

PÚBLICO

FUERZA AÉREA DE CHILE
COMANDANCIA EN JEFE
ESTADO MAYOR GENERAL

EMGFA. (OTAIP) "P" N° 859 /CIPER

OBJ: Respuesta a Solicitud de Acceso a la Información presentada en O.T.A.I.P.

- REF: 1. Solicitud de Acceso a la Información Pública AD008T-0000289 de fecha 07.JUL.2015.
2. Instrucción General N° 10 del Consejo para la Transparencia, publicada en el Diario Oficial el 17.DIC.2012.
3. Ley N° 20.285, "Sobre Acceso a la Información Pública", de fecha 20 de agosto de 2008.
-

CERRILLOS, **04 AGO 2016**

DEL ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA

A LA FUNDACIÓN CENTRO DE INVESTIGACIÓN PERIODÍSTICA
CIPER

- I.- Mediante solicitud AD008T – 0000289, de fecha 07 de julio de 2016, usted ha requerido a la Oficina de Transparencia y de Acceso a la Información Pública (O.T.A.I.P.) de la Fuerza Aérea de Chile, la siguiente información: "Solicito acceso y copia de las bases, matriz de evaluación y listado de participantes (no solo los preseleccionados) de la licitación "Adquisición de Helicópteros para la Fuerza Aérea de Chile", la que fue abierta en 2015.
- II.- Al respecto, conforme lo dispuesto en el artículo 14 de la ley N° 20.285, "Sobre Acceso a la Información Pública" se informa a Ud. lo siguiente:

A.- PROCESO DE ADQUISICIÓN DE HELICÓPTEROS MULTIPROPÓSITO MEDIANO PARA LA FUERZA AÉREA DE CHILE.

En primer término cabe señalar que la licitación a que se alude en la solicitud de información, no es tal, toda vez que corresponde a un proceso de cotización para seleccionar un proveedor vía Trato Directo, con el objeto de adquirir helicópteros medianos y soporte logístico para la Fuerza Aérea de Chile, procedimiento autorizado en el marco de la ley Reservada N° 13.196 y en el D.S. N° 124, de 2004 que "Aprueba Reglamento Complementario de la Ley N° 7.144 que creó el Consejo Superior de Defensa Nacional; Deroga el Decreto Supremo N° 13, Defensa, de 15 de marzo de 1958", reglamento que se encuentra vigente por expresa disposición del artículo 3° transitorio de la ley N° 20.424 "Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional".

El procedimiento de contratación directa fue aprobado por el Comando Logístico de la Fuerza Aérea con fecha 16.SEP.2015, fundándose en el artículo 29 N° 3 del citado D.S. N° 124, que señala que "Podrá eximirse una inversión o adquisición del trámite de propuesta pública o privada en los siguientes casos: N° 3) Cuando se trate de inversiones de carácter secreto".

Cabe tener presente además, que la Evaluación del Proyecto de Adquisición de Helicópteros Multipropósito Mediano para la Fuerza Aérea de Chile, fue aprobada en su momento, por el Ministerio de Defensa Nacional.

En ese orden de ideas, y habida consideración del número de cotizaciones exigidas por el artículo 30 N° 3 del citado reglamento complementario, mediante cartas remitidas con fecha 17.SEP.2015, en las cuales se acompañó la solicitud de cotización correspondiente, acorde a los términos contenidos en el documento denominado "Carta de Requerimientos o Letter of Request-LOR" y sus correspondientes anexos, se invitó a presentar cotizaciones a seis empresas. De las seis empresas invitadas, presentaron ofertas cuatro de ellas, preseleccionándose a dos.

Por último, se debe señalar que a esta data, el estado de tramitación del mencionado proceso, se encuentra en la etapa de resolver sobre el oferente que será seleccionado para la contratación directa del material aéreo referido.

B.- DENEGACIÓN DE LA INFORMACIÓN RELATIVA A "ACCESO Y COPIA DE LAS BASES Y MATRIZ DE EVALUACIÓN, POR CONCURRIR CAUSALES DEL ARTÍCULO 21 NUMERALES 3) Y 5) DE LA LEY 20.285 .

Al respecto, el artículo 21 de la Ley N° 20.285, señala que las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente la información, son entre otras, numeral 3) "cuando su publicidad o conocimiento afecte a la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública"; 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"

En relación con las causales referidas, se debe tener presente que los Helicópteros objeto del proceso de contratación directa referido en la letra A.- precedente, quedan comprendidos dentro del concepto legal de "maquinaria bélica" establecido en el artículo 3° de la ley N° 19.924 de 2004 que "Modifica la Normativa Relativa a la Importación de las Mercancías del Sector Defensa, Calificadas Como "Pertrechos", en relación con el artículo 436 N° 4 del Código de Justicia Militar que dispone que se entienden por documentos secretos - entre otros - aquellos cuyo contenido se relacionan con la seguridad del Estado y la Defensa Nacional, estableciendo que poseen tal carácter aquellos que se refieren a equipos y pertrechos militares o policiales.

