

Santiago, siete de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos N° 12.027-2015 de esta Corte de Apelaciones, a fojas 41, don Humberto Patricio Oviedo Arriagada, General de Ejército, en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército de Chile, con domicilio en Avenida Almirante Blanco Encalada N° 1.724, Santiago, interpone reclamo de ilegalidad en contra de las decisiones recaídas en los amparos C 1929-15 y C 1931-15, adoptadas por el Honorable Consejo para la Transparencia en sesión de 16 de octubre de 2015 y por las que, acogiendo los deducidos por don Cristian Ruz Rivera, se dispone que el Ejército entregue al reclamante el listado o nómina de los oficiales ascendidos al grado de general, en el período comprendido entre el 10 de marzo de 2002 y el 11 de marzo de 2015, que hayan estado en servicio activo y que hubiesen sido adscritos, conformado, destinados o símil, a la Comisión DINA, la DINA o la CNI.

Explica que, con fecha 7 de julio de 2015, don Cristian Cruz Rivera formuló al Ejército las solicitudes de acceso a la información pública N°s AD006W-0000987 y AD006W-0000988, mediante las cuales requería, en síntesis, el listado de Oficiales Generales que anteriormente se indicara. Por documento JEMGE OTIPE (P) N° 6800/3207, de 14 de agosto de 2015, del Jefe del Estado Mayor General del Ejército, se dio respuesta al peticionario, señalando que en relación con la DINA existía un solo Oficial General, proporcionándole su nombre; que en lo referente a los Oficiales Generales en servicio activo en el periodo consultado y que les correspondiera servir en su época en la CNI, se le señaló que la Institución se encontraba impedida de proporcionar esa información, en razón de que en relación con similar petición, referida también a personal en servicio activo del ex organismo de seguridad, se encontraba pendiente en la Excma. Corte Suprema el recurso de queja N° 8.353-2015, deducido por el Consejo de Defensa del Estado en representación del Ejército de Chile, en contra del fallo de esta Corte, por haber dictado sentencia el 25 de junio de 2015, rechazando el reclamo de ilegalidad deducido en contra de la Decisión C 737-14, del Consejo para la Transparencia, que disponía la entrega de una nómina del personal institucional que integró la ex CNI al peticionario, don Matías Rojas Medina y que comprendía el listado que ahora se estaba requiriendo por don Cristian Cruz Rivera. Agrega que el motivo principal aducido por el Ejército para

denegar la información y supeditar su entrega al fallo del mencionado recurso de queja, encuentra su razón en que, el proporcionar y adelantar la nómina en el ámbito de las solicitudes formuladas por don Cristian Cruz Rivera, generaría efectos irreparables para los afectados para el evento de un fallo favorable al Ejército en la queja, como en definitiva ocurrió.

Continúa narrando que, por oficio CJE JEMGE OTIPE (P) N° 6800/3533, de 8 de septiembre de 2015, el Ejército presentó descargos ante el Consejo para la Transparencia al amparo deducido por el peticionario, reiterando los fundamentos ya señalados, particularmente en cuanto a que sería un contrasentido para el Ejército, adelantar, al solicitante una información que es lo sustantivo de la controversia jurídica del recurso de queja que estaba pendiente en la Excma Corte Suprema y que forma parte de la estrategia judicial que ha asumido el Consejo de Defensa del Estado a nombre de la Institución.

Sin embargo, se adopta la decisión final, ya singularizada, la que dispone entregar al Ejército reclamante "el listado o nómina de los oficiales ascendidos al rango de General entre el 10 de marzo del año 2002 y el 11 de marzo de 2006 y que en cualquier período que va entre 1973 y 1990, formaron parte, estuvieron adscritos, integraron, fueron destinados o símil, a la comisión DINA, la DINA o la CNI, esto es, el nombre de todos los generales que en cualquier período comprendido entre el 11 de marzo de 2002 y el 11 de marzo de 2015 hayan estado en servicio y que hubiesen sido adscritos, integrando, conformando, destinados o símil, a la Comisión DINA, la DINA o la CNI.", lo que deberá cumplirse en un plazo que supere los diez días hábiles desde la ejecutoriedad de la decisión.

