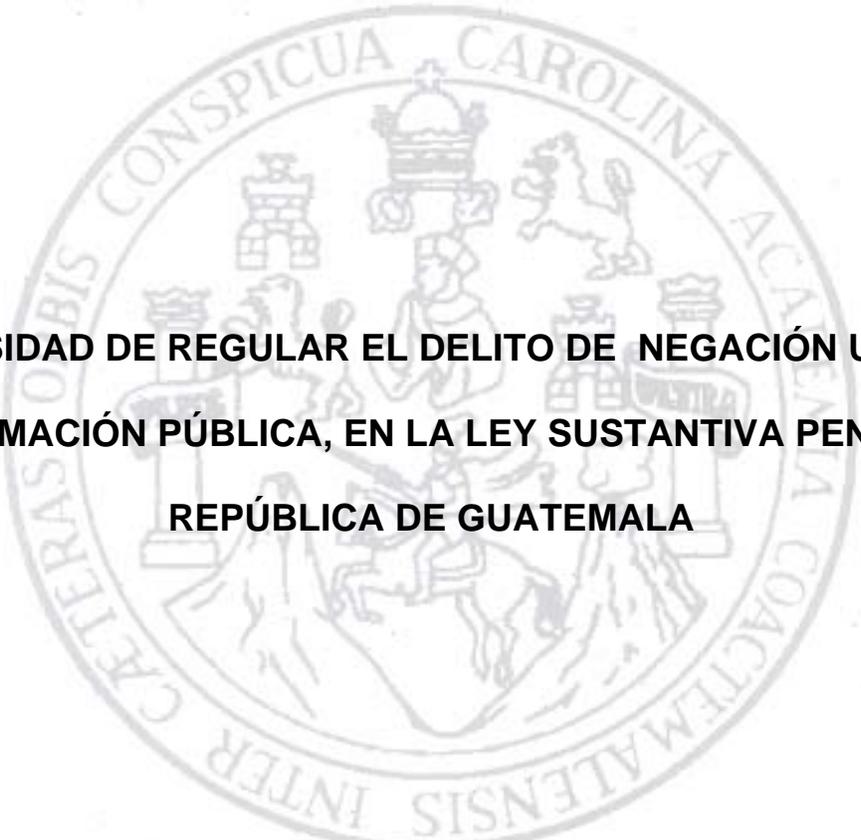


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, flanked by two figures. The shield is supported by two lions. The Latin motto "CAETERAS OBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**LA NECESIDAD DE REGULAR EL DELITO DE NEGACIÓN U OMISIÓN
DE INFORMACIÓN PÚBLICA, EN LA LEY SUSTANTIVA PENAL DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA**

LUIS ALBERTO RECINOS SOTO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007.

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

**LA NECESIDAD DE REGULAR EL DELITO DE NEGACIÓN U OMISIÓN
DE INFORMACIÓN PÚBLICA, EN LA LEY SUSTANTIVA PENAL DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS ALBERTO RECINOS SOTO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2007.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic. Héctor Antonio Roldan Cabrera
Vocal:	Licda. Aura Marina Chang Contreras
Secretario:	Licda. Emma Salazar Castillo

Segunda fase:

Presidente:	Licda. Eloisa Mazariegos Herrera
Vocal:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Secretario:	Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

DEDICATORIA:

- A Dios:** Por la vida y por iluminar mi camino.
- A mis padres:** Juan Ramón Recinos, muy especialmente a mi madre María Hortencia Soto por sus bendiciones desde el cielo.
- A mi esposa:** Irasema Martínez Ruano.
Por haberme apoyado en todo momento y su gran amor.
- A mi hija :** María Irasema por ser la razón de mi existir.
- A mi hermano :** Por su ejemplo de superación y responsabilidad.
- A mis tías :** María Francisca Soto y María Romelia Soto por su gran amor y apoyo incondicional.
- A mi abuelo :** Agustín Soto Sierra por su amor y su ayuda.
- A mis primos:** Por su ánimo y colaboración.
- A mis sobrinos:** Por su amor y alegría.
- A mis compañeros de trabajo:** Por su amistad y muestras de solidaridad.
- A la familia de mi esposa:** Especialmente a Claudia por su cariño y apoyo incondicional.
- A mi pueblo querido:** Mixco. Tierra de campeones.

A los profesionales que me brindaron sus consejos y enseñanza, regalándome un poco de sabiduría. muy especialmente:

A mi revisor de tesis Lic. Amilcar Barrera Menéndez a mi asesor de tesis Jorge Eduardo González Menéndez, y a los Licenciados: Walter Rafael González (QEPD); Mario Stuardo Castañeda; Alfredo Pineda; Salvador Ixcot Yanes; Guillermo Díaz; Alba Yaneth González; Alberto Pereira-Orozco, Gustavo Bonilla y Estuardo Gálvez.

Y todos mis amigos:

Qué Dios los bendiga y los colme de éxitos.

A mi entrañable y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala:

Porque me abrió sus puertas para ser un Guatemalteco de bien con conciencia social.

A mi querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales:

Por haberme formado y convertido en un verdadero profesional del Derecho colmado de muchas satisfacciones desde el inicio de mi carrera hasta el día de hoy.

A los que olvide y a todos los presentes:

Qué Dios me los bendiga ahora y siempre muchas gracias.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	(i)

CAPÍTULO I

1. Por qué es importante la información pública para la democracia	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Naturaleza jurídica.....	4
1.3. Clases de información	6
1.4. Efectos de la información pública	13
1.5. Análisis jurídico.....	15
1.6. Centralización administrativa: (La necesidad que tiene la sociedad guatemalteca de información pública)	16

CAPÍTULO II

2. Habeas data.....	19
2.1. Los derechos humanos como precedente del habeas data	19
2.1.1. Evolución de los derechos humanos.....	19
2.1.2. Clasificación	20
2.1.3. Concepto de derecho de tercera generación	20
2.2. Garantías.....	21
2.2.1. Concepto.....	21
2.2.2. Clases	22
2.3. El instituto del habeas data.....	23
2.3.1. Concepto de dato.....	23
2.3.2. Bancos de datos	24
2.3.3. Origen del instituto	26
2.3.4. Concepto y principios del habeas data	27

	Pág.
2.3.5. Naturaleza jurídica del habeas data	30
2.3.6. Efectos habeas data	32
2.3.7. Diferencias con el habeas corpus	34
2.3.8. Diferencias con el amparo	34
2.3.9. El habeas data en el derecho comparado.....	36
2.3.9.1. El habeas data en la República Oriental del Uruguay	36
2.3.9.2. El habeas data en la República Argentina.....	39
2.4. Clases de información	49
2.5. Derecho al honor	50
2.6. Derecho a la intimidad	51

CAPÍTULO III

3. El funcionario como fuente fundamental de la información	53
3.1. Definición	53
3.2. Naturaleza jurídica.....	55
3.3. Los servicios públicos y su división en la administración pública	58
3.4. La importancia de la inteligencia en la información guatemalteca	60
3.4.1. Inteligencia y transición a la democracia.....	61
3.4.2. El pasado en el presente	63
3.4.3. Tareas pendientes: las líneas de la reforma del sistema de inteligencia	66
3.4.3.1. La diferenciación de las competencias institucionales	66
3.4.3.2. Los mecanismos de control.....	70
3.4.3.3. Los archivos y el acceso ciudadano a la información.....	73
3.4.4. La transición de los sistemas de inteligencia	76
3.4.5. Los escenarios de la reforma del sistema de inteligencia	78

CAPÍTULO IV

4. Consecuencias sociales, que se originan de la negación u omisión de información pública que realiza el funcionario en los actos que desarrolla dentro de la administración pública y la necesidad de su regulación en la ley sustantiva penal guatemalteca.....	79
4.1. La libertad de expresión e impunidad en la sociedad guatemalteca	79
4.2. Consecuencias sociales, económicas y políticas	84
4.3. Los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal guatemalteco...	101
CONCLUSIONES.....	107
RECOMENDACIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	111

INTRODUCCIÓN

En Guatemala, como en muchos países de América Latina, la tradición democrática es exigua. La región hubo de afrontar conflictos armados y largas dictaduras, así como el ejercicio del poder de manera autoritaria sin posibilidad de que las autoridades dieran cuenta de sus actos, y sin que la ciudadanía estuviera informada respecto de la toma de decisiones, así como tampoco que existiera la fiscalización de parte de entes públicos.

En este contexto, la falta de transparencia en la información abrió campo a la corrupción, que ha sido una de los más sentidos lastres para la democracia, ya que disminuye la confianza ciudadana en sus entidades y funcionarios, y debilita al Estado. La transparencia es un elemento fundamental del proceso de democratización a través del cual se trata de abrir espacios, tradicionalmente excluidos a la ciudadanía, para que ésta se apropie de sus contenidos en sus más variados temas y espacios institucionales. Por ello, la información pública va más allá del solo acto de informar públicamente el manejo de los recursos del Estado y de cualquier otro campo. Su práctica es la mejor arma en contra de la corrupción, la discrecionalidad en el uso de poder, y el acceso a la información pública se convierte en una condición básica para la participación ciudadana ya que es la sociedad la que se debe de convertir en el ente fiscalizador de los actos públicos y de los funcionarios que los ejecutan.

Los funcionarios del Estado Guatemala, reiteradamente y sin ningún fundamento, niegan u omiten la información que les es requerida por los ciudadanos; ante esta situación surge la necesidad de regular como delito dicha acción y/u omisión que es contraria a la consolidación de todo régimen democrático en el cual la transparencia y fiscalización de los actos públicos es fundamental.

El enfoque metodológico que permitió abordar el tema objeto de investigación se compuso de los métodos deductivo e inductivo; por medio del primero se entró a conocer la figura del habeas data desde un contexto general para luego enfocarlo al caso guatemalteco en particular; el segundo método permitió conocer situaciones

particulares respecto de las actitudes asumidas por los funcionarios públicos guatemaltecos en cuanto al acceso a la información pública, para luego inducir las actitudes que eran concurrentes.

El contenido de la investigación se estructuró en cuatro capítulos. En primer capítulo se aborda el tema de la información pública, su definición, naturaleza jurídica y efectos, como elemento indispensable del moderno Estado constitucional de derecho. En el capítulo II se desarrolla la figura del habeas data, esto desde su enfoque como derecho humano y en sus diferentes vertientes que vinculan el derecho del gobernado a conocer y fiscalizar los actos de su gobierno y sus límites en cuanto a la persona individual. El tercer capítulo brinda una visión general del rol que desempeña el funcionario dentro del derecho a la información y perfila las características que requiere este tipo de funcionario dentro del contexto de la vigencia de una constitución garantista de la plena vigencia de los derechos humanos. Por medio del capítulo IV se realiza un estudio de campo que evidencia las consecuencias nefastas que acarrea, para la consolidación del Estado constitucional de derecho, la negación del acceso a la información pública ya sea por acción u omisión de parte de los funcionarios públicos, y consecuentemente, fundamenta la necesidad de la creación de la figura penal que castigue dicha actitud.

Por medio de las conclusiones y recomendaciones se estiman alcanzados los objetivos trazados y comprobada la hipótesis planteada, siendo uno de sus aportes más substanciales el concienciar a la sociedad guatemalteca respecto de la necesidad del respeto al libre acceso a la información pública como elemento necesario de consolidación de nuestro Estado constitucional de derecho y de nuestra joven e incipiente democracia.

CAPÍTULO I

1. Por qué es importante la información pública para la democracia

1.1. Definición

En la actualidad, la libertad de expresión es uno de los pilares que fundamenta la existencia de la sociedad democrática, la misma se torna indispensable para la formación de la opinión pública. Es condición esencial para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

En lo referente a este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que: "...dado que la libertad de expresión y pensamiento desempeña una función crucial y central en el debate público, la Convención Americana otorga un valor sumamente elevado a este derecho y reduce al mínimo toda restricción del mismo. Como lo señaló la Corte, es en interés del orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente."¹

El Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene la definición más apropiada de la libertad de expresión, al establecer lo siguiente:

- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

¹ Escobedo, J. F., **Protocolo de Gramajo, sobre el derecho a la información. Análisis del Proceso de discusión y gestión en Guatemala**, pág. 17.

- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - El respeto a los derechos o a la reputación de los demás,
 - La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
- No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

La Corte Europea ha sentado el amplio alcance y carácter del derecho a la libertad de expresión amparado por el Artículo 13 que establece dos aspectos distintivos del derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluye no sólo la libertad de expresar pensamientos e ideas, sino también el derecho y la libertad de procurarlas y recibirlas. Al garantizar simultáneamente los derechos a expresar y recibir tales expresiones, la Convención fomenta el libre intercambio de ideas necesarias para un debate público efectivo en el área política.

La Corte Europea concluyó además que la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de este derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. Esto es particularmente significativo si se considera que la Corte Europea ha afirmado reiteradamente que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática. Por ejemplo, cuando decidió que la sentencia del reclamante por difamación de un funcionario público violaba el Artículo 10 de la Convención Europea, la Corte Europea afirmó que la protección de la libertad de expresión debe extenderse no sólo a la información o las ideas favorables, sino también a aquéllas que ofenden, resultan chocantes o perturban.

Como lo señaló la Corte Europea, tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática. El Comité de Derechos Humanos de Europa interpretando el Pacto de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), también ha comentado que las restricciones a la libertad de expresión no deben perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia. Además en la misma opinión se señaló la importancia especial de proteger la libertad de expresión en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría.

El consenso observado en los órganos de derechos humanos de América y de Europa pone de manifiesto que la protección de la libertad de expresión como elemento indispensable de la democracia se encuentra perfectamente fundamentada en el derecho internacional. Al protegerse este derecho conforme lo estipula el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Derechos Humanos no ha hecho más que reforzar el propósito de la Convención, que es el de crear un sistema de libertades personales y justicia social dentro del marco de las instituciones democráticas. Resulta evidente que el derecho a la libertad de expresión y pensamiento garantizado por la Convención está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática. Es más, la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquélla que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma.

Una democracia es gobernable cuando se logra un punto de encuentro entre la eficiencia de los funcionarios y servidores públicos con la legitimidad de los resultados de su función expresada en las necesidades de su gestión ante la sociedad a quien sirve.

1.2. Naturaleza jurídica

El derecho a la información (cualquiera que sea la naturaleza de ésta, ya sea pública o privada) debe ser considerado como un derecho humano de primera generación, pero es de tomar en cuenta que para nuestra investigación radica en su naturaleza pública. Tanto que pertenece según la dogmática jurídica a la esfera de los derechos subjetivos de los y las ciudadanas, independientemente de cualquier otra consideración que no sea la propia condición humana.

El derecho a la información, se genera a partir de su consagración en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en el año de 1948.

Sobre este antecedente el alto organismo internacional estableció, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que: "...Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, así como el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión, Artículo 19 Declaración Universal de los Derechos Humanos."

En atención y seguimiento a una política de certeza y aseguramiento jurídico en la materia, se han inspirado posteriormente diversas declaraciones y tratados de carácter internacional, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); instrumentos que en términos generales se alude al derecho humano de recibir y difundir información.

Lo cierto del caso, es que más allá de la existencia de cuerpos normativos que garantizan teóricamente el libre acceso a la información, los conflictos que han surgido en sociedades como las nuestras a raíz del tema, tales derechos han dejado de ser una especulación para convertirse prácticamente en una tendencia de observancia

universal, a la cual nuestro país se sumó plenamente al reconocer y ratificar los tratados internacionales anteriormente descritos y que de conformidad con la disposición normativa contenida en el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los mismos tienen preeminencia sobre el derecho interno. La cual en atención y seguimiento a una política de certeza y aseguramiento jurídico en la materia, se han inspirado posteriormente diversas declaraciones y tratados de carácter internacional, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); instrumentos que en términos generales se alude al derecho humano de recibir y difundir información.

Recientemente el representante residente del Sistema de Naciones Unidas, señor Juan Pablo Corlazzoli, presentó el estudio La Democracia en América Latina, ante un grupo de destacados intelectuales y formadores de opinión, para su conocimiento, estudio, análisis y discusión. Al dar inicio a su intervención lo hizo con la siguiente reflexión: “Nunca antes ha habido tantos países con regímenes democráticos y nunca antes han sido tan durables las democracias latinoamericanas.”² Dijo también: “pero lo conquistado... no está asegurado: hace 25 años sólo tres países en América vivían en democracia, hoy son 18 países.”³ Aunque en algunos de dichos países es muy incipiente la democracia ya que más que todo se trata de procesos electorales más o menos libres en los que no participan la mayoría de ciudadanos y las mujeres no están suficientemente tomadas en cuenta, ni los grupos indígenas tienen la oportunidad de figurar en un número proporcional al número de población que representan.

El Sr. Kofi Annan, en la presentación del informe La Democracia en América Latina, dijo: “Demasiados latinoamericanos están todavía viviendo en la pobreza y el hambre, muchos se sienten indefensos contra la violencia y el crimen; sus sociedades

² Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo «La Democracia en América» <http://www.democracia.undp.org/informe/> (12 de diciembre de 2005).

³ **Ibíd.**

sufren el bajo crecimiento económico e inequidad persistente.”⁴

“Sin embargo, difícilmente se puede hablar de una efectiva democracia que sea representativa, cuando las deficiencias educativas son tan grandes, cuando el 46% de los guatemaltecos son analfabetos y menos de la mitad de la población en edad escolar tiene posibilidad de asistir a la escuela, y al mismo tiempo sufren carencias físicas, intelectuales y nutritivas que provocan grandes deficiencias intelectuales y emocionales en la etapa de ejercer sus derechos ciudadanos. Podemos decir que en muchos países de América Latina se vive una democracia débil y raquítica. Todo esto nos da oportunidad a continuar trabajando por impulsar una verdadera democracia que funcione para beneficio de las grandes mayorías.”

1.3. Clases de información

El Derecho de acceso a la información, esta integrado con el Principio de Publicidad de los actos administrativos, los cuales están contenidos en numerosas normas de menor jerarquía siendo las principales pero no las únicas las siguientes:

- Los datos contenidos en el Registro General de la Propiedad;
- Los datos contenidos en el Registro Mercantil;
- Los datos contenidos en el Código Municipal;
- Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos (Al respecto, el Artículo 111 regula que las inscripciones y documentos que obren en el Registro de la Propiedad Intelectual son Públicos);
- Código de Notariado. El cual en su Artículo 82 establece: El Archivo General de protocolos es Público. El Director permitirá sin cobro alguno, a cualquier persona que lo solicite, la consulta de cualquier escritura o documento, dentro de la misma oficina así como que tome los datos y notas que desee;
- Ley de Propiedad Industrial: En la cual en su Artículo 163 regula que “El

⁴ **Ibíd.**

Registro es público y todos los libros y expedientes a que se refiere esta ley pueden ser consultados en sus oficinas por cualquier persona, la que podrá obtener fotocopias o certificaciones de ellos, con excepción de aquella documentación relativa a solicitudes de patente y registro de diseños industriales...”⁵;

- Ley del Organismo Legislativo, que el Artículo 146 establece: “Actas del pleno. De cada sesión se levantará un acta que resumirá lo que haya transcurrido en la misma, en forma sucinta, sin falsear lo ocurrido...”⁶ Dicha norma en el sentido de publicidad parlamentaria tiene como objetivo esencial que se conozca externamente los motivos y circunstancias que determinan las decisiones de los legisladores, permitiendo a la sociedad Civil y en especial a los grupos de presión el conocimiento pleno de las decisiones tomadas por el Congreso de la República. En este sentido la publicidad parlamentaria tiene como objetivo esencial que se conozca externamente los motivos y circunstancias que determinan las decisiones de los legisladores, permitiendo a la sociedad civil y en especial, a los grupos de presión, el conocimiento pleno de las decisiones del parlamento.

El derecho de acceso de la información, y por ende la publicidad de los actos administrativos, es la regla general en todo Estado de Derecho. Sin embargo, esta regla general tiene sus excepciones de índole legal.

En el ordenamiento jurídico de Guatemala, encontramos excepciones de índole constitucional en cuanto al derecho de información, se establecen tres tipos al principio de publicidad de los actos administrativos y de acceso al derecho de información.

Las referidas a la inviolabilidad de correspondencia y de datos patrimoniales de las personas. Esta excepción se encuentra plasmada en el Artículo 24 de la Constitución, el

⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 57-200, **Ley de Propiedad Industrial**.

⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 63-94, **Ley Orgánica del Organismo Legislativo**.

cual establece la prohibición de acceder a datos sobre una determinada persona cuando los mismos recaigan sobre dos supuestos:

- Correspondencia , documentos y libros de carácter personal y privado, y
- Libros documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones.

En el primer supuesto se incluyen además, junto con la correspondencia, las comunicaciones telefónicas, radiofónicas cablegrafías y otros productos de la tecnología moderna.

Mediante el reconocimiento de este derecho fundamental de inviolabilidad de correspondencia y libros privados, el Estado garantiza el secreto y/o la reserva de este tipo de datos con al finalidad de proteger la intimidad y privacidad de la persona. Asimismo, genera la obligación –por parte de los funcionarios o empleados públicos, o por parte de las empresas o personas privadas que se encargan de la prestación del servicio de la comunicación– de impedir el acceso, divulgación, tratamiento o publicación de este tipo de datos bajo sanción.

La única posibilidad de acceso o revisión contemplada constitucionalmente se da en dos situaciones: a) Cuando se trata de correspondencia, documentos y libros personales, si existe resolución firme dictada únicamente por juez competente y de acuerdo a las formalidades legales establecidas, y b) en caso se trate de datos relativos al patrimonio , cuando la misma es requerida por autoridad competente.

En términos generales se puede decir que el secreto es admisible cuando garantiza un interés protegido por la Constitución sin afectar otros intereses igualmente garantizados (o por lo menos es necesario hacer una comparación de los intereses). Naturalmente, lo que vale en los asuntos públicos de un régimen democrático, en los que la publicidad es la regla y el secreto es la excepción, no vale en los asuntos

privados, o sea cuando está en juego un interés privado. Antes bien en las relaciones privadas es válido exactamente lo contrario: el secreto es la regla, contra la intromisión de lo público en lo privado, y la publicidad es la excepción. Precisamente porque la democracia supone la máxima libertad de las personas individualmente consideradas éstas deben ser protegidas, en su esfera privada, de un control excesivo por parte de los poderes públicos; y precisamente porque la propia Democracia es el régimen que prevé el máximo control de los poderes públicos por parte de los individuos, este control es posible solo si dichos poderes actúan con la mayor transparencia.

El elemento principal para la configuración del delito en la negación y omisión de la información pública en la sociedad guatemalteca, radica en la actuación discriminatoria de los funcionarios de turno ya que es la fuente de la información pública.

Al individuo común, al periodista y a la sociedad misma se le niega el derecho de estar informada en asuntos directamente de naturaleza Pública, siendo una de sus principales causas que el sistema jurídico adolece de figuras delictivas a tal grado que se ha intentado en varias ocasiones realizar reformas a nuestra ley sustantiva penal.

El acceso a la información adquiere especial relevancia en esta época por los avances tecnológicos y la facultad que posee todo ciudadano de acceder a la misma. Es así que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho al acceso de la información pública, toda vez que dichos avances exigen una mejor conceptualización y la situación de acceso a la información en el mundo está determinada por la globalización y alianzas internacionales, la tecnología, la geopolítica de seguridad internacional y nacional de cada uno de los países, la libertad de expresión y los avances de los derechos de tercera generación.

Es imprescindible recordar que el derecho debe evolucionar al lado de la sociedad, ya que es la sociedad la que hace que exista el Derecho y por tanto es necesario que evolucione a pasos agigantados nuestro ordenamiento jurídico ya que

por nuestra naturaleza tercermundista se nos hace difícil tener conciencia plena de derechos inherentes a la persona y que a pesar de la tecnología deben de existir para evitar un colapso social donde el factor principal será la falta de un verdadero ordenamiento jurídico acorde a nuestra realidad.

Un ejemplo, de lo expresado anteriormente, es el tema de la minería; donde la sociedad guatemalteca desconoce a que se refiere y en que forma las autoridades públicas van a garantizar los derechos sociales y esta desinformación dio margen a manifestaciones sociales en las cuales no solo existieron pérdidas de carácter económico, si no también se vio afectada la integridad humana ya que murió una persona en una manifestación contra el ensamble de la maquinaria a utilizar para la explotación minera en nuestro país, siendo las únicos responsables las autoridades públicas de turno ya que eran ellas las obligadas a informar y consensuar con la población del lugar la aceptación de dicho proyecto.

