

Medio	CiperChile
Fecha	26-01-2011
Mención	Artículo de Gonzalo García, abogado y profesor de la Universidad Alberto Hurtado. Escribe sobre la transparencia en Defensa.

Transparencia en Defensa: Reservas a la ley de fondos reservados

Por Gonzalo García* | 26 de Enero de 2011 | [Enviar por Correo](#) | [Imprimir](#)



La transparencia en el sector defensa ha sido puesta a prueba en las últimas semanas y ya le costó el puesto al ministro Jaime Ravinet y al jefe del Estado Mayor Conjunto Cristián Le Dantec. En esta columna, el ex subsecretario de Guerra Gonzalo García analiza las complejidades del tema y urge a que se dicte uno de los reglamentos de la nueva Ley Orgánica del Ministerio de Defensa, la que establece que los

registros de proveedores de las Fuerzas Armadas serán públicos. Un gran avance, pero que no terminará con el problema de fondo hasta que no se derogue la Ley de Fondos Reservados del Cobre.

Las aguas no se aquietarán en la defensa nacional hasta que el origen de los problemas no sea controlado. Y este no es otro que la existencia de la Ley de Fondos Reservados del Cobre que ha dado muchísimo más que un financiamiento estable para la defensa. El medio se ha tragado los fines y hay que restablecer el orden de las cosas. Lo normal es que la escasez sea la fuente de problema pero no al revés.

Se ha escrito con ingenio que el arte de la defensa está construido en clave paradójal: "si quieres la paz prepárate para la guerra" o "el camino recto y despejado es un mal camino". Parece que una buena explicación puede ser la vía paradójal. La normalidad de la publicidad se alteró y la excepcionalidad del secreto y la reserva del Estado puede ser la regla en ciertas decisiones de la defensa.

Las decisiones del Consejo para la Transparencia sobre defensa nacional partieron antes del Puente sobre el Bío-Bío y no terminarán ahí. Por la Contraloría también pasará parte de este dilema.

El debate no radica en sostener quién define lo que entenderemos por seguridad nacional y cómo las reservas y secretos de la defensa constituyen una garantía institucional. Es evidente que al legislador y sólo a éste le compete la tarea de establecer mediante ley formal y material las reglas del secreto. De hecho, encontramos con posterioridad a las reformas constitucionales del año 2005 un conjunto de normas legales que precisaron las reglas de la reserva o secreto, como las establecidas en la Ley 20.424 (Artículo 34) Orgánica del Ministerio de Defensa.

El problema no se presenta a nivel del legislador sino que en la interpretación de la regla del secreto o reserva. Esta será una tarea habitual del Poder Ejecutivo y, en este caso puntual, del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Armadas. ¿Cuándo concurre, por ejemplo, la causal relativa al secreto sobre los estándares con los que operan las Fuerzas Armadas chilenas? Muchas veces podremos deducir estándares de operación a partir de otros datos. ¿Estos últimos serán públicos o reservados? En fin, siempre existirá un espacio de discrecionalidad técnica para dar cuenta de la garantía institucional de la defensa nacional.

No obstante, la práctica indica que estas causales tienden a exacerbarse, a utilizarse como una noción abarcadora y más amplia, en circunstancia, que son jurídicamente excepcionales.

Es interesante recabar un ejemplo sobre adquisiciones militares. Un caso presentado el año 2009 por CiperChile al Consejo de la Transparencia nos da cuenta de cómo se interpreta estas normas por los operadores. El Caso es el C-382/2009 y está en la base de la indagación de CiperChile referida a Serlog, una empresa de intermediación y representación múltiple de industrias de la defensa, que era investigada en el extranjero por unas comisiones ilegales. Se trataba de indagar en qué calidad participaba en algunas adquisiciones, la cantidad de veces que intermediaba y desde cuándo estaba en los registros de una institución armada.



