

Transparencia: un derecho humano o fundamental, al que corresponde una obligación a cargo de las Administraciones Públicas

Javier Ernesto Sheffer Tuñón

I. Conceptos introductorios. 1. Definición de Transparencia. 1.1. Aceptación etimológica y común. 2. Naturaleza jurídica. 2.1. La Transparencia como obligación. **II.** Buena Administración y Transparencia. **III.** Contenido mínimo de la Transparencia. **IV.** La Transparencia como vehículo catalizador del Principio de publicidad en la Administración Pública. 1. Presunción de publicidad de los actos y documentos públicos. 1.1. El deber de secreto y de sigilo del funcionario. **V.** Origen de Derecho a la Información. **VI.** Restricciones al Derecho a la Información por lo general aceptadas. 1. Derecho de defensa de cara a los “Informes secretos”. **VII.** ¿Qué es información y cuál es aquella sobre la que la Administración debe ser transparente? **VIII.** La autodeterminación informativa o informática y su actual validez. **IX.** Transparencia: Exigencia impostergable de los procedimientos de selección y en la contratación pública. **X.** Transparencia y acceso a la información acerca del financiamiento privado de campañas político-electorales. **XI.** Garantías procesales para la tutela del Derecho a la Información y de la Transparencia como obligación estatal. 1. Se entroniza el Hábeas Data. 2. Definición de Hábeas Data.

I. Conceptos introductorios

Este documento aborda diversos rasgos de un vocablo, muy popularizado, por lo que está a la orden del día en la agenda de las administraciones públicas, de científicos como sociólogos y gestores públicos, grupos de presión, organismos intermedios, políticos, partidos políticos y hasta del ciudadano común, en muchos países, de corte democrático, que hace varios lustros iniciaron procesos de reforma de sus instituciones jurídicas, para adecuar el aparato público a las nuevas realidades económico-sociales, vertiginosamente cambiantes.

La Transparencia es uno de los indicadores más relevantes para justipreciar lo que hoy se viene perfilando como la Buena Administración; un derecho que tenemos los asociados a gozar y vivir con independencia del estrato social del individuo, partido político o gremio al que se esté ligado, o actividad comercial que se ejerza.

Expresa el profesor Rodríguez-Arana Muñoz que en “las democracias, los dueños, los señores de las instituciones públicas son los habitantes, la población, los ciudadanos por la sencilla razón de que ellos son quienes sostienen las estructuras públicas ordinariamente con el pago periódico y puntual de sus impuestos. Por ello, si convenimos que lo público es de la colectividad, no de los funcionarios o políticos, es lógico que la comunidad tenga derecho a que se le informe de los asuntos que les afectan. Quizás, por ello, se predica hasta la

saciedad, que la administración ha de ser transparente, ha de estar abierta al público, desterrando los vestigios de opacidad, misterio o secreto propios del antiguo régimen”.¹

Importa divulgar que la Buena Administración establece como centro de su operatividad, de la fiscalización de los servicios, de la calidad y extensión de los mismos, al ser humano, al habitante en respeto pleno de su dignidad, por ser el *dominus* del poder público.

1. Definición de Transparencia

1.1. Aceptación etimológica y común

De acuerdo a su origen, la palabra Transparente o trasparente proviene del latín *trans* (a través) y *parens entis* (que aparece)², que alude a lo que es “claro y evidente”, “cuerpo a través del cual pueden verse los objetos claramente”; y si se le agrega el calificativo pública, refiere a la “accesibilidad por todos”.³

Genéticamente, se presenta en su sentido simple: Transparencia significa claridad, diafanidad, cristalinidad, por ende, es antónimo de lo oscuro o turbio.

2. Naturaleza jurídica

La Transparencia comporta, ontológicamente, la condición de ser un Derecho con su correlativa obligación.

Destaco, a continuación, dos aspectos de la figura tratada: como derecho del particular y como obligación de la Administración.

La transparencia es un derecho público subjetivo en haber de los particulares; de tercera generación⁴, constitucionalmente recogido en algunas

¹ Cf. **RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ**, Jaime. Prólogo a la obra de **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Constitucionalización del Derecho a la Información, su acceso y tutela, Editor Fundación Konrad Adenauer-INCEP, Guatemala, 2007, p. 14.

² Cf. Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española, Editorial Océano, Barcelona, España, 2005, p. 1101.

³ Cf. **DELPIAZZO**, Carlos. Los derechos a la privacidad y a la transparencia pública, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, Editor Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo ‘Prof. Jesús González Pérez’, Año 11, No. 11, San José, Costa Rica, 2011, p. 66.

⁴ No existe, actualmente, un único texto o Tratado de derechos humanos de tercera generación o una convención internacional apoyada por un número considerable de Estados sobre la materia; sin embargo, es muy claro que existen pactos regionales y convenciones internacionales, bastante difundidas entre los países, que recogen derechos de la tercera generación, cuyo abanico de posibilidades o qué derechos son éstos, no es *numerus clausus*, sobre todo si se observa el reclamo de minorías, grupos étnicos, constante para lograr, en algunos casos, equiparación de derechos (supuesto de los homosexuales, bisexuales, lesbianas y similares) o reconocimiento en otros aspectos, como el derecho a morir, la eliminación de la pena de muerte, etc., erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, equiparación de oportunidades, en cuando a los discapacitados o minusválidos se trata, nuevas formas de participación ciudadana, no reducidas al solo

constituciones latinoamericanas de reciente data, por lo que es indudable el rango superior que le reviste, aun receptado en pactos internacionales de combate contra la corrupción.

El Tratado de la Unión Europea de 1992, en su texto consolidado, lo acoge, al prever que, para garantizar la coherencia y transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.⁵

Es frecuente que se le ubique como un principio de Derecho Administrativo, que paulatinamente está insertándose en nóveles constituciones y leyes, en Latinoamérica y otras áreas del mundo, que trasciende por abarcar a todo el ámbito de la actuación de los estamentos públicos. La Constitución de Ecuador de 2008, en su artículo 227, prevé la transparencia como uno de los principios regentes de la Administración Pública.

Tal es el caso de la Ley de Chile sobre “Transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado”, en su artículo 4, al destacar que como principio consiste en “respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”.⁶

2.1. La Transparencia como obligación

escrutinio del voto popular en las elecciones generales para renovar el poder político, según el período establecido por el ordenamiento nacional correspondiente; la no discriminación en su sentido más amplio, lo mismo que la erradicación de camufladas formas de esclavismo, como la trata de blancas, o depredación como el tráfico de órganos, de todo tipo, pero en especial de niños, que desaparecen víctimas de secuestro, o en el centro de la vorágine que producen los conflictos armados en guerras civiles o internacionales; otra forma insurgente es la soberanía o seguridad alimentaria, que busca la generación de condiciones para que el país produzca lo que consume, y que la población tenga acceso a alimentos variados y de buena calidad. Los derechos de tercera generación aspiran a la solidaridad entre el género humano (por mencionar otros: desarrollo humano sustentable, derecho a la paz, a un ambiente sano, a la autodeterminación, etc.), y vienen, de algún modo, a propiciar la concreción o especificidad real de los derechos de las dos generaciones anteriores. Para el autor Elías Estrada López, las circunstancias influyen en la creación de nuevos derechos de tercera generación. Una de esas condiciones que propician su fundamentación, en cuanto al derecho a la información se refiere, estriba en el derecho a la libertad informática y en general la contraposición del derecho a estar informado con el derecho a la intimidad y con el derecho a no estar informado. **ESTRADA LÓPEZ,** Elías, Derechos de Tercera Generación, en <http://www.revistanotarios.com/files/Derechos%20de%20Tercera%20Generacion.pdf>, p. 254.

⁵Art. 11, numeral 3, del Tratado de la Unión Europea, Versión Consolida, Diario Oficial de la Unión Europea, 9 de mayo de 2008. Igualmente, las instituciones (es decir, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas), darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión (Ver. Arts. 11, numeral 1, y 13).

⁶ Art. 4, segundo párrafo, Ley No. 20,285, de 11 de agosto de 2008.

Desde otra perspectiva, es importante destacar que todo derecho conlleva una obligación correlativa. Ésta queda a cargo de la Administración que debe cumplir la obligación jurídica de suministrar información de acceso libre o público a los particulares.