Como bien lo señala Cifuentes: "...a diario nos vemos integrados a la administración pública ya que en todo acto que realizamos se nos exige información de carácter personal que se almacena en los bancos estadísticos estatales y muchas veces utilizados de forma anómala y cuando surge la problemática se nos niega el acceso a la misma."⁷

En la omisión muchas veces el funcionario deja de cumplir con su responsabilidad lo hace de forma arbitraria por intereses particulares olvidándose de su rol como servidor público, amparándose en muchas ocasiones en fundamentos legales que según ellos los facultan, dejando así desprotegida a la sociedad y negándole a la misma el derecho inherente de ser un ente eminentemente fiscalizador, donde a través de una norma de carácter penal se le obligue a cumplir con su responsabilidad como servidor público. No olvidemos que la soberanía radica en la sociedad y es ella quien debe de velar porque la misma no sea violentada.

⁷ Cifuentes, Santos, **Derecho personalísimo a los datos personales en la ley**, pág. 126.

Sabemos muy bien que en América Latina, cuando nos referimos a un funcionario público, nos encontramos con el problema de que posee tendencias político partidarias, donde la lealtad hacia el partido que le nominó o designó a dicho cargo se torna infranqueable y, por lo tanto, debe desprenderse de cualquier reconocimiento que le impida de alguna manera, ejercer con plenitud, frente al poder político, la autoridad y la potestad que la sociedad le ha encomendado.

Ahora, en lo referente a ¿Cuál es el papel que el funcionario público tiene amén de tutelar el habeas data o el derecho a la información pública? Al pretender dar respuesta a la anterior interrogante, el mismo se puede encontrar, por lo menos, ante cuatro situaciones, las que pueden ir de mínima a máxima hasta la totalidad o la plenitud en que pueden alcanzar los resultados antes de tener que agotar esa energía jurisdiccional. Esto depende de la actitud que tome el sujeto pasivo.

El funcionario con base en Ekmekdjian, puede enfrentarse ante las siguientes facultades de los particulares: a) el derecho de acceder a la información; b) el derecho a rectificar o corregir sus datos; c) el derecho a la exclusión de datos, y d) prohibición de suministro de datos a terceros.⁸

Lo primero de todo y fundamental es el derecho de acceso, es decir el conocimiento de la información que un particular, que una persona dice que existe en torno a él y que eventualmente puede perjudicarla, que puede ser errónea o de mala fe, que puede tener una finalidad discriminatoria o persecutoria; pero que se le oculta, que se le impide acceder a ella y que entonces sólo a través del juez, sólo a través del órgano judicial, puede tener el acceso a ella. Eso es lo primero que el juez debe de proveer.

Lo segundo, una vez que se conozca esa información, es indudable el derecho de la persona a la rectificación de aquellos datos que sean erróneos, aquellos datos que

⁸ Ekmekdjian, Miguel Ángel, **Habeas data**, pág. 10.

sean equivocados; o que por ser incompletos den una imagen pervertida, una imagen confusa, una imagen equívoca de cuál es el perfil de la persona. Dado que se trata, en definitiva de preservar ese perfil, viene el derecho a la rectificación o corrección de aquellos datos que acabamos de mencionar; pero en caso no sea suficiente con ello, hay un derecho a la exclusión de datos que, por no ser registrables, han sido indebidamente incluidos en esos registros. Es decir potencia jurisdiccional puede detenerse en el segundo supuesto y eventualmente puede avanzar hasta el tercero, y eventualmente a un cuarto –situación de máxima– que es el derecho a prohibir el suministro de esos datos a terceros.

Aquí aparecen, en toda su dramaticidad, las posibles derivaciones del manejo de la información. Porque muchos se preguntarán qué importancia tiene que un banco de datos almacene datos, que un organismo público colecciona información con respecto a las personas, que determinada entidad que presta servicios –por ejemplo, las entidades de crédito– recaban información con respecto a las personas. Si es que ello concluye allí. Es decir en almacenamiento pasivo.

Es que el problema no concluye allí, el problema empieza en ese momento. Porque ese almacenaje va a estar después en manos de terceros. Ese almacenaje va a derivar en el manipuleo por parte de otras personas, de otros organismos o de otras entidades que lo pueden utilizar en contra de la persona cuyos datos han sido registrados. De modo entonces que el problema no es un problema de limitación de los registros, no es un problema de supresión lisa y llana que a demás nunca se sabe si se ha conseguido, porque siempre existen fotocopias y desde que existe la informática es muy posible que esos datos pasen a tener una cantidad ilimitada de depositarios.

“El problema radica específicamente en la actuación propia del funcionario público por la negación u omisión que realiza en relación a su función de carácter público que lo hace abusar de su poder público ya que como la ley lo enmarca, esta acción se da cuando el funcionario actúa en contra de un administrado efectuando actos para los cuales la ley no lo faculta y le perjudica o bien que el funcionario actúa sin tener

competencia, es importante también definir lo que en sí encierra el poder público y es cuando el funcionario usa y ejercita la competencia administrativa de que goza con un fin distinto del que le otorga la ley al funcionario.”⁹

1.4. Efectos de la información pública

La información pública surte efectos en diversos ámbitos de la sociedad, dentro de los mismos se pueden mencionar los siguientes:

- “En lo político: que el poder público sea público, es decir, la clase dirigente debe de gobernar de cara al escrutinio público, no a su espalda.
- En lo administrativo: *accountability* (rendición de cuentas), es decir el efectivo cumplimiento de las leyes existentes en cuanto a la responsabilidad en la administración de bienes públicos.
- En lo cultural: Fomentar nuevas relaciones sociales basadas en la máxima de que la información pública no debe ser privatizada y al contrario debe ser socializada para que exista una adecuada interlocución entre estado y sociedad.
- En lo legal: actualizar y homogeneizar la legislación existente a efecto de penalizar la corrupción, el abuso de poder, e incentivar el libre acceso a la información pública y a la personal que se encuentre en manos privadas.”¹⁰

En Guatemala, ha sucedido que la corrupción generalizada y la falta de vínculos entre funcionarios con el pueblo, son conclusiones del reciente monitoreo de acceso a la información de gasto público y del financiamiento de la campaña electoral, realizado por el Observatorio Judicial.

⁹ *Ibíd*, pág. 10.

¹⁰ Moreno Ocampo, Luis, **En defensa propia: como salir de la corrupción**, pág. 23.

A través de un comunicado de prensa, la entidad que aglutina a diversas personalidades e instituciones de investigación, económicas, industriales, feministas, académicas, indígenas y sociales, informó sobre los resultados de dicho estudio, que parte de la garantía del libre acceso a la información pública.

“El Observatorio señaló que la violación de ese derecho constituye una deuda en el cumplimiento de los Acuerdos de Paz, en lo que refiere a la aprobación de la Ley de Libre Acceso a la Información y Habeas Data”.¹¹

La Constitución Política de la República, en sus Artículos 30 y 31, impone la obligación de publicar los actos del gobierno, pero debido a la falta de un precepto específico su vigencia se torna abstracta.

Las organizaciones sociales que integran el colectivo sostienen que el libre ejercicio de esa garantía constituye una condición básica para que los funcionarios rindan cuentas de sus actos y del manejo de los recursos del Estado, al igual que los partidos políticos, que deben abrirse a la transparencia.

Según el estudio Observatorio,¹² ocho de cada diez solicitudes de información, que la sociedad civil requirió a las instituciones gubernamentales, fueron denegadas flagrantemente y sólo cuatro de los catorce partidos políticos respondieron al requerimiento de información sobre su gasto electoral.

La entidad indicó que hasta los diputados han tenido limitaciones de acceso a la información sobre los gastos de viáticos solicitados por la Junta Directiva del Congreso, lo que evidencia un generalizado hermetismo, acompañado de una práctica y actitud discriminatoria hacia los pueblos indígenas, las mujeres, los centros académicos, proveedores privados, periodistas y medios de comunicación.

¹¹ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, **Observatorio Judicial**, No. 30, pág. 3.

¹² **Ibíd.**

El Observatorio solicitó a la Comisión Legislativa y Puntos Constitucionales del Congreso que retomara la discusión de la iniciativa en esa materia, para que sea aprobada, con carácter de urgencia nacional. Además, demandó a los candidatos presidenciales que incorporen en su agenda política lo que a este tema se refiere.¹³

1.5. Análisis jurídico

Es importante señalar lo expresado por la sala Quinta de Revisión de Colombia en 1993: "...el derecho a la información es de doble vía. Característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cubre únicamente a quién informa (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje a quién informa (sujeto pasivo), quienes pueden y deben reclamar de aquel, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de la información. Esta debe ser siguiendo el mandato de la misma norma que reconoce el Derecho, veraz e imparcial, significa ello que no se tiene el simple derecho a informar, pues el Constituyente a calificado ese derecho definiendo cual es el tipo de información que protege. Vale decir, la que se suministra desbordando los enunciados límites –que son implícitos y especiales al derecho garantizado- y, por ende, no goza de protección jurídica; al contrario; tiene que ser sancionada y rechazada porque así lo impone un recto entendimiento de la perspectiva constitucional."¹⁴

El Artículo 75 de la Constitución Política de la República de Guatemala, del año 1965, indicaba: "Todos los actos de la administración son públicos y los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, los informes y copias que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos diplomáticos o militares, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia."¹⁵

¹³ **Ibíd.**

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de de revisión, Digesto constitucional, **Sentencia T-322 del 12 de agosto de 1993.**

¹⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, **Digesto Constitucional**, Constitución de la República de Guatemala de 1965.

El Artículo 146 de la Ley del Organismo Legislativo señala: “Actas del pleno: De cada sesión se levantará un acta que resumirá cuanto haya transcurrido en la misma, en forma sucinta, sin falsear lo ocurrido y haciendo mérito de cuanto transcurra en la sesión. Las actas del Congreso siempre serán públicas”. En este sentido, “la publicidad parlamentaria tiene como objetivo esencial que se conozca externamente los motivos y circunstancias que determinan las decisiones de los legisladores, permitiendo a la sociedad civil y en especial, a los grupos de presión, el conocimiento pleno de las decisiones del parlamento.”¹⁶

Según el Diccionario de la Lengua Española, “por la palabra acceso se entiende la acción de llegar o acercarse.”¹⁷ De igual modo, el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, lo define como: “la oportunidad o medio de alcanzar alguna situación.”¹⁸ De ambas definiciones se puede inferir que, se entiende por acceso, el acto o los medios a través de los cuales una persona tiene la posibilidad de obtener algo. Para Ekmekdjian, “Habeas data, es el derecho a la intimidad frente a la revolución informática.”¹⁹

1.6. Centralización administrativa: (La necesidad que tiene la sociedad guatemalteca de información pública)

La centralización es el sistema o técnica administrativa, cuya finalidad es condensar el servicio de varios órganos en uno sólo, bajo la subordinación jerárquica de otro órgano superior que es el que dirige las políticas del resto, para lograr un mismo fin. La antítesis de la centralización es la descentralización, la desconcentración y la autonomía de los servicios. Así, Dromi, citado por el Calderón Morales, en su libro de Derecho Administrativo I, nos dice: “La centralización administrativa directa tiene lugar cuando el conjunto de competencias administrativas se concentran en uno o más

¹⁶ Congreso de la República de Guatemala, **Decreto 63-94**, Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

¹⁷ Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**, pág. 230.

¹⁸ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 82.

¹⁹ Ekmekdjian, **Ob. Cit**; pág. 111.

órganos superiores de las administración que reúne las facultades de decisión.”²⁰

La centralización presupone un proceso de unificación, de coerción, de elementos que se concentran en torno a un órgano central que absorbe a los órganos locales. En nuestro ordenamiento jurídico la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa en el Artículo 224 que la administración será descentralizada, de ahí que se haya emitido una ley general de Descentralización, así como la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.

De esa guisa, debemos tener presente que el Estado moderno es un Estado que tiende a ser dinámico, ágil, sencillo, no burocrático y remozado de políticas que satisfagan los intereses de la sociedad y una de estas necesidades es la información pública ya que se convierte en un elemento existencial para la sociedad ya que si esta información no se brinda se convierte en un oscurantismo para el desarrollo democrático.

El Artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula el libre acceso a los tribunales dependencias y oficinas del Estado. Por su parte, el Artículo 30 del mismo cuerpo legal autoriza a los particulares a obtener, en cualquier tiempo, informe, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten a la autoridad y la exhibición de expedientes que deseen consultar.

El Artículo 31 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula el derecho de toda persona a conocer los archivos de carácter personal, que de ella conste. El Artículo 35 establece que es libre acceso a las fuentes de información y que ninguna autoridad podrá limitar ese derecho a los ciudadanos.

El Artículo 237 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece la accesibilidad de cualquier persona al Presupuesto General de Ingresos y

²⁰ Calderón Morales, Hugo, **Derecho Administrativo I**, pág. 65.

Egresos del Estado.

A lo expuesto, es importante añadir que tanto el derecho de libre acceso a los tribunales dependencias y oficinas del Estado, como el derecho de conocer los datos personales registrados en archivos propiedad del Estado, deben ser objeto de análisis y protección diferente ya que se trata de bienes jurídicos personalísimos. A estas normas constitucionales se debe agregar los regulados en la Ley de Emisión de Pensamiento, Decreto No. 9, de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala que en su Artículo 5 señala textualmente:

“La libertad de información es irrestricta y los periodistas tendrán acceso a todas las fuentes de información”. En lo relativo a los actos de la administración pública, se estará a lo preceptuado en el Artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala que dice que 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...”²¹

Esta última norma, en concordancia con lo estipulado en la Constitución vigente, reconoce la garantía fundamental de un Estado democrático de derecho, como es la libertad de información a través del reconocimiento del derecho que tienen los diferentes medios de comunicación social para acceder a las fuentes de información. Las únicas restricciones son las contenidas en el Artículo 75 (Artículo 30 de la Constitución guatemalteca vigente), de la Constitución de Guatemala derogada al momento de la publicación de la mencionada ley.

²¹ Asamblea Nacional Constituyente, Decreto No. 9, **Ley de emisión del pensamiento.**

CAPÍTULO II

2. Habeas data

2.1. Los derechos humanos como precedente del habeas data

Iniciaré indicando que los derechos humanos son el conjunto de derechos de que gozan las personas y que no pueden ser restringidos ni violados, esencialmente, por los gobernantes. Se han intentado diversas denominaciones a través de su evolución, circunstancia que será observada seguidamente.

Históricamente y en sus inicios los derechos humanos fueron denominados derechos individuales, derechos fundamentales, libertades individuales, etc. Esa circunstancia se justificaba en virtud de que se hacía referencia a los derechos de los individuos considerados aisladamente. Posteriormente fue necesario observar determinados derechos que el individuo tenía en tanto sujeto social que forma categorías o grupos. Allí surgieron los derechos sociales. Por ese motivo, la denominación derechos individuales no abarcaba al conjunto ahora considerado. De acuerdo a ello surge la denominación actual, que estimo más correcta.

Más allá de la manera en que los llamemos o denominemos importa en esencia de acuerdo a nuestra opinión, su concepción general y su real y efectivo reconocimiento, respeto, y las garantías que se establezcan para los mismos. En ese sentido parece trascendente tener presente que, en muchas ocasiones, es donde más se mencionan, donde menos se los respeta.

2.1.1. Evolución de los derechos humanos

Lo que se expresará debe entenderse sin perjuicio de las antiguas codificaciones, mandatos religiosos, avances en el derecho anglosajón, etc. La primera etapa relevante respecto a los derechos humanos tuvo lugar en las reuniones de la Asamblea Constituyente Francesa de 1789 donde se discutió, esencialmente, sobre los derechos

civiles del hombre y del ciudadano. Es la clásica concepción de los derechos individuales, desconociéndose los derechos sociales, como por ejemplo, el derecho de asociación. Tal circunstancia ocasionó una serie de importantes consecuencias en el constitucionalismo de la época que se relaciona con la concepción del estado juez y gendarme.

Posteriormente, la revolución industrial y el drama de la primera guerra mundial, con millones de muertos y mutilados, se reconocen los derechos económicos y sociales. En ese sentido debemos observar las constituciones de Querétaro de 1917 y de Weimar de 1919.

Por último, luego de la segunda guerra mundial, se reconocen los derechos a la paz, a la protección del medio ambiente, a la información, a la verdad, etc.²²

2.1.2. Clasificación

La evolución suscitadamente presentada en el apartado anterior nos permite observar la clasificación más moderna y trascendente de los derechos humanos. La misma es la que los clasifica denominándolos como aquellos de la primera, segunda y tercera generación.

2.1.3. Concepto de derecho de tercera generación

Partiendo de la constatación de que el habeas data es una garantía de tercera generación, en tanto es una garantía que protege algunos derechos que han evolucionado, corresponde definirlos como aquellos que intrínsecamente son, a la vez individuales y colectivos, por ejemplo el derecho a la paz, a un ambiente saludable, derecho al acceso, a la rectificación, a la verdad, etc.

²² Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría especial para la libertad de expresión. **El derecho de Acceso a la información en Guatemala.** Guatemala: Ed. Magna Terra, 2000, pág. 17.

El acceso a las fuentes de información da un salto imaginable con la masificación de la red internacional de información (Internet) o superautopista de la información. Su crecimiento inmensurable ha abierto el debate sobre la necesidad de su censura o limitación por parte de la normativa jurídica, tanto estatal como internacional.

A la moderna rama del derecho que se ocupa de regular el tema de la informática, se denomina derecho informático. A este respecto es importante distinguir entre derecho informático, como rama de la ciencia jurídica, y la informática aplicada al derecho, como herramienta tecnológica. Si entendemos que informática es la tecnología para el tratamiento sistemático y racional de la información mediante el procesamiento electrónico de datos. Con base en este concepto, podemos considerar que el derecho informático es el conjunto de normas jurídicas que regulan esa tecnología. A su vez, cuando la informática, o sea esa tecnología para el procesamiento electrónico de datos, se utiliza como herramienta tecnológica y elemento de apoyo en las tareas y fenómenos jurídicos, estamos hablando de informática aplicada al derecho.

Ante la revolución informática el derecho se ha visto superado por la tecnología que, periódicamente le presenta nuevos retos referentes a situaciones que ameritan ser reguladas de manera específica. Así, los temas del derecho al acceso a la información y la soberanía de los estados entran en conflicto ante las tendencias del mundo de información global, debido a estas circunstancias han aparecido los derechos humanos de la libertad informática, derecho considerado de tercera generación protegido por garantías de tercera generación entre éstos el habeas data.

2.2. Garantías

2.2.1. Concepto

Hemos observado los derechos humanos desde diversos puntos de vista analizando algunos que al objeto principal de este trabajo importan. Ahora bien ¿cuál es la forma para que esos derechos sean efectivamente respetados?

La pregunta nos conduce a la distinción entre derechos y garantías. El ser humano, por ser tal, tiene determinados derechos que son anteriores a su reconocimiento por el Estado, siendo un fin en si mismo. Por ello el Estado de derecho debe ser entendido en su sentido material y personalista, negando la categoría a las concepciones transpersonalistas.

Esos derechos son los que conocemos como derecho a la vida, seguridad, honor, dignidad, trabajo, propiedad, etc. Para su consolidación y defensa se establecen determinados medios.

Esos instrumentos son los que podemos englobar en el término garantías. La garantía, entonces, es un instrumento para la defensa de los derechos humanos en el sentido de su consagración plena y de defensa en el supuesto de agresión o amenaza de agresión.

2.2.2. Clases

Las garantías se clasifican en genéricas y específicas. Las específicas refieren a determinado derecho, por ejemplo el principio de libertad (las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados en general), y en lo que a este estudio importa, por ejemplo, el habeas corpus y el habeas data.

Las garantías genéricas son, en principio, de todos los derechos, por ejemplo, el amparo. Otros ejemplos son la necesidad de ley en sentido orgánico formal para regular los derechos reconocidos en la Constitución Política, la regulación del poder de emergencia, suspensión de la seguridad individual, etc.

Esas garantías, obviamente, pueden desembocar en diversas acciones jurisdiccionales. Otra clasificación es la que distingue las garantías de primera, segunda y tercera generación, la clasificación alude a los instrumentos de protección de los derechos antes mencionados, a los que corresponden en una relación temporal.

De esta forma el habeas corpus es una garantía de primera generación, la acción de amparo es una garantía de primera, segunda y tercera generación porque, por su amplitud, es la garantía de principio en la protección de los derechos humanos y, por último, el habeas data es una garantía de tercera generación.

2.3. El instituto del habeas data

2.3.1. Concepto de dato

El Diccionario de la Real Academia Española define dato como “el antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho.”²³ La Enciclopedia Microsoft Encarta define a dato como “el antecedente para llegar al conocimiento exacto de una cosa. Información que se suministra o que se obtiene de un ordenador. Documento. Valor numérico.”²⁴

En informática un dato es un conjunto ordenado de ceros y unos combinados. Por lo tanto, un texto puede fácilmente ser manipulado mediante operaciones matemáticas, circunstancia que obliga su encriptación y reitera la importancia de su regulación para proteger el derecho de intimidad.

El Artículo 28 de la Constitución de la nación Uruguay establece que: “Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

El conocimiento es poder de la mejor calidad y, por ello, los datos y su sistematización siempre han sido de singular trascendencia desde diversos puntos de vista, por ejemplo militar (recordar conocimiento de claves y sistemas de encriptación, el

²³ Real Academia Española, **Diccionario de la Lengua Española**, pág. 208.

²⁴ Corporación Microsoft, (Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta, 2005).

espionaje, el contraespionaje, etc.), económico (fórmulas de algunos refrescos universales, gustos personales de la población respecto del uso de su tiempo libre, efectos de una campaña publicitaria, encuestas), etc. Todas estas circunstancias adquieren un valor sensible al individuo, a la sociedad, al Estado y, en definitiva, al derecho.

Dato personal, que es lo que a este estudio importa especialmente, es la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.

Por lo expuesto dato personal es el nombre, sexo, nacionalidad, domicilio, estado civil, inscripción en una asociación de atención médica, número de afiliado a la seguridad social, etc.

Los datos personales pueden ser sensibles. Estos son los que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o vida sexual, situación financiera, padecer determinada enfermedad. Estos datos no deberían registrarse, salvo evidente necesidad (enfermedad en ficha clínica) porque pueden provocar discriminación. Por ello las personas no están obligadas a informarlos.

La informática ha hecho valer aún más ese conocimiento y lo ha transformado a los efectos de su sistematización, transmisión, intercambio y archivo. Esos datos formarán nuevos conocimientos y la cadena es infinita.

2.3.2. Bancos de datos

Por banco de datos entendemos aquel conjunto sistematizado de datos personales, recopilados y almacenados, objeto de tratamiento, o procesamiento, electrónico o no, cualquiera fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

Los bancos de datos pueden ser públicos o privados. Públicos son los que pertenecen al Estado lato sensu, el carácter de público no refiere, entonces, al libre acceso de la población en general. Son bancos públicos de datos, por ejemplo, los diversos registros administrados por el Estado. Para acceder a la información que obra en los mismos hay que acreditar, por lo menos y con posibles excepciones de acuerdo a esa situación jurídica subjetiva, una legitimación activa de interés legítimo porque, de lo contrario, el administrador puede incurrir en responsabilidad.

Bancos privados de datos son los que están en manos privadas. Estos pueden ser de acceso al público, o que prestan servicio al público o, de uso puramente privado o doméstico. Son de singular importancia las bases de datos de riesgo crediticio que, más allá de toda duda, han proporcionado buen trabajo a los operadores jurídicos por los conflictos intersubjetivos que, en algunas ocasiones, surgen de su uso.

Además, pueden definirse como aquellos bancos de datos cuyo objetivo es informar sobre la situación económica de las personas en lo que refiere, especialmente, a la solvencia económica y al grado de cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

Estos bancos funcionan de la siguiente manera: La secuencia se inicia cuando los comerciantes comunican, a la base previamente creada y a la cual están, generalmente, afiliados, los datos del cliente que no ha cumplido con sus obligaciones.

El afiliado, cuando se encuentra con una solicitud de crédito, consulta a esa base, respecto a si el peticionante ha cumplido con sus obligaciones crediticias previas. De existir comunicación, el otorgante podrá conceder el crédito, pero siempre a su riesgo, solicitando, si así lo desea, mayores garantías, sin que sea suficiente, por ejemplo, la sola firma.

El comunicado vivirá, desde la anotación, en una situación de incertidumbre porque muchas puertas se le cerrarán en lo que refiere al comercio. En ese sentido se encontrará, prácticamente, frente a una muerte civil.

Se ha debatido sobre la posibilidad que las personas públicas estatales o paraestatales (por ejemplo, aquellas que desarrollan cometidos industriales o comerciales: telefonía, agua potable, energía eléctrica, etc.), puedan comunicar los incumplimientos de sus clientes y, aún, no conceder facilidades cuando se les solicita el servicio público que deben conceder, si el solicitante se encuentra en las condiciones generales de acceder al mismo.

