

DECISIÓN AMPARO ROL C57-10

Entidad pública: Ministerio de Defensa

Requiere: Sergio Donoso Salgado

Ingreso Consejo: 28.01.2010

En sesión ordinaria N° 195 de su Consejo Directivo, celebrada el 2 de noviembre de 2010, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008, el Consejo para la Transparencia, en adelante, el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto del amparo Rol C57-10.

VISTOS:

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

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El día 4 de enero de 2010, don Sergio Donoso Salgado, solicitó al Ministerio de Defensa lo siguiente, relativo a los años 2004 a 2009, para poder participar de manera informada en la discusión parlamentaria del proyecto de ley indicado, en millones de peso, los siguientes montos:
 - a) Monto empozado en la cuenta de la Ley Secreta del Cobre al inicio del año.
 - b) Millones recibidos en tal cuenta durante el año del ejercicio.
 - c) Millones gastados en tal cuenta durante el año del ejercicio.
 - d) Monto remanente en tal cuenta al final del ejercicio.
- 2) **RESPUESTA:** Dicha solicitud fue respondida mediante Ordinario MDN. CDSN. (O) N° 10055/75, de 14 de enero de 2010, por el Ministro de Defensa Nacional y Presidente del Consejo Superior de Defensa, señalando que, de acuerdo a lo establecido en los artículos 5° y 21 N° 3 de la Ley de Transparencia y por expresa disposición de la Ley Reservada N° 13.196, no es posible proporcionar la información solicitada.
- 3) **AMPARO:** Don Sergio Donoso Salgado dedujo, dentro de plazo, amparo a su derecho de acceso a la información en contra del Ministerio de Defensa, por denegación de acceso a la información, fundado en lo siguiente:
 - a) Lo solicitado son los totales anuales ingresados al Fisco por el impuesto del 10% de las ventas brutas de Codelco al exterior (“Ley reservada del cobre”) y lo

gastado por el ítem, esto es, el total gastado y el saldo o déficit que se produce anualmente, pero no los gastos en cada una de las ramas.

- b) Lo requerido no es un asunto relacionado con la seguridad de la nación, es un tema elemental de ordenamiento de las arcas fiscales y de contabilidad gubernamental, por lo que el Ministerio tiene la obligación de entregarlo.
- 4) **DESCARGOS U OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de este Consejo, acordó admitir a tramitación este reclamo trasladándolo:
- a) Mediante Oficio N° 413, de 3 de marzo de 2010, al Subsecretario de Marina, quien respondió a través de Ordinario SS.FF.AA. (M) Ord. N° 1000/1008 C.P.L.T., de 22 de marzo de 2010, señalando que remite en devolución los antecedentes del caso, toda vez que la consulta efectuada por el reclamante no tiene relación con dicha Subsecretaría ni fue canalizada a través de ella.
- b) Mediante Oficio N° 414, de 3 de marzo de 2010, al Subsecretario de Guerra, quien no respondió a dicho traslado dentro del plazo establecido en el artículo 25 de la LT.
- c) Mediante Oficio N° 422, de 3 de marzo de 2010, al Subsecretario de Aviación, quien respondió a través de Ordinario SS.FF.AA.AV (O) N° 500/DGCT, que la respuesta a dicho requerimiento fue emitida por el Ministro de Defensa Nacional como Presidente del Consejo Superior de Defensa, no siendo competencia de la Subsecretaría de Estado que preside, por lo que los antecedentes fueron remitidos al Consejo Superior de Defensa.
- d) A través de Ordinario MDN.CSDN. (O) N° 10055/407/DGC.T., de 26 de marzo de 2010, del Ministro de Defensa Nacional y Presidente del Consejo Superior de Defensa, se evacuó el traslado conferido, señalando al respecto lo siguiente:
- i) En su momento se respondió al requirente que, de conformidad a los artículos 5° y 21 N° 3 de la Ley de Transparencia, y por expresa disposición de la Ley Reservada N° 13.196, no es posible proporcionar la información solicitada.
- ii) En efecto, el Texto Definitivo de la Ley Reservada N° 13.196, fijado por D.L. N° 1530/1976, y modificado por las Leyes N° 18.445 y 18.628, en su artículo 2° prescribe lo siguiente: *“Las entregas de fondo que deban realizarse en cumplimiento a lo establecido en el presente decreto ley, se harán en forma reservada; se mantendrán en cuentas secretas, se contabilizarán en forma reservada y su inversión, ya sea en compras de contado o en operaciones de crédito, pago de cuotas a contado o servicio de los créditos, se dispondrá mediante decretos supremos reservados exentos de toma de razón y refrendación”.*
- 5) **MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER:** En sesión ordinaria N° 156 de su Consejo Directivo, celebrada el 11 de junio de 2010, el Consejo para la Transparencia se acordó, para los efectos de resolver acertadamente el amparo deducido:
- a) Solicitar al Ministro de Defensa que se sirva remitir al Consejo, el texto definitivo y actualizado de la Ley N°13.196 “Reservada del Cobre”, indicando especialmente el medio y la forma de su publicación, a fin de poder corroborar fehacientemente su contenido y determinar, en definitiva, si concurre la causal de reserva o secreto invocada, lo que se realizó mediante Oficio N° 1061, de 15 de junio de 2010. A