Podemos afirmar así que la naturaleza de la figura se asienta en la obligación de la Administración de abstenerse de prácticas propias del siglo XX, de secretismo y, por tanto, de opacidad en las acciones del gobierno, que no eran sino coloraciones de voluntades al margen de la apertura que debe caracterizar las acciones y omisiones de los funcionarios, en el ejercicio de la gestión pública que se les ha encomendado. Cuando no, en varios casos, esa conducta antitransparencia, era generada por el ejercicio arbitrario y autoritario del poder, durante períodos más o menos prolongados de dictaduras militares, que asolaron, literalmente, a casi toda Iberoamérica, gran parte del referido siglo.

Indudablemente que el análisis no puede excluir los sucesos políticos gestados en Europa a finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa del siglo pasado, que arrojaron la caída del “Muro de Berlín”, otros dirían de la “Cortina de Hierro”, de la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), hoy Federación Rusa (integrada por una Comunidad de Estados Independientes), y el importante papel político y pragmático de Mijaíl Gorbachov, con su visión de la Perestroika y la Glásnost (Reconstrucción y Transparencia), que precipitó la caída del sistema.

La crisis del socialismo y su aparente derrota, o reconversión, tal cual el de la República Popular de China, ha favorecido en los estados capitalistas ajustes en sus sistemas de control social y económico, ya que con la globalización ha llegado también una oleada de actos de corrupción, no poco destacada por los autores, que se hizo presente en los procesos de privatización de bienes y activos estatales, y en el otorgamiento de concesiones de servicios públicos a empresas privadas. El encarecimiento de las tarifas y tasas por el uso de los servicios, fue una de las notas contrarias al discurso privatizador.

Como obligación asignada a la Administración de ser transparente, igual que la publicidad de sus actos, procedimientos, documentos no sujetos a restricción o confidencialidad temporal, razonable y legalmente establecida, entendemos que *el particular es el acreedor de esa relación jurídico pública*, que se traduce en apertura de la Administración, que equivale a transparencia y se apoya en el principio de libertad de información, que tiene como titular acreedor a la persona, a los habitantes de un Estado.

La Ley del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, en México, en el artículo 3, acápite XVIII, entiende por transparencia "...la obligación que tiene todo ente que posee información pública de hacer visibles sus actos".⁷

La Ley panameña le asigna el carácter de "Deber de la administración pública de exponer y someter al escrutinio de la ciudadanía la información relativa a la gestión pública", el manejo de los recursos que la sociedad le confía, los criterios que sustentan sus decisiones y la conducta de los servidores públicos.⁸

Se ha dicho que el principio de transparencia pretende garantizar que la información pública que a todos concierne, pertenezca a todos, así como el derecho a la información pública.⁹

II. Buena Administración y Transparencia

Pareciera que el epígrafe carece de sustancia, mas contrariamente, posee una preponderancia significativa en los tiempos que corren.

Hablar de Buena Administración, es descifrar el silogismo evidente. La administración es pública; los documentos e informaciones que ella detenta se presumen de acceso libre: como ciudadano o particular tengo derecho a la información. No puede existir Buena Administración sin transparencia en el operar público.

La gestión administrativa debe ser abierta a los ciudadanos, a los particulares en general por razones, que por obvias, no necesitan sustentación. Se trata del derecho natural de los humanos a que la Administración respecto de la cual requieren asistencia, seguridad para cumplir los fines particulares que conciernen a sus vidas, al igual que los colectivos o generales a los cuales esa Administración está obligada a servir, sea sensible a sus aspiraciones, convirtiéndose en facilitadora de esos cometidos legítimos.

Poseer información otorga poder, pero la Administración no la debe detentar con el objeto de controlar a los ciudadanos o practicar "pseudopolítica" (como para prevenir que baje el índice de popularidad del "Gobierno"); sino de hacerles la vida más fácil en situaciones normales, para tomar decisiones con conocimiento de causa (estado de las entradas y salidas del presupuesto público

⁷ Ley 848 de 2007, Publicada por el Instituto Veracruzano de Acceso a la Información, México, 2012, pp. 9-10.

⁸ Ley 6 de 2002, Art. 1, numeral 13.

⁹ Cf. **MORENO ORTIZ**, Luis Javier. El principio de transparencia y el derecho humano de acceso a la información pública, en http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/literatura%20gris/principio_transparencia_derecho_acceso_informacion_publica.pdf

ante una eventual crisis, monto del endeudamiento público, justificación e inversión de los tributos que se cobran); y más ante eventos catastróficos, en los que la población necesita estar suficientemente informada (terremotos, inundaciones, epidemias, infestación de un nosocomio y las medidas que se adoptan para contrarrestar el flagelo, el número de fallecidos por el agente infeccioso, etc.)

En la actualidad, la Buena Administración es un derecho de cada asociado, de todo individuo en sociedad.

Con ese propósito, entre otros, se constituyó en el 2010 el Grupo Latinoamericano por la Administración Pública (GLAP), en el Estado mexicano de Chiapas, en ocasión de un cónclave convocado por el Instituto de Administración Pública de México (INAP), el Instituto homólogo de la propia entidad federativa y el gobierno del Estado.

El GLAP es una expresión regional del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas (IICA). El cónclave redactó la primera Carta denominada “Carta de Chiapas”, que plasma propiciar la “Transparencia”, para mejorar las relaciones Administración-ciudadano o particular, en el ámbito de la gestión y las políticas públicas.¹⁰

Afianzar las buenas prácticas de la Administración y por ende su transparencia, se pondera como factor valioso en los Congresos o Cónclaves, de los que emanan declaraciones como el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, suscrito por un conjunto de representantes de gobiernos de Iberoamérica, en Montevideo, Uruguay, en el año 2006.

Pese a que su ámbito de aplicación refiere, técnicamente, al Órgano Ejecutivo¹¹ y sus dependencias u organismos desconcentrados, es un excelente ensayo para establecer parámetros de gestión y actuación, más allá de estrategias partidistas del partido o coalición en el poder, de un organismo político, por excelencia, que incide en la vida de los asociados de un modo potente y directo.

Por ello de entre los fundamentos son destacables los puntos 3 y 4, ya que incluye como uno de los “valores” que guiarán la acción del buen gobierno, entre otros, a la “transparencia”. Y el punto 4 describe el “buen gobierno” como aquel

¹⁰ Cf. Ítem relativo a “La Administración Pública y Sociedad” que sugiere: “Ampliar el sistema administrativo público en dos vías: al abrir nuevas formas de participación, plurales y colegiadas, en la acción y decisiones públicas y al acreditar la utilidad de los instrumentos de transparencia, acceso a la información y la rendición de cuentas, para la evaluación social del desempeño de las instituciones y de los servidores públicos”.

¹¹ Cf. Fundamentos, punto 1 del Código Iberoamericano de Buen Gobierno, Centro Latinoamericano para el Desarrollo (CLAD), www.clad.org.

que “busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando los derechos humanos, los valores y los procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho”.

Destaco aquí que el gobierno es un concepto que encierra una gestión de índole política, más que técnica; por el contrario, la especialización pertinente a un organismo vivo, como la sociedad a la que tutela, son los rasgos que, junto con la profesionalización de los servidores públicos, identifican a la Administración.

La conducción de las administraciones públicas, requiere de liderazgo político por el sistema de democracia representativa en el que vivimos, y la organización de la sociedad en partidos políticos. Este paradigma no ha sido superado; mas estimo que instrumentos como el Código de Buen Gobierno se crean para cambiar la exclusiva visión encasillada en criterios políticos, mal entendidos, en la rectoría del Gobierno, para que primen en él la materialización de la participación ciudadana, la consagración de su ejercicio al servicio del interés general y de los asociados, quienes no les han cedido el poder a los gobernantes, sino que se los ha delegado fingidamente y de modo temporal, para el cumplimiento de los cometidos previstos en el Pacto Social, constitucionalmente establecido, que resalta el respeto a los derechos humanos, y entre éstos la dignidad de la persona.