De lo expuesto se infiere que resulta necesario regular el tema de que se trata, teniendo presente tanto el derecho del solicitante, como el de los comerciantes, incluido el dueño de la base de datos, que deben actuar en forma rápida y eficaz, en todos los casos, teniendo derecho a su legítimo bienestar y producción de ganancia razonable.

Por último debe recordarse la posibilidad de los bancos de datos genéticos y de históricas clínicas que pueden dar luz, a ciertas teorías de mejoramiento de la raza humana, mediante una manipulación que no obedece al derecho natural que surge de la naturaleza de las cosas. Estas circunstancias, y otras como la clonación deben ser objeto de un debate que respete esa idea de la esencia. No es el lugar ni el momento para extendernos sobre el particular, lo que no significa, bajo ninguna forma, que carezca de importancia. Al objeto de este estudio se destaca la discriminación que puede dar lugar esas bases de datos.

2.3.3. Origen del instituto

El habeas data es de origen reciente, si se lo compara con las demás garantías de los derechos humanos. El primer texto de protección de datos es la Datenschutzz dictada en el Parlamento del Land de Hesse en la República Federal Alemana, promulgada el 7 de octubre de 1970. Esa ley dio origen a la Ley federal de 27 de febrero de 1977.

En Suecia la norma que protege los datos es de 11 de mayo de 1973. En Estados Unidos de Norteamérica se reguló el tema de manera particular en la Privacy Act de 1974, que protege el derecho de intimidad y tuvo su antecedente en la preocupación

ocasionada por el caso Watergate.

Inglaterra dictó su Data Protection Act en 1984. La ley establece una oficina a cargo de un funcionario designado por la Corona que tiene cometidos similares a los que observaremos a continuación.

Desde el punto de vista del reconocimiento constitucional destacamos lo dispuesto por la Constitución de Portugal de 1976 que en su Artículo 35 establece el derecho: “1) a conocer las información que les conciernen almacenadas en archivo, su finalidad y la posibilidad de rectificarlas o actualizarlas; 2) a que la informática no sea utilizada para el tratamiento de datos sensibles, es decir, referentes a convicciones políticas o religiosas o a la vida privada, salvo que se trate de datos no identificables con fines estadísticos, y 3) a que no fuera atribuido a los ciudadanos un número nacional único de identificación.”

La evolución y consagración del Instituto puede seguirse hasta nuestros días y ser más exhaustivo, circunstancia que en este momento, el autor estima, no corresponde realizar.

2.3.4. Concepto y principios del habeas data

“El Hábeas Data protege contra la vulneración de los secretos informáticos y los atentados contra la intimidad personal...” Más técnicamente para nosotros la acción de habeas data es el derecho que asiste a toda persona, identificada o identificable a solicitar la exhibición de los registros, públicos o privados, en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación, por ejemplo afiliación a partido político, creencia religiosa, etc.

La voz habeas data responde a la siguiente etimología y significa que el sujeto a que los datos refieren pueda haberlos, acceder a los mismos. Para Sagües el habeas

data importa una pieza del derecho procesal constitucional con figurativa de un amparo especializado, con finalidades específicas.²⁵

El habeas data, es una garantía constitucional, con objetivos muy precisos, que busca que el accionante sepa:²⁶

- Por qué motivos legales, el poseedor de la información llegó a ser tenedor de la misma;
- Desde cuándo tiene la información;
- Qué uso ha dado a esa información y qué hará con ella en el futuro;
- Conocer a qué personas naturales o jurídicas, el poseedor de la información le hizo llegar dicha información. Por qué motivo, con qué propósito y la fecha en la que circuló la información;
- Qué tecnología usa para almacenar la información;
- Qué seguridades ofrece el tenedor de la información para precautelar que la misma no sea usada indebidamente;
- Que información se tiene respecto a determinada persona y para qué se almacena;
- Si la información es actualizada y correcta y, de no serlo, solicitar y obtener la actualización o rectificación de la misma, y
- Conociendo los datos, se supriman si no corresponde el almacenamiento, por la finalidad del registro o por el tipo de información de que se trata.

Su finalidad, entonces, consiste en proteger al individuo contra la invasión de su intimidad, ampliamente, su privacidad y honor, a conocer, rectificar, suprimir y prohibir la divulgación de determinados datos, especialmente los sensibles, evitando, pues, calificaciones discriminatorias o erróneas que puedan perjudicarlo.

²⁵ Ekmekdján, Miguel Ángel, **Derecho a la información**, pág. 90.

²⁶ Davara, Miguel, De las autopistas de la información a la sociedad virtual, pág. 16.

La garantía de tercera generación, es una garantía específica que no excluye la existencia necesaria de determinadas bases de datos que contengan determinada información.

Por ello debe entenderse sin perjuicio que, determinadas informaciones, que no refieran a datos sensibles, pueden ser declaradas secretas por ley en razón del interés general, por ejemplo: en sede de Defensa Nacional. Esta circunstancia debe reglarse con sumo cuidado teniendo presente que es la excepción, no la regla o principio.

De lo expuesto podemos extraer los principios más importantes que la legislación comparada, con mayor o menor detalle y precisión, regula. Entre ellos, y en primer lugar debemos mencionar el principio de limitación de la recolección de datos, por ejemplo, datos sensibles.

La limitación también refiere al plazo durante el cual los datos pueden estar almacenados. Es decir que, por ejemplo, en el supuesto de bases de datos de información crediticia, los datos deben suprimirse producida la prescripción de los mismos. Este principio se relaciona, íntimamente, con el que se estudia a continuación porque, en el supuesto de la limitación temporal de conservación del dato importa, sin lugar a dudas, la finalidad de la recolección.

Otro principio fundamental es el que limita la recolección a la finalidad de creación del registro. Aquí nos preguntamos ¿para qué fue creada la base? Si el registro efectúa almacenamiento para el cual no fue creado, en general y para todas las personas o, específicamente, en un caso concreto, registra información de un individuo que no responde a su objeto, debe ser eliminada.

Este principio puede concluirse, aun sin reconocimiento expreso, o ley que regule el habeas data, de los estatutos de la persona jurídica de que se trate, en el supuesto de registros administrados por personas no físicas.

También debe mencionarse el principio de seguridad. Este principio puede entenderse como seguridad en el almacenamiento a los efectos de que no se pueda ingresar ilegítimamente a las bases o, de efectuarse cesión de datos, se haga con determinados requisitos, incluido el que garantice que el cesionario cuente con la misma seguridad que el cedente.

También se lo ha entendido como el que garantiza de las posibles violaciones a la normativa que rige la materia. Por último, existe un principio que permite al individuo con legitimación activa acceder, en sentido amplio, a las bases de datos correspondientes, así como, a los organismos de control, de existir.

Los principios mencionados son la columna del instituto. De los mismos surgen los derechos y obligaciones fundamentales aplicables. Por otra parte, tratándose de principios generales, permitirán al intérprete observar la legislación correspondiente y, en el supuesto de vacío u oscuridad, servirán de reglas fundamentales para resolver el caso que se ventile.

2.3.5. Naturaleza jurídica del habeas data

Al abordar el aspecto de la naturaleza jurídica del habeas data, se distinguen dentro del mismo su carácter de garantía consistente en acción, cuyo objeto es sumamente amplio y que su tipología será tan diversa como su objeto. Así, podemos distinguir los siguientes caracteres de dicha institución que amalgaman su naturaleza jurídica.²⁷

- Es una garantía:

El hábeas data es una garantía de tercera generación, un instrumento procesal para la protección de determinados derechos humanos.

En ese sentido remitimos a lo expuesto supra al respecto.

²⁷ Mayo, Marie, **Informática jurídica**, pág. 95.

- Es una acción:
A su vez es, de principio y sin perjuicio de alguna posibilidad diversa que dependerá de la casuística y del derecho positivo, una acción, porque, no es un medio impugnativo o incidente dentro de un proceso determinado.
- Objeto:
El objeto del habeas data es amplio y, probablemente, seguirá evolucionando de acuerdo a lo que suceda en la sociedad y, especialmente, en la tecnología.
Permite:
 - a) Que un individuo pueda acceder a la información que sobre él exista en un banco de datos;
 - b) Que el sujeto, legitimado activo, exija que se actualicen esos datos;
 - c) Que se rectifiquen los que son inexactos;
 - d) Que se asegure la confidencialidad y no divulgación de cierta información evitando su conocimiento por terceros.
 - e) Exigir la supresión de la información sensible que exista sobre sí en los bancos de datos de que se trate.
- Tipos:
Los diversos tipos de habeas data surgen de acuerdo al objetivo que mediante la acción se persigue, distinguiéndose:
 - a) Habeas data informativo:
Es el que tiene por objeto acceder a la información que se tiene sobre sí en un determinado banco de datos. Pueden distinguirse tres subtipos:
 - Exhibitorio. Su finalidad es observar cuáles son los datos registrados o, dicho de otra forma, qué se registró;
 - Finalista. Responde a la pregunta para qué se registró, y
 - Autoral. Su objeto es saber quién obtuvo los datos registrados.
 - b) Habeas data de actualización:
Es el que actualiza o agrega un dato a un banco donde el mismo no

consta. Ejemplos: en el banco consta como deudor y se solicita la actualización del dato en virtud del pago. En el registro de Abogados, llevado por la Corte Suprema de Justicia, no consta que el legitimado activo accedió a esa profesión;

- c) Habeas data rectificador:
Es el que tiene por objeto corregir una información errónea;
- d) Habeas data asegurativo:
Asegura que determinados datos no sean divulgados. Garantiza, entonces, la privacidad y reserva de datos legítimamente almacenados, y
- e) Habeas data de exclusión:
Es el que tiene por finalidad excluir determinados datos sensibles de un registro. Por ejemplo se solicita la eliminación del dato que determina cuál es el comportamiento sexual de un sujeto o sus ideas religiosas.

2.3.6. Efectos habeas data

Antes de ingresar al estudio del tema propuesto corresponde recordar algunos conceptos de singular importancia para la comprensión global del instituto que nos convoca. Existen determinados conceptos informáticos que deben tenerse presente y, por ello, se observarán en cada caso.

El empleo de las nuevas tecnologías de información, como pueden ser bases de datos, correo electrónico y video conferencias, comunicación global de datos, con mayor rapidez e interconexión entre los registros, etc., hizo necesario que las normas vigentes para el manejo de documentos fueran revisadas.

Ello nos plantea el problema de la intimidad y la seguridad de la información, en el caso de los datos en papel como en los que obran electrónicamente, sólo es posible evitar lecturas de la información si el canal de comunicación se encuentra protegido y si

el mensaje no se puede abrir o decodificar. Las formas, en ese sentido, son múltiples. Por ejemplo, escribir de abajo hacia arriba en la primera línea y, de arriba hacia abajo en la segunda, y así sucesivamente.

“También y, sin ser nada exhaustivo o sofisticado, cambiar cada letra por la quinta, sexta; o una sí, y otra no, etc. No olvidemos, por ejemplo, la importancia del trabajo de los que descifraron el código de comunicación japonesa en la segunda guerra mundial. Si ello no hubiese ocurrido, la batalla de Midway, por ejemplo, pudo haber tenido un resultado diverso, ya que el plan de ataque, buques intervienientes, puntos de diversión, etc, era conocido, con precisión, por los estadounidenses, que obraron en consecuencia.”²⁸

Todos estos conceptos, algunos casi tan antiguos como el hombre, son aplicables a las redes de acceso público como Internet, donde la información circula por canales no protegidos, encriptados o seguros.

Indudablemente nos encontramos en una época de cambios drásticos y sumamente rápidos que hacen repensar algunos institutos jurídicos y observar el nacimiento y consolidación de otros.

La actual concepción del Estado, con un repliegue notorio en su rol, la acentuación de su actuación de acuerdo al principio de subsidiariedad, la globalización, el surgimiento de nuevas comunidades geográficas, la caída del comunismo, que ha importado una nueva realidad política mundial son, entre otros hechos relevantes, circunstancias que el jurista debe tener sumamente presente.

A ello, para completar el escenario, debemos agregar la revolución tecnológica, en general, e informática en particular, que provocaron determinados fenómenos, por ejemplo las bases de datos, su rápido intercambio, etc. Partiendo de esa base debe observarse el instituto que en este capítulo se desarrolla.

²⁸ **Ibid**, pág. 95.

2.3.7. Diferencias con el habeas corpus

Como ya se indicó, el habeas data es de reciente aparición en las garantías jurídicas, caso contrario sucede con el habeas corpus. Si bien ambos persiguen garantizar derechos que le asisten al individuo, del estudio de dichas instituciones se pueden extraer las siguientes diferencias fundamentales:

- El habeas corpus es una garantía respecto de la libertad física, en sentido amplio, inclusivo de las condiciones de detención. El habeas data protege el derecho de intimidad, privacidad, honor y verdad del hombre.
- Generalmente, la legitimación activa en el supuesto del habeas data requiere, mínimamente y con posibles excepciones de acuerdo a esa situación jurídica subjetiva, un interés legítimo. Sin embargo, en general y con algunas excepciones la legitimación activa en el supuesto de habeas corpus es universal.
- Una similitud fundamental radica en que ambos institutos proceden de acuerdo a reconocimiento expreso en la legislación pertinente. De no existir tal, como acontece en Uruguay respecto al Habeas Data, la garantía genérica de los derechos humanos es la acción de amparo.

2.3.8. Diferencias con el amparo

La diferencia principal entre ambos institutos surge del objeto específico de protección de cada una de las garantías. Sin perjuicio de ello, una similitud en Uruguay surge, ya que la acción de amparo y el habeas data no tienen consagración expresa en la Constitución vigente.

Por otra parte debe recordarse que el amparo es la garantía de principio. Por ello las normas que regulan esta acción, siempre serán, en mayor o menor medida y en lo pertinente, aplicables al proceso de habeas data.

Toda sociedad en la que la garantía de los derechos humanos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Artículo 16, aprobada por la Asamblea Constituyente Francesa de 1789.

Como ya se enunció, los derechos humanos son el conjunto de derechos que gozan las personas y que no pueden ser restringidos ni violados, esencialmente, por los gobernantes, servidores públicos de turno. Las garantías son instrumentos para la defensa de los derechos humanos en el sentido de su consagración plena y de defensa en el supuesto de agresión o amenaza.

La privacidad refiere al ámbito de las acciones privadas que no afectan a terceros, aunque puedan ser conocidas por éstos. La intimidad refiere al ámbito personal que no es o no debería ser conocido por los demás, por ejemplo, opciones sexuales, divulgación de fotografías sin autorización, interceptación o violación de la correspondencia epistolar, electrónica, telefónica, etc.

Datos personales son la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables. Datos sensibles refiere a los datos personales que revelan origen racial y opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o la vida sexual.

El recurso o medio idóneo para reclamar la exhibición de los datos, su corrección o limitación de su exhibición es la acción de habeas data. Así, acción de habeas data es la garantía que asiste a toda persona, identificada o identificable a solicitar la exhibición de los registros, públicos o privados, en los cuales están incluidos sus datos personales, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión o bloqueo de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación, por ejemplo afiliación a partido político, creencia religiosa, etc.

2.3.9. El habeas data en el derecho comparado

2.3.9.1. El habeas data en la República Oriental del Uruguay

Uruguay es el único país del MERCOSUR cuya Constitución no establece, expresamente, la garantía objeto de estudio.

Si bien la Constitución Política de la República Oriental del Uruguay no lo consagra expresamente, el instituto tiene un fundamento similar al amparo: surge de la interpretación lógico sistemática teleológica de sus Artículos 7, 10, 28, 72 y 332.

Es indudable el derecho de todo habitante de conocer la información que sobre el se posea, el derecho a solicitar la rectificación de datos erróneos y la supresión de los mismos bancos correspondientes.

Ahora bien ¿qué medios tiene para efectivizar esos derechos en Uruguay?

No habiéndose dictado, aún, la legislación correspondiente y de acuerdo a las normas constitucionales citadas, a nuestro juicio, la acción de amparo es el instrumento, porque el Artículo 1 de nuestra ley de amparo protege todos los derechos y libertades, incluido el derecho al honor, intimidad, privacidad, no intromisión informática, verdad, etc. Asimismo, y esto es de suma importancia, debe considerarse la legitimación activa acordada al Comisionado Parlamentario de acuerdo a la ley Artículo 2º inciso i) de la ley 17,684.

En ese sentido, como se dijo, debe tenerse presente el Artículo 28 de la Constitución Política de la República Oriental del Uruguay que dispone: “Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.” La norma prohíbe, salvo orden judicial previa a la interceptación, la divulgación del contenido de

las conversaciones (telefónica, vía mail, etc.) entre personas, y la lista de llamadas entradas y salientes. Resulta extremadamente sencillo la violación del derecho de intimidad, simplemente, relacionando quién llamó a quién, a qué hora, por cuanto tiempo. Después puede existir una llamada del que recibió la primera, a otra, y devolución al requirente original, etc. No corresponde, en nombre de determinados atentados deplorables, invadir la intimidad de todas las maneras posibles mediante trámites, registraciones y filmaciones indebidas que no condicen con la naturaleza del hombre.

Uruguay ratificó, por Ley 15737, la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969. Por ello es derecho positivo para el Uruguay lo dispuesto en los Artículos 11 (protección de la honra y de la dignidad) y 14 (derecho de rectificación o respuesta) de esa Convención.

En un ámbito más amplio debe considerarse lo regulado en La Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948 que en su Artículo 8º dispone que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley.”

El Artículo 12 del mismo cuerpo legal citado con anterioridad dispone que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

Ingresando en las normas con valor y fuerza de ley, más propiamente dichas, y sin perseguir la exhaustividad en lo que refiere, por ejemplo, a los diversos bancos de datos, el Artículo 694 de la ley 16736 del Congreso Uruguayo estableció el derecho de acceso. También deben tenerse presentes las normas sobre secreto bancario (Decreto ley 15322 del Congreso Uruguayo), el secreto en el Procedimiento Disciplinario, el Registro de Sumarios, competencia de la Oficina del Servicio Civil de la Presidencia de

la República, los Artículos 17, 40 y 42 del Decreto 258/92, Decreto 396/03 que refieren a las Historias Clínicas y, las leyes 14005 y 17668, que regulan la donación y trasplante de órganos, estableciendo bancos de datos y el necesario secreto, a los efectos de proteger a los donantes.

Otras normas de importancia las encontramos en la ley 16616 del Congreso Uruguayo, sistema estadístico nacional, que consagra expresamente algunos principios ha tener presente. En Uruguay está vigente, desde 1998, el Expediente Electrónico, Decretos 65/98 y 382/03, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 17243 del Congreso de Uruguay, que lo consagró en forma definitiva.

Asimismo, normas reglamentarias establecieron el principio de libre flujo de información (Artículo 14 del Decreto 500/91 del Congreso Uruguayo), el legajo electrónico de los funcionarios de la Administración Central (Poder Ejecutivo), Decreto 385/99 y las formas de almacenamiento de documentos electrónicos, Decreto 83/001 del Congreso de Uruguay.

El tema que nos ocupa se relaciona con la ley de defensa del consumidor y tarjetas de crédito (tratamiento y comunicación de datos, transacciones que se realizan en Internet); pago de sumas, mes a mes, por exclusión de los datos en las guías telefónicas, etc.

Desde el punto de vista penal, el Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala tipifica la violación de correspondencia escrita y de comunicación telegráfica y telefónica y el conocimiento fraudulento de documentos secretos en sus Artículos 296, 297 y 300.

Por último, y sólo a vía de ejemplo debe considerarse el Artículo 6 de la Ley 17692 del Congreso de Uruguay que ratifica el convenio internacional del Trabajo N° 181 sobre agencias de colocación. Actualmente existen algunos proyectos de ley que al tema refieren. Los mismos siguen, en mayor o menor medida, las soluciones del derecho comparado, especialmente la legislación argentina y española.

2.3.9.2. El habeas data en la República Argentina

Cualquier análisis sobre el tema que se presenta debe partir del Artículo 43 de la Constitución de la Nación de la Argentina que dispone "...Toda persona podrá interponer acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística."²⁹

La ley argentina No. 25326 efectúa algunas definiciones que es necesario tener presente:

- Datos personales: Son la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.
- Datos sensibles refiere a los datos personales que revelan origen racial y opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o la vida sexual.
- Archivo, registro, base o banco de datos: designan indistintamente, al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.
- Tratamiento de datos son operaciones y procedimiento sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.
- Responsable de archivo, registro, base o banco de datos es la persona física o de existencia ideal pública o privada de carácter público, que es titular de

²⁹ Convención Nacional Constituyente, **Constitución de la Nación Argentina**, 1853/1994.

un archivo, registro, base o banco de datos.

- Datos informatizados son los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado. Titular de los datos es toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto el tratamiento
- Usuario de datos es toda persona, pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos. Disociación de datos es todo tratamiento de datos personales de manera que la información obtenida no pueda asociarse a persona determinada o determinable.

Encontrándonos en sede de definiciones corresponde decir que telemática es un concepto que emerge de la conjunción de las palabras informática y telecomunicaciones.

La informática es la técnica informativa basada en el rigor lógico y la automatización posible a los efectos de usar las computadoras. Se divide en diversas especies: metodológica, formal o analítica, sistemática o lógica, física o tecnológica y aplicada.

Informática es el conjunto de conocimientos científicos y de técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras. Telecomunicación es la, transmisión de palabras, sonidos, imágenes o datos en forma de impulsos o señales electrónicas o electromagnéticas. Los datos digitalizados se pueden generar directamente en código en un ordenador o computadora, o a partir de una señal de voz o imagen mediante un proceso llamado codificación.

Por lo expuesto la telemática es el conjunto de servicios y técnicas que asocian las telecomunicaciones y la informática.

Continuando con el análisis de la ley argentina, después de estas necesarias definiciones, corresponde decir que su objeto es la protección integral de los datos personales asentados en registros, archivos, banco de datos, públicos o privados de carácter público (no de uso personal), destinados a dar informes. La ley se propone garantizar el derecho al honor, intimidad y accesos a la información de las personas y, en lo pertinente, a las personas de existencia ideal. No puede afectar las bases de datos o fuentes de información periodísticas.

Los archivos de datos serán legítimos si se encuentran inscritos y si su finalidad no es contraria a la ley o a la moral pública. Los datos que se recojan deben ser ciertos, exactos, actuales, completos, adecuados, pertinentes y no excesivos de acuerdo a su finalidad. No pueden utilizarse para finalidad diversa a la que motivaron su obtención y deben ser destruidos cuando finalizó su necesidad de conservación por haber cumplido la finalidad para la que fueron obtenidos. No deben recabarse en forma desleal, fraudulenta o ilícita.

El tratamiento de datos es ilícito si no existe consentimiento expreso e informado, fehacientemente documentado. No es necesario el consentimiento cuando se obtienen de ficheros de acceso público irrestricto, se recaben por el Estado en el cumplimiento de sus cometidos, deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento, se realice por entidades financieras de información (ver ley 21526, Artículo 39 del Congreso de Argentina) o se limiten a nombre, documento, identificación tributaria o provisional, ocupación, fecha de nacimiento o domicilio.

Habíamos observado que el consentimiento debía ser informado y en ese sentido debe expresarse en forma clara la finalidad para qué se obtienen, quiénes pueden ser sus destinatarios, existencia del archivo de que se trate y el nombre y domicilio de su responsable, el carácter obligatorio o facultativo de expresar el dato, la consecuencia de no proporcionarlo y la posibilidad de acceso, rectificación y supresión de los datos.

El Artículo 7 del mismo cuerpo legal mencionado refiere a los datos sensibles estableciendo que nadie está obligado a proporcionarlos. Sólo pueden recolectarse, y ser tratados, si media razones de interés general declarada por ley. Pueden ser obtenidos, para su utilización estadística o científica, si no pueden identificarse los titulares.

Se prohíben los registros de datos sensibles. Sin perjuicio de ello la Iglesia católica, asociaciones religiosas, políticas y sindicales pueden llevar bases de sus miembros. A continuación la ley refiere a determinadas especies de datos, se regla el tratamiento de datos penales los que sólo pueden efectuarse por las autoridades públicas de acuerdo a la competencia asignada por la ley y reglamentación respectiva.

Respecto de los datos relativos a la salud, pública o privada, incluidos obviamente los profesionales vinculados, se establece que los establecimientos sanitarios pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental, respetando los principios del secreto profesional.

El responsable o usuario del archivo debe adoptar las medidas que garanticen la seguridad y confidencialidad de los datos. Su deber de confidencialidad subsiste después de la desvinculación con el archivo.