través de Ordinario MDN. GAB. JUR. (O) N° 10055/1947/ CON. TRANS, de 23 de junio de 2010, del Ministro de Defensa, señala principalmente que, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 34 de la Ley de Transparencia y en armonía con lo dispuesto en el Art. 21 N° 3 del mismo cuerpo legal desafortunadamente no es posible remitir el texto de la Ley N°13.196 “Reservada del Cobre”, debido a que su publicidad, comunicación o conocimiento afecta la seguridad de la Nación, por referirse particularmente dicha Ley a materias que dicen relación con la Defensa Nacional y que si el Consejo discuerda de la interpretación legal sustentada se le solicita que se consulte a la Contraloría General de la República para que dicho ente superior dictamine al respecto.

- b) Solicitar a la Presidenta de la Cámara de Diputados que se sirva acceder a fijar una visita con funcionarios de este Consejo en las dependencias de la Cámara de Diputados, a fin de tener acceso a las leyes secretas que obran en poder de la misma.
- c) El día 14 de septiembre de 2010, el Presidente del Consejo, don Raúl Urrutia y el Consejero don Alejandro Ferreiro acudieron al Ministerio de Defensa con el objeto de conocer el contenido de dicha ley.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que lo requerido, en el caso que nos ocupa, es el monto empozado en la cuenta de la Ley Secreta del Cobre al inicio del año, millones recibidos en tal cuenta durante el año del ejercicio, millones gastados en tal cuenta durante el año del ejercicio y el monto remanente en tal cuenta al final del ejercicio, respecto de los años 2004 a 2009.
- 2) Que el Ministro de Defensa y Presidente del Consejo Superior de Defensa denegó el acceso a lo solicitado, por estimar que concurre la causal de reserva establecida en el numeral 3 del artículo 21, toda vez que su publicidad afectaría la seguridad de la Nación, en particular por referirse a la defensa nacional. También invoca lo establecido en el artículo 2° de la Ley Reservada N° 13.196, del Cobre, de 1958, en cuanto a que la entrega de dichos fondos, su contabilidad, la cuenta en que se mantengan y su inversión, debe realizarse de modo reservado.
- 3) Que la Ley Reservada N° 13.196 del Cobre, data de 1958 y fue modificada en 7 ocasiones durante el régimen militar, mediante decretos leyes y leyes reservados. Mediante el Decreto Ley Reservado N° 1.530 del Ministerio de Defensa Nacional, de 21 de julio de 1976, se fija el texto definitivo Ley N° 13.196 del Cobre.
- 4) Que cabe señalar que este Consejo, respecto de la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, ha dispuesto (decisiones amparos Rol A45-09 y A266-09, por ejemplo) que para aplicarla deben concurrir dos condiciones:
 - a) Sean documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos
 - b) El caso de reserva debe estar comprendido en una de las causales del art. 8° de la Constitución que exceptúan la publicidad de la información.
- 5) Que, asimismo, cabe tener presente que el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia establece que *“De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la*



*Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, **los preceptos legales actualmente vigentes** y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la primera Constitución Política” (lo destacado es nuestro).*

- 6) Que en este caso el Consejo estima que le corresponde analizar las hipótesis de reserva contenidas en la Ley N° 13.196 conociendo su texto conforme el art. 26 de la Ley de Transparencia, lo que efectuó a través de la visita de dos de sus consejeros a las dependencias del Ministerio de Defensa, para luego aplicar los arts. 2° N° 5 y art. 1° transitorio de la Ley de Transparencia verificando:
 - a) Que la Ley esté vigente;
 - b) Que, en el caso concreto, la hipótesis o caso de reserva se subsuma dentro de alguna de las causales del artículo 8° de la CPR, en aplicación del art. 21 N° 5 de la Ley de Transparencia que, en este caso, supone revisar si la seguridad nacional se vería afectada por la divulgación de la información solicitada.
- 7) Que se estima que esta Ley se encuentra vigente, pues fue publicada conforme a su propia redacción en forma diferente a la establecida en el Código Civil y no ha sido derogada¹. Determinado esto debe reputarse, de acuerdo al art. 1° transitorio de la Ley de Transparencia, como una norma legal aprobada con quórum calificado
- 8) Que efectivamente la Ley reservada del Cobre declara secreta la información solicitada y que este Consejo estima plausible que su divulgación afectaría la seguridad nacional, en tanto se trata de recursos destinados a la adquisición de material bélico y equipamiento militar (véase http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/ley-reservada-cobre), conforme ponderó el legislador.

¹ Artículo 27 del D.L. N° 991, de 1976: “El Presidente de la República o cualquiera de los demás Miembros de la Junta de Gobierno podrán atribuir a un proyecto carácter secreto o reservado y, en tal evento, su tramitación se ajustará a las normas precedentes con las modalidades que siguen:

1.- El informe a que alude el artículo 15° se rendirá verbalmente por el Ministro de Estado respectivo, ante la Comisión Legislativa que deba intervenir en su estudio;

2.- La respectiva Comisión Legislativa se integrará sólo con los miembros que determine su Presidente;

3.- El Secretario estará personalmente encargado de realizar los cometidos que corresponden a la Secretaría, y

4.- El trámite de Registro ante la Contraloría General de la República se efectuará personal y directamente ante el Jefe Superior de dicho Servicio”.

Artículo 28 del D.L. N° 991, de 1976: “Corresponderá al Presidente de la República disponer la promulgación de los decretos leyes aprobados por la Junta de Gobierno, debiéndose remitir éstos a la Secretaría de Legislación para que se les dé la numeración correlativa que corresponda conforme al decreto ley N° 2, de 1973. / La Secretaría de Legislación, una vez numerado el respectivo decreto ley, lo remitirá a la Contraloría General de la República para su Registro y al Diario Oficial para su publicación. / La **publicación** se hará dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto ley”.

Artículo 29, inciso 2°, del D.L. N° 991, de 1976: “Con todo, el procedimiento establecido en los artículos precedentes sólo podrá ser omitido en casos debidamente calificados, a propuesta del Presidente de la República o de los demás Miembros de la Junta de Gobierno”.

9) Que aunque el reclamante clarifica en su amparo que solicitó el total anual que ingresa CODELCO al Fisco por el impuesto del 10% de las ventas brutas de CODELCO al exterior lo solicitado exactamente es los “millones recibidos en tal cuenta durante el año del ejercicio”, sin que este Consejo sepa si esa cifra equivale al 10% referido, dado que se ignora si la recepción de los recursos en la cuenta de dicha Ley es automática o puede diferirse en el tiempo. Con todo, conviene señalar que los Estados Financieros de CODELCO, publicados en la página web de la SVS (<http://www.svs.cl/sitio/mercados/entidad.php?auth=ZTE0MTRkM2RIMDMzNmEzMTg0MzFIZjYyZDEyZWY5YTQ=&send=Y8kdPPTbkAQdVv7s9KW6S4hY1tBJLP50sEOS1LV/0AyBISfWbzliGkxIRACYjOBkzrk3+r8D8wwVmmWqGb4Kbylk7iavexOWCaYKNAWFESJFInlapo97UtM=&pestanía=3>), las memorias que la propia empresa publica en internet