Enseguida, el reclamante indica que el Ejército, tanto en la respuesta al peticionario como en los descargos al amparo, invocó el artículo 21 N° 1, letras a) y b), para denegar la información referida a la CNI, a lo que agrega que debe tenerse especialmente presente que en relación con la DINA el Ejército proporcionó lo requerido y que no existen otros nombres, por lo que la decisión del Consejo contra la que se recurre que dispone proporcionar el listado referido a este ex Organismo de Seguridad es improcedente, como igualmente lo es, en relación con la que denomina "Comisión DINA", ya que se ignora su existencia y a qué se refiere.

A continuación, el reclamante de ilegalidad explica que la causal del artículo 21 N° 1, letra a), de la Ley de Transparencia, permite al Órgano requerido denegar la entrega de la información solicitada cuando, entre otros casos, "se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas o judiciales". En este sentido indica que la interposición del recurso de queja N° 8.353-2015, a que hace expresa mención el Ejército en la respuesta al peticionario y en los descargos al amparo, forman parte indiscutiblemente de acciones deducidas por la Institución en el procedimiento de la Ley de Transparencia, referidas a solicitudes de información pública formuladas en virtud de dicho cuerpo legal, para impedir la entrega de la información referida a la CNI. En consecuencia, en concepto del reclamante, no es posible entender ni concebir la argumentación en contrario del Consejo para la Transparencia en la decisión contra la que se recurre, de que dicho recurso de queja no se refiere y no trata de antecedentes relacionados con defensas jurídicas o judiciales, respecto a lo que el reclamado no da más argumentos, sino que se limita a repetir la norma del artículo 21 N° 1, letra a), de la Ley de Transparencia, concluyendo que la existencia de un recurso judicial no obsta a la entrega de información pública, criterio que – juicio del reclamante- no puede tener aplicación cuando los efectos o resultados de dicho recurso producen consecuencias irreparables a los afectados, aun cuando estos sean terceros y se trata de la afectación de derechos garantizados por la Carta Fundamental y por la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, respecto de la cual el Consejo para la Transparencia tiene la obligación de velar y proteger, conforme a lo expresamente establecido por la letra l) de la Ley N° 20.285 (sic).

Por otra parte, el reclamante sostiene que, de igual modo concurre la causal del artículo 21 N° 1, letra b), del cuerpo legal citado, invocada también por la Institución, ya que sin duda que la lista o nómina de los ex CNI y su consecuente entrega o publicidad, constituye el antecedente necesario y tenido a la vista por la Excma. Corte Suprema para resolver la queja, como consta en la parte resolutive de la sentencia al consignar expresamente haber tenido a la vista los autos ingreso Corte N° 1212-2015, donde obra dicho listado. Sin ese antecedente la Excma Corte Suprema no pudo resolver el recurso.

Luego el reclamante realiza un examen del fallo dictado en el recurso de queja N° 8353-2015, donde se habría elevado a la calidad de esencial el trámite de la comunicación al interesado en el procedimiento administrativo destinado a establecer si la información en cuestión puede ser dada a conocer al solicitante de ella, motivo por el que se anuló la resolución dictada por esta Corte en los autos tenidos a la vista ingreso N° 1212-2015, retrotrayendo el procedimiento administrativo en que incide la resolución del Consejo para la Transparencia objeto de ilegalidad al estado de notificar a los terceros a que pueda afectar la información solicitada, de acuerdo a los términos establecidos en el artículo 20 de la Ley N° 20.285. Dicha decisión, según el reclamante, confirma lo sostenido por su parte y debe ser acatada por el reclamado, quien debe velar por el cumplimiento de la Ley N° 20.285, en la especie, artículo 20.

