simple y pedagógica, podría ser la aplicación de la ley de transparencia a las Fuerzas Armadas y en especial de aquellos aspectos que constituyen excepción a este principio: el secreto y la reserva.

Otra opción abordaría la materia en estudio, observándola desde el punto de vista orgánico funcional y así podríamos hablar de la archivística militar, su reglamentación y normativa sobre secretos oficiales.

Finalmente, desde una perspectiva del objeto de estudio más estricta y restringida, dando por supuesto los aspectos ya señalados, podríamos hablar de las causales para el secreto o reserva en el ámbito militar.

Para poder contextualizar y acotar el tema, inicialmente abordaré las primeras dos acepciones, para efectuar una introducción y contextualización, para finalmente tratar un caso específico de nuestra realidad nacional, que muestra en forma clara las aristas que presenta su aplicación.

2. El derecho al acceso a la información en el sector defensa nacional y las Fuerzas Armadas en España.

En el derecho español, el eje matriz se centra en el derecho de acceso a los archivos militares y el principio general de la libre accesibilidad.¹

En ese contexto, podemos advertir que los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España. Este doble carácter de la función de defensa nacional, se encuentra en plena concordancia con lo dispuesto en el artículo 105 apartado b) de la Constitución Española que dispone: las leyes regularán el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado.

Desde esa perspectiva, es la propia Constitución que por una parte efectúa una remisión normativa a la ley, para que desarrolle los contenidos de este precepto, y por otra reconoce y protege de modo especial el secreto o conocimiento restringido de

¹ En esta materia véase: Peñarrubia Iza, J., El derecho de acceso a los archivos y a los documentos de la Administración Militar, Civitas, Madrid, 1999.

los contratos, documentos, archivos o registros que pueden afectar a la seguridad del Estado u otros actos e intereses nacionales integrados a la defensa del Estado.²

La regulación jurídica a nivel legal tiene su soporte normativo en la Ley 9/1968, de 05 de abril (BOE N° 84/1968, de 5 abril de 1968) sobre secretos oficiales. Ley pre-constitucional, que regula en sus artículos 2° y 3° las materias que tienen el carácter de clasificados y el fundamento de las mismas.

En el artículo 2° se establece que a los efectos de esa ley podrán ser declarados “materia clasificada”, los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos, cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad del Estado o comprometa los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la Defensa Nacional, la paz exterior o el orden constitucional.

A su vez, el artículo 3° señala que las “materias clasificadas” serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran.

Otro aspecto a considerar en materia de acceso a la documentación son los archivos militares, cuya regulación se encuentra contenida en Real Decreto 2598/1998 de 4 de diciembre.

En el ordenamiento jurídico español, existe un Reglamento de archivos militares que regula el acceso a los documentos y archivos militares. Esta normativa reglamentaria, ha tenido en cuenta lo dispuesto por la Constitución y la legislación posterior, sobre todo aquella que regula el Patrimonio Histórico y la que regula los secretos oficiales.

Este Reglamento tiene como finalidad principal, dada una perspectiva jurídica, además la regulación y el funcionamiento de los mencionados archivos al régimen constitucional vigente en España, ponderando el derecho de los ciudadanos de acceder a los archivos públicos, con los intereses de la defensa y seguridad nacionales, la administración militar y con debido respeto al honor e intimidad de las personas y, en general, los intereses constitucionalmente protegidos en juego.

3. La transparencia y reserva en materia militar en Chile.

La Constitución Política de la República de Chile, consagra en su artículo 8, el principio de transparencia y probidad de la función pública. Su inciso 2° señala que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, estableciendo una reserva de Ley de quórum calificado, para el establecimiento del secreto o reserva, cuando la publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación y el interés nacional.

² STS 14.NOV.92 Rp . Aranzadi 3738, de 1993.

Desde esa perspectiva, podemos considerar el acceso a la información como un derecho público subjetivo, que permite a cualquier ciudadano solicitar el acceso a la documentación y por otra parte la garantía institucional del funcionamiento del aparato público y en especial del sector defensa.³

En un contexto de justificación, podemos afirmar que el contenido de la garantía institucional dice relación con los aspectos relacionados con el sector defensa, que de ser conocidos pondrían en serio riesgo el funcionamiento del sector, la garantía de permanencia del propio Estado y la salvaguarda de sus intereses públicos más esenciales.