Por su parte, la Ley N° 20.424 "Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional" - ley de quórum calificado-, en su artículo 34 si bien dispone como regla general el carácter público de los actos y resoluciones presupuestarios de la defensa nacional, reconoce debido a la sensibilidad de las materias de defensa, una gama amplia de excepciones entre las que se incluye en el literal C, todo lo referente a las especificaciones técnicas de equipamiento bélico y material de guerra.

Tales preceptos del artículo 436 del Código de Justicia Militar, conforme a la disposición 4° transitoria de la Carta Fundamental y primero transitorio de la ley de transparencia, es de quórum calificado, por lo que se está en presencia de una excepción a la regla de publicidad establecida en el artículo 8° de la Constitución Política de La República.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha

30 de octubre de 2012, recaída en causa rol 4366-2012, sobre reclamo de ilegalidad en contra de Carabineros de Chile, por informe sobre el número de bombas lacrimógenas empleadas por esa Institución durante el último año, ha resuelto que "acorde con la Constitución, la reserva o secreto deben primar cuando la publicidad pudiere afectar la Seguridad de la Nación o el interés nacional (además del debido cumplimiento de funciones y los derechos de las personas), lo que guarda relación con la vinculación directa que establece el Código de Justicia Militar.

A mayor abundamiento la Excm. Corte Suprema en fallo de fecha 30 de diciembre de 2014, recaído en causa Rol N° 24.118-2014, acoge recurso de queja interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, y reconoce expresamente que "es secreta la información relacionada con equipos y pertrechos militares. En este aspecto no cabe sino concluir que la información relativa a la compra de aviones militares no tripulados es secreta, pues cae dentro del concepto de equipos y pertrechos militares sin que sea necesario acudir a otro cuerpo normativo para llegar a tal conclusión, pues los aviones no tripulados constituyen parte del equipamiento bélico de la Fuerza Aérea.

En este mismo sentido cabe tener presente que se trata de adquisición de material de uso bélico, cuya reserva es indispensable para el desarrollo de las estrategias de defensa nacional."

En efecto, las normas que amparan el secreto o reserva y que se fundan en la excepción al principio de publicidad contenido en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, en el artículo 436 del Código de Justicia Militar y sus disposiciones transitorias complementarias, además, del artículo 21 N° 3° de la Ley de Transparencia, deben ser interpretadas en relación con la misión de las Fuerzas Armadas establecida en el artículo 101 de la Constitución Política de la República. Una correcta hermenéutica constitucional entiende que frente a la colisión de dos bienes jurídicos, cuáles serían, en la especie, la publicidad contenida en el artículo 8° de la Constitución Política y la defensa de la patria señalada en el artículo 1° inciso final de la misma, debe primar este último, atendido que el artículo 1° inciso final de la Constitución Política establece, en lo que interesa, que es deber del Estado, resguardar la seguridad nacional. Si bien el Capítulo I de la Constitución Política en su totalidad, contiene la parte dogmática del texto constitucional, esto es, el marco doctrinal conforme al cual la Constitución Política debe ser interpretada, existe un orden de preeminencia entre los artículos del Capítulo I, debiendo privilegiarse la aplicación del artículo 1°.(Decisión de Amparo Rol C 1587-13 de fecha 28 de mayo de 2014).

Al respecto, y según sostiene don José Luis Cea Egaña :“Efectivamente, al momento de interpretar y aplicar la Carta Fundamental, siempre es y será imperativo tener en cuenta el Capítulo I y, si alguna otra norma o principio de la Constitución está en contradicción con cierta disposición del Capítulo, entonces debe primar la de este último, por su carácter básico o fundamental. Pero si la contradicción ocurre entre las normas del Capítulo I, en tal hipótesis ha de entenderse que en éste se establece un cierto orden de prioridad, el cual comienza con el artículo 1° y así sucesivamente”. (Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, José Luis Cea Egaña, Capítulo IV, Bases de la Institucionalidad, página 173, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición)

En tal sentido, la solicitud de las bases y matriz de evaluación que forman parte del procedimiento de adquisición referido en el literal A.- del presente oficio, contiene las características técnicas del sistema de armas que se pretende adquirir, por lo que su divulgación, genera el riesgo de afectar la seguridad de la Nación y hacer público el potencial bélico de la Institución,

exponiendo las capacidades estratégicas propias de la Defensa y, contraviniendo el deber constitucional asignado al Estado de resguardar la seguridad nacional.