Por su parte el Artículo 11 de la ley 21526, del Congreso de Argentina refiere a la cesión de datos estableciendo que puede acontecer si corresponden a los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario, previo consentimiento del titular de los datos, al que se debe informar la finalidad de la cesión, identificándose u otorgando los datos necesarios para identificar al cesionario.

El consentimiento para la cesión es revocable. Ese consentimiento no es obligatorio si la ley lo dispone, si se obtienen de ficheros de acceso público irrestricto, se recaben por el Estado en el cumplimiento de sus cometidos, deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos y resulten necesarios para su

desarrollo o cumplimiento, se realice por entidades financieras de información o se limiten a nombre, documento, identificación tributaria o provisional, ocupación, fecha de nacimiento o domicilio. Tampoco es necesario el consentimiento si la cesión se realiza entre dependencias estatales para el cumplimiento de sus competencias, si se trata de datos que refieren a la salud y son necesarios por emergencias de esa naturaleza, realización de estudios, preservándose la identidad del titular mediante procesos de disociación.

Por último y en definitiva, es posible la cesión sin consentimiento, si existe procedimiento de disociación. El cesionario está sujeto a las mismas obligaciones que el cedente que es, solidaria y conjuntamente, responsable de su cumplimiento.

Respecto de la transferencia internacional está prohibida si no se proporcionan niveles de seguridad adecuados. Esa prohibición no existe en los supuestos de colaboración judicial internacional, intercambio de datos médicos, cuando sea necesario para la atención del afectado, investigación epidemiológica si existe disociación, transferencias bancarias o bursátiles, cuando la transferencia surja de tratados internacionales ratificados por Argentina, y cuando la transferencia tenga por objeto la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico entre organismos de inteligencia que persiguen esos delitos.

El titular de los datos tiene diversos derechos: a la información al organismo de control relativa a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos, su finalidad y la identidad de los responsables. La consulta es gratuita y pública, Artículo 13 del mismo cuerpo legal en referencia.

El Artículo 14 de la ley 21526, del Congreso de Argentina establece el derecho de acceso, en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se acredite interés legítimo al efecto. En ese sentido, si de personas fallecidas se trata, el derecho es de sus sucesores universales.

El titular de los datos tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos públicos o privados. El responsable o usuario debe proporcionarlos dentro de 10 días corridos.

La información debe ser clara, amplia, no codificada y acompañada de una explicación accesible al público en general y suministrada de acuerdo a la tecnología, al dato específico y a la accesibilidad del legitimado. En ningún caso podrá revelar datos de terceros aunque se vinculen con los datos del solicitante, vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido en forma, se abre la posible acción de habeas data.

El Artículo 16 del cuerpo legal en mención establece los derechos de rectificación, actualización, supresión y confidencialidad de datos, lo que deberá ejecutarse en el plazo de cinco días hábiles de la solicitud. Respecto de la supresión se destaca que los datos deben ser conservados durante el plazo previsto en la ley aplicable al mismo o en las disposiciones contractuales a que refieran entre el responsable del banco de datos y el titular de los mismos. La solicitud es gratuita.

Los responsables de los bancos de datos públicos pueden negar, mediante decisión fundada en la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, los derechos mencionados en el apartado anterior.

También puede negarse cuando la acción solicitada pueda obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas al cumplimiento tributario o provisional, desarrollo de control sanitario o medio ambiente, investigaciones penales o administrativas. Pero, en todo caso, debe permitirse el acceso para ejercer el derecho de defensa. Si se incumple la petición, queda expedita la acción de habeas data. La sentencia (Sala C 202/03/06) publicada en La Ley, Suplemento, Bs As., pág. 56, de 15 de julio 2002, resolvió el tema en una acción de "H, E c/Citibank NA, mandando suprimir la constancia registrada comunicando al BCRA y a "Veraz" la supresión.

El Artículo 20 de la ley 21526, del Congreso de Argentina establece que las decisiones judiciales o administrativas que refieran a la valoración de conductas humanas, no podrán tener, como único fundamento, el tratamiento informatizado de datos que suministren el perfil o personalidad del interesado. Esos actos serán absolutamente nulos.

La ley en mención regula la inscripción de los archivos, registros, bases o bancos de datos, sean públicos o privados estableciendo el contenido mínimo que deberá constar en el Registro de Archivos de Datos, especialmente, características y finalidad del archivo, naturaleza de los datos contenidos, forma de recolección y actualización, destino, medios de seguridad, tiempo de conservación, forma de acceso de los legitimados.

El Artículo 22 regula la forma de creación, supresión, etc., de los registros públicos (disposición general), publicada en el Diario Oficial de Argentina. Se establecen situaciones especiales tratándose de datos que refieran a la seguridad nacional interna y externa. En lo que refiere a las Fuerzas Armadas, Centrales de Inteligencia, etc. los datos podrán ser procesados, sin consentimiento de los afectados, sólo si son necesarios para el cumplimiento de las competencias asignadas por ley. Los datos con fines policiales deben ser suprimidos cuando no sean necesarios para las averiguaciones efectuadas.

Las personas que formen bases de datos privadas, que no sean para su uso exclusivamente personal, también deberán registrarse de acuerdo a lo dispuesto para los archivos públicos.

Se regula, asimismo, la contratación de terceros para el tratamiento en el Artículo 25, a la vez. En el Artículo 26 del mismo cuerpo legal refiere a las bases de datos de información crediticia estableciendo que sólo pueden tratarse si son relativos a la solvencia económica y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público, o procedentes del interesado o con su consentimiento. El servicio no requiere el

consentimiento del titular de los datos a los efectos de su cesión ni la comunicación de ésta, cuando refieran al giro de las actividades crediticias o comerciales del cesionario. Pueden también tratarse datos relativos al cumplimiento de obligaciones patrimoniales facilitadas por el acreedor.

Esos datos sólo pueden tratarse en todas sus formas si refieren a los últimos cinco años. El plazo se reduce a dos años cuando el deudor cancele o extinga la obligación. Es lo que se denomina derecho al olvido, más técnicamente prescripción del dato.

Respecto de las bases con fines publicitarios, comerciales (hábitos de consumo), etc., las mismas se reglan por el Artículo 27 de la ley en mención y las bases de datos que refieran a encuestas (ley 17622) está reglada en el Artículo siguiente, estableciendo la necesidad del anonimato o disociación, en el último supuesto.

El Artículo 29 del mismo cuerpo legal regula lo referente al Órgano de Control, para el cumplimiento de la ley de que se trata, estableciendo sus competencias y poderes jurídicos. Se establece que las organizaciones correspondientes podrán elaborar códigos de conducta respecto al tratamiento de datos.

La ley 21526, del Congreso de Argentina establece sanciones administrativas y tipifica delitos que regulan el insertar o hacer insertar a sabiendas datos falsos; el que accediere a bases de datos con conocimiento, ilegítimamente o violando sistemas de seguridad y confidencialidad y, por último, se sanciona penalmente, también, la revelación a otro de información registrada en una base de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar de acuerdo a la legislación vigente.

La acción de protección de datos personales o habeas data procede:

- Para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en bases públicas o privadas destinadas a proporcionar informes y de la finalidad correspondiente.-

- Cuando se presume la falsedad, inexactitud, desactualización de la información, o el tratamiento de datos prohibido y, para exigir la rectificación, supresión, confidencialidad o actualización de los mismos.

La legitimación activa se establece para el afectado, su apoderado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas hasta el segundo grado. Cuando la acción se presente por personas de existencia ideal la podrán incoar sus representantes legales o apoderados a esos efectos.

En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo. La acción procede respecto de los responsables o usuarios de las bases de datos. El Artículo 36 de la ley 21526, del Congreso de Argentina establece la competencia y en el Artículo 37 dispone que la acción se tramitará según lo reglado en la propia ley, por las que corresponden a la acción de amparo común y, supletoriamente, por la normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en lo que refiere al juicio sumario.

La mención del amparo común parece significar la adopción de la tesis que considera al habeas data una acción de amparo no común, esto es, especial. De todas formas la remisión comentada es, de acuerdo a nuestra formación y en la práctica, innecesaria, en virtud de que remite a la garantía de principio.

La demanda debe interponerse por escrito individualizando, de la mejor forma posible al legitimado pasivo. Se debe establecer los fundamentos y el petitorio correspondiente de acuerdo a lo que se solicite, esto es rectificación, supresión, etc. Puede solicitar también que el legitimado pasivo asiente que la información de que se trata está cuestionada.

El juez puede bloquear, provisionalmente, el archivo en lo que refiere al tema objeto del proceso, cuando sea manifiesto el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información.

Admitida la acción el juez requerirá a la base la remisión de la información cuestionada y disponer todo aquello que contribuya y fundamente su decisión. El plazo para contestar el informe no puede ser mayor de cinco días hábiles, el que puede ampliarse prudencialmente por el requirente.

Los registros no pueden alegar la confidencialidad de la información que se les requiera, salvo si se afectan fuentes de información periodística. Cuando un archivo se oponga a la remisión invocando excepciones al derecho del solicitante, deberá probar los extremos legales alegados. En esos casos el juez podrá tomar conocimiento personal y directo de los datos solicitados manteniendo la confidencialidad.

Al contestar el informe, el requerido deberá explicar las razones por las que incluyó la información y los motivos por los que no evacuó la consulta previa del afectado, según los Artículos 41, 13 a 15 de la ley 21526, del Congreso de Argentina.

Contestado el informe el actor podrá, dentro de los tres días, ampliar el objeto de la demanda, actuando de conformidad con los derechos que la ley concede, ofreciendo la prueba del caso. De esa ampliación se dará traslado al demandado para que conteste la ampliación, por el término de tres días.

Vencidos los plazos a los efectos de que el demandado conteste la demanda o su ampliación y diligenciada la prueba pertinente, el juez dictará sentencia. De hacer lugar a la demanda se determinará lo que corresponda de acuerdo a la petición, estableciéndose plazo al respecto.

El rechazo de la demanda no constituye presunción de responsabilidad del accionante lo que protege su derecho de acción procesal. En todo caso la sentencia debe ser comunicada al Organismo de Control, que llevará un registro en ese sentido.

2.4. Clases de información

Sin perjuicio de lo expuesto, y antes de ingresar al estudio de la clasificación propuesta, parece importante destacar que la doctrina realiza múltiples clasificaciones de los derechos humanos. Para el autor, en todo caso, las clasificaciones importan si de ellas se deriva un régimen jurídico especial.

Nos explicamos: ¿qué consecuencia jurídica deriva de la clasificación de las constituciones en breves, de media extensión o extensas? ¿Esa clasificación es tan importante, jurídicamente, como aquélla que las clasifica en rígidas o flexibles, o semirrígidas y rígidas propiamente dichas?

Veamos, entonces, algunas clasificaciones:

- Derechos individuales o derechos sociales;
- Derechos constitucionales o derechos cuya fuente es, en definitiva, la ley;
- Derechos tutelados por acción penal o por acción civil;
- Derechos espirituales o derechos materiales;
- Derechos de las personas o derechos de éstas sobre los bienes.

Ingresando a la clasificación que nos convoca diremos que derechos de primera generación son los derechos individuales. En ellos el Estado no interviene, dejando que el hombre se desarrolle libremente, garantizando esa libertad.

Derechos de la segunda generación son los derechos económicos y sociales. Respecto a ellos el Estado interviene activamente a los efectos de que los hombres puedan gozarlos. Los ejemplos típicos de este tipo de derechos son el derecho a una vivienda acorde con la condición humana, derecho de asociación, sindicalización, trabajo en general, etc.

Los derechos de la tercera generación son, a la vez, individuales y colectivos, por ejemplo el derecho a la paz, a un ambiente saludable, derechos del consumidor, a la

autodeterminación informativa, derecho al acceso, a la rectificación, a la verdad, etc. Estos derechos no son, de principio, nuevos, en el sentido de recientes, sino que han evolucionado de acuerdo a los profundos cambios de la tecnología y la sociedad. En ese sentido el derecho a la paz siempre existió. Igual conclusión puede decirse respecto al derecho a un ambiente saludable. Lo que sucede es que la forma de contaminación, actual, no es la que imperaba, por ejemplo, en la Edad Media, o durante los comienzos de la Revolución Industrial. Por ello para garantizar estos derechos han surgido las garantías de la tercera generación.

2.5. Derecho al honor

El honor es aquel derecho que tiene toda persona a su buena imagen, nombre y reputación; de tal forma que todos tenemos derecho a que se nos respete, dentro de nuestra esfera personal, cualquiera que sea nuestra trayectoria, siendo un derecho único e irrenunciable propio de todo ser humano.

Según Creus, el honor “es el conjunto de cualidades valiosas que, revistiendo a la persona en sus relaciones sociales, no sólo se refieren a sus calidades morales o éticas –como alguna vez se entendió–, sino a cualesquiera otras que tengan vigencia en esas relaciones (profesionales, jurídicas, familiares, culturales, físicas, psíquicas y sociales en general).”³⁰

Rodríguez Devesa opina que el honor “... es el derecho a ser respetado por los demás; a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros. Es un derecho sin el que no se concibe la dignidad inherente a la condición humana, y de ella derivado, con independencia de la capacidad física o psíquica, de la fortuna, raza, religión, posición social o de los méritos o deméritos contraídos con los propios actos.”³¹

³⁰ Creus, Carlos, **Derecho penal. Parte especial**, pág. 137.

³¹ Rodríguez Devesa, José María, **Derecho penal español**, pág. 213.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, al resolver ha manifestado que... “En el ámbito doctrinario del Derecho, se considera que el honor, como concepto jurídico, es el valor individual de estimación que la sociedad acuerda a todo hombre, tutelándolo contra los ataques de los demás en la medida en que la propia sociedad estima relevante. Una de las manifestaciones de esa tutela se encuentra en la ley penal que tipifica los delitos contra el honor para proteger la integridad moral de la persona.”³²

Con base a lo expuesto, podemos evidenciar que el habeas data se relaciona estrechamente con el honor ya que por medio del mismo se puede llegar a conocer y a enmendar o eliminar información que atente contra el honor de las personas. La relación entre ambas instituciones debe de entenderse en el sentido que, si en un banco de datos se le imputa una calidad, que no es verídica, a una persona y que atenta contra su buen nombre esta deberá ser corregida o eliminada; por el contrario si la calidad fuese cierta contra la misma no se podrá redargüir mayores elementos que los relativos a la duplicidad de la pena o a señalamientos subjetivos sobre los cuales no se ha sido declarado culpable.

2.6. Derecho a la intimidad

Por intimidad entendemos aquella zona espiritual e íntima, reservada, de una persona. Es un derecho del individuo frente a todos, es imponible al Estado y a todos los demás actores sociales.

Íntimamente vinculado al tema encontramos el derecho al respeto a la imagen, ya sea de un sujeto común o público, o más público que otro. En este momento se presenta el tema, teniendo presente que, con la revolución informática, el derecho a la intimidad y el honor han cobrado especial relevancia y serán protegidos por las garantías que se analizan en este apartado.

³² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Disco compacto, **Gaceta Jurisprudencial N° 23, Inconstitucionalidades generales**, expediente 273-91.

Algunos autores distinguen intimidad de privacidad. La privacidad refiere al ámbito de las acciones privadas que no afectan a terceros, aunque puedan ser conocidas por éstos. Lo privado no lo es, entonces, por el conocimiento que de esas acciones tengan los demás. Es privado porque pertenece a la esfera personal de las personas y, en tanto no afectan a terceros, se rigen por el principio de libertad, Artículo 10 de la Constitución de la República Oriental Uruguay: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados que ejercen función jurisdiccional, administrativa o legislativa. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”³³

El término íntimo refiere al ámbito personal que no es o no debería ser conocido por los demás, por ejemplo, opciones sexuales, divulgación de fotografías sin autorización, interceptación o violación de la correspondencia epistolar, electrónica, telefónica, etc. Debe considerarse, y puede discutirse en otra oportunidad, la legitimidad jurídica y moral de la difusión de determinados hechos en las campañas electorales. El tema simplemente se recuerda, fácilmente, pensando en la difusión de conductas o comportamientos de candidatos en los Estados Unidos de Norteamérica.

En consecuencia, afirmamos que el ser humano tiene derecho a la intimidad, al no registro y divulgación de sus datos sensibles, a la verdad respecto a lo que de su persona se trata.

³³ Asamblea General Constituyente, **Constitución Política de la República Oriental del Uruguay** de 1967 y sus reformas.

CAPÍTULO III

3. El funcionario como fuente fundamental de la información

3.1. Definición

Desde un punto de vista general en el mundo de la actividad del Estado, en sus tres poderes, Ejecutivo, Legislativo, y Judicial se desempeñan una serie de personas denominadas comúnmente funcionarios o empleados públicos que son quienes hacen funcionar todas las estructuras orgánicas del mismo, prestando los servicios públicos indispensables para satisfacer las necesidades de la población.

En Guatemala, existen distintas leyes que regulan la actividad del funcionario o empleado público, en su relación con el Estado (relación laboral), en la regulación de sus actividades (relación de obligación). Sin embargo, lo que nos interesa en la presente investigación es la conducta funcional que se configura en un delito y ocasiona una sanción penal; ya que solo existe desde el punto de vista administrativo pero para poder establecer el grado de responsabilidad del funcionario público en el ilícito que se comete, es necesario establecer claramente el concepto de funcionario o empleado público.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, funcionario es “la persona que desempeña un empleo público”.³⁴ Empleado jerárquico, particularmente el estatal. En la anterior definición podemos identificar que el término funcionario pertenece al lenguaje técnico del derecho administrativo. En cuanto al término público, tenemos que se aplica a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado, o sea que lo público es todo lo concerniente al estado y su actividad frente a los particulares, interna y externamente y frente a otros estados, contrapuesta a la actividad privada por sus fines y objetivos particulares.

³⁴ **Diccionario de la Real Academia Española**, pág. 422.

De las definiciones anteriormente dadas, podemos entender por funcionario público a la persona que pone en ejercicio el poder público.

Krotoschin afirma que “las relaciones jurídicas entre Estado y sus funcionarios no nacen de un acto jurídico del derecho civil o del derecho (convencional) del trabajo, sino de un acto de imperio o de mando que consiste en el nombramiento, el cual se halla regido por el derecho administrativo, procediendo el estado como poder público y no como persona jurídica.”³⁵ Es indiscutible que el Estado es una persona jurídica sui generis, y de esta realidad depende la necesidad de establecer categorías en cuanto a la forma de relación jurídica entre las personas que prestan sus servicios en las distintas esferas de la organización estatal, a eso se refiere el autor citado cuando habla del nombramiento, a través del cual el individuo pasa a formar parte de la estructura estatal.

En la mayoría de los países, estimando que desempeñan funciones públicas subordinadas, compatibles con diversos grados jerárquicos, empleado público es sinónimo de funcionario público. En algunas repúblicas hispanoamericanas, se considera que funcionario público implica el ejercicio de mando cualificado, equiparable a alto empleado, de modo que por empleado público se entiende tan solo los peldaños iniciales e intermedios en la jerarquía administrativa oficial.

La legislación de Guatemala, utiliza distintos términos para referirse a estas personas: servidor público, trabajador del estado, empleado público ya que son utilizados para designar a personas que están en relación de dependencia con el estado en su calidad de persona jurídica. La diferencia consiste en la clase de actividad y la responsabilidad que cada uno de ellos tiene dentro de la estructura orgánica del estado. Desde este punto de vista, se acostumbra decir funcionario cuando se habla de una persona que ocupa un alto puesto dentro de la administración pública, por tanto, sus responsabilidades son mayores en relación con los empleados, que por lo general,

³⁵ Krotoschin, Ernesto, **Instituciones del derecho del trabajo**, pág. 115.

son ejecutores directos de órdenes o disposiciones de los funcionarios y, por consiguiente, su responsabilidad es limitada.

Según el licenciado Godínez Bolaños, el funcionario es el que ostenta un puesto superior en la administración del Estado, por elección o nombramiento, realizando una distinción entre éste y el llamado burócrata, empleado o trabajador público, quien realiza sus funciones bajo la supervisión del primero. El autor considera que al conjunto de estas personas se le debe de llamar servidor público.

3.2. Naturaleza jurídica

La organización jurídica y política del Estado de Guatemala, se encuentra claramente estipulada en su Constitución política, norma fundamental que determina las reglas del ejercicio del poder público y lo hace eminentemente de naturaleza pública.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece una estructura tripartita del poder el cual se encuentra definido en los tres organismos del estado: a) Ejecutivo, b) Legislativo, y c) Judicial. En este sentido el poder del estado sólo se puede expresar a través de su compleja organización y cada uno de los órganos que la conforman y ejercen su cuota de poder dentro del límite de sus competencias que se encuentran debidamente estipuladas en la Constitución política. En definitiva la carta magna es el marco normativo fundamental para limitar el poder estatal como una garantía al respeto de los derechos y libertades de las personas.

Por ello, en la Constitución Política se consagran los principios humanistas de protección a la persona como centro del accionar estatal tal como lo establece en el Artículo 1: “El estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, del mismo modo en el articulado en mención podemos ver que se estipula como fin supremo del estado la realización del bien común.”

Para cumplir con dicha finalidad el estado se traza una serie de deberes con el objeto de garantizar a sus habitantes la cobertura de sus necesidades y el goce de sus derechos y libertades precisamente el servicio público debe ser entendido como la organización, y el acto o los actos encaminados a cumplir con la finalidad del aparato estatal en la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas de las personas. Estas necesidades pueden ser materiales y esenciales tales como la luz, el agua, la paz, la tranquilidad, la justicia y la seguridad de la población, según lo regulado en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Como podemos observar, la finalidad por la cual se organiza el Estado es la búsqueda de la realización del bien común. Para ello, los órganos estatales deben tener en cuenta tres principios esenciales. Primero, en caso de presentarse conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública se debe de interpretar siempre a favor de la colectividad es decir, si existiera colisión entre interés individual versus interés colectivo debe de prevalecer este último. Así lo establece el Artículo 44 de la Constitución Política de la República en su párrafo segundo: “El interés Social prevalece sobre el interés particular.” Sin embargo, la preferencia del interés público no es ilimitada ni arbitraria, pues ésta no se puede llevar a cabo en desmedro de los derechos fundamentales de las personas ni transgrediendo el marco jurídico vigente; por ello el tercer párrafo del citado Artículo estipula: “Serán ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la constitución garantiza.”

El segundo principio está intrínsecamente ligado con este último. El mismo estipula que los servidores públicos deben de tener en cuenta que los derechos consagrados en las normas constitucionales están por encima de cualquier persona o acto, y que el poder con que cuentan, por ser parte del aparato estatal, debe de ser ejercido y debe de limitarse a lo prescrito en la constitución y normas vigentes. Esta es la característica fundamental de un estado de derecho, que consiste básicamente en el imperio de la ley como única garantía de la libertad y los derechos fundamentales de las personas.

De esta manera, tanto los gobernantes como los gobernados están sometidos al poder de la ley y no pueden ir más allá de lo que está permite. Esto es lo que se llama el estado de derecho, que es la antítesis del estado autocrático de la antigüedad y del autoritario y tiránico que en algunas regiones todavía subsiste. Dentro de este contexto, la Constitución Política de la República de Guatemala establece que la función pública está sujeta al marco normativo vigente, por consiguiente, los funcionarios que son los depositarios de la autoridad están sujetos a su fiel cumplimiento y, en caso vulneren la misma, serán responsables por su conducta oficial.

Por último, el tercer principio tiene que ver con la reparación, pues los derechos y libertades de las personas que sean lesionados por actos provenientes de los órganos estatales deben ser reparados debidamente y en un plazo razonable. En este aspecto la reparación puede ser entendida en sus dos vertientes, como una sanción al funcionario o empleado público que incumple o abusa de sus funciones –ya sea intencionalmente o por culpa o negligencia– y como una forma de indemnización a la víctima por el daño causado. En el primer caso, las medidas de reparación sancionatoria pueden ser de orden administrativo y/o de orden penal pero independientemente de ello se debe de indemnizar económicamente o moralmente a la persona o comunidad que ha sufrido el perjuicio. La norma constitucional estipula la responsabilidad solidaria del estado en las cuestiones de reparación cuando la trasgresión por parte del servidor público perjudica a un particular.

Por tanto, el servidor público debe tender al bienestar general encaminando sus políticas a la satisfacción de las necesidades de la sociedad. En este sentido, el servidor público debe velar por el respeto del marco jurídico vigente y por el respeto de los derechos fundamentales y, si dentro de su accionar lesiona a los particulares, efectuar la respectiva reparación por el daño o perjuicio ocasionado. Estos principios que rigen el poder público no solamente son aplicables al organismo ejecutivo, como el responsable de la administración pública, sino también a los organismos legislativo y judicial, así como a todas y cada una de las dependencias e instituciones que conforman el complejo e intrincado aparato estatal.