Desde la perspectiva anterior, surge una interrogante basal para continuar el análisis de esta materia: ¿Cómo equilibrar la limitación al derecho al acceso a la información con el respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto?

La necesaria ponderación de ambos, requerirá establecer un equilibrio entre derecho y potestad, que permita en el caso concreto dilucidar la necesaria justificación de la limitación o la ausencia de esta.

3.1 El Régimen Jurídico aplicable.

Con fecha 20 de agosto de 2008, se publica en el Diario Oficial la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública. Esta ley tiene por objeto regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los Órganos de la Administración del Estado y las excepciones a la publicidad de la información, además de los procedimientos para el ejercicio del derecho y hacer su amparo.

El artículo 2º de ese cuerpo legal dispone que esa ley les es aplicable a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública. Cabe señalar también, que el principio de transparencia rige para las instituciones castrenses, al igual que para otros órganos de la administración del Estado y por ello, seguidamente, se delimitará este estudio sólo al análisis de las causales de secreto o reserva que se contemplan en la Ley.

El artículo 21 numerales 3 y 5 de la ley 20.285/2008, señala que las únicas causales de secreto o reserva, en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información son:

Numeral 3. “Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o a la mantención del orden público o la seguridad pública.”

³ Véase García Pino, G. y Contreras V., P. Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios constitucionales Chile, vol 7, núm.1, 2009, pp. 137–175. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n1/art05.pdf>

Numeral 5. “Cuando se trate de documentos; datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Este carácter de documentos secretos o reservados, será indefinido tratándose de los actos y documentos que en el ámbito de la defensa Nacional establezcan la planificación militar o estratégica y de aquellos cuyo conocimiento puedan afectar la integridad territorial de Chile, y otros casos señalados en ese artículo.

Dichos actos solo podrán perder esa calidad de secreto o reservado, mediante la desclasificación. En esta materia, el artículo 22 de la Ley 20.285/2008 nos señala que aquellos documentos declarados secretos por Ley, sólo pueden perder ese carácter cuando otra ley de quórum calificado lo deje sin efecto.

3.2 Análisis de dos supuestos normativos.

En materia de defensa y seguridad nacional existen dos disposiciones legales que han sido objeto de debate jurisprudencial respecto de su aplicación, me refiero al caso del artículo 436 del Código de Justicia Militar y del artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948. Ambas normas dictadas con anterioridad a la Ley 20.285/2008.

3.2.1. El artículo 436 del Código de Justicia Militar.

Dicha disposición legal establece textualmente lo siguiente: “Se entiende 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 y, entre otros:

- 1.– Los 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;
- 2.– Los 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;
- 3.– Los 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, y
- 4.– Los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales.”

Tal como ya se ha expuesto, el mandato del artículo 8 de la Constitución, se encuentra desarrollado en la Ley de Transparencia, en especial en su artículo 21.

Según García, esta disposición reproduce la norma constitucional “ejemplificándola de manera genérica en relación con la defensa nacional, la mantención del orden público y/o la seguridad pública. En una primera aproximación, aparece un problema conceptual insoslayable al intentar determinar el contenido de la cláusula “seguridad de la Nación” con otros conceptos que, si bien pueden relacionarse, no necesariamente se encuentran contenidos en el ámbito de certeza positiva de ese concepto. En otras palabras, es razonable entender que cierto margen del contenido de la seguridad de la Nación puede superponer o, incluso, identificarse con la defensa nacional, el orden público o la seguridad pública. Máxime si estos últimos dos conceptos se ven directamente conectados con el resguardo del orden interno y no con la protección del territorio del Estado”.⁴

