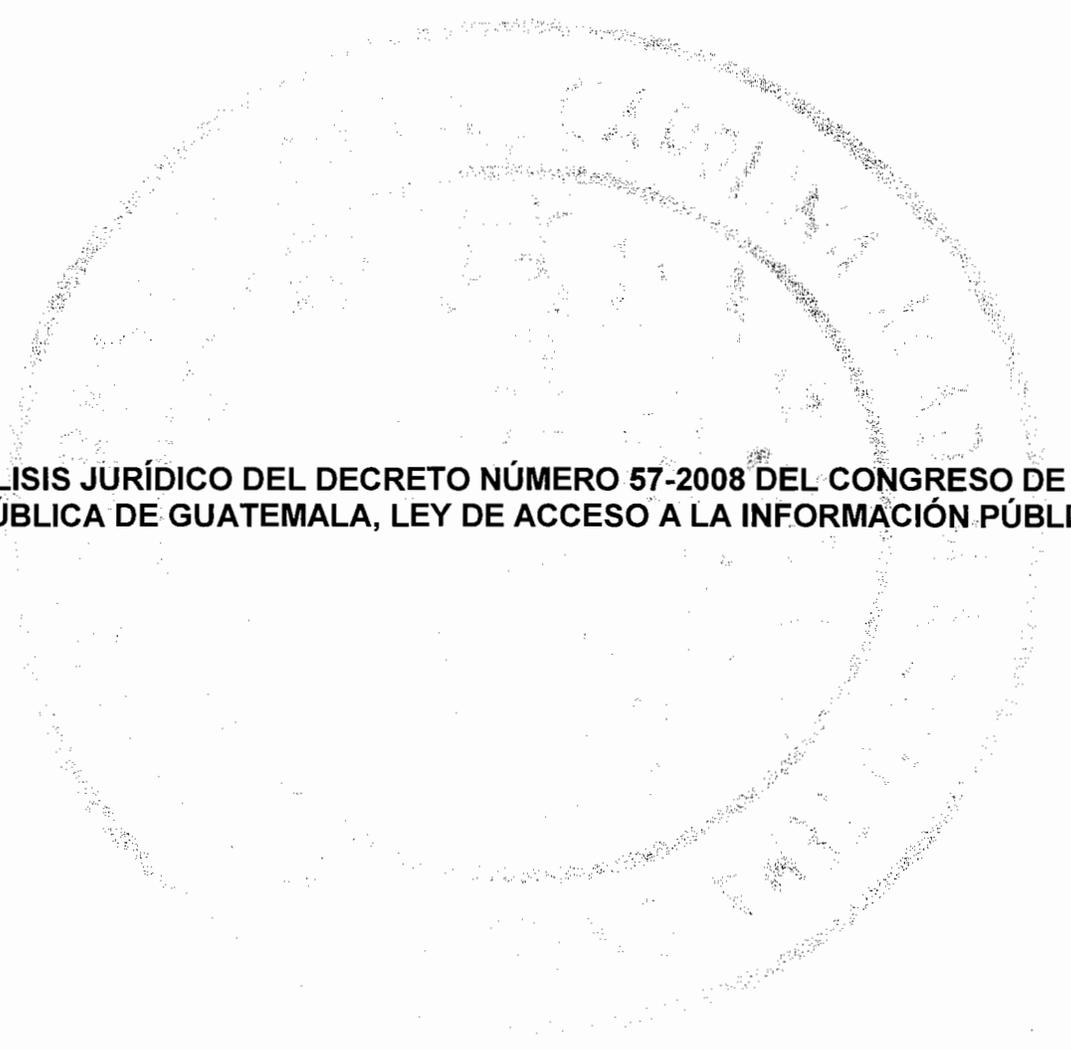


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO NÚMERO 57-2008 DEL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

AYLEN LEONOR MARROQUÍN ARRIAZA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2014

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO NÚMERO 57-2008 DEL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

AYLEN LEONOR MARROQUÍN ARRIAZA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto de 2014

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana

VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez

VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario

SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

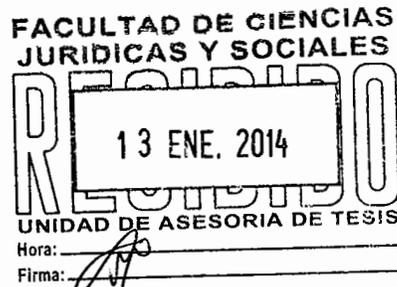


Otto Rene Castillo Sandoval Martínez
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Abogado y Notario Col.:8334
12 Calle 9-73 zona 1
Ciudad de Guatemala
Tel. 52161123



Guatemala 13 de enero del 2014

Doctor
Amílcar Bonerge Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Doctor Mejía:

Cumpliendo la disposición contenida en resolución emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha nueve de septiembre de dos mil once, procedí a realizar el análisis correspondiente como **ASESOR** del trabajo de tesis de la bachiller **AYLEN LEONOR MARROQUÍN ARRIAZA**, sobre el tema "**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO NÚMERO 57-2008 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**", posteriormente rendir el informe respectivo, de conformidad con lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo de la siguiente manera:

- I. Al establecer comunicación con la Bachiller **AYLEN LEONOR MARROQUÍN ARRIAZA**, se procedió a revisar el trabajo realizado, el cual se encuentra congruente, logrando consenso con el ponente del tema, el cual tiene contenido científico, realizando un estudio técnico de las fases y aspectos relevantes y sus consecuencias jurídicas, por lo que no dudo que constituirá una excelente compensación para las instituciones del sector público y organizaciones sociales, interesadas en el tema.
- II. Dentro del informe final realizado por la bachiller, se efectuaron investigaciones bibliográficas, dentro de las cuales se utilizaron los métodos inductivo o directo y el deductivo o indirecto, que permitieron el estudio de hechos, datos, rasgos doctrinarios y


1/2



de otros aspectos relevantes. Se agregó el análisis institucional del mismo para que de esta manera se pudieran proporcionar las conclusiones respectivas. Puedo agregar que dentro del trabajo realizado se utilizó en forma adecuada la gramática y lexicografía, utilizando un lenguaje técnico adecuado y que caracteriza a una profesional del derecho, incluyendo en el mismo las instituciones jurídicas y doctrinarias adecuadas que fueron planteadas en forma objetiva.

- III. La bibliografía utilizada en el desarrollo de la investigación se considera ser la más adecuada al tema, ya que se consultaron textos doctrinarios de autores nacionales y extranjeros, de la investigación realizada.
- IV. Al momento de emitir conclusiones y recomendaciones acordes con el trabajo desarrollado, se ha logrado brindar un aporte para el ordenamiento jurídico de Guatemala; por la forma en que ha sido abordado su planteamiento y contenido que al respecto y con base en el nombramiento que me ha sido delegado.

DICTAMINO:

Por lo antes relacionado y para los efectos correspondientes, recomendé a la estudiante las correcciones pertinentes en el trabajo realizado y en virtud que cumple con los requisitos técnico-legales que la legislación universitaria requiere, emito **OPINIÓN FAVORABLE**, para que se proceda con el trámite respectivo, según el Reglamento de Graduación.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.

Atentamente,



LICENCIADO
Otto René Castillo Sandoval Martínez
ABOGADO Y NOTARIO

c.c. Archivo





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 19 de junio de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante AYLEN LEONOR MARROQUÍN ARRIAZA, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO NÚMERO 57-2008 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.

Rosario





DEDICATORIA

A DIOS: Por darme la vida, la sabiduría y la perseverancia para llegar a este momento inolvidable.

A MIS PADRES: Edio Joaquín Marroquín y Marroquín, y Ayleen Hercilia Arriaza Rodas de Marroquín. Por ser pacientes al esperar que llegara este momento y haber confiado en mí.

A MI HIJA: Andrea Leonor Ponce Marroquín. Por ser el eje de toda mi motivación y esfuerzo.

A MIS HERMANAS Y SOBRINOS: Para ser ejemplo de trabajo y sacrificio para cumplir las metas que se tracen.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES: Por haberme formado con humildad y ética en esta carrera.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Por demostrarme que solo luchando se puede ser un profesional de bien.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos del derecho a la información pública.....	1
1.1. Origen del derecho de acceso a la información pública.....	4
1.2. Antecedentes en Europa.....	6
1.3. Antecedentes en Latinoamérica.....	18

CAPÍTULO II

2. El reconocimiento del acceso a la información pública.....	35
2.1. Elementos que integran un derecho fundamental.....	36
2.2. Principios generales del derecho a la información pública.....	36
2.3. Teorías de los derechos fundamentales	42

CAPÍTULO III

3. Conceptos del derecho al acceso a la información pública.....	53
3.1. Concepto de derecho a la información.....	54
3.2. Normas constitucionales que regulan el derecho a la información pública.....	59



Pág.

3.3. Normas constitucionales que regulan el acceso a la información.....	61
3.4. Relación del derecho de acceso a la información pública con otras ramas del derecho.....	63

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico a las propuestas de la iniciativa a la Ley de Acceso a la Información Pública en Guatemala y sus dictámenes.....	65
4.1. Conceptos que motivaron la propuesta.....	69
4.2. Nueve principios que dicho proyecto contenía.....	70

CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico a la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto Número 57-2008.....	75
5.1. Obligaciones de transparencia.....	82
5.2. El sujeto pasivo del derecho	82
5.3. El sujeto activo del derecho.....	83
5.4. Beneficios económicos.....	83
5.5. Beneficios administrativos.....	83
5.6. Del acceso a la información pública en la Ley.....	84
5.7. De las unidades de información pública.....	85



	Pág.
5.8. Elementos que debe contener la solicitud.....	86
5.9. Tiempo de respuesta.....	87
5.10. Prórroga del tiempo de respuestas.....	87
5.11. De la creación de las unidades de información pública.....	88
5.11.1. Presupuesto asignado.....	88
5.11.2. Número de empleados o personal asignado.....	89
5.11.3. Salarios.....	89
5.12. De la información confidencial y reservada.....	90
5.13. Recurso de revisión y su procedimiento.....	93
5.14. Responsabilidades y sanciones.....	95

CAPÍTULO VI

6. Comparación con otras leyes que regulan el acceso a la información en América Latina.....	97
6.1. Derecho comparado de acceso a la información en el ámbito de la Unión Europea.....	99
6.2. Derecho comparado de acceso a la información pública en el marco constitucional español.....	101
6.3. Derecho comparado de acceso de información pública en el ámbito interamericano.....	105



	Pág.
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	113



INTRODUCCIÓN

En la actualidad se han realizado diversos estudios que alcanzan a desvelar algunos aspectos en materia de acceso a la información pública, pero es necesario continuar con su estudio y divulgación, ya que el mismo constituye un derecho fundamental más.

Los objetivos generales de la presente investigación radican en conocer el proceso de iniciativa y aprobación de la Ley de Acceso a la Información Pública en Guatemala, así como establecer las consideraciones políticas, sociales, legales, económicas y culturales para su aprobación e identificar los antecedentes y principios en materia de acceso a la información pública, los cuales se alcanzaron y que se detallan en el desarrollo de este trabajo.

En la presente investigación, se planteó la siguiente hipótesis: Es necesario divulgar el acceso de la información pública a toda la población, para que sean auditores del que hacer de los gobernantes. Que la administración pública pueda cumplir con brindar la información pública tanto de oficio, así como la que le sea solicitada en el tiempo establecido en la Ley, a excepción de aquellas que se encuentre en reserva conforme al procedimiento establecido o sea considerada confidencial; lo cual se comprobó y se expone en cada uno de sus capítulos.

El presente trabajo se encuentra contenido en seis capítulos: el primero describe lo que son los antecedentes históricos del derecho a la información pública, en las naciones que lo han implementado e incluido dentro de su ordenamiento jurídico; el capítulo segundo trata del el reconocimiento del acceso a la información pública como derecho humano, dando a entender que el mismo debe sumarse a un derecho más del hombre, que le es inherente como ser social; en el tercero se desarrollan los conceptos del derecho al acceso a la información pública, para dar a conocer la definición de tales conceptos y tener un mejor entendimiento sobre los mismos, para su divulgación e implementación; en el cuarto capítulo se

desarrolla el análisis jurídico a las propuestas de la iniciativa a la Ley de Acceso a la Información Pública en Guatemala y sus dictámenes, para así conocer la naturaleza o las razones que tuvo el legislador para emitir dicha Ley en tal sentido; el capítulo quinto contiene el análisis jurídico a la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto número 57-2008, el cual es la parte medular del presente trabajo, con el afán de dar a conocer las ventajas y desventajas plasmadas en la Ley y conocer si en la actualidad la misma es susceptible de modificaciones o reformas, para hacer más positiva su aplicación; y por último el capítulo sexto trata sobre la comparación con otras leyes que regulan el acceso a la información en América latina.

En cuanto a la determinación de los métodos y técnicas empleados en la presente investigación; se implementó el método analítico; y, el método sintético. En cuanto a la técnica empleada nos enfocaremos en la bibliográfica documental; y, el de ficheros que permite condensar la información recopilada del material bibliográfico.

La bibliografía utilizada para la presente investigación, fueron libros de profesionales que han escrito sobre el tema, siendo estos autores nacionales y extranjeros, diccionarios jurídicos, leyes y convenios ratificados por Guatemala.

Al final de la presente investigación se encuentran las conclusiones y recomendaciones; conclusiones que indican las razones para considerar el acceso a la información como un derecho humano más. En cuanto a las recomendaciones las mismas son un aporte para que se haga positiva la Ley por parte de cualquier interesado que al final somos todos como administrados, frente a la administración pública, solicitando que los tres órganos del Estado se comprometan a su divulgación y cumplimiento.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos del derecho a la información pública.

El primer antecedente histórico que se tiene, según refiere el politólogo César Romero, “desde la antigüedad, los dirigentes han buscado centralizar y controlar la información, lo que les confiere poder sobre el resto de la comunidad”¹.

En las sociedades primitivas, la información era un bien reservado a unos pocos, ya sea que versara sobre cuestiones económicas, religiosas o políticas.

Los ejemplos se constituyen en el Antiguo Egipto, el Escriba, quien jugaba un rol preponderante en la sociedad; y, todo aquel que necesitara almacenar o intercambiar información por escrito debía recurrir a este personaje.

Otros antecedentes indican que el reconocimiento de las libertades de expresión y de prensa se sitúa a finales del Siglo XVIII cuando se produce en el pensamiento jurídico la ruptura con la tradición jurídica tradicional. La clave de esta ruptura, es la consideración de que a todos los hombres se les ha de reconocer por igual, los mismos derechos y que estos derechos han de estar recogidos en un texto formal.

¹ Romero, César E., **Derecho constitucional**. Tomo I, Pág. 64.

Entre, estos derechos están el derecho a la libertad de expresión y el de libertad de prensa. Hasta ese momento, la censura de cualquier impreso y la licencia previa por parte del poder para imprimir, era la práctica extendida.

La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, allá por el año 1776, en su punto número 12, puede considerarse como, la primera muestra representativa de este reconocimiento formal de la libertad de prensa, que constituye un claro precedente de lo que va a ser el primer reconocimiento universal de la libertad de expresión, recogido en el artículo 11, del texto francés, que recogió estos derechos del hombre en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, fue una propuesta de las Naciones Unidas, las cuales aprovechando que el racionalismo jurídico va evolucionando a posiciones iusnaturalistas, formula la Declaración Universal en cuyo preámbulo ya se advierte: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e ineludibles de todos los miembros de la familia humana”, en definitiva, se concibe, por tanto, que para asegurar una convivencia social justa entre las naciones se tiene que contar con una referencia internacional de valores humanos cuya eficacia jurídica se deriva de su intrínseca vinculación con la dignidad personal del hombre.

Toda Constitución posterior a esta Declaración recogerá en sus textos la aceptación que esta propone.

El texto del Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, es el siguiente: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el derecho a no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”.

El Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950, constituye otro antecedente y fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 denominado “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, y no es más que el reflejo europeo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como sustancia jurídica básica de lo que va a ser la Unión Europea junto al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, el Acta Única Europea de 1986 y el Tratado de la Unión Europea de 1992.