Seguidamente, el reclamante se refiere a los derechos afectados con la entrega de la información, afirmando que es de público conocimiento el tratamiento que algunos medios de comunicación social y las redes sociales otorgan a quienes vinculan a la CNI, como de igual manera son conocidas las agresiones físicas y verbales que grupos organizados llevan en contra de esas personas y sus familias (funas), afectando gravemente derechos ciudadanos garantizados por el artículo 19 de la Carta Fundamental, como lo son a la integridad física y psíquica (N° 1); a la igualdad ante la ley (N° 2°); a la igual protección ante la ley (N° 3°); al respeto a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (N° 4°); a la inviolabilidad del hogar (N° 5°); a la libertad de tránsito (N° 7°) y a la libertad de trabajo (N° 16°). Asevera que las acciones contra dichas personas son del todo discriminatorias, sesgadas, y alcanzan a los afectados no sólo en lo personal, sino que lo más grave a sus familias y estabilidad y posibilidades laborales. Señala que constituyen, también, agravios en contra de la protección de la vida privada de las personas, resguardada expresamente por el legislador a través de la Ley N° 19.628.

Pide, acoger la presente reclamación en todas sus partes, en consecuencia, revocar la decisión recurrida, declarando su ilegalidad y disponiendo su reemplazo por otra ajustada a derecho, conforme a la que se ordene al Consejo para la Transparencia retrotraer el procedimiento administrativo al estado de notificar a los terceros

A fojas 89, en representación del Honorable Consejo para la Transparencia, se evacúa el traslado conferido, presentación en la que se explican los requerimientos de información hechos por don Cristian Ruz Rivera al Ejército de Chile, las respuestas, los amparos, su tramitación y la decisión adoptada. Luego, se consigna la pretensión del reclamante y su sustento, esto es, la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1, letras a) y b) de la Ley de Transparencia y N° 2 de la misma norma legal, pormenorizando las argumentaciones del Ejército recurrente, especialmente, las referidas a la pendencia del recurso de queja ante la Excma Corte Suprema y la afectación de garantías constitucionales de terceros, haciendo presente que sólo en esta sede el reclamante hace valer la causal de reserva del N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, ya que durante la tramitación del amparo por denegación de acceso a la información sólo invocó la causal de secreto o reserva establecida en el artículo 21 N° 1, letras a) y b), de la Ley de Transparencia.

Enseguida, haciéndose cargo de los sustentos del presente reclamo, argumenta que la causal de reserva del artículo 21 N° 1, letras a) y b) de la Ley de Transparencia, se encuentra vedada tanto al Ejército, como a cualquier otro órgano de la Administración del Estado su invocación como fundamento del reclamo de ilegalidad, por cuanto el inciso segundo del artículo 28 de la Ley de Transparencia, expresamente prohíbe a los órganos de la Administración del Estado reclamar de ilegalidad sobre la base de cualquier causal contemplada en el N° 1 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, lo que ha sido reconocido en innumerables sentencias de esta Corte, según expondrá. Por lo tanto, considerando lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Transparencia, no pueden formar parte de la controversia las alegaciones contenidas en el reclamo que importan pretender dar por configurada una afectación al debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, basada en que se trata de antecedentes necesarios a defensas jurídicas o judiciales v que sean antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, por existir norma legal expresa que no le permite al Ejército reclamar de ilegalidad fundando la denegación de acceso a la información en la causal de reserva del artículo 21 N° 1, letras a) y b), de la Ley de Transparencia, lo que se traduce en una falta de legitimación activa de la reclamante para

invocar la referida causal de reserva y, consecuentemente, trae aparejado que esta Corte tampoco tenga competencia para pronunciarse sobre la concurrencia de dicha causal. En consecuencia –en concepto del reclamado– teniendo en consideración el tenor de los fundamentos de derecho en que se apoya el reclamo de ilegalidad deducido por el Ejército, la controversia en estos autos sólo puede entenderse circunscrita a determinar si, en la especie, es procesalmente procedente la alegación de la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, considerando que el Consejo no pudo pronunciarse sobre dicha causal, al no haber sido invocada por el Ejército en la oportunidad procesal correspondiente, es decir, durante la tramitación del amparo por denegación de acceso a la información pública, tramitado ante el reclamado. Invoca la jurisprudencia emanada de la sentencia dictada por esta Corte en el reclamo N° 7330-2011, de la que reproduce algunos fundamentos y concluye que de la sola lectura del artículo 28 de la Ley de Transparencia, resulta manifiesto que la norma contenida en su inciso segundo hace directamente incompatibles el hecho de fundar la negativa a entregar información pública en la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano de la Administración (artículo 21 N° 1) con la posibilidad de que, posteriormente, el órgano requerido interponga un reclamo de ilegalidad sobre la base de dichos argumentos, como se observa en la primera parte de los fundamentos del Ejército. Agrega que, conforme a lo señalado, el reclamo de ilegalidad es improcedente para ponderar la supuesta afectación de las funciones del Ejército debido a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Transparencia, que no le confiere legitimación a la reclamante para invocar en esta sede la causal de secreto del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia. Hace valer, además, la historia fidedigna del establecimiento de la ley, reproduciendo lo expuesto por un H. Diputado y lo decidido en la causa N° 5975-2010 por este Tribunal y en otros fallos que singulariza, debiendo concentrarse el conocimiento en determinar si la información requerida obra en poder del órgano requerido, en los términos señalados por los artículos 5° v 10 de la Ley de Transparencia.