Ese liderazgo debe estar en sintonía con los intereses generales, por lo que la dirección política de la Administración no puede degenerar en su politización, sino que debe garantizarse su neutralidad política, una peculiar forma de actuación que refiere Sanz Larruga, a la que Garrido Falla denominó “eficacia indiferente”.¹²

Y es que “...para que pueda existir democracia como régimen político, no son suficientes las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de derecho al sufragio y de participación ciudadana -como afirma Brewer-Carías-, ni siquiera de separación de poderes. Tampoco bastan las declaraciones constitucionales sobre ‘democracia participativa’ o incluso sobre descentralización del Estado; ni las solas enumeraciones de los derechos humanos. Además de todas esas declaraciones, lo que es necesario en la práctica política democrática, es que se pueda asegurar efectivamente la posibilidad de controlar el poder. Solo así es que se puede hablar de democracia, la cual, por lo demás, además de implicar siempre la representación, es un sistema para la participación. Lo único

¹² Cf. **SANZ LARRUGA**, Francisco. La Administración Pública Española. Su naturaleza jurídica, en “La Administración Pública Española”, Edita Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, p. 196.

es que esta última no puede quedar reducida a participar en elecciones o votaciones”.¹³

Abrir vías de participación se hace imprescindible. Corresponde a los particulares ejercer el derecho fundamental a participar ampliamente en su comunidad, porque esto coadyuva a transparentar a la Administración del Estado. Participamos por medio del ejercicio del derecho a solicitar y recibir información pública o del interés de todos y, a la vez, se impulsa la transparencia en la gestión pública.

Entiendo que esto sólo es posible conforme a una toma de conciencia cívica, acerca del rol que como titulares del poder público corresponde ejercer en democracia.

III. Contenido mínimo de la Transparencia

Esta obligación abriga en su contenido, por lo menos, los siguientes elementos:

1. Que el manejo de los recursos públicos sea cristalino;
2. Que los criterios que fundamentan las decisiones y la conducta de los agentes estatales se ciñan a las normas legales y a los principios y valores éticos; y,
3. La rendición de cuentas (que va aparejada de la responsabilidad por actos propios en el ejercicio de la función), y se traduce en la comunicación o divulgación de resultados de la gestión.

Estos elementos son rescatables de la ley nacional de transparencia.¹⁴

Desde el punto de vista del perfil del funcionario obligado a suministrar información de acceso libre, la transparencia implica una forma de ser, una actitud de la voluntad, seguida de una conducta consecuente.

La ética profesional y los valores socialmente respetables, aprendidos por el servidor público, son parte de los condimentos indispensables para las prácticas transparentes o abiertas a la sociedad de esos funcionarios que deben suministrar información de acceso público o interés colectivo, y para desempeñarse con probidad, según los cometidos institucionales previstos en las normas jurídicas que le dan sustento a sus atribuciones.

¹³ **BREWER-CARÍAS**, Allan. La Democracia representativa y la Falacia de la llamada ‘Democracia participativa’, en “Estudios de Derecho Electoral” (Memorias del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral), Jorge Fernández Ruiz (Coordinador), Edita Universidad Nacional Autónoma de México, et. al, México, 2011, p. 29.

¹⁴ Cf. Ley 6 de 2002, Art. 1, numerales 12 y 13.

Actualmente, y tal vez como nunca antes, asistimos a una *juridización* de la ética en el espacio público. Delpiazzo recalca que es una exigencia del obrar de los funcionarios cualquiera sea su jerarquía, especialmente los que participan del ejercicio del poder, y como fin de la actividad administrativa¹⁵.

La cultura de la legalidad supone de acuerdo con las exigencias de este tiempo, un alto contenido de valores y principios, en la formación y perfil del funcionario. Los códigos de conducta, han sido adoptados por las administraciones para reforzar jurídicamente aspectos que en el ser humano trascienden la estricta legalidad, ubicándose en el plano de la moralidad¹⁶, muy necesaria para una conducta apropiada en el plano de lo público, como en las actividades privadas, civiles, comerciales o de otro tipo.

IV. La Transparencia como vehículo catalizador del Principio de publicidad en la Administración Pública

Considero que la transparencia es una condición esencial para hacer viable la publicidad, como principio de actuación en las Administraciones Públicas y sus gerentes operadores.

La transparencia es inconcebible al margen del *principio de publicidad*, éste es el antecedente y el instrumento o llave que le abre la puerta en el accionar público. Sobre el particular, varias constituciones incluyen de antaño el principio de publicidad, mientras que otras, posteriormente, como la venezolana de 1999 exigen hoy en día transparencia en algunos servicios específicos, sin que esto

¹⁵ Cf. **DELPIAZZO**, Carlos. Regulación jurídica de la ética pública, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, No. 3, 2003, pp. 27-28. Citado por: **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Inactividad de la Administración y su Control Judicial, en “IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo”, Congreso sobre Discrecionalidad, Justicia Administrativa y Entes Reguladores, Vol. 2, Editores: Jaime Rodríguez-Arana, Javier Ernesto Sheffer Tuñón, et. al., Panamá, 2009, p. 35. En Panamá, mediante Decreto Ejecutivo No. 246, de 15 de diciembre de 2004, se dicta el Código de Ética Uniforme para los servidores del “Gobierno Central”; no obstante, del articulado de este instrumento se desprende que su ámbito de aplicación es mucho más extenso, abarcando no sólo a la administración central sino a las entidades autónomas, semiautónomas, empresas estatales y mixtas con participación estatal mayoritaria (Art. 1).

¹⁶ Va siendo hora que pongamos más atención al **relativismo moral**, toda vez que éste suele validar conductas conforme a la moral de cada quién. Lo moral es la búsqueda permanente de lo bueno. Ese relativismo produce una natural comparación entre la moral de China popular, algunos de sus cantones, con respecto a la que puede existir en los países árabes o en algún Estado de Europa, de América, o de cualquier otra región, para llegar a concluir, según algunos, que el concepto de moral es polisémico y variable, por no decir etéreo e inasequible. De algún modo, el paradigma de Democracia representativa y Estado de Derecho, dan luces de los valores y principios que están en sus cimientos, por lo que la libertad, la igualdad, la fraternidad, originarias, ampliadas posteriormente con derechos de segunda y tercera generación, indican que lo que se persigue es la realización plena en solidaridad, protección de los ecosistemas, la paz, erradicación de violencia contra grupos débiles, mejor distribución de la riqueza social, de la humanidad. Ésta es la tendencia, por lo que la moral, básicamente, es propender hacia ello. Así la honestidad, probidad, respeto a la honra y dignidad propia y ajena, son parte del norte, que habría de orientar a aquellos facilitadores del relativismo moral.

excluya la difusión a otras ramas del poder público, en lo que a su actuación y proyección a la comunidad, ya que ésta es el fundamento o razón de ser de esas instituciones.

La Constitución de Chile de 1980, sobre la citada publicidad, como principio, dispone:

“Artículo 8. El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. (Cursivas suplidas).

Se aprecia que esta norma establece como públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus antecedentes y los procedimientos. Indicando la necesaria salvedad que sólo a través de la Ley (que denomina de quórum calificado) podrán establecerse restricciones o el carácter de secreto de aquéllos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de esos órganos, derechos de terceros, seguridad de la nación o el interés nacional.

Entiendo que la transparencia no viene sino a afianzar la publicidad en el espacio público, por la arremetida de los actos venales o corruptos de los funcionarios y de los particulares, que suelen participar de éstos, de ahí que sea imperioso, como lo hace la Constitución chilena, insertar al más alto nivel la probidad administrativa, que debe cernirse al entramado social para buen ejemplo, a ésta y las futuras generaciones, en cada sociedad concreta.

La Ley nacional sobre la materia recalca que la “transparencia informativa” de los actos de las autoridades “...es la manera más eficaz para prevenir la corrupción”.¹⁷

Decía que la Carta Política venezolana habla expresamente de la transparencia en cuanto al servicio de administración de justicia, al disponer que:

¹⁷ Ley 6 de 2002, Exposición de Motivos, párrafo quinto.

“El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, **transparente**, autónoma, independiente...”.¹⁸ (Énfasis suplido).

La Carta ecuatoriana de 2008 asigna como función del Consejo de la Judicatura velar por la “transparencia y eficiencia de la Función Judicial”.¹⁹

Además, de manera novedosa incluye como una de las atribuciones del poder público, la “Función de Transparencia y Control Social”. Esta Ley Superior prevé que dicha función está conformada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias.

Esta función de transparencia y control social ha de promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción²⁰.

Los años anteriores a las profundas reformas en las administraciones públicas de muchos países europeos y americanos que parecen no concluir, connotan el principio de publicidad en las actuaciones públicas. Éste es un dato que no siempre se pone de relieve. Entre mayor publicidad en los actos, documentos e informaciones de interés general, se reduce el margen de hechos de corrupción. Aunque la sola transparencia no inculca a los altos funcionarios y élites económicas de la savia ética que requiere el cuerpo social. Se necesita un cambio de actitud de esas élites, en el sentido que el poder es para servir, y que en su gestión, la mayor parte de los beneficios deben ser adecuadamente redistribuidos a todos los estratos de la nación.