En el ámbito de las libertades informativas, el Convenio dedica el Artículo 10 al reconocimiento de sus libertades en el ámbito de la Unión Europea con este texto: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, este fue aprobado en Nueva York en la sede de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 y reconoce claramente en su Artículo 19 el alcance del derecho a la Información en su amplia

cobertura que se extiende a buscar, recibir y difundir tanto información como cualquier opinión, crítica o idea, a través de cualquier forma de difusión.

Se establece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y como contrapartida a la libertad que se reconoce, el deber y la responsabilidad de los sujetos del derecho que por ello puede estar sometido a ciertas restricciones.

Estos límites se centran en el respeto a los derechos de los demás ciudadanos, la protección de la seguridad nacional y el orden público.

En su Artículo 20, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe la propaganda a favor de la guerra y la apología de cualquier incitación al odio por razón de la ideología, religión o raza.

Con estos textos se completa la evolución histórica que va desde la originaria libertad de prensa hasta el actual derecho de la Información.

Por tanto a partir de las declaraciones referidas, el derecho a la información no es un principio idealista o moralista es un derecho humano que tiene eficacia jurídica.

1.1. Origen del derecho de acceso a la información pública.

El derecho de acceso a la información pública es una institución que ha venido creciendo a lo largo del tiempo, tenido como punto de partida la legislación fundamental sueca del siglo XVII, sin importar el sistema jurídico o político del que abrevan las leyes legisladas alrededor del mundo.

El derecho de acceso a la información en el mundo ha sido tratado de manera esporádica generalmente a factores externos al jurídico, centrados en cuestiones sociológicas, politológicas o económicas, pero sin detenerse en un estudio a profundidad de naturaleza técnico y jurídica, que incluya todas y cada una de las leyes razonablemente identificadas en fuentes accesibles de información, independientemente del idioma en que haya sido escritas.

Inicialmente se promulgaron decretos, reglamentos o productos jurídicos de similar naturaleza que por su propia jerarquía normativa no aseguran el derecho a saber, sobre la información que debía ser conocida por todos.

En ocasiones, esas disposiciones fueron el resultado de la buena fe de gobernantes que no tienen una relación política con sus parlamentos.

Para dar vida a una Ley, fue importante advertir sobre su necesidad de creación, por el bien común de los gobernados.

“En otras, se trato solamente de coartadas bajo una endeble cobertura legal para cumplir un cometido formal por múltiples razones pero, en todo caso, ajenas a que el derecho de acceso a la información pública sea el mismo tiempo vigente y eficaz, así como de cumplimiento obligatorio, para quienes poseían la información”.²

Por tanto el desarrollo del derecho de acceso a la información no sólo significó la inclusión de un precepto jurídico dentro del sistema legal de un país, sino también implico la posibilidad de cambios profundos en sus sistemas políticos, ya que puede ser el génesis de una modificación en las relaciones establecidas entre gobernantes y gobernados.

El impacto en la implementación de este derecho ha estremecido al sistema, en especial, en aquellos países en donde están acostumbrados a cobijar el secreto por parte de las autoridades, motivos que dan origen a la regulación de este derecho, para evitar la corrupción, siendo en todo caso una conquista del poder soberano que obviamente radica en el pueblo y quien merecía y merece estar informado del actuar de sus gobernantes.

1.2. Antecedentes en Europa.

a) Francia.

En el país galo la cuestión del acceso a la información no ha preocupado excesivamente a la doctrina de dicho país, y al parecer se conforma con el fundamento

² Berlín Valenzuela, Francisco. **Derecho parlamentario**. Pág. 138.

legal que ofrece el Artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en virtud del cual la sociedad tiene derecho a exigir a todo agente público cuentas de su administración.

No obstante, a partir de la intervención del Consejo Constitucional en los últimos años se ha tomado conciencia de la necesidad de una protección constitucional.

De lo anterior, el debate ahora se circunscribe a la calificación o no de este derecho como perteneciente a la categoría de los derechos humanos.

Según Vasak (1979) "este derecho pertenece a una generación de los derechos humanos después de los derechos civiles y políticos de 1789 y de los derechos económicos y sociales de 1946".³

No obstante, partiendo de la relativa indefinición o ambigüedad de la noción de transparencia administrativa, no puede configurarse un derecho a la transparencia como verdadero derecho del hombre.

El antecedente de este derecho en Francia data precisamente de las épocas de la revolución, pues este hecho propició la apertura de archivos históricos al público y se permite a todos los ciudadanos a acceder a los documentos depositados en los archivos, se proclamó un libre acceso, sin condiciones ni restricciones.

³ Vasak, Karel. **Por los derechos del hombre de la tercera generación. El derecho de solidaridad.** Pàg. 40.

No obstante, con el paso del tiempo se fijaron plazos amplísimos de antigüedad de los documentos para permitir su comunicación.

A esto se aúna el hecho de que independientemente de la legislación sobre los archivos, el acceso a la información por parte de particulares a los documentos relativos a la administración municipal ha sido objeto de específicas disposiciones desde el siglo XIX.

Lo que se buscaba era establecer que el derecho de la comunicación de los documentos estuviera destinado a permitir a los administrados ejercer el control de la gestión de los asuntos del municipio, anticipándose varias décadas a las tendencias que acabarían imponiéndose.

No obstante, la administración francesa se ha caracterizado por una larga tradición del secreto, forzada por su carácter centralizado, su estructura jerárquica y piramidal, así como su modo de actuar unilateral e imperativo.

Algunos autores, relacionan el origen del secreto con el procedimiento canónico de tipo inquisitorial, el cual se sustituyó en Francia, a diferencia de los países anglosajones, al procedimiento acusatorio público.

El sistema anterior fue tolerable mientras los poderes públicos no extendieron su intervención a todos los sectores de la vida cotidiana y social, pues la penetración

creciente de la administración en la vida cotidiana transforma a la administración en fuente de perturbación para los ciudadanos.

De allí, a partir del inicio de los años 70 va tomando cuerpo un amplio movimiento favorable al establecimiento en Francia de un derecho de acceso de los administrados a los documentos administrativos.

Por su parte, el Gobierno en 1971, creó la comisión de coordinadores de la documentación administrativa, la cual tenía, entre otros objetivos, estudiar los medios para asegurar la conservación y la consulta de documentos, que sin ser materia de secreto, no pueden ser objeto de difusión.

Dicha comisión señaló en un informe que se estableciera a favor del ciudadano un verdadero derecho a la comunicación cuyos principios fundamentales deberán establecerse legalmente, pero que deban consistir en que, salvo excepciones, los documentos en poder de la administración fueren accesibles al público.

El informe, además, contenía una serie de propuestas en las que se incluía hacer obligatoria la publicación de las instituciones administrativas, reducir el plazo de acceso a los archivos y estudiar el problema del deber de motivar las decisiones administrativas.

Sin embargo, un decreto posterior en el cual se crea otra comisión consideró que no era posible invertir la regla del secreto, pero posteriormente, en la Ley 78-753 se garantiza el derecho de toda persona a la información en lo referente a la libertad de acceso a los documentos administrativos.

En todo caso la doctrina puso en relieve, que la ley reconoce un verdadero derecho a la información administrativa, que significa justamente la inversión de los términos del derecho anterior, de modo que el secreto administrativo pasará a constituir la excepción del principio general de comunicación.

Asimismo, se engloba este derecho dentro del principio de transparencia administrativa, con la consiguiente complejidad de la noción misma de transparencia.

El derecho a la información en el Estado Francés, se circunscribe a la libertad de acceso a los documentos administrativos de carácter no nominativo, lo cual presupone la existencia de éstos, es decir, de una materialización.

La ley francesa acepta cualquier tipo de materialización del documento, pero en todo caso se requiere de la existencia física de éste, pues las informaciones no consignadas o reproducidas no constituyen un documento y, por lo tanto, no son susceptibles de ser objeto de la libertad de acceso.



Por otro lado, este requisito de la existencia material del documento da pie a ciertas prácticas fraudulentas por parte de la administración, consistentes en negar la existencia misma del documento requerido. En este caso la jurisprudencia francesa converge con la norteamericana en el sentido de precisar que el documento debe existir en el momento de la solicitud, de modo que los particulares no pueden exigir a la administración efectuar un trabajo de síntesis o de confección de documentos.

Asimismo, no es posible solicitar documentos de producción futura y finalmente, la jurisprudencia francesa exige que el documento deba estar acabado.

“El público tiene derecho a saber, pero las administraciones tienen también derecho a adoptar sus decisiones en la calma y la serenidad”.

b) Italia.

La Constitución italiana no contiene un reconocimiento explícito del derecho de acceso a la información. De hecho, la idea de que lo anterior se materializará fue hasta en 1983, tras considerar fundamental la plena transparencia de las administraciones públicas y de sus procedimientos, de modo que permita un amplio control democrático por parte de los ciudadanos, por ello, se propuso la inserción en la Constitución de un precepto de esa naturaleza.

A pesar de esta ausencia de constitucionalización explícita del derecho de acceso, la doctrina ha encontrado sin dificultad diversos fundamentos constitucionales para esta

figura. De allí, que la doctrina entiende que el derecho de acceso es una derivación de los principios de imparcialidad y de buen funcionamiento de la administración pública consagrados en la carta magna, ya que permite un control democrático de la sociedad sobre la administración.

La Constitución italiana, como es sabido, se limita a declarar que todos tienen derecho a la libre expresión del pensamiento mediante la palabra.

De allí que la libertad de información es fruto de una construcción de la doctrina y de la jurisprudencia.

Por lo anterior, la doctrina distingue entre una vertiente activa, en el sentido de comunicar o difundir ideas y noticias –la libertad de informar- y una vertiente pasiva, desde el punto de vista de quien recibe la información –libertad de ser informado o derecho a la información-. Así como lo menciona Grassi “Pero junto a estos dos aspectos la doctrina añade una tercera vertiente: la libertad de informarse, es decir, de acceder y adquirir las informaciones”.⁴

La libertad de informarse o de buscar información es definida de un modo por completo separada, como una libertad de acceso a las fuentes de información, independientemente de la existencia o manifestación de una expresión del pensamiento.

⁴ Grassi, Barile. **Libertad de información. Digesto italiano.** Pág. 202.

De este modo, la libertad de informarse no se presenta como un derecho al conocimiento propiamente dicho, sino como un potencial de moverse y actuar para descubrir información mediante el acceso a las fuentes más dispares y heterogéneas; el interés de esta construcción dogmática radica en la consideración del derecho de acceso a los documentos administrativos como una manifestación de esta libertad de informarse, como libertad de acceso a las fuentes de información.

En el derecho italiano se admitía el acceso a los documentos una vez depositados en los archivos del Estado, los cuales eran considerados públicos a partir del transcurso de determinados plazos según los casos.

Los actos relativos a la política exterior y la administración interna, se declararon públicos únicamente los anteriores a 1900 y los documentos depositados en los archivos que por su origen o naturaleza sean de carácter particular, sólo devienen públicos tras cincuenta años desde su fecha.

Igualmente el derecho italiano ha reconocido en el ámbito local a los contribuyentes la posibilidad de obtener copia de determinados acuerdos municipales y provinciales.

Pese a lo anterior se atribuye a la administración una amplísima discrecionalidad para decidir acerca de la comunicación de los documentos; aun cuando la legislación posterior introdujo algunas normas muy modestas en dirección a una mayor transparencia, no es sino a partir de los años ochenta cuando se extiende un clima



cultural más atento a las iniciativas de democratización de la acción administrativa, dirigidas a garantizar una adecuada tutela del ciudadano en sus relaciones con la administración pública.

Sin embargo, estas solmenes declaraciones estatutarias han carecido, por lo general, de desarrollos normativos que garanticen la efectiva realización de sus previsiones.

La Ley 241/1990, declara que el principio de publicidad es uno de los criterios que guiará la actividad administrativa y con el objeto de garantizar la transparencia de la actividad administrativa y de favorecer su ejercicio imparcial, regula el derecho a los documentos administrativos.

Por lo anterior, la doctrina mayoritaria enmarca este derecho de acceso en la idea de la transparencia de la administración pública.

La doctrina italiana, anterior a dicha ley, reconoce la noción de ciudadano para individualizar a los sujetos legitimados para ejercitar este derecho. Ahora bien, luego se dio la oportunidad de extender a los extranjeros el ejercicio de tal derecho. Asimismo, el derecho italiano reconoce la posibilidad del acceso a una administración pública distinta a la que posee el documento, un hecho equivalente a lo señalado por el derecho norteamericano y francés.



La Ley de 1990 requiere que la persona que reclama la información tenga interés en la tutela de situaciones jurídicamente relevantes y consecuentemente exige que la solicitud a los documentos sea motivada, algo muy peculiar del derecho italiano, pues en los países anteriormente señalados, la simple curiosidad del administrado es suficiente para fundar la comunicación de los documentos en poder de la administración.

La Ley abarca a todas las entidades públicas del Estado, es decir, dependencias ministeriales, tanto centrales como periféricas, e incluso a las llamadas autoridades administrativas independientes. Lo que busca esta legislación es abarcar tendencialmente al conjunto del sector público, incluyendo la aplicabilidad a las regiones y administraciones locales. Asimismo, la Ley abarca también a todos los concesionarios de los servicios públicos.

Finalmente, la Ley establece como objeto de derecho a todos los documentos administrativos, sin importar el tipo de soporte, que está en manos de la administración.

Lo anterior permite contemplar las futuras innovaciones técnicas y al igual que otras doctrinas quedan fuera de la ley aquellas informaciones no concretas o no materializadas en cualquier tipo de documentos.

c) **España.**

En este país la doctrina ha formulado diversas configuraciones de este derecho constitucional que pueden reconducirse a tres posturas sustanciales: la primera de ellas debe considerarse como un derecho no fundamental, sino de configuración legal; la segunda postura, partiendo de la configuración general anterior, admite que en determinados supuestos el derecho de acceso adquiere el carácter de derecho fundamental por su instrumentalidad con determinados derechos fundamentales y, por último; la tercera línea doctrinal configura directamente el derecho de acceso como derecho fundamental, como concreción del derecho a la información.

La Constitución española de 1978, a diferencia de lo que señalan la de Estados Unidos, Francia e Italia, contempla de un modo explícito el acceso que los ciudadanos tienen a los documentos administrativos. En concreto el Artículo 105 b. de la ley constitucional ordena que la ley regulará, entre otras materias, “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en los que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

Este artículo constitucional tendrá sus antecedentes en la legislación portuguesa, concretamente en el Artículo 269 de la Constitución de ese país, en el cual se establece que “los ciudadanos tienen derecho, si lo piden, a ser informados por la administración a cerca del desarrollo de los asuntos que les conciernen y de ser puestos al corriente de las decisiones definitivas tomadas a su respecto”. La

introducción de este precepto en el ámbito constitucional fue considerada por muchos autores como una iniciativa constitucional cargada de extraordinaria virtualidad democratizadora. Como lo indica Alvarez, “Esto viene a remodelar a fondo relaciones administración-administrados”⁵ y llegará a convertirse en unas de las bases esenciales para la reforma administrativa del Estado.

Sin embargo, debido a la amplitud del principio establecido en la Constitución, el Tribunal Supremo en una sentencia dictada en 1979 señala que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios que desarrollen y limiten, porque todas las normas declarativas de principios básicos precisan de una reglamentación complementaria, de desarrollo y de aplicación concreta. Dado que al menos en España, el derecho de acceso a la información tiene una fundamentación política, pues lo que busca es desarrollar el principio de publicidad de la actividad administrativa, legislativa y judicial de un Estado, con el fin de articular procesos democráticos y participativos, contrario a la fundamentación del derecho de acceso a la información, el cual responde más a elementos enmarcados en los Derechos Humanos; ambos derechos están estrechamente relacionados, pero tienen una fundamentación distinta, al menos en España.

Dentro del marco jurídico español de acceso a la información existe la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, aprobada en 1992, la cual establece la obligación del Estado de dar informaciones a los ciudadanos sobre las actuaciones de las distintas entidades públicas.

⁵ Álvarez, Martín. **El derecho de acceso a los documentos administrativos**, Pág. 103.

En referencia a los sujetos activos del derecho de acceso, la doctrina plantea dos cuestiones: de un lado, la determinación de los sujetos titulares del derecho, y de otro lado, la cuestión relativa a la legitimación para el ejercicio del derecho.