Luego, la parte reclamada explica que la alegación de la reclamante sobre la causal de reserva prevista en el artículo 21, letras a) y b), fue hecha valer en la sede de amparo y desestimada, pues la circunstancia de

encontrarse pendiente la resolución de un recurso de queja deducido contra el fallo de otro recurso de ilegalidad, en ningún caso "se relaciona con la prevención, investigación o persecución de un crimen o simple delito"; tampoco se trata de "antecedentes relacionados con defensas jurídicas o judiciales", y menos aún, con la "existencia antecedentes previos a la adopción de alguna resolución, medida o política" como señala la norma invocada por el Ejército como causal de reserva. Ello, por cuanto, la existencia de un proceso o recurso judicial pendiente, con relación a otra solicitud de información, distinta a la que originó el amparo C 1929-15 y C 1931-15, no configura ninguna de las causales de reserva de las taxativamente enumeradas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, pues, en su concepto, la existencia de un recurso judicial no obsta a la entrega de información pública, configurando más bien por parte del Ejército, una especie de alegación de "excepción dilatoria", no contemplada en la Ley de Transparencia.

Seguidamente, el reclamado se explaya acerca de la preclusión de la defensa relativa a la causal de reserva establecida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, destacando que el fundamento de la preclusión se encuentra en el orden consecutivo del proceso, es decir, en la especial disposición en que se han de desarrollar los actos procesales de las partes, de modo que cuando no han sido alegados oportunamente acarrea como consecuencia la pérdida, extinción o caducidad de facultad de alegarlos con posterioridad, por no haber sido ejercidos a tiempo. Invoca, a este respecto, la sentencia de 20 de marzo de 2012, que resolvió el reclamo de ilegalidad N° 2314-2011, caratulado "Consejo de Defensa del Estado con Consejo para la Transparencia", oportunidad en que esta Corte sostuvo la tesis planteada ahora por el reclamado, al igual que en el fallo pronunciado en el reclamo N° 4430-13, concluyendo el Consejo que aceptar la invocación ex post de causales de reserva que no fueron oportunamente alegadas ni acreditadas, infringe la competencia específica del Consejo para la Transparencia, tal como lo ha establecido en la decisión C 884-13, al señalar que la competencia específica es "el ámbito de atribuciones que lo faculta para conocer y resolver el asunto que ha sido sometido a su conocimiento dentro de los parámetros de la controversia planteada por las partes (siguiendo el concepto adoptado por Colombo Campbell J.), queda

determinada por la solicitud de información y los términos de la respuesta (denegatoria) evacuada por el organismo. Tal aserto encuentra sustento en lo que previenen los artículos 16 de la Ley de Transparencia y 35, inciso segundo, de su Reglamento, en el sentido que la negativa a entregar la información -hecho que precisamente configura la controversia a resolver en esta sede- deberá ser fundada, en términos de especificar el organismo reclamado la causal de secreto o reserva que invoca y las razones que motiven esa determinación."