3.3. Los servicios públicos y su división en la administración pública

Los servicios públicos son consecuencia de la cultura y del grado de desarrollo alcanzado por una sociedad; por ejemplo, en los pueblos primitivos no existía ninguna prestación de esta índole; tampoco entre los pueblos de la época feudal, salvo que se entienda en forma muy amplia el servicio militar que el caudillo o reyezuelo podía imponer y las contribuciones en frutos o ganado que podía exigir.

La evolución sufrida por los diversos Estados, a partir del final de la segunda guerra mundial, ha motivado una serie de cambios en el funcionamiento del mismo. En un principio, por la misma fisonomía de intervenir lo menos posible en las actividades económicas y sociales. El Estado poseía una administración bastante limitada que operaba esencialmente a través de las dependencias directas o centralizadas para la prestación de los servicios públicos, o bien con el auxilio de organismos privados, generalmente empresas mercantiles, a los que otorgaba concesiones para la prestación de algunos de estos servicios, de manera que la descentralización, especialmente en cuanto a los servicios mismos.

Los cambios motivaron que se diera una diversificación forzosa de las tareas de la administración pública a través de organismos e instrumentos jurídicos cada vez más complejos, que constituyen los denominados organismos públicos descentralizados y los organismos autónomos.

De esta forma, el servicio público pueden prestarlo los órganos de administración del estado o los órganos particulares, por contrato o concesión administrativa o mediante autorización simplemente precaria, revocable en cualquier momento o ampliable en la explotación a favor de nuevos prestadores del servicio. Dicho de otra forma, el servicio público es prestado directamente por los órganos o dependencia del estado o indirectamente por particulares y/o empresas privadas a través de la concesión administrativa.

En Guatemala, a pesar del poco desarrollo administrativo se puede hablar de una división de la administración pública en tres modelos: la centralizada, la descentralizada, y la autónoma, aunque en el ámbito constitucional no existe una diferencia consistente en los dos últimos modelos mencionados. Según el profesor Calderón Morales, el sistema administrativo adoptado en Guatemala se caracteriza por ser eminentemente concentrado o centralizado, con tendencia a la descentralización, esta tendencia a la descentralización se ha visto fortalecida en el último año con la dación de leyes que pretenden que la misma sea una realidad efectiva. En el caso de una administración centralizada se ubica el Organismo Ejecutivo con todos sus ministerios, secretarías, dependencias u órganos que administrativa o jerárquicamente organizadas e interconectadas por una cadena de mando única, cuyo poder de decisión en todas sus formas recae en el superior jerárquico (en el caso guatemalteco el Presidente de la República).”³⁶

En cambio, la administración descentralizada se caracteriza porque cuenta con una serie de facultades que le han sido delegadas. Recientemente, el Congreso de la República promulgó la Ley General de Descentralización (Decreto No. 14-2002), la cual entró en vigencia el 1 de julio del 2002. Según esta Ley, por descentralización se entiende “el proceso mediante el cual se trasfiere desde el Organismo Ejecutivo a las municipalidades y de más órganos del Estado, y a las comunidades organizadas legalmente, con participación de las municipalidades, el poder de decisión, la titularidad de la competencia, las funciones y los recursos de financiamiento para la políticas públicas nacionales.”³⁷

Dentro de las organizaciones que pertenecen a organismos públicos descentralizados, tenemos instituciones como el Consejo Regional de Desarrollo Urbano y Rural, la Contraloría General de Cuentas, la Confederación Autónoma Guatemalteca y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el cual por ley es

³⁶ Calderón Morales, Hugo, **Derecho administrativo II**, pág. 125.

³⁷ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 14-2002, **Ley General de Descentralización**, Artículo 2.

autónomo, pero la verdad se asemeja a un órgano descentralizado.

Finalmente, los organismos autónomos son aquellos que “poseen atribuciones para su autogobierno, pues están facultados para decidir en forma amplia sobre las políticas, estrategias y decisiones a tomar dentro de la institución, ejecución presupuestaria, nombramiento y despido, formulación de reglamentos, entre otros. En la práctica no existe una autonomía absoluta, pues, de una forma u otra, la injerencia del gobierno siempre está presente, principalmente en el aspecto presupuestario. Son entes autónomos las municipalidades y la universidad de San Carlos entre otras. La autonomía debe de estar taxativamente contemplada en la ley. Estos dos últimos tipos de organismos tienen como características comunes que se les ha otorgado una personalidad jurídica distinta de las dependencias directas, y cuentan y manejan un patrimonio que, si bien está sujeto a control y supervisión de la administración central, pueden disponer de él con criterios discrecionales y flexibles.”³⁸

3.4. La importancia de la inteligencia en la información guatemalteca

Abordar el tema de inteligencia implica abrir al debate ciudadano a uno de los tópicos postergados del proceso de transición a la democracia: el poder encubierto. Coadyuvando con ello a que la reforma del sistema de inteligencia no sea potestad absoluta de los profesionales de la inteligencia, sino que sea, antes bien, producto de un objetivo y responsable debate legislativo que logre alimentarse de la opinión pública ciudadana. Ello porque al hablar de inteligencia, lo que salta a la mente es el carácter secreto que la actividad, en la mayoría de las fases de su ciclo de producción implica, secreto que a su vez apunta hacia métodos y técnicas que vulneran, la mayor de las veces, uno de los derechos individuales ciudadanos consagrados en el ideario democrático liberal: la privacidad.

³⁸ Calderón Morales, **Ob. Cit**; pág. 131.

Es importante definir, con un carácter preliminar, lo que entendemos por inteligencia. José Manuel Ugarte, experto argentino en la materia, define la inteligencia como “El conocimiento resultante de la elaboración o proceso de la información a que es sometida la información obtenida, durante la ejecución del ciclo de producción de inteligencia, destacándose en tal formulación el carácter de conocimiento resultante del ciclo de producción de inteligencia.”³⁹

Para evitar empantanarnos en el término que nos ocupa, podemos decir que la inteligencia constituye un tipo de conocimiento que es producto de una actividad desarrollada mediante la ejecución del ciclo de producción de inteligencia entendido más que como método de sucesión mecánica, como una referencia a labores que la mayoría de las veces no se suceden automáticamente determinado por la planificación, que implica a su vez organización. El producto final: la inteligencia resultante, es de utilidad para la toma de decisiones en los distintos campos de la gestión de gobierno.

3.4.1. Inteligencia y transición a la democracia

La necesidad del debate sobre el tema de la inteligencia parte hoy de afirmar que la democracia como régimen político –y el proceso transicional hacia la misma– implica el rompimiento con el hacer encubierto del Estado y los abusos que ello implica traducidos en términos de gobernabilidad democrática. No puede haber consolidación de la democracia cuando las decisiones fundamentales de gobierno no son tomadas con una conciencia eminentemente social.

Esta especie de delegación de facultades ha originado que estos organismos descentralizados y autónomos, al ejercer las facultades públicas que les han delegado los órganos centrales de poder están en posibilidad de restringir (y de hecho la afectación se realiza con mucha frecuencia) los derechos e intereses jurídicos de los gobernados, en ocasiones inclusive con mayor intensidad que los organismos directos

³⁹ Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría especial para la libertad de expresión, **El derecho de acceso a la información en Guatemala**, pág. 63.

del Estado, puesto que se encuentran más próximos a los particulares, lo que trae como consecuencia una insuficiencia de los instrumentos jurídicos tradicionales para lograr una reparación rápida y eficaz de las citadas violaciones o un control efectivo para evitar que sucedan. La información es un mecanismo de control, es en el poder judicial en donde recae una gran responsabilidad.

Si la actividad de inteligencia es –asumiendo incluso su naturaleza secreta– una actividad del Estado, y todo acto de éste debe estar sometido ex parte populi al público examen y a la exigencia de legitimidad y eficacia, la actividad de inteligencia, tiene, en tal virtud, que estar sometida a una serie de controles que protejan a la propia actividad y al Estado mismo, de abusos y prácticas que vulneren el régimen democrático. Cabe el secreto para aquellos asuntos cuya divulgación significa un riesgo para la seguridad pública. Llegamos con ello, a uno de los principios fundamentales del Estado constitucional: la publicidad es la regla, el secreto es una excepción temporal controlada. Por que ¿acaso no es imposible controlar o fiscalizar dentro del Estado algo que esté oculto y que se pretenda incognoscible e inaccesible?

Consolidar la democracia en Guatemala implica pues romper, a decir de Elías Canetti: “ese núcleo duro más interno de poder, el poder encubierto, el cual se expresa en: a) El subgobierno que ejerce el capital sobre el gobierno de la economía, en donde las decisiones de la política monetaria, fiscal y presupuestaria son determinadas más por los grupos de interés del poder encubierto que por el propio Congreso; b) El criptogobierno que ejercen los compartimentos institucionales vinculados al servicio de inteligencia, del cual se conocen únicamente los escándalos sin que sobre ellos pueda llegarse a la *debellatio* de la verdad de los hechos. Tales formas que asume el poder en la política de lo real hacen concluir que la sede de las decisiones de mayor envergadura sigue siendo el gabinete secreto, el círculo próximo de consejeros. La convivencia entre el régimen democrático y tales prácticas de sub y cripto gobierno sólo puede funcionar amparados bajo el signo de Proteo.”⁴⁰

⁴⁰ **Ibíd**, pág. 81.

Ello tiene un gran impacto, a la vez, en el conjunto de consideraciones éticas implicadas en la acción de gobierno, porque, entre todas las políticas públicas de Estado –en un régimen democrático– pocas equiparan a la inteligencia, en cuanto a plantear serias cuestiones éticas. A efecto de conciliar ética de inteligencia, en respuesta a tales riesgos concomitantes surge la necesidad del control, el balance, la especialización, verificación y el contrapeso. La siempre presente interrogante, lanzada en el senado romano hace siglos, en donde Juvenal se preguntaba ¿Quién vigilará a los vigilantes? Control que no se agota en uno o dos procedimientos, sino que más bien debe ser enfocado como una política de Estado, en la cual interfieran diversos mecanismos, que se acompañan de una actitud permanente.

La encrucijada para el trabajo de inteligencia está planteada, además, en tanto, debido a su carácter secreto, lo que se conoce de la actividad son los escándalos, que se filtran a la opinión pública o bien que se publican producto del periodismo de investigación. Éstos, sin embargo, y a diferencia de lo que ha sucedido en otros países, no han llegado a producir en la clase política, intentos serios de reforma en el sistema de inteligencia. En contraposición, los aspectos positivos no son nunca develados debido al propio carácter secreto que la actividad encierra.

3.4.2. El pasado en el presente

El trabajo de inteligencia en Guatemala, estuvo determinado por su carácter de medio fundamental en la estrategia militar ejecutada por el ejército en el conflicto armado interno. Como lo expresara Mauricio López Bonilla en su estudio fuerzas de seguridad y servicios del Estado: “El conocimiento que se pueda tener con respecto a inteligencia es de carácter político-militar en el marco de la guerra recién finalizada.”⁴¹ La guerra de baja intensidad imprimió sobre la labor un sello característico.

⁴¹ **Ibíd**, pág. 83.

“En el estudio Argos, el omnividente invisible afirmábamos que la inteligencia en el Autoritarismo, fue algo así como el pez en el agua más tal situación, en apariencia ventajosa, entrañó un veneno mortal, y fue el silenciamiento de sus tropiezos y corrupciones, la inteligencia fue desfigurada. El control poblacional, las operaciones de la guerra de los espíritus –guerra psicológica–, las actividades paramilitares, la manipulación de la información se desbocó en los planes militares. El peso de tal carga histórica sobre la cual se asienta la reforma del sistema de inteligencia está definido por seis factores:”⁴²

- El culto al arcana imperio

Los secretos del poder. Ante la no-comprensión o absolutización del secreto como método de trabajo para el alcance satisfactorio de los objetivos trazados y bajo la supresión de los principios de legalidad y juridicidad de la administración pública, el secreto fue convirtiéndose en la norma y la publicidad en excepción.

- La definición unilateral de la política y del programa de inteligencia

Como derivación de la política de defensa y de la política militar, la determinación de tales componentes se constituyó en un monopolio de la alta jerarquía del cuerpo de oficiales, que acotaba el poder político del poder constitucional. Tal relación entre el poder político y el cuerpo de oficiales desde el punto de vista de quién toma las decisiones –elemento fundamental en el análisis de las relaciones cívico-militares– determinó un modelo asimétrico de poder que vulnera el régimen democrático de gobierno.

- El análisis de inteligencia al servicio de terror y la guerra psicológica

La experiencia de décadas de trabajo de inteligencia ha marcado a toda una generación de operadores en la materia. De esa forma, inteligencia fue asociándose indisolublemente –idea prevaleciente aún– al poder militar. El trabajo de inteligencia limitado a los requerimientos de la guerra, dejó de lado

⁴² **Ibid**, pág. 103.

vastas áreas de trabajo de inteligencia. Ello derivó en una concepción de inteligencia en negativo, esto es, la inteligencia contra los riesgos y amenazas, distorsionando una concepción en donde la inteligencia es un auxiliar fundamental en la toma de decisiones sobre las políticas públicas de la pluralidad de compartimentos propios de la gestión de gobierno.

- La excesiva concentración institucional de la producción de inteligencia.

El ejército y más específicamente la Dirección de Inteligencia del Estado Mayor de la Defensa Nacional –EMDN– era –a más de las funciones que en la materia fue ejecutando el Estado Mayor Presidencial EMP– el único servicio de inteligencia de Guatemala. Ello implicó una insana competencia entre dichos organismos, lo que significó la anulación de un ejercicio de control natural mediante el sistema de pesos y contrapesos. La máxima especialización institucional en ámbitos diferenciados no formó parte de los requerimientos de la guerra. La guerra fue la balanza que definió prioridades. Tal situación trae aparejada una problemática fundamental para la reforma, cual es, la carga del recurso humano formado con tales premisas y las dificultades políticas e institucionales para hacer la reforma partiendo de cero.

- La inexistencia del marco regulatorio.

En materia de inteligencia, no existe legislación específica sobre la materia, exceptuase de ello el Artículo 30 constitucional y el recientemente aprobado reglamento orgánico interno de la Secretaría de Análisis Estratégico (Acuerdo Gubernativo 663-98), derivado de la Ley Orgánica del Organismo Ejecutivo, y su antecedente normativo, el Decreto-Ley 17-86, en el cual, el entonces Jefe de Estado, creando el Consejo de Seguridad del Estado, menciona una Secretaría de Inteligencia y Seguridad Nacional. Estimando que la materia es inlegislable, ha privado el criterio de la discrecionalidad ilimitada.

- La construcción del espíritu de cuerpo de la élite dentro de la élite.

Dentro de la institución armada, los operadores de inteligencia llegaron a

constituir una clase aparte, desarrollando un espíritu de cuerpo y un corporativismo propio. Hasta el extremo de llegar a representar un riesgo para la propia conducción de la institución militar. Todo ello como derivado del peso preponderante en la toma de decisiones en los gobiernos militares, e inclusive, posteriormente, con los gobiernos civiles.

Tales rasgos característicos contrastan el pasado-presente con la reforma del sistema. Desentrañando, por tanto, la correlación de fuerzas realmente existente y los intereses de la élite en el poder. Dicho proceso de reforma, que no parte de cero, debe ejecutarse en el escenario de lo actual para el futuro, evitando caer en la trampa del reformar para atrás.

3.4.3. Tareas pendientes: las líneas de la reforma del sistema de inteligencia

El proceso de reforma del sistema de inteligencia parte de los Acuerdos de Paz, en particular, del Acuerdo Sobre el Fortalecimiento de la Sociedad y la Función del Ejército en una Sociedad Democrática –AFPC–, producto de las negociaciones entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca -URNG-. Dicho proceso implica:

3.4.3.1. La diferenciación de las competencias institucionales

La especialización institucional, elemento determinante para el alcance de la efectividad y legitimidad de los servicios de inteligencia, tal y como lo presenta José Manuel Ugarte en su estudio Especialización y control a las normas relativas a órganos de inteligencia en los países de la OTAN. Se fundamenta en el establecimiento de ámbitos y competencias diferenciadas. En el caso de Guatemala es preciso partir de una diferenciación entre órganos y organismos de inteligencia y entre tales y lo que pudiera comprenderse como órganos contribuyentes de la obtención de información, ello es de utilidad para dos cosas: Mantener la definición que los Acuerdos de Paz trazan sobre el tema y ampliar la concepción de inteligencia.

Respecto de lo primero, la distinción radica en comprender las naturalezas diferentes de la Dirección de Inteligencia del Estado Mayor de la Defensa Nacional –D2-EMDN– y de la Dirección de Inteligencia Civil y Análisis de Información –DICA– respecto de la Secretaría de Análisis Estratégico –SAE–. En tanto los dos primeros están mandados a desarrollar todas las fases del ciclo de inteligencia, la SAE no, debido a la imposibilidad de realizar operaciones e investigaciones para recabar información. Por ello, los dos primeros los definimos como organismos, en tanto que la SAE es más bien un órgano de inteligencia. Respecto de la ampliación concepcional, se entienden como órganos contribuyentes de la obtención de información al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Economía. La función de los vitales campos para la seguridad que ambas carteras ejecutan, amplía la noción de inteligencia más allá de la noción negativa-reactiva de inteligencia frente a amenazas y riesgos.

La inteligencia para la seguridad interior, anteriormente ejecutada por la institución armada, con la reforma, ahora a cargo de la Dirección de Inteligencia Civil y Análisis de Información –DICA– del Ministerio de Gobernación, constituye un primer campo del hacer del nuevo sistema. Ésta se complementa con la inteligencia para la defensa militar. De acuerdo con la redefinición de funciones de la institución armada en el Acuerdo (41-98) de Reformas a la Constitución Política la inteligencia militar quedaría supeditada a las funciones del Ejército, de la siguiente forma: Artículo 244 “...(el Ejército de Guatemala) tiene por función la defensa de la soberanía, la integridad del territorio y la seguridad exterior. Tales nuevas funciones, deberán significar una modificación a lo que el pasado-presente son los requerimientos de inteligencia sobre la base de los cuales opera la Dirección de Inteligencia del EMDN. La clave de la redefinición de funciones y competencias institucionales, consiste en separar al Ejército de la inteligencia interior, fijándolo con exclusividad en la inteligencia para la defensa militar. Grave error sería, obviando los requerimientos de inteligencia que el nuevo escenario plantea, seguir sobredimensionando a la inteligencia para la defensa militar, en desmedro de aquella que debe realizarse para la seguridad interior.”⁴³

⁴³ Arce Gordillo, Juan Pablo, **Habeas Data. Principios y regulación sobre una nueva visión del sistema de inteligencia en Guatemala**, pág. 43.

A estos dos ámbitos fundamentales de la nueva política de inteligencia, se agrega, la SAE. Ésta vendría a ser el órgano de más alto nivel –coordinación no mando– del sistema de inteligencia. Aunque, ya el acuerdo lo establece, despojada de medios propios de obtención de información e imposibilitada de poder realizar operaciones encubiertas. Recibiría, de todos modos, información de medios gubernamentales y de los dos organismos mencionados.

Este entramado institucional, deja fuera, sin embargo, lo relativo a la inteligencia de carácter económico, industrial, geopolítico y político-exterior, ámbitos sobre los cuales no existe una definición y a los cuales difícilmente podría hacerse cargo el DICA, debido, sobre todo, a su naturaleza y ubicación en el Ministerio de Gobernación. Ámbitos que también exceden las funciones de la inteligencia para la defensa. Tal situación deja la puerta abierta para que la SAE se ocupe de tales ámbitos, sin embargo, la disyuntiva está expresada debido a que ¿cómo desarrollar inteligencia en tales campos sin agentes operativos que son quienes realizan las operaciones encubiertas que la SAE está imposibilitada de realizar?, y, ¿cómo hacerlo sin violentar el compromiso expresado en los Acuerdos de Paz?, más aún, tomando en cuenta el antecedente inmediato que trae al presente la división de operaciones de la SAE en una –todavía confusa– amalgama con el Estado Mayor Presidencial.

Otra cuestión importante radica en cómo hacer que la SAE –que está llamada a constituirse en el órgano rector del trabajo de inteligencia– no se apresure de las influencias del partido de gobierno, en respuesta de lo cual no podría pensarse en la reactivación de la idea de constituir el Consejo Nacional de Seguridad. El Consejo, mediante el mecanismo de decisión colegiada, evitaría hacer depender a la SAE exclusivamente de la Presidencia. Sería, además, este órgano quien determinaría la política de defensa, la política militar, la política de seguridad interior, y por derivación, la política y el programa de inteligencia.

El carácter de órgano rector implicaría a su vez el establecimiento de canales institucionales de coordinación a efecto de impedir la duplicidad de esfuerzos y ganar en coherencia y economía de medios. Ello haría que el sistema de inteligencia no fuera

un conjunto de parcelas aisladas, en medio quizá –como ya es usual en la administración pública– de competencias destructivas, sino más bien realizar un planteamiento de Sistema de Inteligencia Integrado.

Para ello, debería contemplarse el establecimiento de un mecanismo institucional de coordinación de la comunidad de inteligencia. Tal mecanismo, podría ser coordinado por el Secretario de Análisis Estratégico, en donde la SAE podría asumir funciones tales como: preparar el anteproyecto y los requerimientos presupuestarios del programa anual de inteligencia, desarrollar la política de formación del Sistema de Inteligencia, elaborar el informe anual de actividades, y, el suministro de la inteligencia estratégica a las instancias correspondientes, incluyendo aquí, al Consejo Asesor de Seguridad.

Tales presupuestos, sin embargo, distan en mucho del planteamiento conservador y contrario al espíritu de los Acuerdos de Paz con que se definió a la actual Secretaría de Análisis en su Reglamento Orgánico Interno –Acuerdo Gubernativo 663-98–, de fecha 30 de septiembre de 1998. Con el cual se evitó la senda del debate parlamentario, condición necesaria para la legislación en materia de inteligencia.

La estructura planteada en el Reglamento contradice el presupuesto de la imposibilidad de realizar investigaciones encubiertas propias consignadas en los Acuerdos de Paz. En su Artículo 12 el reglamento crea la Dirección de Procuraduría, al cual tiene como función “elaborar los planes para dirigir el esfuerzo de búsqueda y recolección de información, así como todas aquellas funciones que por su naturaleza le correspondan.”

Otro de los puntos medulares consiste en las puertas que los Artículos 4, incisos f, g y h, y 19, dejan abiertas. Respectivamente, la indeterminación de funciones se complementa una absoluta flexibilidad de la estructura, facultando al secretario para la “creación, supresión o modificaciones de direcciones ejecutivas, departamentos, secciones y demás puestos, así como sus respectivas remuneraciones...” En lo referente a personal, éste es catalogado, en su totalidad, dentro del servicio exento. La ley de servicio civil entiende como tal a aquél personal que, seleccionado a discreción,

no responde a mecanismos de oposición. Tal normativa reglamentaria, en la cual prácticamente cualquier cosa cabe, denota que las lecciones del pasado no han sido debidamente asimiladas. El reglamento tiene como fundamento un criterio de discrecionalidad absoluta. Así, se deja abierta la puerta para que la administración pública pueda avasallar cualquier marco de procedimiento, vulnerando con ello los principios de juridicidad y legalidad de la administración pública.

Debería privar, en la Presidencia de la República una concepción más democrática del trabajo de inteligencia en la SAE. Para empezar, no toda la producción de análisis debería ser definida como secreto. El carácter de órgano asesor de la Presidencia de la República debería complementarse con una sección o departamento –dependiente de la ya creada Dirección Ejecutiva de Estudios Estratégicos– que desarrolle amplias relaciones con el mundo académico y social. Para ello pudiera pensarse entre otros, en la elaboración de una revista y demás publicaciones que difunda el pensamiento estratégico y otros productos del análisis; la realización de actividades de debate y cursos que catalicen las contribuciones de la sociedad para el establecimiento de las políticas públicas; a efecto de estimular, en general, el pensamiento estratégico en el ámbito de gobierno y las instituciones académicas.

No hacer esto, y en cambio –violando los Acuerdos de Paz– tratar de seguir con la dinámica de SAE como organismo de inteligencia es un camino equivocado y peligroso. La experiencia latinoamericana en la materia indica que con tales supuestos lejos de servir a la gestión de gobierno, la institución acaba sirviéndose a sí misma y al final concluye actuando con autonomía propia, al margen de los propios consumidores del producto inteligencia.

3.4.3.2. Los mecanismos de control

Con el compromiso contenido en el AFPC y desarrollado en el Acuerdo Legislativo de Reformas a la Constitución Política, Guatemala ingresaría a un reducido grupo de países que cuentan con un control legislativo específico sobre sus órganos y organismos de inteligencia.