1.3. Antecedentes en Latinoamérica.

a) México.

En México la discusión del tema del acceso a la información data de más de un cuarto de siglo. El 1 de diciembre de 1976, el entonces Presidente José López Portillo, presenta en el discurso de toma de posesión, el planteamiento inicial del derecho a la información en términos de una promesa concreta, como parte del plan básico de gobierno 1976-1982. El mandatario deseaba poner en orden todo lo referente a la legislación de la comunicación. En el año 1977 dicho Presidente envía a la honorable cámara de diputados una iniciativa que modifica 17 artículos constitucionales.

El 28 de septiembre de 1981, el Gobierno Federal publica el anteproyecto que contiene la “Ley General de Comunicación Social”, que reglamenta el derecho a la Información y cuyo propósito expreso el mandatario es promover la democratización de los medios, entremezclados con medidas que garantizan al Estado una intervención más directa en el uso, manejo y control de la comunicación social en todos los ámbitos.

Para el año 2001, el Gobierno del Presidente Vicente Fox, en cumplimiento de una de sus promesas electorales hizo pública una iniciativa de ley sobre acceso a la información.

Precisamente ese mismo día se realizó el “Seminario Nacional Derecho de la Información y Reforma Democrática”, en el Estado de Oaxaca, denominado “Grupo Oaxaca”, quienes luego de cinco meses de trabajo entregan su propuesta de iniciativa de Ley de Acceso a la Información, un hecho que coincide con una postura del Banco Mundial, organización que establece como requisito indispensable para el otorgamiento de créditos a México, la aprobación de una Ley de Acceso a la Información Pública.

Por su parte, el Ejecutivo Federal envía al Congreso de la unión su iniciativa de Ley de Transparencia y Acceso a la Información, el 30 de noviembre de 2001 y siete días después, diputados de cinco partidos representados en el Congreso hacen suya la iniciativa elaborada por el “Grupo Oaxaca”.

El Legislativo envía la iniciativa a la Comisión de Gobernación para su análisis y dictamen.

El 22 de abril de 2002, la Comisión de Gobernación y Seguridad Pública de la Cámara de Diputados aprueba por mayoría el dictamen de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y dos días después, por unanimidad de 411 votos a favor, el pleno de la Cámara de Diputados aprueba dicho anteproyecto.

Este nuevo cuerpo legal establece la obligación del Ejecutivo, de la Procuraduría General de la República, del Poder Legislativo, del Poder Judicial, así como órganos constitucionales y tribunales administrativos y federales a poner a disposición del público su información.

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (publicada en el Diario Oficial con fecha 11 de junio de 2002) establece que tal ley, de orden público, tienen como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

Son objetivos de dicha ley, proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos, transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que generan los sujetos obligados, garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados, favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados, mejorar la organización, clasificación y manejo de los documentos y contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de Derecho (Artículo 4).

Organizada en cuatro títulos, la Ley mexicana establece en el título primero las disposiciones comunes para los sujetos obligados delimitando las disposiciones generales, las Obligaciones de transparencia, la información reservada y confidencial,

la protección de datos personales y las cuotas de acceso; en el título segundo se detallan las normas atinentes al procedimiento de acceso a la información en el poder ejecutivo federal, y hace alusión al funcionamiento de las unidades de enlace y comités de información, la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, finalmente establece las pautas del procedimiento de acceso ante la dependencia o entidad y del procedimiento ante el Instituto; el título tercero se refiere al acceso a la información en los demás sujetos obligados; y, el título cuarto establece responsabilidades y sanciones ante el incumplimiento de la Ley.

Con lo anterior se materializó el derecho del administrado a tener el acceso a la información pública en poder de la administración, en todo el territorio mexicano.

b) Argentina.

La Constitución Argentina (1850-1853) ya consagraba la libertad de imprenta en sus Artículos 14 y 32, con la reforma constitucional de 1994, se le otorgó jerarquía constitucional a diez tratados de Derechos Humanos por intermedio de su Artículo 75 inciso 22, incorporándose así el Pacto de San José de Costa Rica, el cual por su Artículo 13 consagra el derecho a dar, recibir y difundir información.

Asimismo en el Capítulo II de la Carta Magna Argentina (“Nuevos derechos y garantías”) se estableció por su Artículo 41 el derecho a ser provisto de información ambiental por las autoridades públicas.

En el orden normativo específico, a nivel nacional se ha dictado el Decreto 1172/03 (B.O.4/12/2003) por el cual se aprueban los Reglamentos Generales de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, para la publicidad de la gestión de intereses en dicho ámbito.

Asimismo, se establecen las pautas para la elaboración participativa de normas, el acceso a la información pública y las reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos.

Por su parte, la Ley 25.831 ha establecido el Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, norma que ha marcado un importante logro en la materia.

La ley establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas.

En el Artículo 3. se establece que para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado.

A su vez, y en el caso específico, el Estatuto del Periodista Profesional, Ley 12908, establece en su Artículo 13, que el periodista tiene derecho al “acceso libre a toda fuente de información de interés público”.

Aún hoy en la República Argentina, no se cuenta con una Ley Nacional de Acceso a la Información Pública, anhelo largamente esperado por la sociedad civil que ha realizado diversos planteos y peticiones a través de las organizaciones no gubernamentales implicadas en el logro de una herramienta jurídica que, posibilite obtener información pública para toda persona que lo solicite sin discriminación alguna.

Algunas providencias argentinas, en el marco del sistema federal de gobierno han sancionado leyes que son pioneras en el ámbito del acceso a la información pública, destacándose entre ellas, las de Río Negro, Chubut, Córdoba, La Pampa, Santiago del Estero y Tierra del Fuego.

c) Brasil.

La Constitución de Brasil de 1988 establece en su Artículo 5. inciso XXXIII, establece que todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán facilitados en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas casos cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado.



d) **Chile.**

La Constitución Política de Chile de 1980 (con sus modificaciones aprobadas en el plebiscito de 30 de julio de 1989) consagra en su Artículo 19. numeral 12 la “libertad de emitir opinión y la de informar” y en el numeral 14 el “derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado”.

Es de destacar que el Artículo 1, del texto constitucional chileno, establece, entre los deberes del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

En el marco constitucional chileno hay un logro reciente a través de la aprobación de un nuevo paquete de reformas constitucionales. Una de las innovaciones que ellas introdujeron en materia de derecho de acceso a la información, fue un (nuevo) Artículo 8., que dispone “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. 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”.

El debate sobre el derecho de acceso a la información comenzó en Chile a mediados de la década de los años ´90. Su primera etapa culminó con la entrada en vigencia de

la llamada Ley Sobre Probidad No 19.653 que reformó la Ley Orgánica Constitucional No. 18.575 sobre bases generales de la administración del Estado.

La norma reconoció, en términos amplios, a toda persona la facultad de recabar desde los órganos del Estado, empresas públicas y ciertas empresas privadas, determinada documentación.

Hasta la actualidad, Chile no cuenta con un estatuto autónomo sobre acceso a la información, sino que su recepción se encuentra en un conjunto de preceptos que se sumaron a la Ley que regula el funcionamiento de la administración del Estado.

e) Colombia.

La Constitución Política de Colombia de 1991 (reformada en el año 2001) consagra en el Artículo 74 "Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable".

f) Costa Rica.

La Constitución de Costa Rica de 1949, con la reforma del año 2001, consagra en su Artículo 30 "Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado".

g) Ecuador.

El Artículo 81 de la Constitución Política de la República de Ecuador, garantiza el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a la que están sujetos todos los funcionarios del Estado y demás entidades obligadas.

La misma norma constitucional establece que no existirá reserva respecto de informaciones que reposen en archivos públicos, excepto de aquellas que por seguridad nacional no deben ser dadas a conocer.

En base a esa norma constitucional y a la necesidad de “hacer efectivo el principio de publicidad de los actos, contratos y gestiones de las instituciones del Estado y de aquellas financiadas con recursos públicos o que por su naturaleza sean de interés público”, el Congreso Nacional de Ecuador, con fecha 4 de mayo de 2004 sancionó la “Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.

El Artículo 1 de la norma citada consagra el “Principio de Publicidad de la Información Pública”, estableciendo “El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que para el tema de materia de información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone

la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (oenegés), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley”.

El Artículo 2 establece que el objeto de la ley es garantizar y normar el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la información, conforme a las garantías consagradas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Entre los objetivos se destacan los siguientes:

- a. Cumplir lo dispuesto en la Constitución Política de la República referente a la publicidad, transparencia y rendición de cuentas al que están sometidas todas las instituciones del Estado que conforman el sector público, dignatarios, autoridades y funcionarios públicos, incluidos los entes señalados en el artículo anterior, las personas jurídicas de derecho privado que realicen obras, servicios, etc., con asignaciones públicas. Para el efecto, adoptarán las medidas que garanticen y promueven la organización, clasificación y manejo de la información que den cuenta de la gestión pública;

- b. El cumplimiento de las convenciones internacionales que sobre la materia ha suscrito legalmente nuestro país;
- c. Permitir la fiscalización de la administración pública y de los recursos públicos, efectivizándose un verdadero control social;
- d. Garantizar la protección de la información personal en poder del sector público y/o privado;
- e. La democratización de la sociedad ecuatoriana y la plena vigencia del estado de derecho, a través de un genuino y legítimo acceso a la información pública; y,
- f. Facilitar la efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y su fiscalización.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley, cabe destacar que la misma no es sólo aplicable al Estado en general, sino también a las “personas jurídicas cuyas acciones o participaciones pertenezcan en todo o en parte al Estado, exclusivamente sobre el destino y manejo de recursos del Estado”.

Las corporaciones, fundaciones y organismos no gubernamentales (oenegés) aunque tengan el carácter de privadas y sean encargadas de la provisión o administración de bienes o servicios públicos, que mantengan convenios, contratos, o cualquier forma

contractual con instituciones públicas y/u organismos internacionales, siempre y cuando la finalidad de su función sea pública; las personas jurídicas de derecho privado, que sean delegatarias o concesionarias o cualquier otra forma contractual de servicios públicos del Estado, en los términos del respectivo contrato; las personas jurídicas de derecho privado, que realicen gestiones públicas se financien parcial o totalmente con recursos públicos y únicamente en lo relacionado con dichas gestiones o con las acciones o actividades a las que se destinen tales recursos y las personas jurídicas de derecho privado que posean información pública.

Entre los principios de aplicación de la Ley, es necesario resaltar el que establece expresamente que “la información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas”.

El Estado y las instituciones privadas depositarias de archivos públicos, son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a la información.

h) Guatemala.

La Constitución Política de Guatemala de 1985 consagra el derecho de acceso a la información en el Artículo 30 en los siguientes términos “Publicidad de los actos administrativos. Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia”.

i) **Panamá.**

Las normas para la transparencia en la gestión pública y Hábeas Data sancionadas por la Asamblea Legislativa aparecen publicadas en la Gaceta Oficial del miércoles 23 de enero de 2002.

En el Artículo 2 de la Ley para la Transparencia en la Gestión Pública y Hábeas Data se establece que “toda persona tiene derecho a solicitar, sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna, la información de acceso público en poder o en conocimiento de las instituciones indicadas en la presente Ley”.

A su vez, establece que “las empresas privadas que suministren servicios públicos con carácter de exclusividad, están obligadas a proporcionar la información que les sea solicitada por los usuarios del servicio, respecto de éste”.

En el Artículo 1 se establecen definiciones, como el “derecho a la libertad de información”, concibiéndolo como “aquel que tiene cualquier persona de obtener información sobre asuntos en trámites, en curso, en archivos, en expedientes, documentos, registros, decisiones administrativas o constancias de cualquier naturaleza en poder de las instituciones incluidas en la presente ley”.

Se consagra el principio de acceso público como el “derecho que tiene toda persona para solicitar y recibir información veraz y oportuna, en poder de las autoridades gubernamentales y de cualquier institución a la que haga mención esta ley, en especial

tratándose de su información personal” y el principio de publicidad al que se define en estos términos “toda la información que emana de la administración pública es de carácter público, por lo cual el Estado debe garantizar la organización interna que sistematice la información, para brindar acceso a los ciudadanos y también para su divulgación a través de los distintos medios de comunicación social y/o de Internet”.

j) Paraguay.

La Constitución de la República de Paraguay, en el marco del Artículo 28 titulado del derecho a informarse establece “Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo”.

k) Perú.

La Constitución Política de Perú de 1993 consagra entre los derechos fundamentales de la persona, en su Artículo 2, inciso 5, que toda persona tiene derecho a “solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.



El 2 de agosto de 2002 el Poder Ejecutivo peruano promulgó la Ley 27.806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública con la finalidad de promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en el numeral 5 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

La referida Ley establece el “Principio de Publicidad”, determinando que todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la ley están sometidas a dicho principio.

Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere la ley.

En consecuencia toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el Artículo 15 de la referida Ley, preceptuando además:

- El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en el actuar de las entidades de la administración pública.
- El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.



La entidad pública designará al funcionario responsable de entregar la información solicitada.

Por Decreto Supremo No. 043-2003-PCM se aprobó texto único ordenado de la Ley y sus modificaciones y mediante Decreto Supremo No. 072-2003-PCM se aprobó el Reglamento de dicha ley.



C

C

CAPÍTULO II

2. El reconocimiento del acceso a la información pública como derecho humano.

El derecho de acceso a la información pública es el derecho fundamental de la persona a conocer la información y documentos en manos de las entidades públicas o de los sujetos obligados previstos en la ley, que pueden incluir empresas privadas que cumplen funciones tradicionalmente de Estado o que reciben subvenciones o subsidios públicos.

Asimismo es de considerar que el acceso a la información pública es una característica necesaria de la Administración Pública del siglo XXI, en este caso la transparencia, la voluntad de acercar la administración al ciudadano, de servir de mecanismo de control, de obtener participación, constituyen expresiones que nos abocan a contemplar el derecho a acceder a la información pública desde el enfoque de la administración, por tanto es un principio más en la actuación administrativa, al igual que la eficacia, la jerarquía, la descentralización y la coordinación.

Por ende constituye un auténtico derecho fundamental, un derecho de las personas a acceder a la información en manos de la administración pública.

Esta perspectiva contempla las garantías que deben regir para que se satisfagan los intereses del sujeto el derecho a saber. Si observamos detenidamente esta perspectiva veremos que más que velar por el correcto funcionamiento de las administraciones públicas estamos demandando que la administración se ponga al servicio del ciudadano, lo cual significaría una auténtica revolución estructural, de funcionamiento, de formación, de eficacia y eficiencia en las administraciones burocráticas y corruptas.

2.1. Elementos que integran un derecho fundamental.

El derecho de acceso a la información tiene como propósito coadyuvar a la sociedad en su conjunto a fin de que el derecho a saber pueda ser vigente y, por supuesto, eficaz. Por esta razón, el otorgamiento de información no debe depender de la existencia de un interés específico en la información. Este principio es esencialmente una clausura de no discriminación. Y con él se busca asegurar que la información sea dada a todos los que la busquen, con la misma base y al mismo grado.

2.2. Principios generales del derecho a la información pública.

Entre los principios generales al respecto se pueden describir los siguientes:

a). Transparentar la gestión pública. Como parte de la aceptación de este derecho, sobre todo en las legislaciones más recientes, es importante establecer dentro de su contenido un apartado en el cual se establezca instrumentos de difusión y generación de una cultura de transparencia.

En las democracias incipientes, o aquellas que arrastran un pasado de corrupción y opacidad en las decisiones y actividad gubernamentales, el fomento de la transparencia resulta indispensable para garantizar su efectividad y permanencia.

Hay que destacar que existen legislaciones que llevan no sólo décadas sino incluso siglos como la de Suecia, de tal manera que el hecho de que no presentasen algún apartado, por el tiempo que llevan en vigor se justifica el fomento de esa cultura de transparencia que ya llegó a ser generacional.