Por lo tanto –continúa el Consejo- cuando decidió sobre la procedencia de la única causal de reserva invocada por el Ejército, atendió al estado procedimental existente al momento de evacuarse la respuesta por parte del órgano reclamante y a los argumentos esgrimidos en al momento de evacuar sus descargos al amparo C 1929-15 y C 1931-15, sin que puedan incidir en esta etapa procesal nuevos argumentos y causales de reserva alegadas con posterioridad a la fecha de la respuesta o de los descargos, que nunca fueron puestas en conocimiento del Consejo, para luego pretender aprovecharse de éstas y esgrimir las como antecedentes nuevos para sustentar una pretendida ilegalidad. Afirma que ponderar la reserva asociada a la afectación de los derechos de las personas, que no fue puesta en conocimiento del Consejo, en la etapa procesal respectiva, exige retrotraer el estado de las cosas para fundamentar la ilegalidad alegada por el órgano reclamante, cuestión que resulta absolutamente improcedente, pues la concurrencia de la causal invocada y la legalidad de la decisión que resolvió el amparo C 1929-15 y C 1931-15, debe ser analizada bajo la luz de los antecedentes y argumentaciones esgrimidos en la etapa procesal respectiva y atender al potencial de afectación que, a ese momento y según el estado procedimental asociado, podía haber producido la revelación de los antecedentes solicitados. En consecuencia, a su juicio, ha precluido el derecho de la reclamante para alegar nuevas causales de secreto o reserva de la información, como es la del N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, pues la ilegalidad de una decisión o de una resolución se aprecia en función de sus fundamentos, de suerte que si el amparo ha sido acogido desestimando la concurrencia de la única causal de reserva invocada, son esos argumentos los que deben ser revisados cuando se recurre de ilegalidad, existiendo una imposibilidad jurídica de esta Corte

para entrar a conocer estas nuevas causales que no formaron parte de la Litis ante el Consejo para la Transparencia.

A mayor abundamiento –reitera- existe una falta de legitimación del Ejército de Chile para invocar la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, al no haber utilizado el mecanismo de comunicación del artículo 20 de la Ley de Transparencia, alzándose injustificadamente como agente oficioso de terceros.

En el caso concreto que nos convoca, a juicio del Consejo, el Ejército carece de legitimación activa para recurrir de ilegalidad en contra de la Decisión de Amparo, fundado en la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, ya que los "terceros" titulares de los derechos supuestamente vulnerados, serían quienes podrían haberse opuesto válidamente a la entrega de la información y, con posterioridad, recurrir de ilegalidad ante esta Corte, lo cual no ha ocurrido porque el Ejército de Chile no dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, norma legal que obliga a los órganos de la administración a "comunicar" a los supuestos terceros afectados la solicitud de acceso presentada, a objeto de que estos manifiesten su conformidad o negativa con la entrega de los antecedentes requeridos, auto atribuyéndose una representación que no ostenta, invocando directamente como causal de secreto o reserva el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. Lo anterior, en su concepto, demuestra un relajamiento en la aplicación de la Ley por parte del órgano reclamante, ya que el empleo del mecanismo de comunicación a terceros, establecido en el artículo 20 de la Ley de Transparencia. Todo lo anterior, demuestra que el Ejército de Chile carece de legitimación activa para invocar directamente la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, no pudiendo actuar la institución reclamante como "agente oficioso" de terceros indeterminados reclamando de ilegalidad.

Finalmente, hace presente que el Ejército de Chile tampoco acredita en el reclamo de ilegalidad cómo se produce la afectación de los derechos de las personas que formaron parte de la DINA y/o de la CNI, olvidando que las causales de reserva deben ser debidamente acreditadas, no bastando su mera invocación o referencias de paso al bien jurídico protegido por éstas. Teniendo en cuenta lo anterior, en parte alguna del reclamo de ilegalidad se

señala cómo se llegaría a producir la eventual afectación de los derechos de los hasta ahora indeterminados funcionarios del Ejército ex miembros de la DINA o de la CNI, sino que únicamente se hacen referencias de paso al derecho a la vida privada, la libertad de trabajo y la honra de la persona y su familia, sin dar cuenta de qué forma se produce un daño presente, probable y específico a esos derechos, lo que excluye la configuración de la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.

En conclusión, claramente la Decisión de Amparo C 1929-15 y C 1931-15 emitida por el Consejo para la Transparencia se encuentra absolutamente ajustada a derecho, habiéndose dictado dentro de las atribuciones y competencias que expresamente le encomendó el legislador e interpretando la normativa conforme al artículo 8° de la Constitución y la Ley de Transparencia, no configurándose las ilegalidades alegadas por la reclamante.