Para justificar su afirmación el autor agrega que: “En primer término, si bien seguridad de la Nación no se identifica totalmente con defensa nacional, no es menos cierto afirmar que en un importante volumen de casos ambos conceptos se implican. Las Fuerzas Armadas son organismos del Estado que están institucionalmente reconocidas en la Constitución y que su función esencial es el resguardo del Estado Constitucional. Como señala la CPR, en su artículo 101, son dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional. Por lo tanto, es dable concluir que la causal prefigurada por el artículo 8 CPR, admite un desarrollo legislativo a través de la cláusula de la defensa nacional, según las mismas disposiciones constitucionales citadas”.⁵

En este orden de ideas, comparto la conclusión que resulta evidente: que la información militar es inevitablemente valiosa para los Estados y constituye una reserva esencial en la protección de la soberanía, por ello justificaría la existencia de documentos o antecedentes secretos.⁶

Uno de estos casos lo constituye el actual artículo 436 CJM. Esta disposición, cabe destacar, no es original del CJM, sino que fue agregada expresamente por la ley 18.667, y a la cual se le ha dado una aplicación general al sector de la Defensa Nacional.⁸

Plantea García que “este artículo puede ser comprendido en dos niveles, uno general y otro particular o de detalle. El primero, básicamente, utiliza cláusulas generales y con un alto grado de indeterminación. Aquí encontramos documentos secretos “cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas”. De los cuatro conceptos mencionados, ninguno es reconducible literalmente a las excepciones que establece el artículo 8 CPR”.⁹

⁴ García Pino, ob. cit, p. 153.

⁵ García Pino, ob. cit, p. 154.

⁶ Ibid.

⁷ D.O. 27/11/1987.

⁸ Véase García Pino, ob. cit, p. 156.

⁹ Ibid. Asimismo, agrega el autor que “Cabe señalar que no obstante tratarse de una norma que entró en vigencia alrededor de veinte años antes de la LT y que, sin embargo, utiliza una técnica similar al artículo 21, número 3

El segundo nivel del artículo 436, señala García, “es uno de índole particular o de detalle. Se trata de la enumeración que hace el legislador, a título ejemplar, de los tipos de documentos que puedan entenderse como secretos o reservados, en razón de que su contenido se encuentra directamente vinculado a las causales generales que establece su inciso primero”.¹⁰

No entraremos al análisis de la validez formal del artículo 436 del CJM, pues podemos entender que se encuentra plenamente vigente, atendido lo dispuesto en la Disposición Cuarta Transitoria de la Constitución, opinión también generalmente aceptada por los autores¹¹, y la dictaminada por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República.

En su Dictamen 48.302/2007, sobre secreto de los actos administrativos del sector de la Defensa Nacional, la Contraloría señaló expresamente que el artículo 436 del Código de Justicia Militar, al establecer que determinados actos administrativos son secretos, no ha sido derogado por el artículo 8º 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.

Desde esa perspectiva coincido en afirmar, al igual que García: “Con este precedente de la jurisprudencia administrativa es razonable afirmar que la vigencia formal del artículo 436 CJM está asegurada por la misma CPR, de cara a las exigencias de quórum calificado que –como garantía– establece el artículo 8º”.¹²

3.2.2. El artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948.

La Ley Orgánica Constitucional N° 18.948, de las Fuerzas Armadas, dispone en su art. 26 que “En cada Institución se convocarán y constituirán, anualmente, Juntas de Selección, ordinarias o extraordinarias, conformadas por Oficiales, para el conocimiento, estudio y valorización de las calificaciones del personal, elaboración de las listas de clasificación, formación del Escalafón de Complemento y la Lista Anual de retiros y consideración de las solicitudes de reincorporación. Estas mismas Juntas podrán establecer bases de selección de aquellos que serán propuestos para el ascenso al grado jerárquico superior u otorgar el respectivo pase de ascenso, cuando corresponda. Se convocarán y constituirán, además, Juntas de Apelación, conformadas por Oficiales Generales o por Oficiales Superiores y Jefes, según corresponda. La Junta de Apelación para Oficiales será presidida por cada Comandante en Jefe y estará conformada exclusivamente por Oficiales Generales de la respectiva Institución. Las Juntas de Selección

de dicha ley, puesto que pone en el mismo nivel la seguridad de la Nación –fraseado en este caso como seguridad del Estado– y la Defensa Nacional, con el orden público.”. García Pino, ob. cit., p. 156.