La respuesta de la institución castrense fue la siguiente:

- i) "Las compras relativas a sistemas de armas y repuestos para material de guerra son secretas.
- ii) Las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad está facultadas expresamente para mantener un registro secreto de proveedores, de lo que se deriva que los datos de dicho registro son también secretos.
- iii) En los procesos de adquisiciones de los productos indicados, se desarrolla e involucran diversos agentes externos (a la institución castrense) como el Ministerio de Defensa, la Presidencia de la República, el CONSUDENA, entre otros, a quienes se les impone el secreto o reserva en las fases en que intervienen.
- iv) En el caso, las gestiones comerciales de SERLOG Ltda. son parte de estos complejos procedimientos de adquisición, amparado por el secreto y caracterizado por su indivisibilidad." (Caso C-382/2009 – CPLT)

El Caso fue resuelto el 26 de Febrero de 2010, negando el acceso a la información porque se acreditó que Serlog Ltda. no tenía contratos vigentes con la institución militar por lo cual mal se podía exigir la entrega de información inexistente.

Más allá del caso es importante constatar que a la fecha de esta decisión del Consejo para la Transparencia las reglas del juego sobre las adquisiciones de la defensa habían cambiado y, por ende, parte de los supuestos en lo que se apoyaba no son hoy válidos. Lejos estoy de criticar la Decisión del Consejo para la Transparencia porque las reformas de la Ley 20.424 Orgánica del Ministerio de Defensa Nacional fueron publicadas en el Diario Oficial del 4 de Febrero de 2010 y no afectan un proceso iniciado en el año 2009 y donde todas las intervenciones de los actores en esa causa citaron legislación vigente al día.

Lo relevante son las decisiones actuales y el nuevo ciclo que se abre sobre transparencia y defensa. Para cerrar el caso de las adquisiciones, nuevas reglas han entrado a operar y es necesario dictar la legislación complementaria (Decretos con Fuerza de Ley que se deben publicar antes del 31 de Marzo del 2011 y Reglamento del Registro de Proveedores que debe publicarse lo antes posible). Sin embargo, los supuestos han alterado la manera de operar sobre las adquisiciones de la defensa.



Así es esencial citar el Artículo 34 inciso 4° de la Ley 20.424 Orgánica del Ministerio de Defensa Nacional. “Los registros de proveedores de los organismos e instituciones del sector serán públicos. Dichos registros deberán hallarse permanentemente actualizados, indicando aquellos hechos esenciales que atañen a la naturaleza y estructura de las personas jurídicas ahí señaladas, e identificando a las personas naturales que ejerzan las funciones de su

representación en Chile. No podrá admitirse a tramitación ninguna gestión con proveedores que no cumplan con dichas exigencias. Un reglamento especial, aprobado por decreto supremo emitido por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional y firmado, además, por el Ministro de Hacienda, fijará las normas reglamentarias de detalle para la plena aplicación de este inciso, considerando un régimen de inhabilidades, implicancias y recusaciones para la plena aplicación de las mismas.”

¿Cómo afecta este artículo legal a la tesis jurídica central respecto de que todo el proceso de adquisiciones de la defensa es secreto?

Primero, partamos recordando la sentencia del propio Consejo para la Transparencia en otro caso, el C 57-2010, relativo a la difusión de los rendimientos económicos de la Ley de Fondos Reservados del Cobre indicó. Allí calificó 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 8° 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. 4° de la Constitución).”

Segundo, si los registros de proveedores son públicos y todo cambio en su naturaleza jurídica es un antecedente esencial que debe informarse, aparece como una nueva facultad para controlar estos aspectos.

Tercero, incluso más, la ley es perentoria en indicar una especie de nulidad de lo obrado cuando se hayan iniciado gestiones relativas a la adquisición de un bien de la defensa que no cumplan con estos requisitos de publicidad. Aquí la transparencia definida por la Ley 20.424 está puesta al servicio de evitar y precaver todo tipo de conflictos de interés. Por lo mismo, exige la implementación de un sistema de inhabilidades, implicancias y recusaciones.

Por tanto, es urgente dictar ese Reglamento sobre Registro Público de Proveedores de la Defensa. Este solo paso modifica una parte sustantiva de lo que la Ley de Fondos Reservados del Cobre oculta.

La Ley 20.424 viene a poner al día en parte la Ley 13.196 en lo relevante, que los medios deben estar puestos al servicio de unos fines y no que los medios cubran cualquier medio y por cualquier fin. Estos son algunos de los imperativos de la defensa en el período actual.

(*) Gonzalo García es abogado y ex subsecretario de Guerra, además de profesor de Derecho Constitucional de las universidades Alberto Hurtado y Adolfo Ibáñez.