Pide se rechace en su totalidad el presente Reclamo de Ilegalidad, resolviendo en definitiva mantener o confirmar la Decisión de Amparo C 1929-15 y C 1931-15 de este Consejo, ratificándose la obligación del Ejército de entregar la información controvertida.

A fojas 108, se certificó que el tercero interesado don Cristian Cruz Rivera no realizó descargos ni observaciones.

Se ordenó traer estos autos en relación.

Y teniendo presente:

Primero: Que el recurrente reprocha ilegalidad a la Decisión de Amparo, ya singularizada, por la que se le conmina a: *“Entregar al reclamante la información solicitada en el numeral ii) de la letra a) del número 1) de la parte expositiva, esto es, listado o nómina de los oficiales ascendidos al rango de General entre el 10 de marzo del año 2002 y el 11 de marzo de 2006 y que en cualquier periodo que va entre 1973 y 1990, formaron parte, estuvieron adscritos, integraron, fueron destinados o símil, a la comisión DINA, la DINA o la CNI, y la información requerida en la letra b) del número 1) de lo expositivo, esto es, el nombre de todos los generales que en cualquier periodo comprendido entre el 11 de marzo de 2002 y el 11 de marzo de 2015 hayan estado en servicio activo y que hubiesen sido adscritos, integrando, conformando, destinados o símil, a la Comisión DINA, la DINA o la CNI”*. La ilegalidad de dicha Decisión la basa el recurrente, en primer lugar,

en que se encuentra asistido por la causal de reserva prevista en el artículo 21 N° 1, letras a) y b) de la Ley de Transparencia. Es decir, en que hacer pública la información que se le ha requerido afecta el debido cumplimiento de las funciones del Ejército, tanto porque se trata de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales, como porque los mismos constituyen aspectos previos a la adopción de una resolución, medida o política, la que apoya en la resolución por parte de la Excma Corte Suprema del recurso de queja que singulariza, en el que se discute la misma situación de hecho que en el presente reclamo. En segundo lugar, invoca la razón de privacidad establecida en el artículo 21 N° 2 de la citada Ley, esto es, la publicidad de la información afecta los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada.

Pide, como se consignó, en la expositiva, revocar la decisión recurrida, declarando su ilegalidad y disponiendo su reemplazo por otra ajustada a derecho, conforme a la que se ordene al Consejo para la Transparencia retrotraer el procedimiento administrativo al estado de notificar a los terceros afectados el derecho que les asiste a oponerse o no a la entrega de la información solicitada por don Cristian Cruz Rivera.

Segundo: Que, por su parte, conforme también se anotó en la expositiva de este fallo, el Honorable Consejo controvierte el reproche de ilegalidad que se le formula a la Decisión de que se trata, sobre la base de alegar, en primer lugar, la improcedencia de la causal de reserva, según lo dispone el artículo 28 de la Ley de Transparencia, tanto por encontrarse prohibida su invocación para los órganos estatales como por resultar inaplicable a los entes que no ejercen jurisdicción; en segundo lugar y respecto de la causal de reserva establecida en el artículo 21 N° 2, argumenta la improcedencia de alterar el orden consecutivo legal haciendo valer defensas que no se expusieron en la etapa procesal respectiva, lo que se presentaría en el caso a propósito de esta causal de reserva, pues la misma no fue invocada por el Ejército en sus descargos y, por lo mismo, nada pudo decir el Consejo al respecto, asimismo, señala que el reclamante carece de legitimación activa para defender derechos de que no es titular, correspondiéndole dicho ejercicio a los terceros, dada la perentoriedad de la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, de la que

se ha sustraído el Ejército reclamante y, en esta sede, la esgrime como incumplida por el Consejo, en circunstancias que era el reclamante quien debía ceñirse a ella, resultando, en definitiva, un ánimo dilatador en proporcionar la información requerida al asilarse en el fallo de la Excma. Corte Suprema, a lo que agrega que tampoco se acredita la forma en que se afectarían los derechos de los terceros, afectación necesaria conforme la redacción de los artículos 8° de la Constitución Política de la República y 21 de la Ley de Transparencia.