Resulta indispensable ampliar los instrumentos de control social. El ojo público, activo y participante, es esencial para impulsar y fiscalizar el cambio de conducta del operador o servidor público, del nivel que fuese, por la corrección en el uso y disposición de los bienes y fondos que pertenecen a todos.

¹⁸ Cf. Art. 26. Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, 2000, pp.15-16.

¹⁹ Art. 181, numeral 5. Constitución del Ecuador de 2008.

²⁰ Cf. Art. 204. *Ibidem*. El artículo 340 menciona el principio comentado, a raíz de establecer el “Régimen del Buen Vivir”.

El razonamiento aplicable es que el poder público emana de la soberanía popular²¹, lo público pertenece a todos. Los servidores o funcionarios han de cumplir los mandatos de la Constitución y la Ley (además de los reglamentos), no por un acto de voluntad o gracia sino en virtud del principio de legalidad al que están sometidos en el Estado constitucional, participativo y social de Derecho, hoy vigente en muchos países del Viejo y el Nuevo Continente, que han rotulado su realidad político jurídica con dichos calificativos.

Y es que, en “...virtud del principio de legalidad el Estado de derecho sustituye definitivamente a un modo arbitrario de entender el poder. El ejercicio de los poderes públicos debe realizarse en el marco de las leyes y del derecho...desde la llegada del Estado de derecho el poder público, y por ello la administración, han de caminar en el marco de la Ley, a modo que la subjetividad reinante en el antiguo régimen, se sustituye ahora por la objetividad y la racionalidad desde las que la ley y el reglamento operan para el mejor servicio a los intereses generales”.²²

De ahí que lo público concierne a todas las personas, a todos los habitantes, en cuanto a información libre se refiera, y esto está legítimamente refrendado por la legalidad, que no se restringe al texto de la Ley o la Constitución, sino que pertenece al género humano, para su mejor desenvolvimiento, respeto de su dignidad y libre desarrollo de su personalidad.

²¹ El artículo 2 de la Constitución panameña prevé que “El Poder Público sólo emana del pueblo”. Esta proclama, pese a lo lacónica, no deja de tener el más hondo contenido que la filosofía política de los últimos 250 años, se ha encargado de afianzar, porque en la mayor parte de los Estados en que existen casas reales, el Rey ha dejado de gobernar puesto que se le arrancó el poder omnímodo que se tradujo en soberanía ejercida por el pueblo, que es el titular de la misma. El sistema de frenos y contrapesos que garantiza el orden de gobierno republicano, implica que la *res pública* es eso, cosa del público, no de los delegatarios del poder, sean éstos elegidos por el voto popular o designados mediante selección o simple nombramiento. De esto resulta la paradoja, que antes he reseñado en el ensayo *Constitucionalización del derecho a la información...* pp. 60-63, al inicio referido, de una especie de *desapoderamiento de hecho del pueblo en el paradigma de democracia representativa*, toda vez que las masas o Pueblo, ahora se le asigna nuevas formas de participación ciudadana, además de la ya tradicional convocatoria a las elecciones para renovar el solio presidencial y/o elegir diputados a las asambleas o congresos, y en la esfera local, cuando el Pueblo es el soberano en los regímenes democráticos. La paradoja indica que cómo habría de haber algo oculto ante los ojos del pueblo, ante la vista del dueño del poder político? Pocos autores hacen énfasis en la transparencia como emanación de la soberanía popular; el profesor Delpiazzo afirma que “constituye una consecuencia de la muy elemental presunción de que el gobierno pertenece al pueblo, quien tiene derecho a saber qué hacen los servidores públicos, por qué y cómo lo hacen”. **DELPIAZZO**, Carlos. *Derecho Administrativo Uruguayo*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2005, p. 247. Estimo que esa soberanía obliga a los administradores y gobernantes a ser prístinos en el manejo de la cosa pública, a rendir cuentas durante y después de vencido el ejercicio de su cargo. No hay duda que esto conlleva un aumento cualitativo en la cultura política y cívica, con afianzamiento de la ética social e individual. Por otro lado, el derecho a la información pública hoy en día recepta una configuración y fuente propia como derecho fundamental de los asociados a que se materialice el principio de publicidad en las administraciones públicas, y aquellos servicios que son prestados por entes privados, cuando ello sea exigido por Ley, salvo las reservas y restricciones legítimas y razonables.

²² **RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ**, Jaime. *La reforma administrativa en España*, Editorial Novum, México 2011, pp. 5-6.

El hondo contenido filosófico de la materia que nos concierne, me llama a afirmar que mientras en la actualidad no se lucha contra el ejercicio de un poder quitado a su titular, que conlleva en la práctica su ejercicio por los delegatarios de una manera que exhiben una visión patrimonialista del mismo, aun como derecho de herencia; la consecuencia de nuestra pasividad será la gabela a los defensores de la opacidad, convencidos que una prerrogativa les asiste por estar investidos de autoridad.

La realidad muestra que la lucha es dura pero debe librarse desde la cátedra, actualizando los contenidos de materia que se imparten en las universidades, orientado a los estudiantes; mediante la pluma y, sobre todo, convocando a la participación ciudadana.

Una aparente presunción propia de las incipientes democracias latinoamericanas, es que los candidatos, luego presidentes y diputados, “ganan” en cada elección el derecho a gobernar a sus anchas, que viene a retribuir los “gastos” de costosas campañas, que convierte en quimera, a la vez, la participación de líderes independientes, incapaces de competir por lo faraónico de la inversión a que ha llegado el financiamiento de una campaña política.

El solio a los triunfadores les costó dinero con ayuda de un marketing alienante y alucinante, que hace presa de las necesidades no solo de un sector social deprimido, sino incluso de aquellos estratos que aspiran a que mejore, por ejemplo, la seguridad en sus comercios, la certeza jurídica en el rubro de los tributos, la calidad y precios de los servicios domiciliarios, la mejora de instituciones sociales y políticas (como la convocatoria a una Convención Nacional Constituyente, caro anhelo de la sociedad panameña en su conjunto, que hasta ahora no ha contado con líderes políticos de raigambre que se atrevan a cambiar, para actualizar, integralmente, nuestra Constitución).

Las ofertas de campaña quedan reducidas a eso a meras promesas, y a la discrecionalidad, de la élite política y económica ahora en el poder, que ostenta su agenda personal de “gobierno”.

El requisito de legalidad en que se sustenta el Estado de Derecho y sus instituciones, tal cual el derecho a la información, será cada vez un remedo de la personalidad e intereses de quienes así ostentan el poder, con el grave peligro de divulgar sólo lo que les conviene, por ejemplo, en la contratación pública, que es uno de los temas más sensibles por el cúmulo de dinero y recursos públicos que están detrás de las obras y prestación de servicios a la comunidad, con sobrecostos y materiales que no corresponden a una calidad aceptable, que equivalga al precio pagado.

Esto lo veremos, de modo fugaz, al destacar la necesidad de apertura en la información a la ciudadanía sobre el financiamiento privado de las campañas proselitistas políticas.

1. Presunción de publicidad de los actos y documentos públicos

Se asume que es cierto o verdadero que los actos jurídicos, actividades y archivos a cargo de la Administración son públicos, salvo las excepciones legales, que están circunscritas a aquella información “de carácter confidencial y de acceso restringido”.²³

Los registros o bases de datos de personas particulares que prestan servicios públicos, están sujetos a la publicidad solo en cuanto a materia o información relacionadas con la prestación del servicio; indudablemente porque es información que atañe a la colectividad que recibe los beneficios o la mala prestación del mismo.

La Constitución así lo establece en su artículo 43, y por ello es menester referirse al ámbito de aplicación de la Ley regulatoria, y esto se extrae de la definición de “institución” que la misma contiene.

En efecto, institución comprende toda agencia o dependencia del Estado, incluyendo a las pertenecientes a los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y el Ministerio Público, las entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas, la Autoridad el Canal de Panamá, los municipios, los gobiernos locales, las juntas comunales, las empresas de capital mixto, las cooperativas, las fundaciones, los patronatos, y los organismos no gubernamentales que hayan recibido o reciban fondos, capital o bienes del Estado.²⁴

El control social a través de la participación para medir resultados, vemos aquí cómo está directamente relacionado con el derecho de la comunidad a recibir información de interés general.