¹⁰ García Pino, ob. cit., p. 157.

¹¹ En este mismo sentido García, ob. cit., p. 157.

¹² García, ob. cit., p. 159.

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. Las sesiones y actas de las Juntas serán secretas.

Cabe manifestar que de conformidad con lo previsto por el artículo 105 de la Carta Fundamental, a la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas le compete determinar, entre otras materias, las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas.

En relación con la materia, corresponde puntualizar que la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, fue publicada en el Diario Oficial de 27 de febrero de 1990, tras cumplir con la tramitación legislativa aplicable a la sazón, la que incluyó, por la naturaleza de sus normas, el control de constitucionalidad de sus disposiciones por parte del Tribunal Constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 82 N° 1 de la Carta, magistratura que se pronunció al respecto en su sentencia de 15 de febrero del mismo año (Rol N° 98).

Sobre este punto, cabe considerar que de acuerdo al artículo 26 de la mencionada ley orgánica constitucional, las sesiones y las actas de las Juntas de Selección y Apelación en los procesos calificatorios del personal serán secretas.

De este modo, conforme al principio de especialidad que distingue a las leyes orgánicas constitucionales, cumple expresar que la ley N° 18.948 establece, dentro de la regulación de los procesos de calificación y selección del personal vinculado con la carrera profesional, una norma sobre secreto o reserva, cumpliendo con la exigencia del artículo 8° de la Carta Fundamental.

Este criterio interpretativo de validez formal de la disposición contenida en el artículo 26 de la LOCFAS, ha sido también sostenido por la Contraloría General de la República en sus dictámenes 10646/2008¹³ y 13318/2008¹⁴.

¹³ Dictamen 10.646/2008, de la Contraloría General de la República: “Mediante oficio D.T.R.R., N° 20, de 2008, de la División de Toma de Razón y Registro, se ha remitido a esta División Jurídica el proyecto de oficio elaborado por la Subdivisión Jurídica de la mencionada División, que atiende la presentación formulada por una ex funcionaria del Ejército de Chile, quien reclama de la actuación de dicha Institución Castrense por no informarle de los motivos específicos que calificaron su baja en el año 2002.

Sobre el particular, cumple señalar que esta División comparte la conclusión consignada en el referido proyecto, en cuanto desestima la presentación de la recurrente, pero no comparte su argumento, el cual deberá ser reformulado.

Al respecto, es menester indicar que no cabe aplicar en la especie las argumentaciones contenidas en el dictamen N° 48.302, de 2007, de este Organismo Contralor, según el cual una disposición del Código de Justicia Militar, que establece el secreto de ciertos documentos, se encuentra amparada por la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, en orden a dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 8° de dicha Carta Fundamental. Lo anterior, por cuanto la referida disposición transitoria, conforme a su tenor literal, es una ficción legal aplicable sólo a las leyes simples u ordinarias que tenían esa calidad a la fecha de entrada en vigencia de la Constitución Política o de sus modificaciones posteriores, y no a las leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado que a dicha data, gozaban ya de esa condición, tal como ocurre con el cuerpo normativo en estudio.

Precisado lo anterior, cabe manifestar que de conformidad con lo previsto por el artículo 105 de la Carta Fundamental, a la ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas le compete determinar, entre otras materias, las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas.

En relación con la materia, corresponde puntualizar que la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, fue publicada en el Diario Oficial de 27 de febrero de 1990, tras cumplir con la tramitación legislativa aplicable a la sazón, la que incluyó, por la naturaleza de sus normas, el control de constitucionalidad de sus disposiciones por parte del Tribunal Constitucional –conforme a lo previsto en el artículo 82 N° 1 de la Carta–, magistratura que se pronunció al respecto en su sentencia de 15 de febrero del mismo año (Rol N° 98). Sobre este punto, cabe considerar que de acuerdo al artículo 26 de la mencionada ley orgánica constitucional, las sesiones y las actas de las Juntas de Selección y Apelación en los procesos calificatorios del personal serán secretas. De este modo, conforme al principio de especialidad que distingue a las leyes orgánicas constitucionales, cumple expresar que la ley N° 18.948 establece, dentro de la regulación de los procesos de calificación y selección del personal –vinculado con la carrera profesional–, una norma sobre secreto o reserva, cumpliendo con la exigencia del artículo 8° de la Carta Fundamental.”