Tercero: Que, circunscribiéndose esta Corte a la competencia que le asiste, ha de tener presente lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 20.285, que establece: "Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles ... deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega ...".

A este respecto, la primera reflexión que cabe a estos sentenciadores la constituye la velada pretensión de nulidad formulada por el reclamante. En efecto, ya se consignó que solicita "retrotraer el procedimiento administrativo al estado de notificar a los terceros afectados", retracción que puede darse únicamente en el evento de declararse la nulidad de las actuaciones desarrolladas en el proceso. Por lo tanto, en ese escenario, necesariamente, deben aplicarse los principios generales que rigen las nulidades, siendo uno de los esenciales aquél de la protección, que reza que dicha invalidez no puede ser alegada por quien ha originado el vicio o concurrido a su materialización, principio que descansa en la máxima "propiam turpidenen allegan non est audiendus", la que se origina en la conducta procesal de la buena fe, en la de ejercitar los derechos de buena fe, con un comportamiento coherente en la relación jurídico-procesal, que a su vez genera la confianza procesal, que no debe ser defraudada. En otros términos, rige la premisa conforme a la cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos o "adversus factum quis venire non potest".

Cuarto: Que, así planteado el debate y conforme las reflexiones vertidas precedentemente, desde ya, es dable concluir la desestimación del reclamo

intentado en representación del Ejército de Chile; sin embargo, no obstante lo consignado, este Tribunal estima del caso asentar ciertas directrices en la materia, como lo ha hecho en situaciones similares. Para ello, debe considerarse, a priori y como marco magno del tema, la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República, que establece: *"... 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 ..."*.

Asimismo y recogiendo dicho marco constitucional, el artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 20 de agosto de 2008, prevé: *"En virtud del principio de la transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado."*

"Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas."

También es necesario considerar lo dispuesto por el artículo 10 de la misma Ley, esto es: *"Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano e la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley."*

"El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales."

Por otra parte y de acuerdo a las alegaciones del reclamante, cabe traer a colación, en lo que interesa, el contenido del artículo 21 de la citada Ley N° 20.285, que prevé: *"Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud*

se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:"

"1.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:"

"a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales."

"b) 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 ...". "2.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económicos ...".

Quinto: Que, por consiguiente y como premisa de lo que se resuelva, debe necesariamente asentarse que el principio rector en la materia está constituido por la publicidad que asiste a los actos y resoluciones de la administración. Dicho principio se recoge en las normas de la Ley N° 20.285, la que regula, conforme se lee de su artículo 1°, el principio de la 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.

Sexto: Que, en el cometido de regulación del principio de la transparencia, la citada Ley N° 20.285, desarrolla entre sus normas las excepciones que la propia Carta Fundamental reconoce a la regla general y básica de la publicidad, esto es, debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Es decir, el derecho de acceder a la información de los órganos del Estado, no obstante encontrarse garantido constitucionalmente en el artículo 8° de la Carta Fundamental, no es absoluto y total, sino que reconoce limitaciones las que se recogen y reflejan en las causales de secreto o reserva que la citada Ley de Transparencia establece, en su reproducido artículo 21.

Séptimo: Que, no obstante considerarse como únicas las causales de reserva ya referidas, no es menos cierto que la propia ley se ha encargado de

prever determinadas cortapisas o prohibiciones en el ejercicio del derecho a reclamo por parte del órgano conminado a informar y una de ellas se encuentra en la disposición del inciso segundo del artículo 28 de la Ley de Transparencia, la que señala: "Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21.". Claramente, entonces, es la propia ley de la materia, la que imposibilita al Ejército de Chile, reclamante en estos autos, invocar las circunstancias pormenorizadas en el N° 1 del artículo 21, que, como ya se dijo, prevé dos hipótesis, esto es y en la especie, que se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales o que sean previos a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas. Por consiguiente, sin más reflexión se desestimaré la causal de reserva citada, hecha valer por el reclamante en la presentación que se examina, desde que ha sido la propia Ley de Transparencia la que le impide ejercer el derecho a reclamo cuando hubiere denegado la información basándose en las hipótesis ya citadas.