En cambio, en la legislación más recientes es importante incluir estas formas de difusión a efecto de que este nuevo derecho empiece a causar sentido en la sociedad y sobre todo se utiliza por la misma para evitar que se pierda por la falta de uso e incluso se restrinja cada vez más sin que exista una conciencia social de la importancia de que no prosperen reformas negativas.

b). Fortalecer la relación de confianza entre gobierno y gobernados. No toda la información que esté en posesión de los sujetos obligados es pública. Esto se debe a la sensibilidad de la información, es decir, aquellas cuyo costo de divulgación pudieren poner en riesgo algún interés general tutelado por el derecho de cada país tanto del Estado como de los particulares que actúan de buena fe, los elementos que integran este principio general, de acuerdo a las condiciones sociales, económicas, políticas y jurídicas de cada nación será determinado de acuerdo a su situación política, social, cultural, económica e incluso geográfica.

c). Poner a disposición de las personas información que le sirva para ejercer sus derechos políticos y que mejore su calidad de vida. Bajo el principio de máxima publicidad y de transparencia, existe cierta información que es de interés general para todas las personas. Para tal efecto el legislador debe establecer determinada información cuyo acceso no dependa de una solicitud expresa. Este principio determina como efecto secundario la transparencia de la función pública. Esto es, a mayor información disponible de manera oficiosa se tendrá un gobierno con mayor apertura informativa, de igual forma a mayor información de oficio menos solicitudes de información se presentarán.

El catálogo de información de oficio deberá ser el más extenso en las legislaciones ya que de ellos depende la disminución de las solicitudes sobre temas que de oficio debe difundir el propio sujeto obligado. De acuerdo a la información que se genere por cada uno de los sujetos coincidirá con la difusión que se haga de la misma de tal suerte que lo más importante es que exista este catálogo y eso será lo que se evaluará, en cuanto a la pertinencia de los contenidos del referido catálogo no se pueden confrontar por las divergencia de formas de Gobierno y sistemas jurídicos, lo que haría una valoración inequitativa por la generalización aventurada que se pudiera presentar.

d). Identificar las fortalezas y debilidades del Estado a través del escrutinio ciudadano. Un amplio acceso a registros públicos, bajo los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación o selección de tipo alguno por las características de los solicitantes y con reglas, tiempos claros y que observen los principios de

oportunidad y pertinencia, estimula la eficacia y efectividad de las administraciones y ayuda a mantener su integridad al evitar el riesgo de corrupción.

Contribuye a afirmar la legitimidad de la administración como servicios públicos y a fortalecer la confianza del pueblo en las autoridades públicas.

Sus debilidades la actitud contraria a lo antes indicado por parte de los entes obligados y de sus colaboradores o empleados y servidores públicos.

e). Principio de publicidad. Esta máxima implica que todo sujeto obligado ponga a disposición de toda persona la información que tiene en su posesión. Sin embargo no se puede determinar de manera unilateral una redacción precisa o los elementos que conforman este indicador, por tal motivo se busca dentro del análisis de este estudio, que las diversas leyes del mundo hagan una mención clara y precisa del mismo.

Lo recomendable en este caso es que exista una redacción en la que se integre este principio como el rector de la legislación en la materia, así en caso de incumplimiento, el sujeto activo podrá hacer valer el referido principio al hacer valer su derecho ante otras instancias administrativas o jurisdiccionales.

f). Principio de prueba de daño. Se garantiza el principio de máxima publicidad cuando la autoridad al momento de catalogar determinada información como de acceso

restringido fundamente y motive con base en el Principio de Prueba de Daño de tres partes, por lo que se valoran los siguientes elementos:

- La información se encuentra prevista en alguno de los supuestos de excepción previstos en la propia ley;
- La liberación de la información puede amenazar efectivamente el interés público protegido por la ley; y,
- El daño que puede producirse con la liberación de la información es mayor que el interés público de conocer la información de relevancia.

Dependerá de cada sistema jurídico los requisitos formales de las resoluciones de la autoridad, en cuanto a la lógica de este derecho, los tres rubros señalados anteriormente satisfacen el requerimiento mínimo que debe cubrir toda autoridad al emitir un acto.

a). Gratuidad de la información. Este principio va en función de que toda la información que esté en posesión de los sujetos obligados por una ley de acceso es considerada como un bien público, por lo tanto, toda persona que desee ejercer este derecho debe tener acceso a la información de manera gratuita, sin que esto impida al sujeto obligado el poder cobrar una cuota de recuperación por la reproducción de la información, dejándose la opción de la consulta directa por parte del solicitante.

Se deber destacar que el principio de gratuidad puede estar reconocido en la propia legislación, puede tener su apartado en el que se señale que solo se cobrarán los costos de reproducción, estará muy relacionado con el derecho a la consulta directa ya que esta simplifica los costos de reproducción y se pondrán casos incluso en que la autoridad pueda efectuar descuentos cuando por las características especiales del solicitante se justifique.

El problema es la falta de uniformidad de las cuotas, esta dependerá de las legislaciones locales en la materia de cada país. Se puede presentar el caso en que el acceso genere un costo, este será en detrimento del adecuado uso de este derecho.

b). Periodo de reserva. El periodo de reserva es el tiempo durante el cual la información que fue catalogada como reservada deberá permanecer con tal carácter. El referente que utilizamos como plazo máximo es el que establece la Organización de Estado Americanos que es de 5 años en función de que es el tiempo mínimo de reserva que permite hacer más efectivo este derecho.

Las legislaciones deben establecer un tiempo razonable de reserva de la información que clasifican de acceso restringido a efecto de que no puedan permanecer en esta situación permanentemente.

Lo recomendable es que se fijen plazos tanto para el inicio como para las posibles ampliaciones exigiéndose en todo momento la debida argumentación que justifique el porqué de esa permanencia de acceso restringido.

2.3. Teorías de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales constituyen la plena inmunidad frente a la coacción del Estado o de terceros con el propósito de asegurar al individuo o a los colectivos en los que se integre una determinada expectativa de conducta. De este modo, todo derecho fundamental garantiza su disponibilidad por su titular. Un derecho fundamental eleva a rango constitucional, y dota de la eficacia jurídica propia de este rango, a esa inmunidad frente al poder público mediante un permiso para hacer algo o bien a través de una prohibición de poder público.

El derecho fundamental cuando permite hacer algo (todos tienen derecho a expresarse con libertad) atribuye a su titular el poder jurídico de comportarse conforme a dicho permiso, que puede hacer valer jurisdiccionalmente frente a terceros. En estos casos el objeto del derecho fundamental es precisamente ese comportamiento o comportamientos que la Constitución autoriza llevar a cabo. Cuando lo que hace es prohibir el uso del poder público, el derecho fundamental prohíbe directamente la imposición de deberes unilaterales (cuya inobservancia está sujeta a sanción) en aquellos ámbitos de la realidad (inviolabilidad del domicilio) o sectores del ordenamiento jurídico (nadie podrá ser sancionado dos veces por un mismo hecho) que quedan concernidos por la prohibición.

Todo derecho fundamental garantiza ciertos ámbitos de aquella libertad genérica e indeterminada derivada del principio según el cual “todo lo no prohibido está permitido”, asegurando a su titular que los podrá hacer valer frente a quien pretenda introducir en esos ámbitos poder público, esto es, deberes unilateralmente impuestos so pena de sanción en caso de no observarlos.

Así pues, una de las funciones primeras de todo derecho fundamental es precisar que ámbitos de la realidad o del ordenamiento jurídico están en principio prohibido, introducirlos en el poder público.

A partir de que la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, se ha dado lugar al desarrollo de una vasta jurisprudencia a nivel de cortes constitucionales en todo el mundo, sobre el contenido concreto de los derechos fundamentales; el cual ha estado alimentado por viejas y nuevas teorías constitucionales, que han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional.

En tal sentido, se pueden identificar a las principales teorías de los derechos fundamentales en seis grupos:

a). Teoría Liberal. Los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado; es decir, se concibe a los derechos y libertades como derechos de

defensa. En este sentido clásico de los derechos fundamentales, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal. La libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros; en consecuencia el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la Ley.

La libertad es garantizada sin condición material alguna, es decir no está sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no es objeto de formación, sino en la medida que sea compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley; por ello se han dado garantías como “nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” y la prohibición de la retroactividad de la ley. En ese sentido se puede decir que la defensa de la libertad humana se convierte en el fin supremo de la sociedad y del Estado; actuando como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal.

En virtud de ello, los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad; pero, en caso de colisión no siempre se resuelve con el indubio por liberate, sino a través del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad.

Un aspecto relevante en esta concepción liberal de los derechos fundamentales en cuanto a derechos subjetivos, es la vinculación negativa del legislador a los mismos; entendido como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado.

b). Teoría de los valores. La teoría axiológica (de los valores) de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la integración para la cual los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concretos, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenido en la Constitución, este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales.

El Estado se desarrolla en un proceso dinámico de integración nacional de una comunidad cultural de valores. Por ello, los derechos fundamentales están condicionados históricamente y otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo.

La teoría de los valores subordina el método jurídico a los contenidos axiológicos de la sociedad sobre los derechos fundamentales.

c). Teoría institucional. Los derechos fundamentales entendidos como derechos objetivos absolutos o como derechos subjetivos individualistas, resultan ser una concepción insuficiente que no responde a las demandas del desarrollo jurídico-social;

de ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios económicos y políticos del Estado constitucional.

En tal sentido, se debe partir comprendiendo que los derechos fundamentales tiene un doble carácter constitucional, como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que “los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos”.

Cabe indicar que los derechos fundamentales tanto gozan de carácter subjetivo como de un carácter objetivo, requiriendo de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así el doble carácter de los derechos fundamentales.

Se puede decir, entonces, que a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar el contenido de los mismos, a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir como un dato objetivo que se realiza y despliega en la sociedad abierta, pero que encuentra en los conceptos jurídicos diversos elementos que inciden directa o indirectamente en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional.

El desarrollo de la doctrina institucional de los derechos fundamentales ha dado lugar a dos sub-teorías institucionales:

c.1. Teoría sistemática: Parte de una interpretación propia del derecho en el marco de la teoría del sistema social y del método estructural-funcionalista. En ese sentido, los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen una importante función de proteger dicha esfera social contra las decisiones de una intromisión estatal, la cual podría paralizar el potencial expresivo de la personalidad; y,

c.2. Teoría multifuncional: Busca superar la unilateralidad de las distintas teorías sobre los derechos fundamentales, dada la pluralidad de fines y de intereses sociales que abarca el Estado constitucional. Así, las demandas para democratizar la sociedad sobre la base de la participación ciudadana, así como para cumplir con los objetivos del Estado social del derecho, delimitando la libertad con las fronteras de la igualdad, son factibles de realizar mediante la articulación práctica de las distintas funciones de los derechos fundamentales.

d). Teoría democrático-funcional. Parte de concebir los derechos de la persona en función de los objetivos o funciones públicas y del Estado constitucional, en el marco de una democracia deliberativa; de allí que no hay legitimidad del derecho sin democracia y no hay democracia sin legitimidad del derecho.

Es decir, que se pondera el carácter cívico de los derechos fundamentales como elementos constituidos y participativos de la democracia estatal. Desde esta perspectiva social se puede plantear que hay derechos fundamentales, pero también deberes y obligaciones fundamentales con el Estado democrático-constitucional. Es



decir que los derechos fundamentales no son bienes jurídicos de libre disposición, sino que presentan límites, en tanto los ciudadanos de una comunidad democrática tienen límites y el deber de fomentar el interés público.

La idea de que los derechos fundamentales deben asegurar el fortalecimiento del Estado constitucional se ha visto expresado en el desarrollo de los derechos a la libertad de opinión, libertad de prensa, libertad de reunión y asociación, como bases necesarias para el funcionamiento de la democracia. Aquí se percibe la clara influencia de la teoría de la integración, que ubica al hombre como ser político en relación directa con el Estado como expresión del derecho político.

Por lo anterior el objetivo y la función pública y democrática-constitutiva en lo que legitima los derechos fundamentales y también lo que determina su contenido.

A). Teoría jurídico-social. El punto de partida de esta teoría de los derechos fundamentales es la insuficiencia no sólo de la deshumanizada teoría individualista de los derechos, sino también la insuficiencia de una concepción meramente positivista de los derechos económicos y sociales, entendida como la norma pragmática sujeta a la reserva de ley o abstracta delimitación de la libertad por la igualdad y la justicia.

En esta perspectiva subyacen dos cosas de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una

especie de posición de garante para la aplicación de la libertad en la realidad constitucional y del otro el procuramiento de pretensiones de derechos fundamentales a tales prestaciones estatales, o en su caso a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales.

El problema de esta teoría radica en la dependencia de la vigencia de los derechos sociales en la situación de bienestar económico del Estado, por ello si bien los derechos sociales son norma de cumplimiento obligatorio diferido del Estado, la exigencia judicial de la aplicación de las mismas sólo es factible de realizarse en la medida en que el legislativo y el gobierno hayan presupuestado el cumplimiento de las mismas. Con lo cual, la eficacia de los derechos sociales previstos en la Constitución, queda reducida a la decisión política del gobierno y en el mejor de los casos a la negociación del gobierno con la oposición, sin cerrar la nueva brecha entre los derechos jurídicos y derechos reales´.

B). Teoría de la garantía procesal. Esta teoría proviene del interés de otorgar eficacia en la aplicación y protección concreta de los derechos humanos; pero, profundizando y avanzando más allá del status activus processualis.

En efecto desde una perspectiva práctica, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionar no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración. La tutela de los derechos



fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas, primero a que asegure la tutela jurídica efectiva de los ciudadanos y la segunda que garantice el debido proceso material y formal.

De esta manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera a que un derecho corresponda siempre a una acción y que una acción suponga siempre un derecho.

Pero la garantía procesal no se reduce a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos, sino también se extienden al proceso parlamentario. Si bien la seguridad procesal de las partes y del proceso son valores fundamentales en la protección de los derechos humanos, éstos adquirirán toda su potencialidad en la elaboración de las propias normas procesales del legislador democrático, quien en el proceso parlamentario también debe respetarla, incorporándola a la práctica parlamentaria, como una garantía procesal y como una garantía democrática de los derechos fundamentales.

Las diversas teorías de los derechos fundamentales constituyen aportes adecuados para el desarrollo de los derechos de libertad en sus realidades, como también resultan insuficientes para resolver por sí solas los problemas contemporáneos de la falta de realización de los derechos fundamentales en todas las regiones con culturas diferentes.



Por eso hay que recordar que junto a las teorías de los derechos fundamentales, se encuentran diversas concepciones jurídicas culturales de Estado, sociedad, comunidad y naturaleza, que deben poner en relación de interdependencia a los derechos fundamentales con las variables culturales de cada Estado constitucional, para afrontar integralmente la teoría y la praxis de los derechos fundamentales.



C

C



CAPÍTULO III

3. Conceptos del derecho al acceso de la información pública.

El derecho de acceso a la información pública es una figura relativamente novedosa, con configuraciones parcialmente distintas en los diferentes sistemas jurídicos que la han receptado.

En virtud de lo cual nace el siguiente concepto que mejor ilustra su naturaleza: “El derecho de acceso a la información pública es la facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republicano de gobierno, de acceder a todo tipo de informaciones en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del Estado, con la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada”.

El derecho de acceso a la información pública es un derecho subjetivo; esto es, una facultad de las personas que pueden hacer valer jurídicamente frente a terceros.

El acceso a la información pública es un requisito para el funcionamiento adecuado de la democracia. Ello implica que generalmente se trata de un derecho instrumental que permite ejercer derechos y/o cumplir obligaciones de mandatarios y mandantes. El derecho de acceso a la información pública es la regla y las restricciones, la excepción.

No es, por ende, un derecho absoluto, pero sí una prerrogativa preferente de los gobernados.

El derecho de acceso a la información pública es una consecuencia del sistema republicano de gobierno. En efecto, el sistema republicano exige necesariamente, para ser tal, la publicidad de los actos de gobierno, y de toda la actuación del gobierno. A su vez, la publicidad de los actos y de toda la actuación exige necesariamente que se respete el derecho de acceso a la información pública. Como consecuencia lógica, el sistema republicano de gobierno exige necesariamente que se respete el derecho de acceso a la información. El ciudadano es titular de este derecho, aun en ausencia de normativa que expresamente se lo reconozca.