¹⁴ Dictamen 13.318/2008, de la Contraloría General de la República: “Ex funcionaria del Ejército de Chile, se ha dirigido a esta Contraloría General solicitando se ordene a la mencionada Institución Castrense que “le indique a la brevedad los motivos específicos del acto administrativo que en el año 2002 calificó su baja de dicha institución”, proporcionándole copia de los mismos, en consideración a las razones que expone en su presentación.

Requerido su informe, la Subsecretaría de Guerra, mediante los oficios N°. 1600/1927 y 12990/3142, ambos de 2007, manifiesta que el Ejército de Chile informó que en el período calificadorio 2000/2001, la Honorable Junta de Selección del Cuadro Permanente acordó bajar la clasificación de la recurrente de Lista N° 1 a Lista N° 3, incluyéndola en Lista Anual de retiros, en consideración a los antecedentes que obraban en poder de esa Junta, medida contra la cual la afectada presentó recurso de reconsideración, el que fue rechazado. Notificada de lo anterior, se declaró conforme.

Agrega el informe, que en relación con los motivos o fundamentos de la resolución adoptada por la Junta de Selección, las sesiones y actas de éstas son secretas, encontrándose legalmente impedida dicha Institución Castrense de darlas a conocer.

Sobre el particular, cabe manifestar, en primer término, que el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, según el texto refundido, coordinado y sistematizado que fuera aprobado por el decreto N° 100, de 2005, de la Secretaría General de la Presidencia, publicado el 22 de septiembre de 2005, establece que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Enseguida, de conformidad con lo previsto en el artículo 105 de la citada Carta Fundamental, a la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas le compete determinar, entre otras materias, las normas básicas

En efecto ese órgano Contralor, ha señalado en este punto expresamente que el aludido artículo 26, inciso sexto, de la ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, se encuentra plenamente vigente, por lo que las autoridades institucionales han debido mantener en reserva las sesiones y actas que contienen los fundamentos enunciados por la Honorable Junta de Selección del Cuadro Permanente del Ejército de Chile para incluir a la recurrente en Lista N° 3, de Calificación, y posteriormente ser considerada en la respectiva Lista Anual de Retiros.¹⁵

4. Un caso paradigmático: la decisión de amparo rol C512–09, del Consejo para la Transparencia.¹⁶

El amparo Rol N° C512–09 del Consejo para la Transparencia, recaído en la solicitud de acceso presentada por un periodista al Ejército de Chile, trata de una solicitud de información referida a lo siguiente:

Todos los antecedentes sobre funcionarios de planta, a honorarios o a contrata que por cualquier razón reciban alguna remuneración o incentivo económico por cumplir la función de capellán de cualquier credo religioso.

Si la información anterior existiere, requiere que se le detalle: el nombre, función, lugar de desempeño de funciones, antigüedad, sueldo, honorarios o remuneraciones percibidas.

El Consejo señaló que la aplicación del artículo 436 N° 1 del Código de Justicia Militar, si bien dispone que se entiende por documentos secretos, aquellos cuyo contenido se relaciona con la seguridad nacional, entre otros, los relativos a las plantas o dotaciones

referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas.

Luego, corresponde puntualizar que la citada ley N° 18.948, fue publicada en el Diario Oficial de 27 de febrero de 1990, tras cumplir con la tramitación legislativa aplicable a la sazón, la que incluyó, por la naturaleza de sus normas, el control de constitucionalidad de sus disposiciones por parte del Tribunal Constitucional –conforme a lo previsto en el artículo 82, N° 1, de la Constitución Política de la República–, magistratura que se pronunció al respecto en su sentencia de 15 de febrero del mismo año.