Octavo: Que, despejado el debate en los términos en que se planteó ante el Consejo para la Transparencia, a continuación este Tribunal se hará cargo de la causal de reserva establecida en el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, sin perjuicio de reconocer que se trata de un argumento nuevo, que no fue invocado en la oportunidad procesal correspondiente; sin embargo, tratándose del ejercicio de la jurisdicción y sin que pueda verse al Honorable Consejo para la Transparencia como contraparte propiamente tal del Ejército de Chile, entidad que, además, expuso lo pertinente a sus derechos en esta sede, a lo que se suma el derecho a ser oído, premisa de rango constitucional, se estima pertinente emitir el pronunciamiento respectivo.

Noveno: Que, como ya se reprodujo, el citado N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, establece que puede denegarse el derecho a la información, total o parcialmente "Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter

comercial o económico” y el reclamante sostiene que se produciría esa afectación de terceros.

A priori, es dable precisar que dichos terceros están conformados, en su totalidad, por funcionarios públicos de quienes se conocería sus ascensos al rango de General y que hayan formado parte, estuvieron adscritos, integraron, fueron destinados o símil, a la comisión DINA, la DINA o la CNI y de iguales funcionarios públicos que hayan estado en servicio activo y que hubiesen sido adscritos, integrando, conformando, destinados o símil, a la Comisión DINA, la DINA o la CNI en determinados períodos.

Décimo: Que, para los efectos de elucidar este aspecto, cabe recordar el principio rector anotado en el motivo quinto que antecede, esto es, la publicidad y es en ese contexto en el que debe examinarse la legalidad o ilegalidad de la decisión del Honorable Consejo. Es decir, precisar la existencia de afectación de los derechos de ciertos funcionarios públicos en el ejercicio de funciones de igual naturaleza, en el evento de darse a conocer sus individualizaciones, ascensos y destinaciones en determinados períodos.

En ese contexto, este Tribunal no divisa afectación alguna, no sólo porque la explicada en el reclamo resulta vaga e imprecisa, sino porque la exposición de los ascensos y destinaciones de funcionarios públicos, forma parte del ejercicio de la función de la misma índole, la que debe estar al alcance de cualquiera que tenga interés en conocerla, desde que se enmarca en la transparencia necesaria a la confianza sobre la que se estructura y construye un Estado de Derecho sólido y perdurable.

En consecuencia, en la especie, el principio rector de publicidad no admite resignación, no sólo por la prioridad que la propia Constitución Política de la República otorga a la exposición de la información de los órganos del Estado, sino porque además de resultar inexistente o, al menos, no probada la afectación de los terceros funcionarios públicos involucrados, como se dijo, en el ejercicio de sopesar el beneficio que se obtendría en caso de retenerse la información requerida versus el provecho que reportaría la divulgación de los antecedentes, resulta vencedora –en el caso- esta última conducta, desde que la difusión de que aquí se trata forma parte del ejercicio de la función pública, la que prima por sobre los intereses particulares que pudieran estar en juego, circunstancia – la publicidad- consustancial y previamente conocida por quien se adscribe al régimen de la administración pública.

Undécimo: Que, por consiguiente, la decisión del Consejo Directivo del Honorable Consejo para la Transparencia se ha ajustado a la normativa vigente, debiendo desestimarse el reclamo intentado en estos autos.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 8° de la Constitución Política de la República; 1, 5, 10, 21, 28, 30 y 33 de la Ley N° 20.285, **se rechaza** el reclamo de ilegalidad interpuesto en lo principal de fojas 40 por don Humberto Patricio Oviedo Arriagada, Comandante en Jefe del Ejército de Chile, en contra de la decisión final recaída en el Amparo C-1929-15 C-1931-15, adoptada por el Consejo Directivo del Honorable Consejo para la Transparencia, celebrado con fecha 16 de octubre de 2015.

Redacción de la Ministra señora Javiera González Sepúlveda.

Regístrese y archívese.

N° 12.027-2015.

Pronunciada por la **Segunda Sala de Febrero** de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Javiera Verónica González Sepúlveda e integrada por el Ministro señor Mario Rojas González y por la Ministra señora Maritza Villadangos Frankovich.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, 07 de marzo de 2016, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.