3.1. Concepto de derecho a la información.

Derecho de acceso a la información pública. Es la prerrogativa de la persona para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones en poder de entidades públicas y empresas privadas que ejercen gasto público y/o ejercen funciones de autoridad, con las excepciones taxativas que establezca la ley en una sociedad democrática.

Concepto de derecho de acceso a la información pública

Es en el ámbito del derecho ambiental donde se consagra expresamente por primera vez el derecho de acceso a la información pública. Así acontece con el principio 10 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo proclamada en 1992. También encontramos menciones expresas al derecho de acceso a la información

pública en materia ambiental en el ámbito del derecho comunitario europeo, tal como el “Cuarto Programa Marco de Acción en Materia de Medio Ambiente”, sobre la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente.

Importancia de la transparencia en el derecho de acceso a la información pública, para la consolidación de la democracia

En momentos donde los sistemas políticos y sus estructuras se tambalean, donde la incertidumbre es una variable intrínseca de los entornos sociales, donde los conglomerados se mueven, donde existe una tendencia de redescubrir, damnificar, desarticular y desestabilizar los modelos que implican la realidad, la confianza es uno de los valores más apreciados por los individuos.

La inestabilidad y la crisis de credibilidad de los modelos, en otros tiempos absolutos e incluso idolatrados, hace que los individuos y las sociedades en su conjunto, busquen una información más directa de los agentes políticos, económicos y sociales, con el fin de poder establecer su propio criterio, que les permita confiar en el sistema y sus agentes.

La crisis de los modelos políticos, económicos y sociales, son las que han desatado la desconfianza en los mismos, no sólo de los que ya se oponían a ellos, si no, lo que ha sido más grave, de aquellos que confiaban, soportaban y promovían los propios modelos y sistemas.

Debido a ello la transparencia se ha convertido en un valor imprescindible para generar la confianza, de los individuos y las organizaciones, en los modelos y sistemas en los que se mueven y actúan. También la transparencia se ha integrado como una necesidad en las relaciones entre los distintos agentes que conviven en los sistemas. En este sentido, los ciudadanos, como individuos, esperan y exigen transparencias en las organizaciones e instituciones que los representan, los inversionistas demandan transparencia a los gestores de sus inversiones, los consumidores y compradores solicitan mayor transparencia respecto a la información ligada al producto o servicio, los empleados exigen y valoran la transparencia de la gestión de las organizaciones y empresas que conforman, y la sociedad en general exige más información sobre las actuaciones e impactos de los distintos actores que inciden en la misma.

Por todos es sabido que una de las bases de la democracia es la participación de los ciudadanos en la gestión de lo público, consiguiendo que las instituciones y administraciones que en realidad desarrollan las funciones más operativas en esta misión sean consideradas como propias, cercanas y abiertas a sus expectativas, necesidades y percepciones. Por tanto, los sistemas de gestión de las instituciones que gestionan los bienes y servicios públicos que consiguen una identificación e involucración de los ciudadanos, son los que a la postre ayudarán a la legitimación social de su gestión, al considerarla como de propia responsabilidad. Para ello es necesario establecer sistemas que faciliten la apertura de las instituciones a sus partes interesadas, en especial a la ciudadanía, así como la integración de sus expectativas y necesidades en las estrategias y objetivos que desarrolla.

En este sentido aunque existan distintas formas de integrar a las partes interesadas en la gestión de las instituciones, pocas suelen incluir procesos de comunicación y relación basados en principios de inclusión de las mismas. Es obvio que dependiendo del conocimiento, la relación histórica y del nivel de confianza y reconocimiento mutuo alcanzado, entre la institución y sus partes interesadas, los procesos serán más maduros, más abiertos y permitirán mayor eficacia en la aplicación del principio de inclusión. La confianza no se compra ni se crea, si no que se genera en un proceso que requiere relación y resultados a lo largo del tiempo. La confianza es un valor frágil que requiere coherencia de las distintas variables que generan la opinión de las personas, y en este caso de las partes interesadas, tanto entre ellas como a lo largo del tiempo. La única forma eficaz de evidenciar la coherencia, de la organización y de sus estrategias frente a los resultados derivados de su comportamiento, es mediante sistemas que garanticen la transparencia con actividades de comunicación.

La transparencia es un valor en sí misma, es la clave en las formas de comunicación que emplean, tanto las personas como las organizaciones e instituciones, para relacionarse y generar confianza en los demás. La información, la rendición de cuentas, las reclamaciones, la solicitud de información, la negociación, el dialogo, la participación, entre otros, debe ser considerados comunicación también. La transparencia es un elemento imprescindible para garantizar los procesos de comunicación entre las partes generan confianza de las mismas. Asi como indica



Cordero Sanz: “El valor de la transparencia no es gratuito, si no que es el resultado de la eficacia de los procesos implantados para asegurarla”.⁶

En ese orden una democracia perfecta podría ser considerada aquella que se basa en información igual y perfecta para todos, para poder tomar la decisión que consideran más acertadas. Las sociedades realmente abiertas y transparentes demuestran ser más eficaces y eficientes en la gestión de los bienes públicos, garantizando mejor el desarrollo sostenible de sus sociedades, así como las que más eficazmente pueden proteger, garantizar y promover los derechos humanos, a lo largo de su historia. Por tanto se debe considerar que la transparencia es una herramienta clave para la democracia, pero no suficiente; para asegurar la higiene democrática, así como para la participación e involucración de las personas en la gestión de lo público, en definitiva en la legitimación real y social del comportamiento de los gobiernos, las instituciones públicas y los políticos, es necesaria.

En definitiva una democracia será más perfecta, cuando está más abierta, cercana y permeable a las personas y ciudadanos sobre los que se sustenta la soberanía, y en especial a sus expectativas y necesidades reales. Por tanto para que la ciudadanía pueda reaccionar e involucrarse en la gestión de lo público, es necesario que haya información fiable y accesible, sin restricción alguna para todos.

⁶ Cordero Sanz, Carlos. **Transparencia y el Derecho de Acceso a la Información Pública**. Pág. 55.

3.2. Normas constitucionales que regulan el derecho a la información pública.

Básicamente en la Constitución Política de la República de Guatemala, encontramos la libertad de opinión, expresión o pensamiento en el artículo siguiente:

“Artículo 35. Libertad de emisión del pensamiento. Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no podrá ser registrado por ley o disposición gubernamental alguna. Quien en uso de esta libertad faltare el respeto a la vida privada o a la moral será responsable conforme a la ley. Quienes se creyeren ofendidos tienen derecho a la publicación de sus defensas, aclaraciones y rectificaciones.

No constituyen delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos.

Los funcionarios y empleados públicos podrán exigir que un tribunal de honor integrado en la forma que determine la ley, declare que la publicación que los afecte se basa en hechos inexistentes o que los cargos que se le hacen son infundados. El fallo que reivindique al ofendido, deberá publicarse en el mismo medio de comunicación social donde apareció la imputación.

La actividad de los medios de comunicación social es de interés público y éstos en ningún caso podrán ser expropiados. Por faltas o delitos en la emisión del pensamiento

no podrán ser clausurados, embargados, intervenidos, confiscados o decomisados, ni interrumpidos en su funcionamiento las empresas, los talleres, equipo, maquinaria y enseres de los medios de comunicación social.

Es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho.

La autorización, limitación o cancelación de las concesiones otorgadas por el Estado a las personas, no pueden utilizarse como elementos de presión o coacción para limitar el ejercicio de la libre emisión del pensamiento.

Un jurado conocerá privativamente de los delitos o faltas a que se refiere este artículo.

Todo lo relativo a este derecho constitucional se regula en la Ley Constitucional de Emisión del Pensamiento.

A. En relación al ejemplo de su cumplimiento:

En Decreto Número 9 de la Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, el 28 de abril de 1966, decreto la "Ley de Emisión del Pensamiento".

B. En relación al ejemplo de su no cumplimiento:

Se puede decir que la misma es de poca aplicación en nuestro país, es decir es ley positiva vigente pero no aplicada.

C. En conclusión:

Creo que nuestra legislación regula de una manera completa este derecho, pero de igual manera no lo aplica, así que de que nos sirve; la democracia por tanto se vuelve a ver truncada por la falta del reconocimiento e derechos que nos ampara, en normas vigentes.

3.3. Normas constitucionales que regulan el acceso a la información.

Hay límites compartidos en distintas legislaciones del mundo que comparten el principio de que las restricciones que deben estar previstas por ley y ser necesarias en una sociedad democrática, como la salvaguarda de la seguridad nacional, el orden público y la protección de la privacidad personal, de conformidad con las leyes expedidas al efecto.

Respecto al marco normativo de la legislación guatemalteca, identificar donde se trate el acceso a la información público y la transparencia.

Constitución Política de la República de Guatemala, vigente a partir del catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis.

Artículo 30. Publicidad de los actos administrativos. Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener en cualquier tiempo, informes, copias reproducciones y certificaciones que soliciten la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o

diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Artículo 31. Acceso a archivos y registros estatales. Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como la corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

En cuanto a los indicadores que aparecen en el Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala, de los diecisiete mencionados solo se exceptúa el de versiones públicas y el de órganos garante, el primero de los mencionados trate de ubicarlo con otro título pero no me parece que se encuentre relacionado, en cuanto al órgano garante únicamente se menciona la intervención de la Procuraduría de los Derechos Humanos, luego aparecen el resto de los demás.

Entre otros creo que vale indicar el de: "La certeza de entrega de información", este se refiere a que toda solicitud de información pública deberá recaer una resolución por escrito. La razón de ser es que dicha resolución puede ser impugnada administrativamente, si va en contra de lo requerido o solicitado.

En cuanto a que si son suficientes, puedo decir que los mismo abarcan la mayoría de los aspectos sistemáticos de la ley en esta materia, pero en virtud de que hablamos de

un derecho humano, los mismos no deben ser limitativos. Creo también oportuno indicar que debería de existir un articulado que vigile la difusión que tendrá la información que se entrega, o bien se castigue a la persona que haga mal uso de ésta.

Como ejemplo de dichos indicadores, es la Ley Guatemalteca en Acceso a la Información Pública, Decreto Número 57-2008, del Congreso de la República de Guatemala, la que considero que cumple con los indicadores legales mencionados y que se encuentra a la vanguardia conceptual de tal derecho dado que ha sido una de las últimas decretadas por los parlamentos legislativos de América, aprovechando el desarrollo de otras legislaciones latinoamericanas y del mundo en dicha materia.

En virtud lo cual solo resta por parte del Estado guatemalteco, darle la difusión y el conocimiento de dicha Ley a los entes involucrados, darles a conocer sus responsabilidades y que sea la población como autora social la que juzgue si la misma se desarrollo conforme a su naturaleza, para que la democracia se vea consolidada y la transparencia nos ayude a erradicar la corrupción que se encuentra arraigada en nuestra sociedad.

3.4. Relación del derecho de acceso a la información pública con otras ramas del Derecho.

En Guatemala, tanto los procesos o expedientes sean estos contenciosos o no, se conforman por documentos que se encuentran en poder de la Administración Pública o



Privada, los cuales servirán para hacer valer un derecho o bien para desestimar una acusación o denuncia.

La mayoría de los documentos obran en registros públicos, en los cuales su acceso debe estar al alcance de quien los necesite, mismos que son en la mayoría de las ramas del derecho sea esta: civil, familia, penal, laboral, expedientes de jurisdicción voluntaria, derecho notarial, derecho mercantil, información que esta por demás decir que debe brindarse gratuitamente, a excepción del exceso de la información que se requiere, en tal sentido deberá de cancelarse la reproducción de las mismas, debido al índice de austeridad en que se encuentra el Estado guatemalteco.

Los medios de prueba que acepta nuestro ordenamiento jurídico dependen en su mayoría de información proveniente de entidades públicas y privadas que los resguardan, pero que deben brindar la información requerida por los órganos jurisdiccionales para el esclarecimiento de una situación o bien para las resultas de un proceso o de una diligencia, debido a que dicha información brindara certeza jurídica para cada una de las partes involucradas.

En ese orden de ideas, las ramas del derecho, dependen del acceso a la información pública para su consecución o trámite, las cuales deben estar al alcance sin restricción o reserva alguna, más que la que establece propiamente la Ley, siempre y cuando lleven su trámite para ser consideradas confidenciales o en reserva.



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico a las propuestas de la iniciativa de ley de acceso a la información pública en Guatemala y sus dictámenes.

El presente proyecto de iniciativa de ley regula tres aspectos, el derecho de acceso a la información pública, el derecho de acceso a datos personales obrantes en archivos privados, fundamentados en los artículos 30, 31 y 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, respectivamente, en armonía con normas de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Guatemala, dado que el citado artículo 30 establece excepciones a la información pública, el proyecto regula éstas, así como la facultad correlativa del poder público de clasificar y desclasificar información estatal reservada, sin perjuicio de materias que constitucionalmente son reservadas y que no necesitan de clasificación.

Para la eficacia del ejercicio de los derechos anteriormente enunciados, el proyecto establece diversos procedimientos y procesos. Se excluye expresamente del proyecto lo relativo a la libertad de emisión del pensamiento, en virtud de que, conforme al artículo 35 de la Constitución, ello es privativo de la Ley Constitucional de Emisión del pensamiento, por otra parte, dada su especial naturaleza, se remite a la leyes específicas correspondientes, todo lo relativo al acceso a registros públicos legalmente, establecidos para dar certeza a situaciones, hechos y actos jurídicos (registros civil, mercantil, de la propiedad, en sus distintas manifestaciones, de ciudadanos, de

procesos sucesorios, etc.). Asimismo, se deja subsistente las normas específicas vigentes para el acceso a información de expedientes judiciales y administrativos, establecidas en la Ley del Organismo Judicial.

El presente proyecto norma el acceso a la información de datos personales contenidos en archivos, estatales y privados, que garantiza la protección del derecho a la vida privada. Este emana de la dignidad de la persona y del derecho general de la personalidad y, en el caso de los archivos estatales, se constituye en una garantía contra el abusivo control del poder público y contra eventuales riesgos de control político y arbitrario de las personas, como ocurrió en el pasado y cuya amenaza aun subsiste.

El derecho de acceso a archivos y registros de datos personales en la doctrina y la legislación comparadas es conocido como “derecho a la autodeterminación informativa” y su ejercicio concreto ha generado la denominada “acción de habeas data”. Doctrina y legislación señalan que este derecho consistente en la facultad de la personas de disponer de la información personal privada, íntima o sensible, que debe ser protegida por el orden social y regulada por el ordenamiento jurídico, evitando las distorsiones del proceso comunicativo, en especial del informático.

En Guatemala, el fundamento constitucional del derecho de acceso a información personal contenida en archivos y registros estatales, esta establecido de manera expresa en la norma del artículo 31 de la Constitución, la que no impone ninguna

limitación y abarca toda clase de datos personales. Para el caso de los que no son estatales, se requiere profundizar su fundamento. Al respecto, puede afirmarse, en primer lugar, que la ausencia de una disposición expresa en la Constitución Política de la República, no impide por sí sólo su regulación; afirmar lo contrario significaría pretender que la Constitución debería regular todos los temas relativos al ejercicio de la potestad legislativa del Congreso, lo cual es inadmisibles jurídicamente, sin perjuicio, por supuesto, de evitar colisionar con normas constitucionales.

En armonía con la doctrina y la legislación comparada en esta materia, se considera que este derecho, para ser aplicado con respecto a entidades privadas, deriva de las garantías establecidas en los Artículos 4 y 44 de la Constitución Política de la República. En aplicación del citado Artículo 44 también deriva de normas de tratados ratificados por Guatemala y declaraciones internacionales pertinentes como las siguientes: Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y Artículo 3 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la que se expresa. “Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya está contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”.

Dada su naturaleza y en armonía con la norma del Artículo 31 de la Constitución Política de la República, el proyecto establece que no hay excepciones al derecho de las personas a acceder a sus datos personales propios obrantes en archivos estatales y privados.

En el ámbito adjetivo o procesal, además de establecer procedimientos directos, el proyecto incluye la tutela jurisdiccional específica de los derechos de acceso a la información, sin perjuicio de las garantías y defensas del orden constitucional establecidas en la Constitución Política de la República, en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos.