Sobre este punto, se debe considerar que de acuerdo con el artículo 26, inciso sexto, de la mencionada ley orgánica constitucional, las sesiones y actas de las Juntas (de Selección y de Apelación) serán secretas.

De este modo, conforme al principio de especialidad que distingue a las leyes orgánicas constitucionales, cumple expresar que la ley N° 18.948 establece, dentro de su regulación de los procesos de calificación y selección del personal –vinculado con la carrera profesional–, una norma sobre secreto o reserva, cumpliendo con la exigencia del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, cabe concluir que el aludido artículo 26, inciso sexto, de la ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, se encuentra plenamente vigente, por lo que las autoridades institucionales han debido mantener en reserva las sesiones y actas que contienen los fundamentos enunciados por la Honorable Junta de Selección del Cuadro Permanente del Ejército de Chile para incluir a la recurrente en Lista N° 3, de Calificación, y posteriormente ser considerada en la respectiva Lista Anual de Retiros, debiendo desestimarse, por ende, la petición.”

¹⁵ Dictamen 13.318/2008, cit.

¹⁶ Decisión C512–09, de 15 de enero de 2010, del Consejo para la Transparencia, en http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/C512–09/C512–09_decision_web.pdf

y a la seguridad de las instituciones armadas, ello no es suficiente, pues el artículo 8 inc. 2° de la Constitución establece que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional”.¹⁷

En este orden de ideas, el Consejo sostiene que no es suficiente la existencia de la ley que declare el secreto o reserva, sino además que la publicidad de dicha información debe afectar la seguridad nacional, concluyendo finalmente que el artículo 436 del CJM no exige la afectación que reclama la norma constitucional, acogiendo en definitiva la solicitud del recurrente. Sobre esta decisión, cabe hacer dos comentarios desde el punto de vista dogmático.¹⁸

El primero, se refiere a si la competencia para calificar la afectación corresponde al legislador al dictar la norma o es un mandato al órgano administrador o al intérprete.

El segundo, se refiere a aquellos aspectos relativos a la inaplicabilidad de la ley que realiza el Consejo, cuya competencia corresponda al Tribunal Constitucional.

En cuanto al primer aspecto, cabe señalar que la disposición constitucional contenida en el artículo 8, al disponer la afectación, señala que una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva, explicitando que sólo este instrumento normativo debe establecer la excepción a la publicidad. Por otra parte, agrega dicha norma que esta calificación de secreto o reserva, se podrá realizar cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional.

Por ello, el tenor de la norma y su jerarquía normativa, lleva a pensar que lo realizado por el constituyente es precisamente fijar una directriz al legislador para calificar las situaciones como secretas y reservadas, plasmándolas en un cuerpo legal de quórum calificado. Entender de otra forma la disposición constitucional, nos llevaría a que a cada una de las leyes de quórum debería efectuársele un complemento posterior por vía interpretativa, de la calificación de la afectación, dejándola sin validez de aplicación inmediata.

En efecto, este test de afectación que señala el Consejo no permitiría que el sentido de afectación calificado y determinado por el legislador, es decir, que una materia o documento sea secreta o reservada, después un órgano administrativo no le dé aplicación porque de acuerdo a su criterio interpretativo, los supuestos de afectación que la originaron no se comparten o no son suficientemente acreditados.

¹⁷ Decisión C512-09, cit., considerando 9°.

¹⁸ Decisión C512-09, cit., considerando 10°.

En cuanto al segundo aspecto, la inaplicabilidad del 436 o de cualquier norma legal, el Consejo para la Transparencia no aparece como el órgano idóneo para aplicarla, sino que debió esperarse una declaración por el Tribunal Constitucional, la cual no ha existido en la especie.