(http://www.codelco.com/la_corporacion/memorias/memoria2009/memoriacodelco2009/index.html) e incluso el Libro Blanco de la Defensa Nacional (http://www.defensa.cl/central/otros/libro%20de%20la%20defensa%202010/6_Parte_Recursos_Financieros_y_Aplicados_de_la_defensa.pdf) informan los recursos entregados por este concepto, de manera que esa parte de la información es indiscutiblemente pública. Así:

a) La Memoria 2009 de CODELCO informa que dentro del ítem “...**otros egresos fuera de la explotación, ascendente a MUS\$ 1.364.944, se incluyen MUS\$ 959.626 (70,31%) correspondiente al impuesto Ley N° 13.196, que grava en un 10% el retorno de las exportaciones de cobre y subproductos propios**” (apartado 5, p. 193). También se informa el mismo concepto en 2008, que ese año ascendió a MUS\$ 1.159.804 (p. 230, cuadro “Otros egresos no operacionales”). Incluso se desagrega esa cantidad por División Operativa (p. 258). Finalmente, se resumen en un recuadro los aportes al Fisco (p. 67), si bien las cifras no coinciden por completo con las expuestas:

Aportes al Fisco

Durante el año 2009, la empresa aportó al Fisco US\$ 3.048 millones. El siguiente cuadro muestra los pagos al Fisco en el período 2005 - 2009.

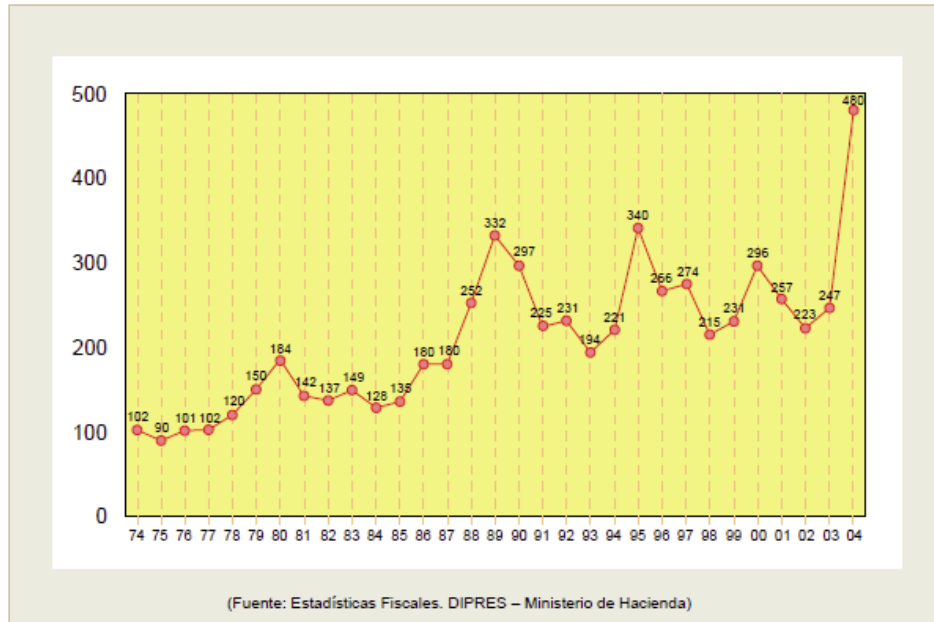
Pagos al Fisco	2005	2006	2007	2008	2009
Utilidades netas pagadas	1.389	1.857	2.268	3.232	836
Impuestos a la renta	2.214	5.195	4.265	2.134	1.218
Ley N° 13.196	782	1.226	1.325	1.375	912
Otros	57	56	75	88	82
Total	4.442	8.334	7.933	6.829	3.048

b) El **Libro Blanco de la Defensa Nacional (versión 2010)**, a su turno, incluye un gráfico con el rendimiento de la Ley Reservada del Cobre y señala que hasta 2003