La eficacia de los derechos depende en bastante medida de que los mismos se configuren como derechos estrictamente “subjetivos” y no de manera meramente programática, así como de que se establezca procedimientos y procesos que viabilicen tal ejercicio. Pero eso, el proyecto pretende reglamentar estrictamente el Derecho de Acceso a la Información y establece procedimientos administrativos y procesos judiciales no formalistas, ágiles y flexibles, incluyendo el relativo a la acción de “habeas data” para el acceso a la información personal en archivos tanto públicos como privados. También establece la correspondiente acción para la supresión de archivos legales, para cuya represión debe mediar resolución judicial, a fin de evitar que su desaparición arbitraria obstaculice el acceso a la información obrante en los mismos,



en perjuicio de la eventual deducción de responsabilidades derivadas del procesamiento ilegal de datos personales.

4.1. Conceptos que motivaron la propuesta.

La transparencia, la rendición de cuentas y el derecho de acceso a la información son, entre otros, criterios básicos para prevenir y combatir la corrupción. Así se reconoce en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, al establecer que las políticas de lucha contra la corrupción deben basarse en criterios como: la legalidad, la debida gestión de los bienes públicos y privados, la obligación de rendición de cuentas, la participación de la ciudadanía, la transparencia, el derecho de acceso a la información de los ciudadanos, la coordinación de las políticas y actuaciones y la cooperación internacional.

Tales circunstancias han motivado a que Guatemala, se incluya dentro de los países que cuentan con una normativa relacionada al derecho de acceso a la información pública, lo cual se vio reflejado hasta el año 2008, cuando se crea el Decreto número 57-2008, del Congreso de la República, que contiene la Ley de Acceso a la Información Pública.

La transparencia y el derecho de acceso a la información son dos instrumentos básicos para prevenir la corrupción, al permitir a las partes interesadas y a cualquier persona de forma individual, poder obtener la información necesaria para generarse una opinión sustentada con la que tomar decisiones.

4.2. Nueve principios que dicho proyecto contenía:

a). El acceso a la información es un derecho de todos.

El derecho de acceso a la información es universal, es decir, las solicitudes de información no pueden registrarse, según la naturaleza del solicitante, su nacionalidad o profesión. Asimismo, no debe haber necesidad de justificar las razones por las que se ésta buscando la información.

El público tiene el derecho a recibir información en posesión de cualquier institución, incluidos la administración del Estado, el poder judicial, el poder legislativo, órganos autónomos públicos y entidades privadas que realicen funciones públicas.

También se incluyen a todas aquellas, que siendo o no de naturaleza pública, en el alcance en el que prestaran servicios públicos, desarrollasen políticas públicas, recibirán financiación pública, así como aquellas que afectasen o inciden sobre bienes públicos.

b). Realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito.

Sencillo: Los solicitantes tienen el derecho de realizar solicitudes de forma escrita u oral, en los idiomas oficiales reconocidos en el país, y el único requisito debe ser proporcionar un nombre para identificarlo, por cuestión estadística, un domicilio o dirección para recibir la información solicitada y la descripción de la información buscada.

Rápido: La información debe ser entregada inmediatamente o dentro de un plazo de 15 días hábiles. En casos excepcionales, cuando la solicitud sea complicada y siempre con notificación al solicitante, la entidad pública puede ampliar este plazo por una sola vez por 10 días hábiles más.

Gratuito: El acceso a la información es gratuito, los solicitantes tendrán el derecho de consultar documentos que contienen la información buscada y/o recibir información por correo electrónico de forma gratuita. Se podrá cobrar una tasa al solicitante por copias de documentos, la cual deberá de ser razonable y no exceder el costo real de su reproducción, incurrido por la autoridad pública. De esa misma manera, para información entregada en otros formatos (cd's, videos, usb's, etc.) se puede cobrar únicamente el costo del soporte.

Los funcionarios públicos deben ayudar a los solicitantes para realizar sus solicitudes. Si una solicitud esta dirigida a una institución pública que no es competente, los funcionarios deben transferir la solicitud al organismo correspondiente.

Cada entidad pública y privada obligada por la ley de acceso a la información tiene que designar a uno o más funcionarios como responsables de la información. El responsable de información recibirá y gestionará solicitudes, ayudará a miembros del público en sus búsquedas para información, y promoverá conocimientos del derecho de acceso a la información dentro de su institución.

Toda información en manos de las instituciones públicas se somete al principio de publicidad.

La información sólo puede ser reservada por un estrecho conjunto de razones legítimas establecidas en el derecho internacional, recogidas y definidas en la ley nacional, sujeto a una prueba de interés público. La información debe siempre ser facilitada cuando el interés público supere cualquier daño que su apertura pueda ocasionar.

La información sobre amenazas al ambiente, la salud o los derechos humanos, así como la información que puede revelar corrupción, no puede ser reservada, por el alto interés público que esa información contiene.

La excepción del secreto de la información pública deberá ser declarada por la autoridad competente según el procedimiento legal previsto que buscará la protección de la intimidad de las personas, la averiguación de los delitos y la seguridad nacional u otro permitido por normas internacionales como medida proporcional de una sociedad democrática. Toda negativa debe establecer claramente las razones para no revelar información.

La ley debe establecer el principio de acceso parcial: "Cuando un documento contiene información solicitada junto con otra información que cae bajo una de las limitaciones permitidas por la ley, la entidad tiene que separar la información reservada de la que puede entregarle al solicitante.



Todos los solicitantes tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de este derecho y para impugnar la negativa a entregar la información por parte de un organismo público.

Las denegaciones de acceso o la no contestación a las solicitudes (silencio administrativo) podrán ser impugnadas mediante el régimen de recursos administrativos previstos en la Ley y, en su caso, la vía contencioso- administrativa, a través del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Todos los organismos públicos deben poner a disposición del público un registro de todos los documentos que poseen y deben asegurar acceso fácil y gratuito a información sobre sus funciones, responsabilidades y aquella información trascendente que les corresponda, sin necesidad de que esta información sea solicitada. Dicha información debe ser actual, clara y estar en lenguaje sencillo.

Los organismos públicos deben publicar los nombres de los funcionarios responsables de la información, junto con sus números de teléfono y direcciones de correo electrónico. De misma manera tienen que informar al público de su derecho de solicitar información y detalle sobre los mecanismos para hacer la solicitud.



Debe establecerse una agencia o comisionado específico e independiente para revisar las negativas de acceso a la información, promover su conocimiento y avanzar en el desarrollo de este derecho.

C

C

CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico a la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto número 57-2008.

El derecho a la información es una de las condiciones básicas para la construcción y el fortalecimiento del proceso democrático del país. Por eso, el proyecto norma lo relativo a este derecho, tanto desde la perspectiva de la obligación del poder estatal de publicar de oficio información en su poder, como del ejercicio del derecho por iniciativa de los gobernados.

Una democracia debe ser entendida o caracterizada como un sistema compuesto por un conjunto de reglas que establecen quien está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos. No obstante, para hacer plenamente efectivo un sistema democrático no es suficiente la atribución del derecho de participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas ni la existencia de reglas al respecto. Es preciso que aquellos que están llamados a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales basadas en la información sobre la gestión de sus gobernantes y de esa manera estén en condiciones de seleccionar entre las diferentes alternativas.

Sin pleno acceso a la información estatal, la ciudadanía no contará jamás con los elementos de juicio suficientes para valorar la eficacia y sanidad de la gestión

gubernamental y por ende, para respaldarla o rechazarla. Por ello, es necesario que sean garantizados los derechos fundamentales, especialmente aquellos en los cuales nació el Estado moderno y se construyó la doctrina del Estado de derecho, entendido éste como el Estado que no sólo ejerce el poder sometido a la ley, sino que le ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los llamados derechos inviolables del individuo.

El reconocimiento de estos derechos se convierte en el supuesto necesario para el correcto funcionamiento de los mecanismos fundamentales procesales que caracterizan un régimen democrático. Las normas establecidas en toda Constitución que atribuyen o desarrollan estos derechos no son propiamente las reglas del juego, sino son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego. La protección de estas libertades permite al ciudadano dirigirse a sus gobernantes para solicitar ventajas y beneficios, lo cual trae consigo un hecho ineludible en todo sistema democrático.

Las anteriores consideraciones permiten entender que la democracia es el Gobierno del poder público. Entendiendo que lo público es lo contrapuesto a lo secreto, es algo manifiesto, evidente, precisamente visible. Y es que un régimen democrático es aquel en el que todas las decisiones y en general, los actos de la administración deban ser considerados por todas las personas. De ahí que el poder tenga un carácter público y es entendido como no secreto. Esto ha sido considerado como uno de los criterios fundamentales para distinguir un Estado democrático de un estado autoritario, la

visibilidad no depende únicamente de la presentación en público del que esta investido por el poder, sino también de la cercanía espacial entre el gobernante y el gobernado.

De lo anterior se colige la importancia que tiene el derecho fundamental del ciudadano al libre acceso a la información pública para el pleno desarrollo del sistema democrático, pues un Estado que mantiene, encubre y protege el secreto es un Estado que desea permanecer lejos del pueblo soberano y evitar la fiscalización de su gestión.

Esconderse o esconder algo son dos formas de ocultamiento, cuyo resultado es el debilitamiento de todo sistema ya sea democrático o en transición hacia la democracia. Así las cosas, en las democracias modernas no sólo deben garantizarse reglas claras y confiables para la competencia electoral y el acceso al poder, sino que además éstas deben asegurar un ejercicio transparente de la función pública, de tal modo que la sociedad pueda conocer y evaluar la gestión gubernamental y el desempeño de los servidores públicos.

El derecho de acceso a la información pública constituye la prerrogativa de todas las personas a saber y conocer sobre la información en posesión de la administración pública. Este derecho se desarrolla a partir de que la información en poder de la autoridad estatal es bien público, cuya titularidad reside en la sociedad. Las autoridades y servidores públicos participan en su formulación, producción, procesamiento y administración para cumplir con las funciones que les corresponden no obstante, de ninguna manera la información que pasa por sus manos les pertenece.

Se trata de la consagración del principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno que, en el marco de un Estado de Derecho y de la democracia participativa, donde el ciudadano no se limita a ejercer la función de elegir a sus representantes, sino que puede y debe tomar parte activa en todas las actuaciones y decisiones del Estado, se constituye en base fundamental de la labor de gobierno.

La participación activa de cualquier ciudadano en los mecanismos de control y fiscalización de los actos de los gobernantes sólo puede hacerse tangibles si normativamente se reconoce y desarrolla el derecho que tiene cualquier persona de acceder a todo tipo de información y si existe transparencia en la entrega de esta información por parte de los que la tienen en su poder.

El desarrollo normativo de este derecho constituye un paso importante en la consolidación del proceso democrático, pues al mismo tiempo que incidirá en el comportamiento habitual de los servidores públicos en relación con los ciudadanos, impactará de manera positiva en la organización y funcionamiento de la administración pública, la cual esta obligada a sistematizar, organizar y resguardar la información.

El derecho de acceso a la información esta íntimamente ligado a otros principios: publicidad, transparencia y rendición de cuentas. Esta última se define como el requerimiento a la administración pública para explicar a la sociedad sus acciones y aceptar consecuentemente la responsabilidad de las mismas. La rendición de cuentas favorece una mayor responsabilidad entre las partes, mediante la mejora de los



mecanismos de consulta y de diálogo para reforzar la legitimidad de las políticas públicas. Sus principales instrumentos son la provisión de información sobre las políticas y las acciones de las diferentes instituciones y organizaciones, así como la creación y el estímulo de oportunidades para la consulta y la participación activa de los ciudadanos en la formación y elaboración de las políticas públicas.

La rendición estatal de cuentas, también facilita que los individuos puedan conocer la información que está en manos de los distintos poderes del Estado. Al mismo tiempo, busca transparentar el uso y destino de los recursos públicos y hacer del conocimiento de la sociedad cuestiones fundamentales sobre concesiones, permisos, contrataciones, trámites y servicios. Se constituye en una palanca para incrementar la eficiencia gubernamental e ir fortaleciendo una cultura de rendición de cuentas en los servidores públicos.

Por su parte, la transparencia es abrir la información del Estado al escrutinio público. Esta no implica un acto de rendir cuentas a un destinatario específico, sino la práctica de colocar la información en una vitrina pública para que aquellos interesados puedan revisarla, analizarla y, dado el caso, usarla como mecanismo para sancionar en caso que exista anomalía alguna. La transparencia constituye una pieza clave en el sistema de contrapesos y controles que hacen de la democracia el único sistema político que busca ceñir en el marco de ley al poder político con el poder ciudadano. En un Estado democrático se buscan crear condiciones de transparencia en el ejercicio del poder para establecer una nueva relación entre ciudadanos y gobernantes. En este

sentido, el acceso a la información pública y el combate a la corrupción constituyen la respuesta legal e institucional para favorecer la rendición de cuentas y generar claridad en las acciones del poder estatal.

El principio de publicidad establece que la información de los poderes del Estado es pública y la clasificación de la misma se justifica estrictamente por excepción constitucional. Se basa en la idea de que las razones que los servidores y funcionarios públicos tienen para ejecutar acciones y la información necesaria para evaluar esos actos deberá ser del conocimiento de todas las personas. Este principio es valioso, primero y primordialmente, porque es un aliado en la rendición de cuentas; motiva a los funcionarios para cumplir con su deber y motiva a los ciudadanos para deliberar acerca de las políticas públicas.

El presente proyecto de ley establece, entre otros, estos tres principios y al mismo tiempo pretende ser un instrumento que coadyuve a recuperar el sistema republicano de la democracia en Guatemala. El acceso a la información pública es una inversión social que redundará en beneficio de todos. Cuando la ciudadanía está mejor informada puede tomar mejores decisiones. Este proceso conduce a la transformación cultural en la relación entre el poder público y sociedad, entre servidores públicos y ciudadanos. El acceso a la información pública es fundamental para hacer más democrático el ejercicio del poder. El impacto de la implementación de este derecho puede estremecer el sistema, en donde las autoridades están acostumbradas a cobijar el secreto y la discrecionalidad.



El marco jurídico vigente en Guatemala contiene normas constitucionales aún no desarrolladas que, a su vez, establecen excepciones específicas y extraordinarias al acceso a la información. La ausencia de normas e instituciones que desarrollen los principios generales, se ha convertido en obstáculo, muchas veces arbitrario y abusivo al derecho de libre acceso a la información pública.

Existen algunas normas ordinarias específicas que ya regulan el acceso a ciertos documentos públicos, por ejemplo, la regulación en la Ley del Organismo Judicial del acceso a expedientes de actuaciones de los tribunales y dependencias y oficinas del Estado; el acceso a documentos en registros públicos establecidos para dar certeza jurídica a ciertos hechos y actos jurídicos; el acceso y sus limitaciones a las actuaciones en el proceso penal; así como lo relativo al secreto bancario. Esas regulaciones específicas se dejan vigentes, pero es necesario normar en forma integral el derecho de libre acceso a la información en todos los demás aspectos de la gestión pública.

La transparencia de la acción estatal, incluida la del manejo de sus archivos de datos personales, exige obligaciones al respecto de quienes tienen a su cargo esa acción y ese manejo. Por ello, además del derecho de las personas a acceder a la información, se establece la obligatoriedad de publicar información periódica de oficio, por parte de los organismos y entes estatales y por parte de los titulares de los archivos.

5.1. Obligaciones de transparencia.

Sujetos de la información. Como parte de ámbito personal de aplicación de la ley, las leyes referentes al acceso a la información deben contener un catálogo de los sujetos obligados por la misma.

5.2. El sujeto pasivo del Derecho.

Es el que tiene a su cargo el deber u obligación por ley o norma a proporcionar la información solicitada, es importante determinar dentro de las diversas administraciones que pudiera haber en los gobiernos con sus respectivas estructuras, cuales serán los sujetos que deberán entregar información.

El primer sujeto pasivo y principal obligado a informar a los ciudadanos sobre la marcha de la cosa pública: es el mismo Estado, en sus tres poderes, y en todos sus órganos centralizados y descentralizados.

La regla como ya se apuntó es que toda persona que ejerza gastos públicos o privadas, tendrá la obligación de rendir cuentas respecto al uso y destino de esos recursos.