Lo establecido en el Acuerdo Legislativo 41-98 que contiene las Reformas a la Constitución constituye un paso de primer orden, al establecer una Comisión "...para supervisar el funcionamiento de los órganos de inteligencia del Estado, con miras a evitar cualquier abuso de poder y garantizar el respeto a las libertades y derechos ciudadanos; asimismo, informarse periódicamente sobre el listado autorizaciones judiciales para intervenir las comunicaciones realizadas por cualquier medio de transmisión", se sienta una base importante que tendrá que ser desarrollada en la Ley de Régimen Interior del Organismo Legislativo.

Si bien el control parlamentario ha sido, en la historia del debate sobre el tema, uno de los que ha despertado mayor atención, también tiende a despertar serias reticencias de parte de los profesionales de la inteligencia. De ahí la necesidad de no unilateralizar, hacia la legitimidad, la relación por establecer. Por ello, la Comisión deberá no sólo empeñarse en la conclusión de las conductas inadecuadas en la materia, sino también, estimular la eficiencia y la dedicación. Los escasos niveles de aceptación con los que la actividad cuenta en la actualidad -extremo probablemente no deseado por muchos de los profesionales que operando con idoneidad y honestidad integran los servicios de inteligencia- puede irse modificando mediante el control.

Debe evitarse además, ver el control sobre la actividad de inteligencia como una responsabilidad exclusiva del poder legislativo. Es preciso reconocer que cuando en los parlamentarios no ha privado el temor de inmiscuirse en tales asuntos, se ha caído presa de la ideologización extrema, del oportunismo político-partidario, o del llegar a compartir el mismo corporativismo y espíritu de cuerpo distorsionado de la institución armada. Es de prever que si alguna comisión parlamentaria requerirá de un serio proceso formativo, será la citada. Por ello, al control parlamentario debe de acompañársele de la trama de controles antes referida. Como puede verse, el control es, más que una potestad exclusiva del poder legislativo, o inclusive, de los tres poderes del Estado por separado, una compleja urdimbre de intersecciones.

Todo ello demanda modificar sustancialmente la calidad del debate parlamentario, que permita hacer uso del conjunto de instrumentos constitucionales y legales que aseguren un efectivo control de la gestión de gobierno en un marco de cooperación y colaboración entre los poderes del Estado. A ello podría coadyuvar, el que además de un calificado staff de asesores, la comisión requiera de la realización de un trabajo investigativo.

Por su parte, el control judicial opera sobre la base del usufructo del derecho a la autorización de medios encubiertos de obtención de información. Tal y como lo presenta la segunda parte del Artículo 171 constitucional, consignado en el proyecto de Reformas Constitucionales "La intervención de comunicaciones sólo podrá autorizarse por juez competente para fines de investigación respecto a delitos contra la vida, integridad, libertad y seguridad de las personas, de narcoactividad y delitos contra la seguridad del Estado". Por tanto, es competencia de los jueces comprobar que los procedimientos empleados se ajustan a los fines y limitaciones previstas. Con lo cual se espera concluir con el mismo sistema.

Para ello podrían establecerse tres elementos fundamentales: a) Determinar un mecanismo de solicitud de parte de los titulares de los organismos de inteligencia a juez competente para emprender operaciones que impliquen el uso de medios de intrusión en la privacidad, siempre y cuando se establezca presunción, suficientemente fundada, de comisión o presunción de delito; b) Si la causa no da pie a la apertura de acción penal, el material recabado deberá ser destruido; y, c) En un mediano plazo deberá informarse al afectado de las acciones emprendidas.

El control judicial tiene tres condiciones necesarias para ser ejercido: El desarrollo de un marco jurídico-procedimental efectivo; el establecimiento de un régimen penal que disuada, sancione y repare frente a abusos derivados de la actividad de inteligencia, dos elementos aún pendientes en la agenda; pero sobre todo, demanda al sistema de justicia el tan esperado cambio a efecto de erradicar la impunidad. El control judicial opera exclusivamente en el ámbito de la legitimidad. Es un instrumento para la

protección de los derechos ciudadanos fundamentales consagrados en la Constitución Política. Representa, a la vez, la posibilidad de modificar los prevalecientes grados de confianza pública sobre la actividad de inteligencia.

La trama de controles se complementa con el control interno ejercido por el poder ejecutivo, así como también los correspondientes controles internos de los órganos y organismos de inteligencia. El punto de partida del control interno consiste en la potestad presidencial de dirigir, coordinar y controlar la política de inteligencia. Lo cual se lleva a cabo mediante la determinación del programa anual de actividades de inteligencia y de la propia doctrina correspondiente. El control, ejercido desde el poder ejecutivo -si bien es quien tiene a su alcance los elementos fundamentales para asegurar el desarrollo de un óptimo desempeño del sistema-, comporta a la vez graves riesgos, sobre todo, tomando en cuenta las tendencias que apuntan hacia un refuerzo del presidencialismo.

Son muchas las vulnerabilidades de un sistema de inteligencia expuesto a los caprichos de la figura presidencial, o, en el peor de los casos, al interés del partido en el gobierno, sin tomar en cuenta las problemáticas derivadas de la inercia del sistema de inteligencia que acompaña el proceso de transición política en términos de la acotación del poder político. En ejemplo de tales presupuestos pudiera inscribirse el Reglamento de la SAE recién comentado. Es por ello, que sobre este control, en la trama de la que ya hablamos, deben colocarse el esfuerzo legislativo y judicial, todo ello sometido a la sana crítica de la opinión pública como cuarto procedimiento de control: El control ciudadano, que viene a cerrar el círculo de los controles.

3.4.3.3. Los archivos y el acceso ciudadano a la información

En materia de archivos y registro, los Acuerdos de Paz señalan –partiendo del principio republicano de la publicidad de los actos de Gobierno– cuatro elementos fundamentales que permitirán modificar la práctica prevaleciente de negar ilegalmente información argumentando el Artículo 30 constitucional.

En el primero, se configuran los ámbitos de información a partir de la reforma del sistema, para luego, en el segundo, tratar de lidiar con la carga histórica del trabajo de inteligencia. Así, el primer compromiso establece ámbitos de información divididos en dos grandes temas: lo relativo a seguridad interna, a cargo del Ministerio de Gobernación, en tanto que lo relativo a la defensa de la soberanía y la integridad del territorio estará a cargo del Ministerio de la Defensa. Tal definición, fundamentada en la delimitación de competencias, parte de asumir un de aquí en adelante.

El otro compromiso, consiste en una transferencia de información a los dos campos institucionales ya señalados. La parte total del compromiso consiste en que la información sobre seguridad interior, en manos del Ministerio de la Defensa sea trasladada al Ministerio de Gobernación. Ello, si bien es necesario y lógico desde el punto de vista interno inclusive, tiene varios puntos débiles. Al respecto, tres interrogantes –en orden de menor a mayor complejidad– resultan aleccionadoras: ¿Pondrá la institución armada a disposición de las autoridades del Ministerio de Gobernación la información recabada durante todos estos años?; Trayendo a la memoria la actitud reticente hacia la solicitud de información de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, ¿dejará inteligencia militar acceso a alguna institución o entidad a fin de verificar el compromiso acordado?, y, si ello fuera así, ¿quién asegura que esa es toda la información?. Espinoso compromiso, quizá uno de los más difíciles del conjunto de todo el programa de la paz.

Será el tercer compromiso en la materia, el que viene a dar la clave de salida del dilema planteado. Los Acuerdos establecen la tipificación del delito por tenencia de registros y archivos ilegales de información política sobre ciudadanos, a tono con lo dispuesto en el Artículo 31 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Ello pasa a colocar la disyuntiva en el control judicial. Será a los jueces a quienes corresponda constatar la existencia o no de información política que sobre ciudadanos esté almacenada. Esto último se complementa con el cuarto componente, a saber, el compromiso que establece la regulación del acceso a información sobre asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, en donde deben ser ubicados

procedimientos y niveles de clasificación y desclasificación, con lo cual el paquete de archivos y acceso a información en materia de inteligencia derivado de los Acuerdos de Paz concluye.

A demás de algunas directrices –puntos de partida de la reforma en la materia–, hay otros elementos que desarrollan los puntos precedentemente enunciados. Con un carácter concepcional, se requiere terminar con la máxima de la información por la información en sí misma. A partir de lo cual, la máxima a emplear indicaría que la información almacenada debe estar vinculada al programa de inteligencia y a los objetivos informativos definidos en el mismo. Ello implica una economía de recursos, una focalización de la información en lo estrictamente necesario, lo cual representa además una posibilidad para alcanzar altos niveles de legitimidad y eficacia. Un punto siempre pendiente ha sido la discrecionalidad con la cual los criterios de clasificación de la información han sido utilizados, lo cual ha dado paso a la arbitrariedad, en donde el poder judicial ha sido incapaz de imponerse.

El debate en la materia, más que ubicarse en el único criterio aceptable para clasificar información –la razonable certeza de perjudicar la seguridad interior, la defensa militar o las relaciones internacionales–, debe colocarse en los criterios bajo los cuales no se puede clasificar, entre los cuales podrían contemplarse: a) El encubrimiento de violaciones a la Constitución Política de la República y al marco jurídico correspondiente; b) El encubrimiento de errores, actos ilegales o ineficiencias de la administración pública; c) El intento de limitar o demorar el acceso a información; y, d) El tratar de entorpecer procesos judiciales. Frente a los cuales debe establecerse la posibilidad que los ciudadanos puedan impugnar la clasificación. Tales criterios de clasificación, en positivo o en negativo se complementan con la temporalidad en que es válido que la información guarde el carácter secreto sobre lo cual a más de disponer de un número de años, los criterios rectores deben ser los mismos enunciados precedentemente.

Cerramos con lo anterior, las grandes líneas de lo que pudiera ser la reforma del sistema de inteligencia. Empero, de la puesta en marcha de la reforma a lo real-actual del trabajo de inteligencia, de acuerdo a la idea de la imposibilidad de partir de cero, se hace necesario un momento de transición que debe ser, para que tenga direccionalidad, coherencia y éxito, trazado con claridad.

3.4.4. La transición de los sistemas de inteligencia

Es un hecho que es virtualmente imposible cerrar un ámbito de trabajo, en el caso de la inteligencia interior, ejecutada por el Ejército y pensar que de un día para otro, el Ministerio de Gobernación estará en condiciones de contar con el recurso humano nuevo con capacidades para dar cumplimiento a los fines asignados al DICAÍ. Por ello, uno de los temas más sensibles resulta ser el recurso humano. Desde el punto de vista de la legitimidad, no sería deseable que los métodos y técnicas de la inteligencia del pasado se trasladaran al DICAÍ. Desde la perspectiva de la eficacia, sin embargo, no podría pensarse en contar con un equipo nuevo o depurado de la noche a la mañana. Por ello, la clave de solución podría estar en colocar la atención en la política de selección de personal de acuerdo a perfiles por campos de acción, en donde podría, como puede hacerlo cualquier ciudadano, acceder parte del personal actual de inteligencia.

Lo anterior habría que complementarlo con un sistema institucional coherente, un entramado de controles, un buen régimen de dirección interna y un marco regulatorio sólido. De esa forma los riesgos que tal situación plantea podrían ser mejor administrados. A la par de lo cual se requeriría del establecimiento del Centro de Estudios estratégicos, e cual, a cargo de la SAE, se encargaría de formar al personal nuevo que sea el reemplazo generacional en un mediano plazo. Tales definiciones resultarían contraproducentes si únicamente se parte de un traspaso automático de personal. El no colocar la atención en una verdadera reforma que tome en cuenta todos los componentes que implican el montaje del DICAÍ, puede echar por tierra la oportunidad que representa la inteligencia conducida por civiles para la gestión de

gobierno.

Otro giro, siempre en el tema del personal, resulta ser el cómo, tomando en cuenta el referente de pasado pudiera pensarse en que el personal con los viejos métodos siga ejecutando labores en los servicios de inteligencia ya existentes D2 y SAE y su imbricación con el Estado Mayor Presidencial. Si bien, una nueva selección de personal sería lo deseable, todo apunta a que la reforma podrá dirigirse hacia la modificación de la política, el programa y la doctrina de inteligencia, además, desde luego, de implementar el entramado de los controles. Instrumentos con los cuales se buscaría alcanzar niveles de legitimidad y eficacia. No hacerlo significaría seguir reproduciendo peligrosamente el pasado del sistema.

Una condición necesaria para el funcionamiento del sistema, es la promoción de una sana competencia, que ejerza inclusive labores de control automático a lo interno del sistema, a partir de los contrapesos entre unos y otros. El problema para alcanzar tal situación radica en que se parte de un escenario en el cual la inteligencia era conducida por la alta jerarquía del cuerpo de oficiales militares, sin tener que competir con otro servicio de inteligencia.

Ello demanda: a) De los titulares del Ministerio de Gobernación y del DICA, capacidad para conducir a la dirección al logro de los objetivos trazados; b) De la Presidencia de la República, que ésta ejerza la función constitucional de comandancia general del ejército; y, c) De la institución armada, la cual tendrá que ajustarse a sus funciones, comprendiendo que -ante el nuevo escenario- ya no puede seguir ejerciendo el monopolio del trabajo de inteligencia.

Finalmente, el esfuerzo de reforma demanda, de entrada, un cambio de imagen. No puede pensarse en que la reforma adopte la actitud conservadora que lo único que hace es mantener la idea que todo sigue igual. La actitud reactiva frente a los escándalos ya señalados viene a reforzar la propia crítica.

3.4.5. Los escenarios de la reforma del sistema de inteligencia

Calendarizados originalmente para el transcurso de 1997 –segunda fase del cronograma del programa de la paz–, los compromisos en la materia han sido retrasados debido a su imbricación con el proceso de Reformas Constitucionales. De todos los compromisos acordados, únicamente lo relativo a la SAE, derivada de la Ley del Organismo Ejecutivo, ha logrado –en opinión del Gobierno– un grado satisfactorio de cumplimiento. El frustrado intento de instalación del DICAJ desde el Ministerio de Gobernación fue abortado, las funciones del ejército en la materia no han sido modificadas y los proyectos de ley en materia de archivos y acceso ciudadano a la información no han avanzado. En resumidas cuentas, la reforma del sistema de inteligencia está pendiente y depende de la aprobación en consulta popular de las Reformas Constitucionales. En donde entra a jugar la variable del tiempo y el escenario político.

El escenario a la vista indica que la reforma del sistema, aprobadas las reformas constitucionales, tendrá como punto crítico el enrarecimiento del clima político, en donde los partidos ya empiezan a mover piezas bajo la máxima de costos y beneficios electorales, a los cuales se suma el declive del poder político en manos del gobierno saliente producto de las condiciones de la gobernabilidad. Así y todo, la oportunidad para reforma del sistema de inteligencia enfrenta una excepcional coyuntura que, como puede servir para consolidar la transición, puede así mismo, al desaprovechar la oportunidad, mantener a los servicios de inteligencia en el laberinto de los riesgos para el régimen político.

CAPÍTULO IV

4. Consecuencias sociales, que se originan de la negación u omisión de información pública que realiza el funcionario en los actos que desarrolla dentro de la administración pública y la necesidad de su regulación en la ley sustantiva penal guatemalteca

4.1. La libertad de expresión e impunidad en la sociedad guatemalteca

Nuestro país, se desenvuelve en un mundo donde el poder esta cambiando de gobiernos electos popularmente a los líderes no electos del capital, y entre los más influyentes de ellos está un puñado de empresarios que controla las operaciones y los medios de comunicación social masiva.

La ausencia y debilidad de las instituciones democráticas para la defensa del bien común, particularmente en defensa de los derechos humanos, en el que se incluye la libertad de expresión es cada vez más notoria, en nuestra sociedad en donde el neoliberalismo se impone con la ayuda de los medios de comunicación masivos.

El fenómeno comunicacional en Guatemala a favor de las tendencias neoliberales, de mega capitales se da en un mundo industrializado, de economías de globalización en donde el poder esta en pocas manos y sólo al y al servicio de una potencia mundial hegemónica como lo es los Estados Unidos de Norte América.

Además en el marco imperante en el país del poder metálico, el poder fáctico, poder político, económico, y dictadura empresarial, la Asociación de Periodistas de Guatemala, como otras instituciones de Derechos Humanos, hace lo posible porque se respete la libre emisión del pensamiento y el acceso a la información pública tal como lo enmarca la Constitución Política de Guatemala, por eso vale la pena recordar que la libertad de expresión es una facultad individual de exteriorizar ideas y pensamientos de Acuerdo con el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Todo

individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones , el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Por aparte, la libertad de prensa es a la vez individual e Institucional. Su aplicación no se limita al derecho de una persona a publicar ideas o buscar información, si no también a la investigación de la información recibida por la fuente ya que se debe de dar a conocer a la sociedad guatemalteca la verdad y no la opinión muchas veces de la fuente que en nuestro caso es el funcionario Público, es importante conocer que la libertad de prensa se convierte en indispensable para el derecho de poner en práctica la libertad de expresión pues si toda persona tiene derecho a informar y de ser informada, la libertad de prensa es precisamente el vehículo principal para conocer y dar a conocer cualquier información.

La libertad de expresión del pensamiento no debe ser utilizada solamente para defender la libertad de empresa o lucro exagerado, debe de ser empleada para que todas las ideas y actos de los funcionarios del Estado sean conocidos por la sociedad guatemalteca.

La libertad del pensamiento debe prevalecer en el país, debe respetarse el principio contenido en el Artículo 35 constitucional. La Constitución Política de la República de Guatemala garantiza la libertad de emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión. Sin censura ni licencia previa. Se enfatiza que este derecho no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna.

Se resalta en la garantía que no constituyen delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados políticos por actos efectuados en el ejercicio de su cargo.

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 afecta se basa en hechos inexactos o que los cargos que se les hacen son infundados. El fallo

que reivindique el ofendido, deberá publicarse en el mismo medio de comunicación social donde apareció la imputación.

El mismo Artículo constitucional estipula que los medios de comunicación social son de interés público y, por lo tanto cumplen una función eminentemente social, al ser el vehículo que permite informar a la opinión pública acerca del acontecer nacional e internacional.

En ese sentido, los medios de comunicación social no son responsables de los problemas que aquejan a la nación; tan solo representan los espacios que hacen posible, que la compleja problemática socioeconómica y política llegue a conocimiento del pueblo.

Debe de respetarse también el mandato constitucional que determina que es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un impacto determinante para limitar los abusos de poder y proteger los derechos civiles y periodísticos. Debe de destacarse que los sistemas de protección regionales y universales contribuyen a combatir la impunidad al constituirse en espacios subsidiarios cuando los órganos nacionales no dan respuesta a su obligación de investigar y sancionar a los responsables por violaciones a los derechos humanos.

Su doctrina ha proliferado en los últimos años, y en el caso del sistema interamericano, con la creciente afluencia de denuncias y peticiones, el otorgamiento de medidas cautelares, así como la progresiva juridicidad de sus procedimientos, evidenciados en la activación de sus distintos mecanismos de protección en los casos de periodistas que han buscado el amparo del sistema.

Como ejemplo de otras sociedades, me parece útil destacar el caso de los periodistas Jineth Bedoya Lima, Hollman Morris Rincón y Jorge Cardona todos ellos

ejerciendo trabajos en el diario “El Espectador”, en Colombia, uno de los tantos casos en los que a Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dictado medidas cautelares. El caso se dio cuando la periodista Bedoya fue citada para concurrir a la Cárcel Nacional Modelo, con el objeto de mantener una entrevista con un sujeto apodado el panadero, quien le manifestó su deseo de que se realizara una investigación periodística en relación a los paramilitares sobre los hechos de violencia ocurridos en el año 2000, en ese centro penitenciario. Al llegar la periodista, fue abordada en la puerta de las instalaciones, encañonada, sedada y luego conducida a una casa cercana en donde varios sujetos la amordazaron, golpearon y la sometieron a tratos degradantes, tras lo cual fue abandonada en un lugar despoblado. La Comisión otorgó medidas cautelares a favor del Señor Carlos Signares Cammpell, Director del Diario el Siglo en Panamá. Según la información recibida, el señor Signares habría sido detenido por violación a las leyes de desacato, luego de la publicación de un artículo que criticaba actos del Procurador General de la Nación. La comisión solicitó al Estado que dejará sin efecto la orden de arresto y que garantizara la integridad personal del periodista, así como la libertad de expresión. El periodista fue puesto en libertad unos días después.

En marzo del 2001, la comisión también otorgó medidas cautelares a favor del periodista Mauricio Herrera Ulloa y Frenan Vargas Rohrmoser, representante legal del periódico La Nación. En su petición informaban que el periodista Herrera había sido condenado penalmente por sus reportajes publicados en el diario en los que había comentado conductas de un controvertido funcionario del Servicio Exterior de Costa Rica. La Comisión dictó medidas cautelares en el sentido de suspender la ejecución de sentencia condenatoria y abstenerse de realizar cualquier acción dirigida a incluir al periodista, Herrera en el registro judicial de delincuentes. Al no materializarse las medidas cautelares, la comisión recurrió a la Corte para que dictara medidas provisionales, las cuales fueron otorgadas resolviéndose la situación con el archivo de la demanda. Sin embargo, el proceso continuó, en la vía civil por la supuesta calumnia en busca de una indemnización económica.

Pero también quisiera mencionar algunos casos que tendrían relación con la impunidad, y la denuncia periodística. El caso 11,230 se refiere a la prohibición de ingreso, distribución y circulación del libro del señor Francisco Martoll, titulado Impunidad Diplomática. La Obra se refería a una situación de un embajador argentino en Chile y aludía a varias personas quienes sostenían que el libro era calumnioso e injurioso a su honor y dignidad. Luego del trámite del caso. La comisión concluyo que el Estado estaba obligado a respetar la libertad de expresión y que prohibir la circulación del libro era un acto de censura previa, expresando que en todo caso correspondía al Estado determinar las responsabilidades ulteriores si el autor era encontrado culpable. El señor Martorell fue condenado civil y penalmente y enfrentó los cargos en su contra.

Casos semejantes se han dado en relación a Haití, en el caso del Juez Claudy Gasant. Quien investigaba el asesinato del periodista Jean Dominiqu, habiéndose descubierto un complot para asesinarlo también a él. La comisión pidió al Estado adoptar todas las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad del Juez. El Estado respondió fuera de plazo que había solicitado las medidas solicitadas por la comisión.

Fue muy sonado el caso “La última tentación de Cristo” película cuya exhibición fue prohibida en Chile. El caso fue llevado ante la comisión y luego paso a la fase contenciosa ante la Corte, órgano que dictó sentencia y dispuso que se levantara la prohibición y se permitiera la exhibición de la película.

Cabe reiterar que las autoridades y operadores del sistema de justicia penal deben de tener en cuenta, en todo momento, las obligaciones contraídas en la legislación interna y los instrumentos internacionales en cuanto al respeto al derecho a la información, y tener plena conciencia de los límites establecidos como elementos que integran el catálogo de derechos protegidos en las distintas normativas aplicables.

4.2. Consecuencias sociales, económicas y políticas

En la actualidad uno de los temas más preocupantes es la violación al acceso de información pública, ya que como es de nuestro conocimiento de forma arbitraria, los funcionarios públicos se toman el privilegio de decidir si proporcionan o no la información, dañando de esta forma a la sociedad guatemalteca y actuando de forma inconstitucional ya que en muchas ocasiones se violan los derechos fundamentales de los guatemaltecos.

Un caso real es el que vivimos los guatemaltecos sobre el tema del Tratado de Libre Comercio (TLC), la falta de información por los funcionarios de Gobierno relativo a dicho tema, se transformo en un mal existente en nuestro país, es por esta razón que los funcionarios públicos encargados de la difusión de la información, no la dieron a conocer, lo cual genero confusión y descontento en la ciudadanía Guatemalteca, contribuyendo a un desorden social que conlleva a situaciones jurídicas, ya que se dieron distintas manifestaciones sociales en rechazo a dicho Tratado, generando violación de garantías constitucionales, tales como la libre locomoción y el derecho a la vida, pues en una de estas manifestaciones perdió la vida un manifestante guatemalteco en el departamento Huehuetenango en el año 2005.

Para citar otro ejemplo, en la administración Municipal de la ciudad de Guatemala se ha dado el caso que a los periodistas encargados de difundir la información pública de esta dependencia, les han negado la información poniéndoles tramites burocráticos, espera que lo único que conlleva es desviar la veracidad de la información, según la declaración del concejal octavo de esa dependencia.

Las violaciones al Estado de derecho contribuyen con el irrespeto al sistema democrático que trata de subsistir en Guatemala, pues es importante tener el acceso a la información, para estar informado de las actuaciones de los diferentes funcionarios públicos, y esta forma garantizar la transparencia de sus acciones.