El principio de publicidad, como también se le conoce, consiste en que “Toda información que emana de la administración pública es de carácter público, por la cual (sic) el Estado deberá garantizar una organización interna que sistematice la información, para brindar acceso a los ciudadanos y también para su divulgación a través de los distintos medios de comunicación social y/o internet”.²⁵

²³ Cf. Art. 8, Ley 6 de 2002.

²⁴ Art. 1, numeral, 8 de la Ley 6 de 2002.

²⁵ Arts. 1, numeral 11, y 9 de la Ley 6 de 2002.

La Ley peruana de “Transparencia y Acceso a la Información Pública” de 2002, lo contempla al destacar que: “Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad”, consecuentemente determina que: “Toda información que posea el Estado se presume pública...”, salvo las limitaciones que dicha Ley establece.²⁶

Ha de agregarse que la comentada presunción admite prueba en contrario, porque no es de pleno y absoluto derecho, sino simple.

La carga de la prueba corresponde a la Administración que deberá exhibir la disposición o declaratoria de restricción o confidencialidad, para vedar el acceso a la información, basándose en alguno de los supuestos legales que limitan el acceso a la información por confidencialidad de la misma o por ser de acceso restringido.

Tales limitaciones al acceso se deben hacer “por disposición escrita y por mandato de la Ley”, tal como previene la Carta Magna panameña.

1.1. El deber de secreto y de sigilo del funcionario

En opinión de Sanz Larruga, el principio de transparencia que trasunta la objetividad y tiene vinculación con la participación, “se proyecta en tensión dialéctica con el deber de secreto o sigilo que en ciertos ámbitos es preciso salvaguardar”. No obstante, arguye que en el sistema democrático todos los poderes públicos, entre ellos, la administración tienen, conforme lo afirma González Navarro, el deber de “explicar, razonada y razonadamente, su actuación”.²⁷

Este tema, en la práctica, puede aparejar ciertas complicaciones para la actuación de los funcionarios, en un sistema de jerarquía o vertical. Entiendo por ello, que no se debe aprovechar las normas que imponen el secreto o el deber de sigilo (discreción para evitar perjuicios a la Administración), para anular el derecho de acceso a la información, o que ello se preste para que se vulnere o flexibilice, discrecionalmente, la regla de publicidad en las actuaciones públicas, como sería establecer restricciones irrazonables, sin fundamento legal, o carentes de la debida motivación por escrito.²⁸

Cuando un funcionario se proyecte hacia el particular de cara a esa “tensión dialéctica”, es una exigencia inaplazable que debe fundamentar su acción u

²⁶ Art. 3, numeral 1, de la Ley 27,806, de 13 de julio de 2002.

²⁷ Cf. **SANZ LARRUGA**, Francisco (Colaborador). Los principios informadores de la actuación y organización de la Administraciones Públicas, en “Derecho Administrativo Español”, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Autor). Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 104.

²⁸ Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Constitucionalización del Derecho a la Información..., p. 184.

omisión en una norma legal, porque de lo contrario atenta contra un derecho fundamental, en el caso de denegar el referido acceso, sin causa legal.

Por tanto, es plausible la tendencia en las leyes sobre transparencia y acceso a la información pública y de protección de datos personales, de incluir un catálogo de datos e informaciones que son de carácter restringido o confidencial, como viene haciéndose, hasta ahora, en la mayoría de ellas. Esta forma de colocar en blanco y negro el referido listado, es importante para respetar el principio de legalidad y contribuir a la seguridad jurídica.

Y es que, como ha referido la Corte Interamericana de Derecho Humanos, “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones. Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos”.²⁹

V. Origen del Derecho a la Información

Estimo que el origen del derecho a la información pública yace en pactos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Art. 19) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Art. 13), ambas recogen el derecho de libertad de expresión y pensamiento u opinión, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 19, numeral 2). En el mismo sentido, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (Art. IV).

Como derecho humano posee una extensión cada vez más abarcadora, que proviene de la modalidad generalizada de libertad de expresión y de pensamiento, que incluye el derecho de buscar, recibir información y difundirla por cualquier medio lícito, sin censura previa y sin consideración de fronteras, salvadas las prevenciones de no atentar contra la Ley o derechos de terceros, o de las partes en un proceso determinado³⁰, legítimamente protegidos.

²⁹ Caso: Claude Reyes y otros vs. Chile. Citado por: **ABREU BLONDET**, Rhadys. Derecho de Acceso a la Información, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público Administrativo”, Año 11, No. 11, San José, Costa Rica, 2011, p. 62.

³⁰ No es posible, en mi opinión, lesionar el natural **derecho a la defensa**, por ejemplo, a la parte dentro de un proceso administrativo, bajo el argumento de la Administración de que la información que sirve para seguir causa al sumariado o sujeto de la acción disciplinaria, o incluso en el procedimiento administrativo sancionador ejercido contra un particular, tiene la connotación de reservado o confidencial, ello porque sería tanto como propiciar la condena del sujeto o la reducción a la nada del referido derecho que integra la tutela administrativa y como tal el **debido proceso legal**, aplicable en la instancia administrativa. Al respecto, la jurisprudencia comparada tiene ejemplos destacables, como es el caso de la Corte Suprema de la Nación argentina, que siguiendo la opinión del Procurador General en el caso **Oxley**, reseñó en 1984, que: “En la

No es un derecho cuyo monopolio corresponda a los dueños de medios de comunicación social, ni a los periodistas, como tal; éstos y aquéllos son facilitadores de la difusión de las ideas y la información veraz en sociedad. Desempeñan un papel esencial en el Estado democrático, que es amparado por esas mismas convenciones y las asociaciones nacionales e internacionales que velan por el ejercicio libre, pero responsable, del periodismo, y de la libertad de expresión.

VI. Restricciones al Derecho a la Información por lo general aceptadas

El artículo 13 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1990, establece restricciones en cuando al ejercicio del derecho de libertad de expresión de los niños y niñas, que prevea la Ley y sean necesarias para:

- a) ...el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) ...la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.³¹

Éstas son las restricciones que de ordinario establecen las constituciones (como la chilena -Art. 8- o la federal mexicana -Art. 16-) que justifican negar el acceso a la información, o las leyes que en la última década se han dictado para regular el tema del derecho a la información pública, protección de datos personales y mecanismos procesales para asegurar la eficacia de esos derechos, en caso de violación o suministro deficiente o defectuoso de los mismos.

Sin embargo, es natural que instituciones que tienen un origen común, luego adquieran un sitio como figuras sólidamente consagradas y diferenciadas. Así, el derecho a la información pública, está establecido en el artículo 10, de la

esfera de la seguridad parece propio que prime el secreto y el sigilo, mas en el natural proceder administrativo es principio esencial e insoslayable de nuestro sistema republicano el de la publicidad de los actos [...] El agente público -el ciudadano en general- debe estar siempre salvaguardado de arbitrariedad y nunca puede ver frustrado su legítimo derecho por acusaciones o declaraciones abstractas y mucho menos secretas, respecto de las cuales no puede defenderse, pues ello implicaría exponerlo a posibles abusos de la autoridad pública que quedarían al margen de todo control”. Citado por: **IVANEGA**, Miriam. Los derechos y garantías del debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador y disciplinario, en “Congreso Internacional de Derecho Administrativo, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo”, San Salvador, El Salvador, 2010, p.100.

³¹ Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Constitucionalización del Derecho a la Información... pp.75-78. Procuro destacar esa relación que se hace en los tratados internacionales consultados, entre la libertad de expresión y el derecho a la información. Además, el carácter bifronte, esto es, en su dimensión individual y social, del derecho comentado, conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.³²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de interpretaciones progresivas, ha derivado, expresamente, la obligación de las administraciones de suministrar información pública a los particulares, v. gr., caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile, resuelto, por medio de Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

Este pronunciamiento de la Corte Interamericana al igual que otros en la última década, se destacan por la especificidad de la explicación del derecho de los particulares a la información pública, y lo que la Corte denomina “obligación positiva” del Estado de suministrarla. Todo lo cual está en directa relación con otros factores en la vida de relación, como la participación ciudadana en los intereses de la sociedad y las “salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención”. De allí que:

“La Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención...ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”.³³

Transparencia y derecho a la información están ligados, inexorablemente. Antes de la reforma constitucional de 2004, introducidas a la Carta Magna de conformidad con el Acto Legislativo No. 1 de ese año, ya había sido dictada la Ley 6, de 22 de enero de 2002. Panamá fue así uno de los primeros países que en Latinoamérica adoptó un texto normativo para propiciar la “Transparencia en la Gestión Pública”.