El catálogo de sujetos obligados variará dependiendo la forma de gobierno que prevalezca en los distintos países, en el caso de Guatemala, los mismos se encuentran regulados en la Ley.

5.3. El sujeto activo del Derecho.

Es el titular del derecho de acceso a la información pública.

Destaca que en algunas legislaciones se establece la persona que puede hacer uso de este derecho, en este caso existen legislaciones regionalistas y otras en donde se permite que cualquier persona sin importar su lugar de residencia pueda ejercer el derecho de solicitar información, tal es el caso de Guatemala.

Se puede presentar la situación de que algún extranjero solicite información sobre cuestiones que están restringidas para ellos desde la Carta Fundamental del país en donde pretende requerirla, en este caso se deberá respetar la jerarquía de las leyes y se podrá negar el acceso con base en la norma fundamental, lo cual no ocurre en Guatemala.

5.4. Beneficios económicos.

Mejora las condiciones para las actividades productivas y las inversiones.

Facilita el flujo de información sobre:

- a). Las oportunidades de negocios, en especial para las pequeñas empresas.
- b). Las compras de gobierno.
- c). Los programas de apoyo para el sector productivo.

5.5. Beneficios administrativos.

Generará innovación y mejorará la gestión pública.

Permitirá tener mejor información para la planeación pública y privada.

Provocará una profunda reforma en los procedimientos de manejo y conservación de la información gubernamental, que son prácticamente desconocidos en la administración pública.

En principio todo sujeto que ejerza gastos públicos tendrá la obligación de rendir cuentas en cuanto al uso que haga de esos recursos, entre más sujetos queden determinados la ley será más eficaz sobre todo al momento de obligarlo a publicar la información de oficio.

5.6. Del acceso a la información pública en la ley.

La recepción de información por parte de las personas es un derecho en sí mismo, como derecho de conocer y para poder generar su propia opinión y tomar las decisiones que considere oportunas, así como para ejercer adecuadamente su derecho a la libertad de expresión.

El derecho de acceso a la información proclama, por tanto, que las personas tienen derecho a conocer aquellas informaciones que les permiten ejercer el resto de derechos proclamados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En este sentido, y en la medida en las que las instituciones producen impactos sobre la sociedad y el medioambiente que puedan influir en el respeto o protección de alguno o varios de los derechos proclamados, las personas tienen derecho a conocer de qué

forma las entidades llevan a cabo sus actividades, qué impactos producen y cómo tratan de solucionarlos.

Por tanto, es fácil entender por qué las distintas partes interesadas que puedan tener una institución quieran ejercer el derecho de acceso a la información para evaluar la eficacia en gestión de la misma, el grado de cumplimiento de los compromisos públicos realizados, el grado de probidad en la gestión de lo público, los criterios en la toma de decisiones, así como los impactos y riesgos que su gestión y actividad producen directa e indirectamente a las personas, a la sociedad en su conjunto o algún bien público, global o local.

Es obvio que el derecho de informar no garantiza el respecto de los derechos humanos por parte de las instituciones, ni que la gestión de las instituciones vaya ser más eficiente y más positiva en cuanto a los impactos producidos en las personas que conforman la sociedad, pero supone una herramienta de redición de cuentas a partir de la cual los ciudadanos y los distintos actores de la sociedad pueden tomar decisiones bien informados.

5.7. De las unidades de información pública.

Son los entes encargados de atender las solicitudes de información, de conformidad con la Ley cada ente obligado, deberá de constituir o habilitar una oficina administrativa que atienda dichas solicitudes, designando al personal necesario para tu atención, formando parte de la estructura orgánica de cada dependencia o sujeto pasivo.

En las leyes en la materia se deberá precisar las formas de acceso a la información pública de los sujetos obligados. La principal manera es a través de la solicitud que presenta el interesado, en la medida que las formas de acceso sean amigables y los plazos de respuestas cortos se favorecerán y utilizarán mejor las leyes socializándose este derecho.

En la actualidad con la ayuda de las nuevas tecnologías se puede optar por la solicitud en vía electrónica lo que simplifica los trámites y los tiempos de espera. Esa entre otras opciones se puede implementar para el acceso cada vez más oportuno a la información.

5.8. Elementos que debe de contener la solicitud.

Entre los elementos que debe contener la solicitud deben prevalecer los mínimos que permitan la identificación de la información que se requiere de los sujetos obligados. La solicitud no debe convertirse en un trámite engorroso que requiera de asesoría especializada para llevar a cabo.

En las legislaciones incipientes en la materia es conveniente que no se requiera la identificación del sujeto pasivo a efecto de que no se le inhiba desde la solicitud a ejercitar este derecho.

5.9. Tiempo de respuesta.

Tomando en consideración que la fuerza de la información reside en la oportunidad del momento de tenerla, aquella que llegue con dilaciones innecesarias puede dejar de tener la importancia que fundó su requerimiento.

Cada legislación establece sus tiempos de respuestas ante las solicitudes de información. La espera deberá ser significativamente menor a la que se presenta en materia jurisdiccional para obtener una resolución, lo anterior a efecto de que no se utilicen los plazos de respuestas como medidas de facto para negar el acceso a la información.

5.10. Prórroga del tiempo de respuesta.

Al igual que el primer plazo para la respuesta, la prórroga del mismo deberá fundarse y motivarse debidamente para justificar la procedencia del mismo. En este caso se debe cuidar que no exceda del plazo inicial a efecto de evitar las dilaciones en la entrega o plazos discrecionales que no obliguen a la autoridad a cumplir en tiempo.

Es importante la determinación del plazo de respuestas ya que sólo teniéndolo se puede determinar materialmente el incumplimiento en la entrega oportuna de la información. En otro indicador posterior veremos que una de las consecuencias que ante el incumplimiento contemplan las legislaciones de la materia es lo referente a la afirmativa ficta.

5.11. De la creación de las unidades de información pública.

Es el órgano creado para garantizar el libre ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Dependerá del sistema jurídico la forma de operación, estructura y jerarquía administrativa del que se le dote a este órgano.

Para efectos de la evaluación en el indicador tres referentes que pueden crear la presunción fundada de que el órgano cuenta con lo mínimo para funcionar son:

Presupuesto asignado, número de empleados o personal designado y salarios.

5.11.1. Presupuesto asignado.

Sin desconocer que dependiendo del tipo de país los recursos destinado al órgano pueden variar y se determinan en gran manera por la condición socioeconómica y sobre todo el grado de avance político-administrativo en la forma de operación y manejo de los recursos públicos, se puede hacer una revisión para determinar la forma en que puede solicitar su presupuesto, si el mismo le es asignado o se solicita directamente, las cuantías y otros factores relacionados con el rubro.

Aunque un presupuesto adecuado no es garantía de un ejercicio eficaz de las funciones del órgano también es cierto que una forma de castigar al órgano que pretende lograr cierta independencia es reduciendo al mínimo su presupuesto a efecto de limitar el alcance de su gestión.

5.11.2. Número de empleados o personal designado.

Otro de los contenidos del indicador es el referente al número de Comisionados que forman parte de los Órganos Garantes, cabe destacar que la designación de “Comisionado” no es uniforme en las legislaciones pero se usa de referente para determinar a la persona que forma parte del órgano colegiado cuya principal función es hacer efectivo el derecho de acceso a la información y garantizar el debido cumplimiento por los sujetos obligados e incluso, dependiendo la legislación, sancionar en caso de omisión o negligencia dolosa o culposa a los responsables de negar el debido acceso a la información o el acceso a datos personales protegidos.

5.11.3. Salarios.

En cuanto a la retribución onerosa de los integrantes del órgano garante se debe precisar que se dan casos en que las funciones son honoríficas por lo que no se destina una partida para efectos de salarios.

Dependerá del país y de la situación socioeconómica el rubro y nivel de salario que se destine para la integrantes del órgano garante, se puede presentar el caso en que el excesivo salario en función de la decreciente económica de un país sea un factor crítico en cuanto a lo ético de los gastos por parte del gobierno, por otra parte ese tipo de aseveraciones nos obliga a otro tipo de investigación más especializada que no forma parte de los objetivos del presente trabajo.

Lo que se pretende buscar con este indicador es la existencia o no, desde la ley de la materia, del órgano responsable de llevar a cabo las funciones de seguimiento y fiscalización de la ley para garantizar su debido cumplimiento.

5.12. De la información confidencial y reservada.

La información confidencial es la que se refiere a datos personales. Es la información que se entrega a la autoridad con ese carácter. Habrá legislaciones que cuenten con su propia ley en la materia que regule la forma de protección de este tipo de información de tal suerte que no se encuentren integradas en la legislación en materia de acceso a la información.

Será la propia legislación la que reenvíe a otras legislaciones, sin que el objeto del estudio sea el revisar todas las legislaciones que se pueden derivar de este derecho, habrá otras que tengan un catálogo especial. Lo importante en ambos casos es que exista disposición expresa que determine los alcances y límites en el uso de este tipo de información.

Es cuanto a la información reservada, lo recomendable es que el catálogo sea un referente mínimo que no haga extensivo las restricciones de acceso a la información que incluso deba ser difundida de oficio.

El apartado que establezca las limitaciones debe ser el mejor redactado, debe incluir los supuestos precios por los cuales determinada información será de acceso

restringido. No se puede comprar la pertinencia en cuanto a contenidos porque como ya se estableció al inicio de este apartado los contenidos de las diversas legislaciones, más en esta materia, dependerá de factores no solamente jurídicos lo que hace improductiva la tarea de generalizar.

Una parte fundamental en este apartado de la información reservada o confidencial es el que se refiere a las excepciones a este acceso restringido.

La excepción más importante es la que establece que no podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad. Esta excepción permite que las legislaciones sean una garantía de la difusión de la información que por su naturaleza es de interés público sin importar el contenido que pudiera ser reservado e incluso confidencial. Será el caso concreto el que podrá determinar la jerarquía de las reservas frente al derecho a saber que establece la legislación.

El que se catalogue determinada información como de acceso restringido y se configure como un límite al acceso a la información no impide que el emisor pueda generar versiones públicas en las que se protejan los datos sensibles y personales evitando así el daño o menoscabo al Estado o a los particulares por la difusión de esa información.



En la medida que las leyes en la materia del mundo, establezca la posibilidad de elaborar versiones públicas de aquella información que no debe difundirse abiertamente, mejor será la disposición de apertura y rendimiento de cuentas sin que se catalogue como reservada cierta información genere suspicacias.

En los Estados modernos se plantea la necesidad de proteger la confidencialidad de cierta información estatal, como excepción a su publicación y al derecho de acceso a la misma, en orden a prevenir perjuicios para la seguridad del mismo Estado o para los intereses de la colectividad, por lo que, en armonía con el derecho al libre acceso a la información, es necesario regular cuidadosamente tal excepción, mediante la clasificación y desclasificación de información estatal reservada. Es por ello que el tema se incluye en este proyecto, para ser congruente con la visión integral del mismo a que se aludió anteriormente.

En armonía con el Artículo 30 de la Constitución Política de la República, es relevante a este respecto considerar el tema de la excepción generalizada referente a los asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional que, desde la perspectiva del denominado “secreto de Estado”, debe correlacionarse con el tema del proyecto, aunque sin denominarlo de esa forma para mantener una terminología acorde a la constitucional.

Esta correlación impone normar lo relativo a los asuntos militares y diplomáticos de seguridad nacional, para cuya reserva o cese de la misma, el proyecto exige un acto

expreso de clasificación o desclasificación, conforme a criterios específicos, a fin de evitar que la excepción a la publicidad se pretenda de manera arbitraria. Dada su especial naturaleza, no se considera como materia de clasificación propiamente, lo relativo a los datos proporcionados por particulares bajo garantía de confidencia, pero se establecen criterios básicos para que los mismos adquieran dicha categoría.

Conforme a la Constitución existen materias reservadas sin necesidad de un acto expreso de clasificación, entre ellas las establecidas en los Artículos 24 y 134 inciso d) de la Constitución; por otra parte, en materia judicial hay asuntos que por ley se someten a reserva (por ejemplo la reserva que existe con relación al tema de menores de edad, en armonía con la protección a su salud física, mental y moral establecida en el artículo 51 de la Constitución”.

5.13. Recurso de revisión y su procedimiento.

Una de las principales sanciones ante el silencio de la autoridad, sobre todo en materia administrativa es la Afirmativa Ficta, en la medida que en el Derecho Administrativo de los países se integra la sanción, se permite que el solicitante no se quede en estado de indefensión ante la incertidumbre permanente de la entrega de la respuesta.

Como se apuntó desde el apartado III. Del presente protocolo será difícil homologar instituciones que de origen tienen estructuras distintas. Será en razón de la materia, en este caso de derecho de acceso a la información lo que determinará la procedencia o

no de ciertas instituciones, en el caso que nos ocupa la Afirmativa Ficta toma especial relevancia para el debido seguimiento de la aplicación de las leyes en la materia.

La mecánica de la Afirmativa Ficta es la siguiente: Cuando el sujeto activo realiza una solicitud de acceso a la información ante los sujetos obligados y los mismos por omisión o negligencia dejan de contestar en tiempo y forma al requerimiento, se entiende que la respuesta se dio en sentido afirmativo por la ficción que contempla la ley.

Lo anterior no implica que el solicitante tenga acceso irrestricto a toda la información ya que se puede dar el caso en que la solicitud se refiera a información de acceso restringido (información reservada y confidencial) y por la omisión se pudiera tener acceso a información que pudiera ser sensible o contuviera datos personales. Es aquí donde se hace efectiva una de las principales facultades del Órgano Garante al supervisar que la información que se debe entregar al solicitante efectivamente sea pública y sin restricciones para garantizar el acceso responsable a la multicitada información.

Otra parte fundamental de la Afirmación Ficta es el derecho del solicitado a recibir la información solicitada, una vez que sea revisada por el Órgano Garante, de manera gratuita en la forma en que fue requerida, con lo que se complementa las dos partes de este principio, por un lado el que no queden sin respuesta las solicitudes y obtengan por la falta de respuesta la información de manera gratuita.

5.14. Responsabilidades y sanciones.

Otro de los grandes factores que determinen la fuerza de las leyes de acceso a la información pública depende en gran medida del procedimiento que se haya establecido por el legislador para la defensa de este derecho. La premisa es que prevalezca el principio de sencillez del procedimiento que motive el seguimiento de los casos por parte del solicitante.

Debido a la diversidad de procedimientos y formas en que se puede impugnar la negativa de acceso a la entrega incompleta o la falta corrección de datos personales es difícil determinar cual es la lógica procesal en la forma adjetiva de llevar las impugnaciones.

Lo importante en todos los casos será el tiempo que se lleve en la tramitación de los recursos ya que de ellos dependerá la recepción oportuna de la información que a fin de cuentas es lo que viene a impactar en la calidad de vida de las personas.

Formas de control de la ley: La fuerza de derecho reside en la sanción. Toda norma para tener no solo vigencia sino eficacia debe contar con las posibles consecuencias ante el incumplimiento de las obligaciones que se contienen en la misma.

En la medida en que las leyes de acceso a la información pública contengan un catálogo de responsabilidades y sanciones en las que pueden incurrir los servicios



públicos que incumplan la ley tendrá mayor fuerza de ejecución inhibiendo su incumplimiento.

Responsabilidad y sanciones: En la medida que se establezca un catálogo de responsabilidades y las sanciones que se harán efectivas al momento del incumplimiento del mandato legal se contará con disposiciones normativas más eficaces.



CAPÍTULO VI

6. Comparación con otras leyes que regulan el acceso a la información en América Latina.

El derecho de acceso a la información pública constituye uno de los pilares trascendentales para el funcionamiento de la democracia.

Su recepción explícita en el sistema jurídico y particularmente en los textos constitucionales, contribuye a que los ciudadanos puedan evaluar de mejor manera el desempeño de los gobernantes, ampliar la garantía y fundamento del derecho a la información, fortalecer la democracia y otorgar una herramienta concreta para la transparencia de la república.

A fin de la mayor difusión y profundización de tal derecho, presentamos un panorama del estado del arte de la recepción constitucional y legal del derecho de acceso a la información pública en el derecho comparado y con especial énfasis en el marco del sistema interamericano de derechos humanos.