La sociedad guatemalteca se le limita el derecho de convertirse en un órgano eminentemente fiscalizador lo que conlleva en que muchas ocasiones desconozca de las acciones del gobierno y así desconocer de qué forma enfrenta los problemas de la nación y logran de esta forma también a que se desconozca del grado de aceptación o satisfacción, en que se encuentra la sociedad con respecto a las políticas gubernamentales. Y con ello afectan directamente a la sociedad en general en los diferentes ámbitos tanto jurídicos, sociales como económicos, factores elementales en el desarrollo de una sociedad sin olvidar la educación que como es de nuestro conocimiento en Guatemala existe un porcentaje elevado de analfabetismo.

Desde el punto de vista jurídico podemos darnos cuenta de la carencia que existe ya que podemos observar que en el ámbito penal nuestra ley sustantiva muchas veces discrepa con la ley adjetiva ya que fueron creadas en diferentes circunstancias políticas y sociales pues la ley sustantiva tenía una aplicación más coercitiva en el proceso inquisitivo hoy podemos observar que el proceso adjetivo se da la oralidad y la prueba como elementos fundamentales en la tipificación de una acción en el particular y esto conlleva a la necesidad de crear nuevas figuras delictivas en nuestro ordenamiento jurídico-penal y lo podemos observar por ejemplo en la modernización de los medios tecnológicos de la información esto se convierte en un nuevo reto. El problema que evidencia la última parte del siglo XX e inicios del siglo XXI es de que con el auge de los sistemas computarizados ese derecho informático genera un poder informático, de dimensiones insospechadas. La capacidad de registro de las computadoras, la rapidez de consulta y de transparencia de datos y la cobertura de toda esa información genera para quien lo posee o puede acceder a ella una fuerte dosis de poder (contar con información es, desde ya, contar con poder), que puede ser tanto poder económico (la información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro sin que el interesado lo sepa) como de poder político (ya que conocer minuciosamente la vida de los demás permite, en buena medida, regular, controlar y vigilar su comportamiento).

Y es importante hacer ver que la sociedad se ve afectada en el derecho a los principios de petición y al de publicidad y el amparo constitucional que ha sido el

elemento fundamental para que se respeten los derechos anteriormente mencionados y es de tomar en cuenta que esto prevalece en un sistema democrático pero no debemos olvidar que nuestra realidad nacional se desprende precisamente a la violación de los derechos humanos especialmente en el conflicto armado interno. En efecto, según la Comisión de Esclarecimiento Histórico, la mayoría de éstas violaciones fueron cometidas por miembros del Estado, no obstante a ello, la información que puede ayudar a esclarecer los hechos cometidos como el genocidio de nuestros hermanos guatemaltecos en el interior del país e individualizar a los responsables, es ocultada por los funcionarios públicos que protegen a los victimarios, causando a nuestra sociedad un mal que siempre a existido: la impunidad, aplicando la justicia al desprotegido y otorgando derechos al infractor que vulnera el Estado de derecho.

En lo económico somos uno de los países de América Latina con extrema pobreza, muchas veces por no dar a conocer las políticas de inversión y producción pero fundamentalmente por la mala distribución de la tierra tema que nunca les interesa tocar. Podemos preguntarnos a nosotros mismos cuánta tierra sin producir existe hoy en día nos vamos a dar cuenta que es incalculable porque la mala administración de las riquezas del país ha generado mayor pobreza para los desposeídos. Pero, aquí lo importante es establecer el por qué de encubrir la información económica a la sociedad cuando esta es la que les ha delegado la autoridad para celebrar tratados internacionales que contribuyan con el desarrollo económico y social, cuando la sociedad es la que realmente tiene la soberanía y el poder de fiscalizar dichas actuaciones de los funcionarios de turno.

Los organismos del Estado, tanto Ejecutivo, Legislativo y Judicial son de carácter público y muchas veces se olvidan de ello ya que por ejemplo el organismo ejecutivo cuando se reúne el gabinete de gobierno para realizar un estudio y conocer los alcances de sus diferentes ministerios tratan muchos temas de interés nacional de forma general sin entrar a conocer razones de fondo que permitan a la sociedad conocer del por qué de sus políticas y así evadir su responsabilidad respecto del mal funcionamiento de dicho órgano. Aquí el funcionario de gobierno es fuente fundamental

de la sociedad pero específicamente del periodista ya que es el quién se encargará de transmitir dicha información a la sociedad guatemalteca pero muchas veces no le es posible en virtud que la misma le es negada de forma prepotente y con abuso de autoridad por los funcionarios de turno diciéndole al periodista que si desea más información llegue a su oficina y allí se la brindará, pero previo a ello que solicite una cita con su secretaria la cual lógicamente le dirá que la agenda de esa semana está llena y así nunca prestarle dicha oportunidad con el fin de que la verdad de lo actuado nunca llegue olvidándose que es un servidor público y que su deber principal es informar a la sociedad ya que gracias a ella ostenta una fracción del poder.

El Organismo Legislativo es aún más violador a este derecho ya que es aquí donde precisamente se discuten los derechos fundamentales del pueblo y están, supuestamente, sus representantes. De forma dictatorial y abusiva muchas veces niegan los mecanismos utilizados en aprobación de leyes que muchas veces violan los derechos inherentes a la persona humana como el derecho a tener una vida digna entendiéndose ésta como el derecho mínimo a alimentarse educarse y al trabajo. Con dicho actuar se desconoce el principio de publicidad parlamentaria que tiene como objetivo esencial que se conozcan los motivos y circunstancias que determinan las decisiones de los legisladores, permitiendo a la sociedad y en especial a sus grupos organizados, el conocimiento pleno de las decisiones del parlamento.

El Organismo Judicial utiliza la excusa ya gastada de argumentar que la investigación es secreta, por lo que no se puede revelar ningún tipo de información, cuando en verdad lo que se desea es que las partes desconozcan del porque de tantas decisiones arbitrarias que perjudican a la sociedad como lo pudimos establecer con funcionarios de gobierno anterior que a pesar de incurrir en delitos graves como peculado, abuso de autoridad, falsedad material e ideológica y que afectaron a la sociedad directamente fueron dejados en libertad sin reparar en ningún momento el daño cometido a la sociedad guatemalteca.

Por lo expuesto es necesario que se regule el delito de negación u omisión de la información pública en nuestra ley sustantiva penal, ya que la sociedad guatemalteca tiene derecho a tener acceso a la información que tienen los funcionarios públicos, y con esto se evitaría la desinformación, y por ende las manifestaciones públicas que realizan los diferentes estratos sociales, que causan pérdidas económicas para nuestro país. Todas estas situaciones han motivado que a nivel mundial se dé una evolución normativa en el reconocimiento del derecho de acceso a la información y la no negación de la misma como una garantía y un derecho fundamental de las personas que tiene por objeto tanto proteger los derechos individuales de los ciudadanos como, a la vez, servir de mecanismo de control de los funcionarios del Estado.

No obstante esta loable tarea de establecer controles democráticos a los actos de gobierno, las discusiones que se han generado, tanto a nivel académico, como a través de los medios de comunicación y en la sociedad en general, están plagadas de gruesos errores producto del desconocimiento, por una parte, y por otra la confusión en relación a los derechos que se pretende proteger y hacer valer.

Se confunde los principios que rigen el derecho de acceso a la información con el derecho de protección de la privacidad o intimidad de la persona y por lo tanto a nivel administrativo como jurisdiccional, cuando se ha vulnerado este derecho.

El elemento principal en la negación y omisión de la información pública en la sociedad guatemalteca, radica en la actuación discriminatoria de los funcionarios de turno ya que es la fuente de la información pública. Y el individuo común, el periodista y la sociedad misma se le niega el derecho de estar informada en asuntos directamente de naturaleza pública y una de las principales causas radica en que en nuestro país, el sistema jurídico adolece de figuras delictivas a tal grado que se ha intentado en varias ocasiones realizar reformas a nuestra ley sustantiva penal, en particular en nuestra era moderna se necesita garantizar el derecho al acceso de la información pública, toda vez que los mismos avances tecnológicos exigen una mejor conceptualización y la situación de acceso a la información en el mundo esta determinada por la globalización y

alianzas internacionales, la tecnología, la geopolítica de seguridad internacional y nacional de cada uno de los países, la libertad de expresión y los avances de los derechos de tercera generación y es importante mencionar que es de nuestro saber el derecho evoluciona al lado de la sociedad ya que es la sociedad la que hace que exista el derecho y por tanto es necesario que evolucione a pasos agigantados nuestro ordenamiento jurídico ya que por nuestra naturaleza tercermundista se nos hace difícil tener conciencia plena de derechos inherentes a la persona y que a pesar de la tecnología deben de existir para evitar un colapso social donde el factor principal será la falta de un verdadero ordenamiento jurídico acorde a nuestra realidad un ejemplo de esto lo tenemos con el Tratado de Libre Comercio donde la sociedad guatemalteca desconoce a que se refiere y en que forma las autoridades públicas van a garantizar los derechos sociales y esta desinformación contribuyó a manifestaciones sociales en las cuales no solo existieron pérdidas de carácter económico si no también se vio afectada la integridad humana ya que murió una persona en una manifestación contra el tratado de libre comercio siendo el único responsables las autoridades de turno ya que eran ellas las obligadas a informar.

Cada vez nos vemos más integrados a la administración pública ya que en todo acto que realizamos se nos exige información de carácter personal que se almacena en los bancos estadísticos estatales y muchas veces utilizados de forma anómala y cuando surge la problemática se nos niega el acceso a la misma.

En la omisión muchas veces el funcionario deja de cumplir con su responsabilidad lo hace de forma arbitraria por intereses particulares olvidándose de su rol como servidor público escudándose en muchas ocasiones en fundamentos legales que según ellos los ampara dejando así desprotegida a la sociedad y negándole a la misma el derecho inherente de ser la sociedad un ente eminentemente fiscalizador donde a través de una norma de carácter penal se le obligue a cumplir con su responsabilidad como servidor público. No olvidemos que la soberanía radica en la sociedad y es ella quien debe de velar porque la misma no sea violada. Sabemos muy bien que en América Latina que cuando nos referimos a un funcionario público nos encontramos con

el problema de que posee tendencias político partidarias donde la lealtad hacia el partido que le denominó o designó a dicho cargo y por lo tanto debe desprenderse de cualquier reconocimiento que le impida de alguna manera, ejercer con plenitud frente al poder político la autoridad y la potestad que la sociedad le ha encomendado ¿Qué es lo que el funcionario público tiene ante sí en el habeas data que es tutelar del derecho a la información pública?. Encontramos cuatro situaciones que pueden ir de mínima a máxima hasta la totalidad o la plenitud en que pueden alcanzar los resultados antes de tener que agotar esa energía jurisdiccional. Esto depende de la actitud que tome el sujeto pasivo, es decir, el organismo o persona que maneja la información.

Lo primero de todo y fundamental es el derecho de acceso, es decir el conocimiento de la información que un particular, que una persona dice que existe en torno a él y que eventualmente puede perjudicarla, que puede ser errónea o de mala fe, que puede tener una finalidad discriminatoria o persecutoria; pero que se le oculta, que se le impide acceder a ella y que entonces solo a través del juez sólo a través del órgano judicial puede tener el acceso a ella. Eso es lo primero que el juez debe proveer. Lo segundo, una vez que se conozca esa información, es indudable el derecho de la persona a la rectificación de aquellos datos que sean erróneos, aquellos datos que sean equivocados; o que por ser incompletos den una imagen pervertida, una imagen confusa, una imagen equivoca de cuál es el perfil de la persona. Dado que se trata, en definitiva de preservar ese perfil. En tercer lugar, viene el derecho a la rectificación o corrección de aquellos datos que acabamos de mencionar; pero en caso no sea suficiente con ello, hay un derecho a la exclusión de datos.

El derecho de acceso a la información pública y su vertiente de transparencia ha llegado a América Latina bajo el atractivo de disminuir la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas, al tener éstas la posibilidad de utilizar las leyes de acceso y transparencia como herramientas para nutrir de mejores contenidos la toma cotidiana de decisiones que realizan día con día. Estos valores que trae implícitos el derecho de acceso a la información pública no han perneado, sin embargo, en la incipiente sociedad civil

latinoamericana como se pudiera lógicamente imaginar. Existen consideraciones de peso que explican esta circunstancia: a) Las fórmulas de participación ciudadana especializadas en el tema específico del derecho de acceso a la información pública son la excepción a la regla; lo común es que haya organizaciones que promuevan los derechos humanos o las libertades civiles como un todo, pero no abundan espacios propios para debatir y abogar por el acceso a la información pública ni tampoco los han creado como áreas para socializar conocimiento; b) No existen parámetros unívocos para decidir cuál debe ser un modelo único o paradigmático de ley de acceso a la información. Es importante señalar que no basta con importar modelos extranjeros, ajenos a la realidad latinoamericana, pero tampoco es suficiente elaborar modelos normativos basados únicamente en el conocimiento local sobre el tema; antes bien, lo que parece adecuado es combinar los parámetros democráticos internacionales con las circunstancias locales que permitan responder precisamente a la realidad de cada país latinoamericano; c) Los medios de comunicación de diversas partes de la región no han jugado uniformemente un papel crucial para poner el tema en la agenda de la discusión y, por tanto, han dado una cobertura informativa irregular a los esfuerzos desplegados para promover normas jurídicas en la materia. En buena parte de los medios y en los periodistas de la región también existe ausencia de conocimiento sobre las bondades que trae para el ejercicio periodístico el derecho de acceso a la información pública; y d) La inmensa mayoría de las universidades e instituciones de educación superior en la región no han podido ubicarse a la vanguardia de las necesidades de la sociedad en este rubro; no han desplegado, en consecuencia, los esfuerzos correspondientes para producir conocimiento científico sobre la materia, circunstancia que reduce la capacidad de argumentación al iniciar movimientos sociales que traduzcan en leyes e instituciones las ideas y motivaciones que sustentan la pertinencia del derecho de acceso a la información pública.

En este contexto, se desarrollan iniciativas en América Latina para crear normas jurídicas en materia de derecho de acceso a la información pública. Hay, por supuesto, algunos casos con mayores niveles de éxitos; hay otros, en cambio, donde sólo se han podido articular iniciativas legales que descansan en los poderes legislativos. Hay

casos, incluso, donde las disposiciones sobre la materia están dispersas en diversas leyes y códigos teniendo un efecto de carácter retórico, pero donde la norma vigente no es eficaz.

En materia de derecho comparado se identifican los esfuerzos que llevan a cabo los organismos de la sociedad civil para promover y, en su caso, vigilar leyes de acceso a la información pública y transparencia en la región. Se han escogido algunos países representativos de América Latina, a saber: Argentina, Chile, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Perú.

En Argentina existen buenas leyes provinciales de acceso a la información pública, tales como la de la provincia de Buenos Aires, la de Chubut y una previa en la provincia de Río Negro. Otras disposiciones sobre la materia están dispersas y hay lagunas referencias en las constituciones provinciales.

A nivel nacional en Guatemala existe una Ley de Habeas Data o Protección de Datos Personales. En julio del año 2000, las Comisiones de Asuntos Constitucionales y Libertad de Expresión de la Cámara de Diputados de la Nación han emitido un despacho con un proyecto de ley de Acceso a la Información Pública, considerado los proyectos de ley del Poder Ejecutivo y de los diputados Luis Molinari Romero, Elisa Carrió, Nilda Garre y Correa referidos al derecho de libre acceso a la información, y se ha tenido a la vista las iniciativas de los diputados Hernández S., Margarita Stolbizer y Otros, Nieva y Ferrero, Alfredo Bravo y Otros.

En este país las organizaciones no gubernamentales enfocadas al tema son mínimas. Entre las organizaciones que destacan en el campo del derecho de acceso a la información pública y la transparencia se pueden destacar tres: Asociación por los Derechos Civiles, Poder Ciudadano y la Fundación CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento).

Cada una de ellas se ha avocado a resolver casos concretos para promover el acceso a la información pública desde distintas perspectivas. Así, por ejemplo, Poder Ciudadano interpuso un amparo para que se pueda acceder a declaraciones patrimoniales de los jueces y de los funcionarios públicos creando su propio banco de datos solicitando la información voluntariamente y dejando constancia si no era proporcionada por el funcionario. Se puede advertir, sin embargo, que no hay una cobertura mediática persistente a las labores que desarrollan estas organizaciones no gubernamentales. Esta circunstancia reside en la debilidad del impacto en la opinión pública de las ONG's y, por tanto, su capacidad de negociación con los poderes del Estado para promover una agenda de gran calado legislativo.⁴⁴

En Chile el derecho de acceso a la información pública está contenido de manera indirecta en la Ley sobre Probidad Administrativa Aplicable a los Órganos de la Administración del Estado, pero no cuenta expresamente con una ley en la materia. Un estudio realizado por la Comisión Nacional de Ética Pública en 1994 fue el antecedente de esta normativa quien definió la participación como igual a la información más el compromiso y organización social más la posibilidad de participar e influir en las decisiones públicas. No se advierte la existencia de organismos de la sociedad civil dedicados prioritariamente a la promoción del derecho de acceso a la información pública. Los casos judiciales conforme a la Ley sobre Probidad Administrativa han sido promovidos por organismos sociales involucrados en otros temas como, por ejemplo, el aspecto ambiental, pero se advierte la falta de una participación organizada de la sociedad para fomentar reglas autónomas en la materia. Tampoco los medios de comunicación social han incluido el tema como parte de su agenda informativa.

Guatemala es uno de los países de la región de Centroamérica que mayor énfasis le ha puesto al tema del derecho de acceso a la información pública si se le compara, por ejemplo, con El Salvador, Honduras, Nicaragua o República Dominicana donde los esfuerzos desarrollados son incipientes. En Guatemala no se ha aprobado ninguna ley

⁴⁴ **Declaración conjunta sobre el acceso a la información (2004)**, pág. 28.

en la materia, pero existen 4 iniciativas o proyectos en el Congreso, a saber: Proyecto de ley de Habeas Data, presentado por la diputada Nineth Montenegro (oposición), Proyecto de Ley Nacional de Transparencia y Acceso a la Información presentado por diputados del PAN (también oposición), Proyecto de ley de Libre Acceso a la Información Pública y Privada, presentado por la Unión Nacional de la Esperanza – UNE– también oposición, y el Proyecto de ley de Libre Acceso a la Información, presentado por la Secretaria de Análisis Estratégico (SAE) organismo dependiente del Ejecutivo. Este último se ha aprobado ya en primera lectura en el Parlamento.

En diciembre del 2005, la Presidencia del República de Guatemala publica el Acuerdo Gubernativo 645-2005 Normas Generales de Acceso a la Información Pública en el Organismo Ejecutivo y sus Dependencias. Dicho acuerdo, además de sólo abarcar a los funcionarios integrantes del Organismo Ejecutivo, solamente enuncia una serie de principios pero, por ser un acuerdo, no establece sanciones penales para los funcionarios que violen el derecho al acceso a la información pública que poseen todos los ciudadanos.

En Guatemala, la politización que dejó la guerrilla, donde nunca se hizo del poder político como en Nicaragua o de importantes posiciones del Congreso como en El Salvador, ha hecho que en este país el camino de la participación ciudadana adquiera una fortaleza significativa. De esta suerte, existen distintas organizaciones que se han dedicado a esta temática tales como Asociación para el estudio y la promoción de la seguridad en democracia (SEDEM), Acción Ciudadana, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG), y la Fundación Myrna Mack.

La estrategia de trabajo de las organizaciones sociales ha sido privilegiar la negociación y el lobby con el Ejecutivo, de ahí que el proyecto gubernamental haya incluido tangencialmente el punto de vista de las organizaciones sociales, aunque organizaciones como Acción Ciudadana consideran que el trabajo debe concentrarse en reformas a la iniciativa del Ejecutivo para eliminar aquellas partes que contienen elementos de discrecionalidad para clasificar la información.

También es de notar que en Guatemala los medios de comunicación y los periodistas han construido su propia agenda basada en la defensa de la libertad de expresión y han brindado una cobertura marginal a los trabajos realizados entre las organizaciones sociales y el Ejecutivo. Un ingrediente adicional que complica el trabajo de las organizaciones sociales para impulsar una ley de acceso a la información pública y transparencia es la importantísima presencia del Ejército cuyos puntos de vista son definitorios, así como la persistencia de un Poder Ejecutivo con gran influencia incluso teniendo el control del Congreso, de ahí que las negociaciones se hayan dado con el Ejecutivo. Aun así, las organizaciones sociales intentan jugar moderadamente un papel de contrapeso frente a los poderes del Estado.

En México, el genérico concepto de derecho a la información fue introducido en el Artículo 6 de la Constitución Política en 1977. Durante 23 años distintos sectores se enfrascaron en discusiones sobre el significado de ese concepto. Las suspicacias, diferencias y desconfianzas entre activistas sociales, académicos, periodistas y empresas informativas fueron algunas de las razones que explican por qué durante más de dos décadas no pudo avanzarse en ese terreno. En el año 2000, un grupo de académicos y de editores coincidió en la necesidad de unir esfuerzos y trabajar bajo el método de aproximaciones sucesivas identificando consensos y separando otros aspectos que pudieran retrasar reformas legales. El consenso que pudo lograrse fue en torno al derecho de acceso a la información pública como un punto de partida de otras reformas que habrían de promoverse tiempo después.

Para tal efecto, por primera vez en el país, académicos, activistas sociales, dueños de medios y periodistas trabajaron conjuntamente al amparo de lo que se llamó Grupo Oaxaca. Esta organización ciudadana no sólo propuso principios generales, sino que elaboró un proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública, la cual fue retomada por todos los partidos políticos con representación parlamentaria, salvo el gobernante Partido Acción Nacional. En un hecho inédito en la historia legislativa de México se nombró una comisión del Congreso con representantes del gobierno federal y del Grupo Oaxaca logrando consensos en un 98% de los puntos a discusión.

Finalmente el 26 de junio del año 2002, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la cual tiene una serie de salvaguardas en beneficio del gobernado que no se observan en otras leyes de América Latina.

Para dar seguimiento al cumplimiento de la Ley, prácticamente la totalidad de los miembros del Grupo Oaxaca constituyó una organización civil paraguas denominada Libertad de Información-México donde participan académicos, activistas, periodistas y editores de más de 100 diarios de las distintas regiones de México, y la cual tiene como capítulo matriz en la ciudad de México a la Fundación Información y Democracia, cuyos objetivos son constituir capítulos en los Estados de la República para promover leyes de acceso a la información pública, vigilar el cumplimiento de las que ya existen, capacitar a ciudadanos, periodistas, editores y servidores públicos sobre el tema y pugnar por leyes complementarias en materia de archivos públicos, de habeas data y de transparencia publicitaria.

Se puede observar que en México los diarios han convertido el tema como parte de su propia agenda y trabajan en forma militante en promover medidas de acceso a la información y transparencia, lo que se demuestra con persistentes reportajes sobre el tema, seminarios de editores y una amplia cobertura a las actividades que se realizan en todo el país para socializar el conocimiento sobre el valor del acceso a la información pública y la transparencia. A la fecha, los Estados de Jalisco (con una normativa minimalista), Sinaloa (considerada la más avanzada del país), Michoacán (que sigue los pasos de la de Sinaloa) y Querétaro han aprobado ya sus propias leyes de acceso a la información pública.

Una vez aprobada la ley federal, después de un trabajo de lobby con legisladores y negociación con el Presidente de la República, el gran reto de este derecho cuasi teórico en la región es la parte de la implementación. La eficacia de la ley que entrará en vigor en 2002, por lo que hace al ejercicio del derecho de acceso a la información pública y el habeas data, en el plano federal va a poder concretarse con el concurso de

distintas voluntades de sectores diversos.

Por parte del Gobierno Federal existe una visión encontrada sobre la ley. Hay voluntad en algunos sectores, como la Secretaría de la Contraloría, pero hay resistencias al cambio y a la apertura en muchas otras áreas. El problema no es aquí que sólo unos pocos realicen esfuerzos para cumplir con el mandato de la ley en la fecha de su inicio de vigencia, sino que los demás se empeñan en obstaculizar lo que esos pocos llevan a cabo.