Con la Ley fueron creados mecanismos de participación ciudadana (consultas, audiencias, foros o talleres, participación directa en instancias institucionales), que se agregan así a una concepción de habitante y ciudadano

³² Panamá insertó esta Convención a su ordenamiento jurídico mediante la Ley 15, de 10 de mayo de 2005. Gaceta Oficial No. 25,296, de 11 de mayo de 2005.

³³ **ABREU BLONDET**, Rhadys. Op. Cit., p.62.

que va más allá del escrutinio o convocatoria del organismo electoral para votar, cada quinquenio y elegir al Presidente de la República, Diputados, Alcaldes y Representantes de Corregimientos (además de Diputados al Parlamento Centroamericano-Parlacen).³⁴

En la actualidad, según la Constitución nacional (Art. 41) y en las otras tres que rigieron durante la era republicana, el Derecho de Petición como instituto está nítidamente diferenciado del derecho fundamental de los ciudadanos de proteger sus datos personales o íntimos y del de obtener información de acceso libre o público, mediante la inserción en esa Ley Fundamental del derecho de protección de datos personales (Art. 42), el de acceso a la información pública o de interés colectivo (Art. 43) y la garantía procesal, denominada hábeas data, propio e impropio, respectivamente, para proteger esos derechos (Art. 44).³⁵

No debemos incurrir en posiciones extremas, como sería negar la existencia de relación alguna entre ambos derechos humanos (de petición y de información), habida cuenta que la forma más natural de ejercer el derecho y, consecuentemente, tener acceso a la información, es peticionando a la autoridad.

Aunque en virtud de la “Transparencia activa”³⁶, la Administración está obligada a exhibir en portales electrónicos o sitios web información actualizada a disposición de cualquier persona que quiera consultarla, relativa a presupuestos públicos, en su caso, mecanismos de participación ciudadana, organigrama o estructura organizacional de la institución, plan de inversiones, monto de sueldos o estipendios pagados a los servidores públicos por las funciones que ejercen, texto de los contratos públicos, entre otras informaciones de acceso libre, respecto de las que no es necesario tener una legitimación ni en sentido procesal ni material, en el ámbito de un proceso judicial o administrativo concreto, o fuera de éstos; sólo por ser habitante y titular de una cuota del poder público, que pertenece a la Nación o Pueblo.

1. Derecho de defensa de cara a los “Informes secretos”

³⁴ Instancia de consenso político para generar normas comunes aplicables, principalmente en la región centroamericana, dentro de esta era de integración no sólo de índole económica sino política, y de acercamiento intercultural que se viene dando entre las naciones, en el entendido que no hay sistemas democráticos autárquicos, o plenamente independientes del resto de la comunidad de Estados.

³⁵ **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Constitucionalización del Derecho a la Información..., p. 41.

³⁶ El Art. 7 de la Ley chilena de transparencia y acceso a la información, contempla este principio, al igual que el Derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración Pública, a través de solicitud o petición (Art. 10); además, las modalidades que encierra este último y *los principios* que, a su vez, reconoce ese derecho (Art. 11), tales como: de relevancia, de libertad de información, de apertura (o transparencia), de máxima divulgación, de divisibilidad, de facilitación, de no discriminación, de oportunidad, de control, de la responsabilidad y de la gratuidad. La petición puede ser formulada por escrito o por sitios electrónicos (Art. 12).

Me parece de algún modo pertinente establecer la relación que hay entre el derecho a la información de aquellos documentos, papeles que reposan no solamente en los archivos y registros públicos, o de personas particulares destinadas a proveer informes, y el derecho a la defensa natural que poseen, por ejemplo, un funcionario en caso de estar sometido a un procedimiento disciplinario, o un particular cualquiera susceptible de ser sancionado con multa o la privación de otro derecho, por razón de un procedimiento administrativo sancionador, pero contra los que la Administración alega que la información que tiene en su haber, que los incrimina, es de carácter restringido o secreto (confidencial).

Sabemos que el modo de gestionar los organismos de seguridad o policíacos estatales es a través del sigilo o la reserva, tanto de las fuentes de información, como de los documentos o datos, que sirven para relacionar a un sujeto con tal o cual investigación, por razón de una conducta reprimible por la Ley. La Administración Tributaria es un ejemplo de esto, además de la Autoridad Nacional de Aduanas -otro- Dirección General de Aduanas-, que conoce de la represión del contrabando o infracción a las normas penales aduaneras; igual que los organismos de control de los entes financieros, que actúan para prevenir el blanqueo de capitales; así como los que aplican las disposiciones migratorias.

En esta oportunidad lo que deseo destacar es que el secreto o confidencialidad, no es de estricto recibo tratándose de datos cuyo acceso sea negado al investigado o sumariado administrativamente, porque le obstruye el derecho de defensa ante la institución que adelanta las investigaciones, o que en su día deba proveer sobre sus derechos o intereses, ya sean de índole pecuniario, estatus libertario o moral. Los cargos a estas personas deben ser claramente formulados y han de obedecer a hechos objetivos debidamente documentados, a los que el investigado debe tener acceso para poder articular su defensa. Sólo de este modo se respetará el debido proceso legal previsto en el artículo 32 de la Constitución.

La escalada de la violencia en diversos órdenes de la vida social, no ha de convertirse en la excusa para que el Estado asuma, por medio de ciertos aparatos de seguridad y control, la tarea de vulnerar asidua y habitualmente las garantías fundamentales, entre ellas, la presunción de inocencia.

Hutchinson asegura que el “principio general es el de la publicidad de los actos estatales (...) aunque no puede dudarse de la facultad de la administración para declarar algunas actuaciones propias de procedimientos administrativos en curso o diligencias que provoquen un trámite de este tipo. Bajo la salvedad que el carácter de reserva declarado no puede llegar al extremo de consistir en piezas

procesales importantes cuyo no acceso impida u obstaculice el respeto del derecho de defensa de las partes”.³⁷

En esta línea de opinión, el profesor Comadira abrigaba la respetable tesis que en un Estado de Derecho, no hay actuaciones que puedan sustraerse al pleno conocimiento del interesado cuando de ellas derivan, directa o indirectamente, perjuicios para un derecho o interés de éste.³⁸

Para mí es de singular interés la disposición de la novísima Constitución del Ecuador, de 2008, que en la parte final del artículo 18, sobre “Derecho a información verificada y contextualizada”, prevé la tajante disposición que ordena que: *“En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información”*.³⁹

En similar secuencia, el artículo 76 de ese Estatuto Fundamental, sobre las Garantías básicas del debido proceso, dispone en el numeral 7, sobre el derecho a la defensa (literal d), que incluye la garantía de: “...acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento”. Sin duda esta garantía protege el derecho de las partes a la información dentro del proceso respectivo, cuestión que considero no habría de ser desconocida en su virtud, porque el texto refiera, al inicio del literal reseñado, a la frase “Las partes podrán”.

Toca a la jurisprudencia de los Tribunales precisar el alcance de tan bondadosas normas jurídicas, o en todo caso, a la Ley, proveer su desarrollo, sin que contradiga el texto garantista ni el espíritu de esta loable Constitución, que ha continuado con el aparente nuevo paradigma consistente en la consagración en varias de las repúblicas americanas de verdaderos Códigos constitucionales, por la sistematización, especificidad de las normas y carácter extenso de los mismos; tradición iniciada, salvo mejor criterio, por la hermana República de Colombia, que reemplazó a la casi centenaria Carta de Cúcuta, por medio de la meritoria Constitución de 1991.

VII. ¿Qué es información y cuál es aquella sobre la que la Administración debe ser Transparente?

El derecho a la información como derecho público subjetivo de toda persona va más allá que del mero acceso a los archivos públicos, o de solicitar copias de éstos existentes en las secretarías, con tal que no fueren reservados o

³⁷ Citado por: **COMADIRA**, Julio Rodolfo. Procedimientos Administrativos (Ley nacional de procedimientos administrativos comentada y anotada), T 1, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 113.

³⁸ *Ibíd*em p. 115. Esta referencia, al igual que la anterior, puede ser consultada en mi obra *Constitucionalización del Derecho a la Información...*, p. 57.