El derecho de acceso a la información pública presenta tanto desde su concepción teórica como en su consecuente ejercicio, múltiples implicaciones. Ello se debe a que su existencia constituye uno de los pilares trascendentales del funcionamiento de la

democracia, ya que ésta mal podría reputarse tal, si no diera cuenta de la plena vigencia del principio de publicidad de los actos de gobierno.

Asimismo, el derecho de acceso a la información pública implica la concreción del derecho a la libertad de expresión, entendido éste en toda su amplitud y extendido a lo que hoy llamamos derecho a la información, que comprende tanto la facultad de dar como de recibir información, y cuyo ejercicio corresponde a toda persona: al “sujeto universal”, a todos y cada uno de nosotros.

A su vez, el derecho de acceso a la información guarda una íntima relación con otros derechos humanos, tal como señala la Relatoría para la Libertad de Expresión en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe del año 2002.

En un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación, entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información. La publicidad de la información permite que el ciudadano pueda controlar (la gestión pública), no solo por medio de una constatación de los mismos con la ley, que los gobernantes han jurado cumplir, sino también ejerciendo el derecho de petición y de obtener una transparente rendición de cuentas.



El acceso a la información, a la vez de conformarse como un aspecto importante de la libertad de expresión, se conforma como un derecho que fomenta la autonomía de las personas, y que les permite la realización de un plan de vida que se ajuste a su libre decisión.

Ciertamente, la introducción del derecho de acceso a la información pública en el sistema jurídico y particularmente en los textos constitucionales, contribuye a que los ciudadanos puedan evaluar de mejor manera el desempeño de los gobernantes, amplía la garantía y fundamento del derecho a la información, fortalece la democracia y otorga una herramienta concreta para la transparencia del sistema. Es por ello que, a la luz de lo expuesto, y a fin de la mayor difusión y profundización de tal derecho en el seno de nuestra sociedad argentina, presentamos un panorama del estado del arte de la recepción constitucional expresa del derecho de acceso a la información pública en el derecho comparado, en el sistema interamericano de derechos humanos y en los regímenes jurídicos de algunos Estados parte del mismo.

6.1. Derecho comparado de acceso a la información en el ámbito de la Unión Europea.

La aprobación del Tratado de Maastricht en 1992 mostró la disonancia existencial entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos europeos que, lejos de hacer suyo el proyecto comunitario, parecían ser muchos más quienes sufrían el velorio de sus visas pasadas que quienes gozaban con las perspectivas de una nueva Europa.

Estos y otros datos llevaron a las instituciones comunitarias a iniciar una reflexión para ver que podían hacer para mejorar tal situación y, al fin y al cabo, permitir a los ciudadanos conocer como estaban actuando. Las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa (26 y 27 de junio de 1992), señalaban ya en esos momentos iniciales que “el Consejo está de acuerdo en que deben hacerse avances concretos para aumentar la transparencia en el proceso de adopción de decisiones en la Comunidad y aumentar el diálogo con los ciudadanos de Europa sobre el Tratado de Maastricht y su aplicación”.

Posteriormente, se fueron aprobando diversas comunicaciones que incidían directamente en el ámbito de la información de la Unión Europea a los ciudadanos. Así, las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo (diciembre de 1992), incluyeron, entre otras, una declaración relativa a la información sobre el papel del Consejo y sobre el acceso a los trabajos del Consejo, destacándose la necesidad de incrementar la información general sobre el papel y las actividades del Consejo a través de la publicación del Informe Anual y el aumento de las actividades informativas en general.

Siguiendo esta línea, la Comisión aprobó la comunicación “una mayor transparencia en el trabajo de la Comisión” que propugnaba mejorar la difusión de la información existente referida a dicha Institución. Posteriormente, la Comisión Transparencia en la comunidad, dirigida al Consejo, al parlamento y al Comité Económico y Social, del 2 de junio de 1993, renueva el compromiso de dicha institución con el principio de transparencia y la información al ciudadano como mecanismos necesarios para avanzar en el proceso de integración europea.

Igualmente, debe ser puesto de relieve que junto a los mecanismos, previstos inicialmente para la Comisión pero que se han ido extendiendo a otras instituciones y órganos comunitarios, la Unión Europea ha incrementado su transparencia a través del reconocimiento del derecho de acceso a los documentos de las instituciones y órganos comunitarios. El derecho de acceso después de un tenue reconocimiento en el Tratado de Maastricht ha obtenido definitivamente partida de nacimiento con la aprobación del Tratado de Amsterdam.

6.2. Derecho comparado de acceso a la información pública en el marco constitucional español.

La Constitución Española de 1978, específicamente en el Artículo 105 b) remite a la regulación de la ley el acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos “excepto en aquellos que afecte la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

La Ley 30/92. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo.

La Ley 30/92 de Régimen Jurídicos de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el Artículo 35 h) atribuye a los ciudadanos el derecho al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en otras leyes específicas.



El Artículo 37 de la Ley 30/92 regula el derecho de acceso a la documentación de los archivos administrativos. Este derecho podrá ejercerse:

Cuando los expedientes correspondan a procedimientos acabados en la fecha de solicitud del acceso.

Es necesario en este aspecto, destacar que esta norma infra-constitucional ha sido motivo de críticas, puesto que la exigencia de que se trate de procedimientos terminados obstaculizaría en lo concreto el principio general constitucional de acceso a la información pública.

Además del requisito mencionado, la referida norma establece que el derecho de acceso a los documentos públicos podrá ejercerse:

Cuando no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos.

Cuando no contengan datos referentes a la intimidad de las personas, puesto que en este caso estos datos sólo podrán ser conocidos por los propios interesados. La misma limitación se aplicará a los procedimientos sancionadores y disciplinarios respecto de las personas sancionadas administrativamente.

El acceso deberá solicitarse mediante petición individualizada de los documentos concretos que se deseen consultar. Cuando se formule solicitud genérica sobre una materia, será potestativo conceder el acceso por parte de la Administración, precepto que hace dudar de la licitud de aplicar rigurosamente la norma, ya que es difícil que un ciudadano tenga información exacta (número de expediente, nombres completos, etc.)

de la documentación contenida en los archivos. De hecho, estos condicionamientos y requerimientos formales obstaculizan el mismo ejercicio del derecho de acceso a la información.

El acceso a los expedientes comporta el derecho a obtener copias y certificaciones de los documentos, previo pago de la tasa correspondiente.

La administración sólo podrá denegar el acceso a los archivos públicos por resolución motivada en tres casos:

- a). Por razones de interés público;
- b). Por intereses de terceros más dignos de protección; y,
- c). Cuando lo disponga una ley.

La denegación es recurrible por vía administrativa y, en su caso, por vía contencioso-administrativa.

Las limitaciones del derecho de acceso establecidas en la Constitución (la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos, la intimidad de las personas) se amplían en la Ley 30/92 a tres casos más:

- a). Los expedientes que contengan información sobre el ejercicio de las competencias constitucionales –no administrativas- de los Gobiernos estatal y autonómicos;
- b). Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial; y,



c). Las actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

La disposición estudiada remite a leyes específicas, la regulación de la consulta de documentos respecto a determinados asuntos, como el de materias clasificadas, datos personales sanitarios, régimen electoral, estadística pública, el Registro Civil, el Registro Central de Penados y Rebeldes y los Archivos Históricos. En los casos de materias clasificadas, datos sanitarios personales y estadística pública, las leyes que han regulado estas materias –Ley de Secretos Oficiales, Ley General de Sanidad, Ley de la Función Estadística Pública- han excluido prácticamente al ciudadano de la consulta de estos archivos.

El Artículo 37, apartado 7 de la Ley 30/92, después de considerar discrecional por parte de la Administración el conceder el derecho de acceso cuando el ciudadano haga la solicitud de consulta en términos genéricos, se establece: “No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquellos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada la intimidad de las personas”.

Esta norma también es criticable, en la medida que el permitir el acceso a la información sigue siendo una decisión discrecional de la administración. Amplísima atribución que justamente con su condición de tal, se presta a tergiversarse en arbitrariedad. Pero a su vez, el apartado violentaría el derecho a la igualdad ya que

crea una situación privilegiada para un determinado grupo social, los que genéricamente la ley llama “investigadores”, respecto a los demás ciudadanos.

Lluís de Carrera Serra, sostiene que en el grupo de investigadores podemos incluir también a los periodistas, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre el carácter preferente de la libertad de información como conformadora de la opinión pública libre, y la protección constitucional máxima cuando esta libertad es ejercida por los profesionales de la información a través de la prensa.

En coexistencia con la Ley 30/92, España ha regulado el acceso a los datos personales obrantes en los registros sistematizados en la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, llamada LORTAD, cuya materia de regulación equivaldría a nuestra ley reglamentaria del Hábeas Data.

6.3. Derecho comparado de acceso a la información pública en el ámbito interamericano.

En 1996, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) se adoptó la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). El mismo establece una serie de compromisos a cumplir por los Estados firmantes en la lucha contra la corrupción y la transparencia de los actos de gobierno. Su contenido cubre un amplio espectro de obligaciones en cuanto al acceso a la información por parte de los ciudadanos; desde la obligación de reglamentar declaraciones juradas para los funcionarios públicos hasta



morigerar las normas del secreto bancario, transparentar el régimen de compras del Estado y tipificar como delitos determinadas acciones de ocultamiento.

Argentina ratificó su adhesión a la CICC a través de la Ley 24-759, publicada en el Boletín Oficial el 17 de enero de 1997.

El derecho de acceso a la información pública es parte integrante e inescindible del derecho a dar y recibir información. El derecho a la información y a la libertad de expresión es indivisible de los demás derechos. Dicho de otro modo, es un derecho necesario para el ejercicio y la protección de los demás. Sin libertad de expresión y sin posibilidad de acceso a la información no se puede participar en el debate nacional sobre la política económica del gobierno, ni obtener la información imprescindible para proteger la propia salud, sólo para dar algunos ejemplos.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su Artículo 13 el derecho a la libertad de expresión y sin duda alguna el derecho de acceso a la información pública es parte integrante del mismo. Esta afirmación no es sólo una mera interpretación, sino que también ha sido sostenida por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando en el año 2000 aprobara la Declaración sobre libertad de expresión. Así el principio 4 establece: "El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el

caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”.

Tal como ha podido observarse tanto en el ámbito europeo como latinoamericano, el derecho al acceso a la información pública tiene amplia recepción normativa tanto en uno como otro espacio cultural, mas lo que sin lugar a dudas es manifiestamente diferente es el propio espacio cultural de unos y otros, ya que la simple formulación normativa (por más expresa y enfática que ésta pueda ser) no es de por sí garantía suficiente para su aplicabilidad.

Desde luego la polémica acerca de si es preferible enunciar derechos que no se cumplen (y esperar a que ello suceda cuando la propia sociedad que los declara haga o deje de hacer lo suficiente y necesario en pos de su concreción material), o bien, no enunciar normativamente ningún tipo particular de derecho hasta que no exista una conciencia tal que los torne operativos, no habremos por cierto de dilucidarla aquí.

Más no por ello nos privaremos de formular que, si bien es cierto que no hay peor ley que la que no se cumple, también lo es que sin ley no existe siquiera la posibilidad formal de concretar muchos de los derechos “implícitos” (como nos gusta decir en Argentina) que, por no estar expresamente escritos devienen más luego tan sutiles e intangibles en nuestra vida cotidiana, que lindan con su inexistencia.



Ello no ocurre necesariamente porque dichos derechos no sean ontológicamente tales, sino porque la ausencia de conocimiento por parte de la población de sus propios derechos, se suple justamente, dándolos a conocer expresamente.

Por tanto, que el derecho a la información pública, que en definitiva es ni más ni menos que el derecho a conocer qué hacen las autoridades públicas, es tanto un derecho humano básico para la defensa de los propios derechos esenciales de las personas frente a los posibles abusos de la administración, como letal para los enemigos de la democracia.



CONCLUSIONES

1. El presente trabajo, describe en qué consiste el derecho de acceso a la información pública, su origen, naturaleza y evolución en el ámbito nacional e internacional, de lo cual se ha podido demostrar que, el mismo, es fruto de un sistema republicano de gobierno como un derecho reconocido por la Declaración Americana de Derechos del Hombre y que, por lo tanto, goza de jerarquía constitucional, ante lo cual, todos estamos obligados a ejercerlo y cumplirlo según corresponda.
2. El reconocimiento del acceso a la información pública, ha puesto de manifiesto, que el mismo es un derecho humano más, que brinda los instrumentos necesarios, para que la verdadera auditoría social provenga del pueblo, en virtud de que la administración pública es depositaria de los derechos de estos, por delegación de la voluntad de todos y no superiores a ellos, ni a la ley.
3. La Ley de Acceso a la Información Pública, vigente en Guatemala, contiene todos los preceptos en cuanto a dicho derecho, ya que recoge lo más importante de este derecho, propuesto por los propulsores de tal reconocimiento, haciendo de esta, una ley completa y actualizada en dicha materia.



C

C

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Estado a través de todas sus instituciones se comprometa a la difusión del derecho de acceso a la información pública, debido a que tales acciones promueven una cultura de publicidad republicana, para que todos los guatemaltecos nos intereseamos en la cosa pública, ejerzamos nuestro derecho a la auditoría social, obliguemos a los administrados a la transparencia y fortalezcamos una democracia justa y verdadera, en virtud que a mayor información, mejores resultados.
2. Dentro de los esfuerzos que deban de realizarse, deben estar involucrados los tres organismos del Estado, y demás, instituciones obligadas, para que cada una en el ámbito de sus funciones, se comprometan a permitir el acceso a la información pública, sumando a las organizaciones sociales y al pueblo en general.
3. Se deben promover campañas de auditoría social a través de la Procuraduría de los Derechos Humanos, con el objeto de hacer uso del derecho a la información pública y, se informe a la población, que el mismo constituye un derecho más de la persona humana, para que la misma cumpla su función de monitoreo, vigilancia y cumplimiento, para no convertirse únicamente en un ente estadístico, como actualmente sucede.





BIBLIOGRAFÍA

- BERLIN VALENZUELA, Francisco. **Derecho parlamentario**. México: Ed. Fondo de Cultura Económica. 1995.
- GÓMEZ GALLARDO, Perla. **Libertad de expresión y derecho al honor en la política jurídica**. México: Ed. Universidad Autónoma de México. 2009.
- MEDÉL, Toby. **Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente**. México: Universidad Autónoma de México, 2003.
- VILLANUEVA, Ernesto. **El derecho del acceso a la información pública en el Mundo**. México: Universidad Iberoamericana. 2002.
- CÓTINÓ HUESO, Lorenzo. **Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea**. España: Universidad de Valencia. 2002.
- AGUILERA DE HOMBRE, Fernando. **El derecho a la información como factor de cambio social**. México: Instituto Veracruzano. 2007.
- BECERRA, Ricardo y LÓPEZ. Sergio. **Manual de acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas, para el fortalecimiento de las organizaciones civiles**. México: 2005.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **Planeación del proceso de investigación científica para elaborar tesis de grado**. Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008.
- ROMERO, César E. **Derecho constitucional**. Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Ed. Zavallía, 1975.
- ALVAREZ, Martín. **El derecho de acceso a los documentos administrativos**. Documentación Administrativa. No. 183. Madrid: 1979.
- VASAĀK, Karel. **Por los derechos del hombre de la tercera generación**. El derecho de solidaridad. Fontevraud, Francia: 1979.
- BARILE, P. y Grassi. S. **Libertad de información**. Digesto Italiano. Roma: 1983.
- CORDERO SANZ, Carlos. **Transparencia y derecho de acceso a la información Pública**. España: 2004.
- Diccionario Ilustrado de la Lengua Española. 4ta. ed, Barcelona, España: Ed. Ramón Sopena, S.A., 1977.



ÓSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley de Emisión del Pensamiento. Decreto 9, Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, 1966.

Ley de Acceso a la Información Pública. Decreto 57-2008, Congreso de la República de Guatemala, 2008.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Decreto 6-78, Congreso de la República de Guatemala, 1978.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Congreso de la República de Guatemala, 1988.