En ese contexto, y para evitar que los contenidos de la Ley Federal se queden sólo en buenas intenciones, la sociedad organizada (LIMAC y otras ONG's) está trabajando en varias actividades concretas para garantizar las mejores condiciones posibles para que la aplicación de la ley sea también un caso de éxito:

- Se colabora con el gobierno federal de manera gratuita para ir cumpliendo con cada uno de los pasos previos que deben llevarse a cabo antes de entrar en vigor el derecho de acceso a la información pública, tales como la integración de las unidades de enlace y los comités de información de las dependencias. Se ha constituido un comité de diseño institucional para facilitar la transición de un régimen de la secretividad o a uno de la apertura.
- Con los periodistas se han organizado seminarios y talleres en la ciudad de México con diversas contrapartes para introducirlos al tema del derecho de acceso a la información pública, priorizando las ventajas para el ejercicio periodístico, pero haciendo énfasis también la responsabilidad ética que este proceso conlleva.
- Se están también organizando talleres con diversos grupos sociales donde se les explica que la ley no es para los periodistas, sino para las personas y que su cometido no se agota en el discurso de la transparencia, la rendición de cuentas

y el combate a la corrupción, sino que tiene otra vertiente como instrumento para mejorar la calidad de vida de los gobernados. Se insiste en poner ejemplos concretos de esta circunstancia para que se vayan creando parámetros de referencia e incorporando puntos de vista diferentes al discurso de la transparencia. Esta parte de la agenda es la más compleja y donde se ha requerido de un esfuerzo adicional.

En Panamá se ha aprobado de manera muy reciente, el 22 de 2003, la Ley número 6, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de habeas data y otras disposiciones, la cual tuvo como antecedente el proyecto de Ley por el cual se desarrolla el derecho a la libertad de información derivado de las fuentes públicas, se obliga a las instituciones del Estado a facilitar información, se señalan las modalidades de participación ciudadana en la acción pública y se reforman los Artículos segundo y tercero del Decreto Ejecutivo número 99 de 13 de septiembre de 1999.

La aprobación de esta nueva Ley en la materia fue en parte producto de las labores de gestión de la organización Transparencia, capítulo Panamá, quien participó de manera activa en su aprobación; sin embargo, una vez aprobada las organizaciones sociales han permanecido con una presencia testimonial en las labores de monitoreo y vigilancia de la aplicación de la Ley. Este vacío ha sido llenado por la Defensoría del Pueblo, institución autónoma que se ha encargado de impulsar el cumplimiento de la ley a través de distintas acciones concretas de transparencia como la puesta en marcha de un Nodo de Transparencia en la Gestión Pública medida que fue precedida por la publicación de las declaraciones patrimoniales del Defensor del Pueblo y de la lista de pagos a los proveedores de bienes y servicios de la Defensoría.⁴⁵

La aprobación del Reglamento de la Ley en cuestión ha generado un rechazo colectivo de la opinión pública y de las organizaciones sociales que lo consideran como

⁴⁵ **Ibid.**

un instrumento restrictivo, razón por la cual han interpuesto recursos judiciales para eliminar las partes restrictivas de este Reglamento. Los medios de comunicación han jugado un papel importante, pero no se puede considerar que tengan al tema como parte de su agenda propia, sino como un hecho que merece cobertura sólo cuando tiene interés periodístico. En este país la instrumentación de la Ley en la materia ha empezado a tener problemas y parece que la única institución que hasta el momento despliega esfuerzos significativos remediales es la Defensoría del Pueblo.

En Perú, de manera muy reciente, el 2 de agosto del año 2003, se ha aprobado la Ley 27806 de Transparencia y Acceso a la Información, gracias al trabajo de lobby que ha realizado fundamentalmente el Consejo de la Prensa Peruana (una organización integrada por los principales propietarios de los medios impresos del país) y otras organizaciones sociales, en el ámbito académico DEYCO (Instituto Peruano de Derecho de las Comunicaciones) y en el rubro de la gestión social el Instituto Prensa y Sociedad a través de su Oficina de Acceso a la Información Pública, que es donde se concentra la principal masa crítica sobre el tema en el Perú.

En los dictámenes elaborados en el Congreso sobre la iniciativa de Ley se recogieron de manera parcial algunas de las sugerencias de la sociedad, aunque dejaron fuera lo que muchos consideran el núcleo duro de garantía del acceso a la información pública en este país. Es por tal razón notable advertir que ha habido dificultades para que el conocimiento aplicado de OACI se una a la fuerza política del Consejo de la Prensa Peruana, cuyo trabajo conjunto podría lograr mejores resultados en la instrumentación de la Ley en cuestión y en llevar a cabo algunas reformas que podrían mejorar el contenido normativo de la Ley peruana.

Es de advertirse que al aprobarse la mencionada Ley 27806 distintas entidades públicas y privadas mostraron su insatisfacción por que consideran que algunas partes de la misma tienen elementos restrictivos, como el concerniente a los datos de las Fuerzas Armadas y a la vaguedad de la excepción por Seguridad Nacional. Por esta razón, la Defensoría del Pueblo ha desplegado también diversos esfuerzos por

fomentar una cultura de la transparencia y promover reformas legales en la legislación en la materia.

Con base en lo expuesto se puede concluir que:

- Sólo en México y el Perú los medios impresos de comunicación han jugado un papel de importancia capital como vehículos de difusión de los esfuerzos ciudadanos a favor de aprobar leyes de acceso a la información pública, si bien en Perú el sector de la masa crítica encabezada por organizaciones como IPYS ha trabajado de manera paralela al Consejo de la Prensa Peruana, a diferencia de México que se hizo una causa común.
- México es el único país que cuenta con un órgano con autonomía legal para resolver controversias sobre el derecho de acceso a la información pública y socializar conocimiento entre la sociedad.

Como parte de la agenda del futuro en América Latina y para generar casos de éxito, tanto en la aprobación de leyes de acceso a la información pública como en su debida implementación, se requiere:

- Compartir experiencias entre los principales actores de la región sobre el tema de manera que pueda construirse una sinergia positiva a que nivel de América Latina permita construir masa crítica sobre el tema. Esto puede construirse a través de un sitio web y de encuentros periódicos sobre todo para observar aquellos procesos que vayan más adelantados como el de Argentina, México y Perú.
- Dotar a esta organización de lo que se podría denominar un catálogo de lecciones aprendidas, tomando en cuenta que cada país tiene sus propias particularidades, pero que se podría retomar algunas estrategias implementadas en otros países de la región.

- Es necesario insistir en que el tema no puede ser sólo parte de unos cuantos expertos, sino que debe bajar a los estudiantes y a los ciudadanos en general a través de la reforma de los planes educativos y de la creación de programas de investigación en las universidades que pongan el acento en el derecho a la información.⁴⁶

4.3. Los delitos de funcionarios Públicos en el Código Penal guatemalteco

Es importante tomar en cuenta que el actuar de los funcionarios o empleados públicos se encuentra regulado y sufre sanciones por su mal actuar. Así, dentro de los delitos que enmarcan las conductas inapropiadas de dichos funcionarios podemos citar las siguientes:

- Incumplimiento de deberes (Artículo 419 del Código Penal);
- Desobediencia (Artículo 420);
- Negación de auxilio (Artículo 421)
- Revelación de secretos (Artículo 422);
- Resoluciones violatorias a la Constitución (Artículo 423);
- Detención irregular (Artículo 424);
- Abuso contra particulares (Artículo 425)
- Anticipación de funciones públicas (Artículo 426)
- Prolongación de funciones públicas (Artículo 427);
- Abandono de cargo (Artículo 429);
- Abandono colectivo de funciones (Artículo 430);
- Infracción de privilegio (Artículo 431);
- Nombramientos ilegales (Artículo 432);
- Usurpación de atribuciones (Artículo 433);
- Violación de sellos (Artículo 434);
- Falsedad de despachos telegráficos, radiográficos o cablegráficos

⁴⁶ Ibid.

- (Artículo 435);
- Allanamiento ilegal (Artículo 436);
 - Responsabilidad de funcionarios (Artículo 437);
 - Inobservancia de informalidades (Artículo 438);
 - Cohecho pasivo (Artículo 442);
 - Cohecho activo (Artículo 443);
 - Peculado (Artículo 445)
 - Peculado culposo (Artículo 446);
 - Malversación (Artículo 447);
 - Incumplimiento de pago (Artículo 448);
 - Concusión (Artículo 449);
 - Fraude (Artículo 450);
 - Exacciones ilegales (Artículo 451);
 - Cobro indebido (Artículo 452);
 - Prevaricato (Artículo 462);
 - Prevaricato culposo (Artículo 463);
 - Retardo malicioso (Artículo 468);
 - Denegación de justicia (Artículo 469), y
 - Ejecución extrajudicial (Artículo 132bis).

Como podemos observar en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, no se regulada la actuación como delito la negación u omisión de información pública, que hace el funcionario en el ejercicio de su cargo, y esto conlleva a que el funcionario arbitrariamente decida si da o no da información, recordemos que el funcionario o servidor público es la fuente principal de una sociedad ya que la misma lo a elegido para que represente sus intereses de carácter social, por ende es necesario que la misma sociedad se convierta en un ente fiscalizador, mediante instrumentos jurídicos que la respalden ya que con los elementos constitucionales existentes aún se nos ven violados nuestros derechos humanos.

No existe mejor recurso para desterrar la corrupción y los actos de discrecionalidad, de los funcionarios de gobierno que las herramientas legales que le permitan al ciudadano informarse de todo aquello que tiene que ver con la administración de la cosa pública. Un Estado en el cual se privilegia al secreto como norma y donde la negación u omisión se convierte en la excepción, es un Estado autoritario. Precisamente, ese ha sido por décadas el caso de Guatemala: un sistema en donde los ciudadanos permanecemos indefensos ante los abusos y la arbitrariedad de las autoridades.

La necesidad de que se tipifique la negación u omisión de la información pública, en el actuar diario del funcionario, debe de ser un instrumento más que forme un verdadero Estado de derecho donde se respeten las libertades y se busque consolidar la transición democrática. No obstante, los legisladores parecen no estar interesados en que el guatemalteco cuente con un instrumento jurídico que le permita ejercer un derecho controlador sobre las acciones de las autoridades, en especial, sobre la forma como se presupuestan, ejecutan y administran los fondos públicos del Estado.

Pero más allá de la voluntad política de las autoridades en aprobar o no que se tipifique la negación u omisión de información pública, hay un hecho irrefutable, y es la indiferencia que las autoridades de turno hacen en relación a esta figura delictiva, así como a la nueva Ley de la Libre Emisión del Pensamiento, que duerme en la actualidad en el Congreso de la República sin mayor interés social.

El derecho de acudir a las fuentes de información y que la misma sea proporcionada por aquellos que la poseen, son derechos inherentes a todos los seres humanos, y son los periodistas los que se enfrentan especialmente a esta situación, ya que gracias a los mismos nos informamos de algunos actos, es por ello que la sociedad civil debe de respaldar toda iniciativa que beneficie al interés general y no el particular como lo enmarca la Constitución de la República en el Artículo 2 y el derecho a la información es materia Constitucional enmarcada en el Artículo 35.

Aún cuando este instrumento jurídico, no pueda remediar las debilidades del sistema de gobierno, contribuirá grandemente con la sociedad ya que la misma debe de entender que su papel fundamental es de ente fiscalizador y así interrumpir los abusos de los funcionarios de Gobierno, en todas las dependencias del estado y hacer que el rol del funcionario público sea verdaderamente de servicio y no un obstáculo para la sociedad.

También es necesario que estemos alertas para verificar que se respeten los acuerdos internacionales y nacionales pero especialmente cuando hay participación de la sociedad civil, pues no es posible que una fuerza política minoritaria eche por la borda nuestros esfuerzos ya que somos nosotros los Guatemaltecos los obligados a velar por nuestra patria y nuestras familias.

Podemos tomar por ejemplo lo expresado por el periodista Marvin David del Cid que menciona en uno de sus Artículos lo siguiente: “En los tres años que tengo de dedicarme al periodismo he enviado muchas cartas, a instituciones públicas para requerir información y el 95% de los casos no he recibido respuesta: en los otros casos, la información proporcionada a sido incompleta o negada”.⁴⁷

En la experiencia como periodista en el Organismo Legislativo en la mayoría de ocasiones, se reciben infinidad de respuestas para negar lo solicitado: venga mañana... Sí mi jefe lo autoriza... Pídalo por escrito... esa no es información pública..., en fin, una serie de excusas para ocultar la información.

Si los periodistas sufren a diario por el acceso a la información en todas las fuentes de información, ¿Qué puede esperar un ciudadano común y corriente? Simplemente rechazo, abuso, mediocridad y prepotencia de los empleados públicos.

El proyecto de ley de Libre Acceso a la Información fue discutido por diversos sectores de la sociedad durante varios meses e ingresó por primera vez al Congreso de la República de Guatemala, en diciembre del año 2001. En abril de 2003 la iniciativa

⁴⁷ Del Cid, Marvin David, **Artículo del 2000**, revista del **Organismo Legislativo**, pág. 10.

sería aprobada en tercer debate, redacción final y por Artículos, pero el partido oficial trato de sorprender a los partidos de oposición modificando el 90% de los Artículos: lejos de facilitar el acceso a la información, la restringía. Por ello fue sacada de discusión y enviada a la Comisión de Legislación, donde hoy permanece engavetada.

Está claro que la Constitución garantiza el acceso a la información, pero hace falta una normativa, que defina claramente la forma en que todos los guatemaltecos podemos obtenerla. De lo contrario, cualquier funcionario se sentirá con el derecho de negar, omitir u ocultar lo requerido.

Es importante señalar que la práctica de negar datos públicos no es exclusiva de los funcionarios provenientes de un partido político en particular. Lo hacen todos los partidos que llegan al poder. Es por ello que en el proceso electoral deberíamos de lograr que todas las agrupaciones se comprometan a respetar lo que manda la Constitución.

La información es importante para la democracia porque una democracia es gobernable cuando se logra un punto de encuentro entre la eficiencia de los funcionarios y servidores públicos con legitimidad de los resultados de su gestión expresada en la satisfacción de las necesidades de la población; esto no se puede dar por problemas existentes como el hermetismo en el acceso a la información pública, ausencia de una cultura de rendición de cuentas, carencia y desconocimiento del derecho al acceso de información, insuficiencia de mecanismos para generar, custodiar y difundir la información pública, debilidad de la ciudadanía y de organizaciones civiles como referentes para discutir la ley, es importante crearle al funcionario público la conciencia de rendir cuentas a la sociedad.

Los funcionarios tienen el deber de entregar los informes que les son requeridos de forma oportuna, accesibles a la sociedad, completos y veraces, continuos, contener información cualitativa y cuantitativa y orientar a los impactos sociales a la población. Es importante también hacer mencionar que las autoridades de gobierno se den cuenta

que deben de crear condiciones de seguridad a los funcionarios de gobierno que den información sobre la corrupción existente en las diferentes dependencias del Estado.

Los funcionarios en general tienen la obligación de responder por lo que hacen, están obligados a explicar qué hacen, cómo lo hacen y a qué costo, lo que implica la esencia de la presente tesis crear la figura delictiva que sancione al funcionario que incumpla con lo establecido constitucionalmente, y lo obligue a someterse a rendir cuentas y someter los resultados de su gestión a rigurosos procesos de evaluación, lo que con la tipificación del delito de Negación u Omisión de Información Pública le implicara al funcionario el hábito de responsabilidad y transparencia, ya que para ello fue elegido a dicho cargo. Para elevar la eficiencia y transparencia es necesario incorporar en todo ciclo la participación ciudadana que es el ente fiscalizador que tendrá a su cargo las denuncias del desacato a la norma, que es de conocimiento que todo funcionario no es superior a la ley; se le debe de destituir de inmediato y seguir el proceso penal correspondiente para que repare el daño causado durante su gestión y por ser conocedor de la ley, sea doblemente sancionado, que como traidor a la patria sea sancionado públicamente ya que alguien que ama a su patria se sentiría orgulloso de servirla y jamás engañarla.

Además, la Universidad de San Carlos de Guatemala como institución autónoma, representativa de la sociedad y con iniciativa de ley, debe propiciar las reformas al Código Penal guatemalteco, para lograr que se regule el Delito de Negación u Omisión de Información Pública en la ley sustantiva penal de la Republica de Guatemala. Ya que muchas veces no es la información la mala si no lo malo es no tener la información.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la información es una facultad inherente a todo ser humano que ha cobrado vital relevancia en las últimas décadas como consecuencia del desarrollo tecnológico que ha experimentado la sociedad.
2. El libre acceso a la información que el Estado guarda de los ciudadanos, así como de sus actividades de Gobierno, se constituye en un nuevo pilar esencialísimo para las modernas democracias; ya que la vigencia y ejercicio de dicho derecho por parte de los ciudadanos, garantiza una efectiva fiscalización de los actos de gobierno y ayuda a consolidar las democracias latinoamericanas, que, como la guatemalteca, aún no terminan de madurar.
3. La institución del habeas data, en el ámbito público, consiste en una garantía de tercera generación e implica que el sujeto a que los datos se refieren; pueda acceder a los mismos para conocerlos, actualizarlos, rectificarlos, evitar su divulgación o, si fuere el caso, excluir sus datos sensibles de los bancos de datos que sobre el mismo posea el Estado o sus entidades.
4. La acción de habeas data es el derecho que asiste a toda persona, identificada o identificable, a solicitar la exhibición de los registros, públicos o privados, en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación, por ejemplo afiliación a partido político, creencia religiosa, etc.
5. La apertura democrática por la que el Estado y la sociedad de Guatemala pretende transitar, conlleva necesariamente la eliminación de grupos paralelos de poder y la redefinición de diversas instituciones dedicadas a la inteligencia dentro del marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho, en el cual, nadie sea superior a la ley y el poder público esté sometido al control tanto societario como institucional e ínter orgánico.

6. Conforme a los Acuerdos de Paz y a los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado, se debe desmilitarizar a la sociedad y a su gobierno y devolverles la soberanía que otrora les fue abusivamente e impunemente arrebatada para dar paso a la transparencia y fiscalización de los ciudadanos.
7. Ante la arbitrariedad de los funcionarios de negar el libre acceso a las fuentes de información, tanto a periodistas como a ciudadanos, o de ocultar malintencionadamente datos relativos a la gestión de la Administración Pública y, debido a que el marco jurídico ordinario es precario en esta materia, es necesario que se regule el delito de negación u omisión de información pública, dentro de la normativa sustantiva penal.
8. Guatemala es uno de los países de la región centroamericana que más énfasis le ha puesto al tema del derecho al acceso a la información pública. Sin embargo, los avances no se han concretizado en una ley específica ni en la creación de figuras delictivas que penalicen la negación de este derecho por parte de los funcionarios.
9. Si bien el Organismo Ejecutivo, mediante el Acuerdo Gubernativo 645-2005, emitió las denominadas Normas Generales de Acceso a la Información Pública en el Organismo Ejecutivo y sus Dependencias, dicho Acuerdo poco contribuye al acceso efectivo a la información pública ya que establece como límite máximo 30 días para que el funcionario que sea requerido dé la información deseada, límite que como sabemos será utilizado en toda su extensión y, lo más seguro es que para el fin de ese plazo la información ya no será útil por haber perdido su razón de ser; además, dicho acuerdo implica únicamente a los trabajadores del Organismo Ejecutivo y sus dependencias y fija únicamente una sanción administrativa por su incumplimiento.

RECOMENDACIONES

1. Que las organizaciones de la Sociedad Civil, el Procurador de los Derechos Humanos y la Universidad de San Carlos de Guatemala, realicen un estudio de la administración pública en lo referente al acceso a la información pública y, del mismo, se establezca la necesidad de regular la figura delictiva de negación u omisión de información pública, en la ley sustantiva penal de la República de Guatemala.
2. Que en uso de una adecuada técnica legislativa, la Universidad de San Carlos de Guatemala haga uso de su iniciativa de ley, proponiendo la creación de la figura del delito de negación u omisión de información pública para que sea incluida en el Código Penal como es debido. Dicho delito tendrá como sujeto activo del mismo al o los funcionarios públicos que negaren u omitieran información pública vedando el acceso a la misma; y sea calificado como delito de acción pública, estudiándose la posibilidad de establecer la misma con carácter de inconmutable.
3. Que el Congreso de la República de Guatemala cree la Ley que regule la figura delictiva de negación u omisión de información pública, en la ley sustantiva penal de la República de Guatemala.
4. Dentro de la educación para la democracia, el Estado debe informar, capacitar y sensibilizar, en cuanto a que las dependencias de inteligencia, civiles o castrenses, no son parcelas o ámbitos que escapan a su jurisdicción ni al control y fiscalización civil.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel. **Habeas data y conflicto entre órganos constitucionales. Nuevos proyectos constitucionales en la constitución de 1993.** Lima, Perú: Ed. Comisión andina de juristas, 1994.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **El temor del príncipe o el temor al príncipe, secretos de Estado y Constitución.** Madrid, España: Ed. Revistas del poder judicial, 1997.

ARCE GORDILLO, Juan Pablo. **Habeas data. Principios y regulación sobre una nueva visión del sistema en de inteligencia en Guatemala.** Guatemala: Ed. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2000.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia.** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S. R. L., 1988.

CABRERA VÁSQUEZ, Marco Antonio. **El habeas data.** Lima, Perú: Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Política. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1997.

CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo I.** 5a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2002.

CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo II.** 4a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2002.

CIFUENTES, Santos. **Derecho personalísimo a los datos personales en la ley.** Lima, Perú: Ed. Juris, 1996.

CÓRDOBA ORTEGA, Jorge. **El libre acceso al departamento administrativo y el secreto de Estado.** San José, Costa Rica: Ed. Departamento de investigaciones jurídicas, 1996.

Corporación Microsoft. **Diccionario de la Real Academia Española.** (Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta, 2005).

CREUS, Carlos. **Derecho penal.** Parte especial. 5a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1995.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Manual de derecho informático.** Madrid, España: Ed. Arazandi, 1987.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel. **De las autopistas de la información a la sociedad virtual.** Madrid, España: Ed. Arazandi, 1985.

- DE CARRERAS, Luis. **Régimen jurídico de la información.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1996.
- DUVERGER, Mauricio. **Instituciones políticas y derecho constitucional.** En derecho constitucional general. Lima, Perú: Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.
- EKMEKDIJÁN, Miguel Ángel. **Derecho a la información.** Reforma constitucional y libertad de expresión. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1996.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1996.
- ESCOBEDO, J. F. **Protocolo de Gramajo, sobre el derecho a la información.** Análisis del proceso de discusión y gestión en Guatemala. Guatemala: Ed. Franes, 2000.
- GRAMAJO VALDÉZ, Silvio René. **El derecho de acceso a la información: Análisis del proceso de discusión y gestión en Guatemala.** Guatemala: (s.e.), 2003.
- KLIEN UZATEGUI, Susana. **Acceso a la información y reserva tributaria, delimitando algunos alcances del habeas data.** Lima, Perú: Ed. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001.
- KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones del derecho del trabajo.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1988.
- MAYO, Marie. **Informática jurídica.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Lexis Nexos, 2001.
- MOLINA QUIROGA, Almark. **Informática y derecho. Aporte de la doctrina internacional. Régimen jurídico de los bancos de datos.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1998.
- MORALES ALVARADO, Sergio Fernando. **Censura y derechos humanos. Reflexión histórico-jurídica sobre el derecho a la comunicación en Guatemala.** 2a. ed.; Guatemala: (s.e.), 2004.
- MORENO OCAMPO, Luis. **En defensa propia: como salir de la corrupción.** México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Oficina de los Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. **Guatemala nunca más. Informe del proyecto de recuperación de la memoria histórica.** Guatemala: Gráficos Lizarra, S. L., 1998.

Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría especial para la libertad de expresión. **El derecho de acceso a la información en Guatemala**. Guatemala: Ed. Magna Terra, 2000.

Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo «**La Democracia en América**» <http://www.democracia.undp.org/informe/> (12 de diciembre de 2005).

RAMÍREZ FERNÁNDEZ, William. **Libre acceso a la información, protección de datos y habeas data**. Guatemala: Ed. Fundación Mirna Mack, 2003.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Madrid, España: Ed. Océano, 1998.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho Penal Español**. Parte Especial. 9a. ed.; Madrid, España: Ed. Artes Gráficas Carasa, 1983.

UGARTE, José Manuel. **Legislación de inteligencia. Legitimidad y eficacia**. Guatemala: Ed. SEDEM, 2000.

Legislación

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

Asamblea Nacional Constituyente, Decreto No. 9, **Ley de emisión del Pensamiento**, 1966.

Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 14-2002, **Ley General de Descentralización**, 2002.

Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 57-2000, **Ley de propiedad industrial**, 2000.

Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 63-94, **Ley Orgánica del Organismo Legislativo**, 1994.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, **Declaración Universal de derechos humanos**, 1948.

Convención Nacional Constituyente, **Constitución de la Nación Argentina**, 1853/1994. (Vigente).

Asamblea General Constituyente, **Constitución Política de la República Oriental del Uruguay** de 1967 y sus reformas hasta el 2004. (Vigente).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de de revisión, **Digesto constitucional**,
Sentencia T-322 del 12 de agosto de 1993.