³⁹ Constitución de la República del Ecuador (Concordada), Editorial Jurídica del Ecuador, 2012, p. 25.

secretos, y sin que ello embarace el adecuado desempeño de las labores del Despacho, como establecía el antiguo Derecho Administrativo en normas, contenidas en el Código Administrativo de 1917 (Arts. 834 y 837); derogadas por la Ley 6 de 2002 y, posteriormente, afianzada esa extinción por medio de los artículos 42 y 43 de la Carta Magna.

Existe un derecho de acceso a la información pública y su concepción abarcadora, como antes mencioné, lo describe como antidiscriminatorio que “corresponde a todas las personas, sin discriminación por razón de nacionalidad o carácter del solicitante, y que se ejerce sin necesidad de justificar las razones por las que se solicita la información”, tal como atinadamente prevé la Ley No. 18, 381, de 17 de octubre de 2008, de Uruguay.⁴⁰

Toca de algún modo precisar qué se entiende por información, determinar cómo puede acceder el particular a ella, cuáles son los límites o condicionamientos válidos y legales que pueden impedir el acceso, sin ser éstos los únicos aspectos que merecen atención en tan interesante figura, que por razones de forzosa brevedad no se abordan en este documento, por ejemplo, la duración de las restricciones al acceso, o un análisis en particular de la clasificación de la información en reservada y confidencial, con auxilio de la jurisprudencia.

La Ley panameña entiende por información, de conformidad con el glosario que contiene: “Todo tipo de datos contenidos en cualquier medio, documento o registro impreso, óptico, electrónico, químico, físico o biológico”.⁴¹

La Ley ecuatoriana es bastante genérica al establecer como información pública todo documento en “cualquier formato”, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere la citada Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que estén bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado.⁴²

La Ley peruana establece como tal: documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato siempre que haya sido creada u obtenida por la Administración o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Se estima igualmente “información pública” cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público, que sirva de base a una decisión administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.⁴³

⁴⁰ Cf. Art. 3.

⁴¹ Art. 1, numeral 4, de la Ley 6 de 2002.

⁴² Cf. Art. 5 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2004.

⁴³ Cf. Art. 10 de la Ley 27,806 de 2002.

La alusión a los instrumentos electrónicos o de la informática es muy importante, debido a la era de las tecnologías de la comunicación e información, incluso con la potenciación a escalas elevadas de intercambio de información, a nivel mundial con suma rapidez, por medio de las denominadas redes sociales, videollamadas, teleconferencias, correos electrónicos, mensajes breves, etc. Éstas, de algún modo, pueden servir como medio de divulgación de información por parte de las autoridades, además de ser empleadas como herramienta de difusión y de mercadeo en campañas político electorales; sin embargo, no es conveniente que sustituyan los canales legales para hacer obligante determinado tipo de información, sobre todo si ésta tiene carácter normativo, ya que esto corresponde hacerlo a través del periódico oficial o gaceta digital, previo cumplimiento de los recaudos respectivos

La sociedad informática es de tal trascendencia que novísimas constituciones procuran recoger esa realidad, a fin de proteger los derechos de las personas, en cuanto a la tutela de la privacidad individual o familiar, entre tanto, los seres humanos tienen en ese proceso de socialización también el derecho clásico de ser respetados en su intimidad, cosa que está en perenne conflicto con el *entrecruzamiento* de datos personales, ya sea por los agentes económicos o por su recolección en base de datos en instituciones oficiales.

VIII. La autodeterminación informativa o informática y su actual validez

El Tribunal Constitucional Alemán, según sentencia de 15 de diciembre de 1983, de la Sala Primera, creó jurisprudencia sobre el principio de autodeterminación informativa o informática, conforme al que la persona tiene derecho a compartir sus datos con quien ella estime o consienta, y en todo caso, cuando preste ese consentimiento, tiene también derecho a saber a dónde van a parar esos datos y con qué finalidad serán utilizados.

Parte del razonamiento hilvanado por esa prestigiosa magistratura reseña lo siguiente:

“Un ordenamiento social y un orden legal en el que los ciudadanos no pudieran conocer quiénes, cuándo y en qué circunstancias saben qué sobre ellos, serían incompatibles con el derecho a la autodeterminación de la información. Quien piense que los comportamientos atípicos pueden en todo momento pueden ser registrados (sic) y archivados como información, utilizados o retransmitidos, intentará no llamar la atención incurriendo en ese tipo de comportamientos. Quien crea que, por ejemplo, la participación en una asamblea o una iniciativa ciudadana será registrada por las autoridades y que ello pueda generarle algún riesgo, posiblemente renunciará al

ejercicio de su derecho fundamental (Arts. 8, 9 de la ley Fundamental). Esto no sólo iría en detrimento de las posibilidades de desarrollo individual de los individuos, sino también de la comunidad, porque la autodeterminación es una condición funcional elemental de una nación democrática libre, fundada en la capacidad de sus ciudadanos para cooperar y actuar...

...Para obligar a una persona a proporcionar datos personales es necesario que el legislador haya determinado en forma precisa y específica su finalidad y que las informaciones sean necesarias y adecuadas para el logro de dicha finalidad. De ahí que la recolección de datos en forma no anónima, copiados con finalidades indeterminadas o no determinables, sea inadmisibles. Todas las dependencias, que para el cumplimiento de sus funciones recojan datos personales, deberán también restringirse al mínimo requerido para alcanzar los fines que persiguen”.⁴⁴

Es de interés para el Estado Social que la tecnología, que recopila gran cantidad de datos, no viole este derecho fundamental de autodeterminación informativa, que pese a carecer de texto expreso en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, fue extraído de dos capitales derechos ampliamente reconocidos: la dignidad humana (Art.1, párrafo 1) y el libre desarrollo de la personalidad (Art. 2, párrafo 1).

Este pronunciamiento recayó sobre los recursos de amparo dirigidos contra la Ley sobre censo de población, profesión y lugares de trabajo (Ley de Censos de 1983) del 25 de marzo de 1982.

Tiene relación con la materia abordada sobre transparencia y publicidad de la información en la medida que, deben adoptarse los controles para que los datos que conciernen a la vida privada de las personas, a su esfera íntima personal o familiar, o la denominada privacidad, no queden susceptibles o expuestos, al punto que si no se toman las previsiones del caso, naveguen por el ciberespacio a modo de información pública, cuando el titular no ha prestado su consentimiento, el cual debe ser, a su vez, informado, al saber la finalidad de su utilización.

La confidencialidad, desde la faz del derecho como atributo de la persona humana, es sin perjuicio de que pueda ser invocada, cuando proceda, por un titular o interesado que sea una persona moral o ficticia, por ejemplo, como titular de informaciones de carácter confidencial de tipo comercial o industrial, que

⁴⁴ **SCHWABE**, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (Extractos de las sentencias más relevantes), Edita Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 96 y 98, en “www.kas.de/vf/doc/kas_16817-544-30.pdf”

puedan quedar al descubierto, irrogando daños, a su dueño o titular. Sobre este extremo son expresas las normas internas e internacionales sobre propiedad intelectual, industrial y derechos conexos, además de las de contratos públicos.⁴⁵

IX. Transparencia: Exigencia impostergable en los procedimientos de selección y en la contratación pública

La transparencia es un elemento esencial en la secuela del proceso de selección de contratistas y en su etapa cumbre, el contrato administrativo o público.

Entiendo que el artículo 266 de la Constitución nacional posee una influencia directa en la aplicación de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas, sean éstos cuales fueren. La Norma Superior dispone lo siguiente:

“Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se *harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.*

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación”. (Cursivas suplidas).

La licitación está prevista como el arquetipo de los procedimientos o trámites procesales previos para satisfacer las necesidades generales de la población, de diversa índole, de las que la propia Carta Fundamental menciona algunas. Disponiendo, a la vez, que pueden establecerse excepciones por vía de Ley. Estas salvedades a la licitación deben entenderse como eso, supuestos excepcionales en caso de contratos directos con algún proveedor o contratista, para que se preste un servicio, se construya una obra pública o suministren bienes, contrato directo que debe responder a una necesidad real, ni ficticia ni inventada para extraer ilícitamente fondos o recursos públicos.