“...el rendimiento de este gravamen era depositado por la Tesorería, en partes iguales, en cuentas reservadas asignadas a cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas. Estas, a su vez, constituían un monto cercano al 5% en una cuenta administrada por el Consejo Superior de la Defensa Nacional (CONSUDENA), destinado a proyectos conjuntos. A partir del año 2003, sin embargo, se deposita en las cuentas institucionales lo correspondiente al mínimo asegurado por la ley y todos los recursos rendidos por sobre ese mínimo se destinan a la cuenta administrada por el CONSUDENA. Dado el carácter de ley reservada, tanto el valor de los fondos entregados a las instituciones armadas como su destino son de acceso restringido; valores referenciales pueden obtenerse de los balances de Codelco” (p. 303). Luego añade que “A partir del año 2003, la incorporación al sistema de contabilidad chileno de una base devengada ha implicado que el aporte fiscal no coincida necesariamente con el gasto. Además, la inclusión del gasto efectivo de los recursos producidos por la Ley del Cobre en las estadísticas fiscales ha hecho innecesario recurrir al criterio de rendimiento de la ley. La tendencia a la diferenciación entre aporte fiscal y gasto se ha puesto particularmente de manifiesto en los últimos años, dado que los recursos producidos por dicho instrumento legal se gastan en forma controlada. En este sentido, la circunspección de la autoridad política para aprobar la asignación de recursos procedentes de la Ley del Cobre ha restringido el uso de esta ley pese al mayor rendimiento obtenido como producto del aumento del precio internacional del cobre y sus derivados” (p. 304). Termina señalando que previo dictamen de la Contraloría General de la República (diciembre 2002) se flexibilizó la distribución en tercios, con lo que “...los fondos consignados en las distintas Cuentas de Reserva pueden ser destinados indistintamente a solventar proyectos de inversión de cualquiera de las instituciones de las Fuerzas Armadas, en la medida que dichos proyectos tengan el respaldo del conjunto de los Comandantes en Jefe” (p. 305). El gráfico aludido es el siguiente (p. 304):

GRÁFICO 57

RENDIMIENTO DE LA LEY RESERVADA DEL COBRE (en millones de dólares de cada año)



- 10) Que este Consejo deja constancia de su preocupación porque en nuestro ordenamiento existan leyes que tienen carácter secreto. Admitirlas supone aceptar un peligroso bolsón de opacidad que pugna con el principio constitucional de publicidad y transparencia y el contenido esencial del derecho a acceder a la información pública, esto es, la facultad de todo individuo de buscar, solicitar y acceder a la información que obre en poder de los órganos estatales, particularmente a partir de la reforma constitucional del 2005 (artículos 8º y 19 numerales 12 y 26 de la Constitución), representando también un serio debilitamiento del principio democrático en que se basa nuestra institucionalidad republicana (art. 4º de la Constitución). Por otro lado, no parece admisible que pueda invocarse ante un particular una restricción al ejercicio de un derecho fundamental contenida en una Ley que éste no puede conocer. En tal caso le resultaría imposible cuestionar el fundamento de esta medida, lo que atentaría seriamente contra el derecho a un debido proceso. A este respecto conviene recordar que recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso C345/06, de 10.03.2009) resolvió que no podían imponerse obligaciones a los particulares en un Reglamento no publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea.
- 11) Que, además, la existencia de una Ley secreta en este caso parece innecesaria, pues en estricto rigor no se ve porque resulta necesario que la Ley misma sea un documento reservado y no simplemente determinada información que la Ley señale, como es la regla que establece el art. 8º de la Constitución. Por ello, este Consejo oficiará a los órganos colegisladores manifestándoles su preocupación por este estado de cosas.
- 12) Que, por todo lo señalado, este Consejo rechazará el presente amparo toda vez que nos encontramos frente a la situación establecida en el art. 21 N° 5 de la Ley de

Transparencia, esto es, una norma de quórum calificado, establece la reserva de la información solicitada y, además, su publicidad afectaría la seguridad nacional.

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

- I. Rechazar el amparo presentado por don Sergio Donoso Salgado en contra del Ministerio de Defensa, por los fundamentos señalados precedentemente.
- II. Encomendar al Director General de este Consejo notificar el presente acuerdo a don Sergio Donoso Salgado y al Ministro de Defensa.

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