Finalmente, cabe señalar que la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol N° 2275–2010 resolvió rechazar el reclamo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la decisión C 512–09, confirmando lo ya resuelto por estimar “Que resulta ser efectivo que las normas del Código de Justicia Militar constituyen ley de quórum calificado, y que los capellanes y pastores que ejercen funciones en las Fuerzas Armadas forman parte de la dotación institucional. Sin embargo, tales circunstancias no logran configurar, por sí solas, una excepción al acceso a la información que ha requerido el señor Narváez Almendras y que le ha reconocido el Consejo para la Transparencia en la decisión adoptada en el Amparo C512–09.”¹⁹

“En efecto, para configurar dicha excepción ha de estar, además, afectada la seguridad de la Nación o el interés nacional, y respecto de esta materia no existen antecedentes de que ello pueda razonablemente producirse de proporcionarse la información solicitada. Las afirmaciones del reclamante de que los antecedentes denegados, en conocimiento de potenciales adversarios, les permitiría diseñar estrategias defensivas u ofensivas que dañen gravemente al país, a sus intereses y a su población, por no estar respaldadas en antecedentes concretos, constituyen sólo apreciaciones personales y subjetivas.”²⁰

5. Conclusiones.

A modo de reflexión final, puedo señalar que existe una clara diferencia entre los sistemas chileno y español, en el tratamiento, garantías, estabilidad de las decisiones y delimitación de competencias.

Asimismo, cabe señalar que resulta discutible que por vía interpretativa un órgano no judicial declare inaplicable una disposición legal vigente, aunque dicha decisión fuera revisada por una Corte de Apelaciones.

Un tema tan complejo como la defensa y seguridad nacional, debe considerar la opinión de los órganos de la administración activa militar, profesionales de la materia, cuyos argumentos son fruto del conocimiento y ejecución de la especial función militar.²¹

¹⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 2275–2010, en http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20101125/asocfile/20101125144759/fallo_contra_ejercito_de_chile___rol_2275_2010.pdf

²⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 2275–2010, cit., considerando 7°.

²¹ Sobre derecho administrativo militar véase: Huidobro Salas, Ramón, “Régimen Jurídico de las Fuerzas Armadas en Chile”, en Revista del Centro de Investigación y Doctrina Legal, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Mayo–Agosto 2009, Ed. Ministerio de Defensa de España, pp. 66–77. También puede consultarse en “Derecho y Administración Militar en Chile”, en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 74, 2011, pp. 257–271.

Hemos olvidado al parecer, aquella clase inicial de interpretación de la ley que nos señala que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal y la máxima de que cuando el legislador ha definido, debe estarse a ese significado y no al que el intérprete libremente desee darle. Esta esencial y simple doctrina interpretativa, quedó reflejada en los numerales 3 y 4 del voto disidente del Consejero don Raúl Urrutia Ávila de la decisión de amparo C512-09, al señalar claramente la necesidad de aplicar la ley vigente.²²

Muchas veces lo evidente nunca tendrá este carácter si no se desea ver, pues la transparencia como principio aplicado, no ha quedado de manifiesto en el tenor de la decisión adoptada.

6. Bibliografía.

HUIDOBRO SALAS, Ramón, “Régimen Jurídico de las Fuerzas Armadas en Chile”, en Revista del Centro de Investigación y Doctrina Legal, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Mayo-Agosto 2009, Ed. Ministerio de Defensa de España, pp. 66-77. También puede consultarse en “Derecho y Administración Militar en Chile”, en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile Nº 74, 2011, pp. 257- 271.

GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS V., P. Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios constitucionales Chile, vol 7, núm. 1, 2009, pp. 137-175. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n1/art05.pdf>

PEÑARRUBIA IZA, J., El derecho de acceso a los archivos y a los documentos de la Administración Militar, Civitas, Madrid, 1999.

²² Decisión C512-09, voto disidente numerales 3 y 4:

3) Que, en cuanto a los capellanes que sean funcionarios de planta o a contrata del ejército de Chile este Consejo debe respetar las normas legales vigentes, en este caso el art. 436 del Código de Justicia Militar que establece su secreto o reserva sin mayores distinciones y sin efectuar una especie de análisis de constitucionalidad de su contenido.

4) Que, en consecuencia, y a diferencia de la mayoría, este Consejero estima que la información indicada en el art. 436 del Código de Justicia Militar es secreta por cuanto su divulgación afectaría la seguridad de la Nación.