Por esta razón, la Fuerza Aérea de Chile ha decidido mantener la reserva y/o secreto de los antecedentes referidos, en virtud, como se señaló, del artículo 436 del Código de Justicia Militar, artículo 8° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 4° transitorio de la Carta Fundamental y artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.285, además del artículo 21 N° 3 de la citada Ley N° 20.285, toda vez que la revelación de la información antedicha supone afectar la misión de la Fuerza Aérea, contenida en la Constitución Política de la República de Chile, con el consiguiente riesgo de afectación cierto, probable y específico de la seguridad de la Nación.

C.- DENEGACIÓN DE LA INFORMACIÓN RELATIVA A “LISTADO DE PARTICIPANTES (NO SOLO LOS PRESELECCIONADOS) DE LA LICITACIÓN “ADQUISICIÓN DE HELICÓPTEROS PARA LA FUERZA AÉREA DE CHILE” CONCURREN LAS CAUSALES DEL ARTÍCULO 21 NUMERALES 3) Y 5) DE LA LEY 20.285 Y DEL ARTÍCULO 21 NUMERAL 1) LETRA B).

Al respecto, el artículo 21 de la Ley N° 20.285, señala que las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente la información, son entre otras, numeral 3) “cuando su publicidad o conocimiento afecte a la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública”; 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”.

Al efecto, atendido el carácter “secreto” que reviste el proceso de contratación directa de los Helicópteros para la Fuerza Aérea de Chile; la relevancia de éste para el cumplimiento de los fines de la Defensa Nacional, y su potencial afectación, de hacerse públicos cualesquiera de los antecedentes que conforman dicho proceso, resultan del todo aplicables al requerimiento de información de la especie, las causales de secreto o reserva establecidas en el artículo 21 numerales 3 y 5 de la ley N° 20.285, cuyos fundamentos se explican latamente en el numeral B.- precedente, los que se dan por reproducidos íntegramente respecto del requerimiento de información que se indica.

A mayor abundamiento, concurre también respecto del requerimiento de información referido, la causal del artículo 21 N°1 letra b), por cuya aplicación se podrá denegar el acceso a la información “tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.”

Respecto a la causal que se analiza, el artículo 7° numeral 1) letra b) del reglamento de la ley N° 20.285, complementa la referida causal, señalando que “Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas. Se entiende por antecedentes todos aquellos que informan la adopción de una resolución, medida o política, y por deliberaciones, las consideraciones formuladas para la adopción de las mismas, que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios.”

Al efecto, divulgar antecedentes sobre el contenido de un procedimiento que contiene información que aún está siendo objeto de resolución, supone

necesariamente adelantar y evidenciar aspectos aún susceptibles de ser modificados, lo cual puede afectar la adopción de una medida en particular. Asimismo, comunicar la información pedida afectará el normal desarrollo del proceso de adquisición que se lleva a cabo. En efecto, la divulgación de los participantes de un proceso de contratación directa fundada en la causal del secreto de la adquisición, antes de haberse resuelto la contratación en comento, podría distorsionar el desarrollo de dicho proceso, y en razón de esto, afectar el debido cumplimiento de las funciones de la Fuerza Aérea de Chile.

Al respecto, el Consejo para la Transparencia ha sostenido como criterio en las decisiones recaídas en los amparos Roles A12-09, A79-09 y C248-10, entre otras, que en relación a la causal de secreto o reserva prevista en el artículo 21 N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia, para configurar dicha causal, se requiere la concurrencia de dos requisitos copulativos: a) que la información requerida sea un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política, y b) que la publicidad, conocimiento o divulgación de dicha información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano; ambas circunstancias, como se ha señalado, concurren respecto de la solicitud de información referida.

- III.- Por las causales legales expuestas precedentemente, y considerando la jurisprudencia judicial y del propio Consejo Para la Transparencia sobre la materia, no resulta posible acceder a su solicitud de información



Saluda a UD.,

JORGE GEBAUER BITTNER
General de Brigada Aérea (A)
JEFE DEL ESTADO MAYOR GENERAL
SUBROGANTE

DISTRIBUCIÓN

1. Fundación Centro de Investigación Periodística CIPER.
2. Auditoría General (Info.)
3. EMGFA, Secretaría. (Info.)
4. EMGFA, O.T.A.I.P. (Arch.)