No es irrazonable proponer un principio de interpretación restrictiva acerca de los supuestos en que es posible contratar directamente, y ante la duda, debe favorecerse la concurrencia de la mayoría de posibles ofertantes, en vez de la

⁴⁵ Por ejemplo, la española 30/2007, artículo 124, “...los órganos de contratación no podrán divulgar la información solicitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”; y con respecto al propio contratista se le obliga a “respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza debe ser tratada como tal...” (numerales 1 y 2).

exclusividad para escoger el contratista, porque esto último da pie a prácticas corruptas en la disposición de los fondos del presupuesto público.

¿Basta que la Ley prevea supuestos de contratación directa para que se justifique este proceder?

Los “Gobiernos de turno”, soslayando a la opinión pública, tienden a flexibilizar y obviar los procedimientos de selección, por la contratación directa, y amplían el cúmulo de actos que son exceptuados de los trámites previos a la selección del contratista.

A mi juicio, no basta que la *Ley formal* exceptúe de los procedimientos de selección de contratista, para que esté justificado este tipo de adquisición de bienes y servicios por la autoridad, ya que en el fondo podría encubrirse una forma no recomendable de legitimar mediante Ley expedida por la Asamblea Nacional posibles permisiones a actos de corrupción administrativa, violándose de este modo no sólo el texto sino el espíritu del artículo 266 de la Constitución, ya comentado.

El exceso o proliferación de supuestos “excepcionales de contratación directa”, puede generar un relajamiento en desmedro del principio de transparencia y las herramientas anticorrupción, que todo buen sistema de adquisición de bienes, servicios y construcción de obras debe preservar.

Al gobierno territorial o local le son aplicables las normas sobre contratación administrativa de la Ley 22 de 2006, por ende, debe ajustarse a obligación de ser transparente.

Ya sea en la Administración central o la descentralizada por funciones y territorialmente, la contratación directa es una puerta a la tentación, que permite entrar a la comisión de actos venales.

No es lo mismo supeditarse a una regulación prefijada que auspicia la libertad de concurrencia, preludio de la sana competencia entre oferentes, que tener vía libre para escoger a quien suministre bienes y servicios al Estado, porque este tipo de gabela puede inclinar la balanza en favor de donantes de campañas políticas, de allegados a funcionarios de jerarquía o de quienes manejan el expediente, o en beneficio de empresas vinculadas a tales funcionarios, que actúan a través de terceros (subcontratistas o simples testaferros).

En el fondo pareciera que normas claras sobre conflicto de intereses o incompatibilidades, sería lo que resolvería supuestos como los anotados; pero no es fácil cuando los espacios para la contratación directa y el “padrinazgo político”

se amplían e intervienen, bajo el pretexto de la demora en satisfacer la necesidad apremiante del servicio y la población, si se sigue el procedimiento ordinario de selección.

Por tanto, hay que saber distinguir entre la fuerza mayor y los hechos de la naturaleza o de otro tipo (terremoto, incendio, derrame de petróleo, infestación humana endémica, contaminación por otros productos, proveedor único, etc.) que imponen, justificadamente, un estado de emergencia, para lo que está previsto en la Ley una actuación rápida de las instituciones oficiales, que incluye adquirir bienes, obras y servicios del mercado con prontitud, de aquellas circunstancias que pese a estar revestidas de un clima de normalidad, la autoridad utilice la contratación directa como forma no excepcional sino ordinaria para adquirir aquéllos.

Es aquí cuando se exige el respeto irrestricto del principio de legalidad, siempre enfocado en el interés público, y no encubrir un interés particular ajeno a la finalidad constitucional, ya que de ocurrir esto último se produciría una clara desviación de poder en lo administrativo, con indicios de actos de corrupción, perseguibles penalmente.

El artículo 17 de la Ley 22 de 2006, sobre contratación pública, enuncia los principios que orientan la contratación estatal, y menciona, entre otros, a la transparencia. Se justifica así, plenamente, la regulación que contiene el artículo 18, numeral 6, de la misma excerta, porque proscribe la desviación de poder, para propiciar aquélla, a saber:

“6. Las autoridades no actuarán con **desviación de poder** o abuso de autoridad y ejercerán su competencia exclusivamente para los fines previstos en la Ley; además les será prohibido eludir los procedimientos de selección de contratista y los demás requisitos previstos en la presente Ley”.

La desviación de poder es la “emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la Ley”.⁴⁶

¿Cuáles son los fines que buscan la Ley y el Derecho en la prosecución o trámite de los procesos de selección de contratista y en la celebración de su punto culminante: el contrato administrativo? ¿Cuáles sino la transparencia, la satisfacción del interés público que yace en que se suplan las necesidades materiales y morales de la población?

⁴⁶ Según el artículo 201, numeral 37, de la Ley 38, de 31 de julio de 2000, cuyo Libro Segundo regula el procedimiento administrativo general.

La transparencia está casada con otros principios realmente importantes en todo el proceso pre y contractual de la contratación administrativa, para “asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado”, que es no sólo lo querido por la Ley sino por la Constitución. Esto supone que la actuación de las Juntas Calificadoras, Comisiones Evaluadoras o Juntas Verificadoras, o como se les denomine legalmente, debe prestarse con la objetividad, moralidad y ética que la función pública requiere, ponderando como debe ser las propuestas de los ofertantes y no con arbitrariedad o motivaciones particulares, en provecho propio de los funcionarios o de terceros que participen en connivencia.

La Ley española de contratos del sector público 30/2007, de 30 de octubre, establece como uno de sus objetos la “transparencia de los procedimientos”.⁴⁷

La regulación panameña fue dictada en el 2006, e introdujo innovaciones importantes, toda vez que encarga a un organismo autónomo, con personalidad jurídica, la tarea de regular y normativizar los procedimientos de selección de contratista, siguiendo las disposiciones de la Ley y directivas que ella misma dicte⁴⁸; esta entidad es la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGdeCP), y atribuye a otra institución denominada Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), la competencia para conocer de un recurso especial pleonásticamente llamado “Recurso de Impugnación”, con el cual se sustrae la antigua intervención del ente convocante para pronunciarse sobre los reproches que imputen a la adjudicación, uno u otros de los participantes.

La adjudicación es un acto administrativo con el que culmina la etapa precontractual, por ello es recomendable que las irregularidades que se le endilguen no quede a cargo de un funcionario político resolverlas, como ocurría antes.

El TAdeCP es una dependencia incardinada en la vía administrativa, “independiente e imparcial,”⁴⁹ sin personalidad jurídica, y ante él se agota esta esfera de competencia, previo al contencioso administrativo. Sus integrantes, tres profesionales del Derecho, son denominados por la Ley Magistrados.

Como parte de la novedad que hasta ahora ha dado buenos resultados, al ejercerse, a mi juicio, un *control preventivo de legalidad*, por el TAdeCP, que después queda sujeto a una revisión judicial ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, es que el expediente que acopie el TAdeCP por razón del recurso (o de otros asuntos de los que

⁴⁷ Cf. Art. 1 de la mencionada Ley. Publicación de la Escuela de Administración Pública de Castilla y León (Colección de Textos Legales), Edita Junta de Castilla y León, 2008, p. 39.

⁴⁸ Cf. Art. 10 de la Ley 22, de 27 de junio de 2006 (Texto Único publicado en la Gaceta Oficial Digital 26829, de 15 de julio de 2011).

⁴⁹ Cf. Art. 120, *Ibídem*.

también conoce), es semielectrónico, surtiéndose en el portal “www.panamacompra.gob.pa”, actos como notificaciones de resoluciones definitivas o interlocutorias, avisos o publicaciones de interés dentro de este procedimiento administrativo.

Con esto se pone en evidencia la utilidad de las herramientas de la informática, dentro del concepto de administración electrónica.

X. Transparencia y acceso a la información acerca del financiamiento privado de campañas político-electorales

Un tema que tiene especial atención es el del financiamiento privado de las campañas políticas.

Existen Estados como Venezuela cuya Constitución prohíbe, expresamente, el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado. Y en caso del financiamiento y contribuciones privadas a esos organismos, libra a la Ley su regulación con el cometido de un control que asegure “la pulcritud en el origen y manejo de las mismas”.⁵⁰

En Panamá ocurre que el Estado asume parte de los gastos de campaña de los que participan en contiendas políticas de elección popular, ya sea por postulación de un partido político, o por postulación libre, en las elecciones generales⁵¹.

Como se permite las donaciones o aportes dinerarios a los candidatos y partidos, de fuentes distintas al financiamiento público, por mero sentido común o razonabilidad, se requiere al mismo tiempo que la información sobre la identificación del donante sea de acceso público.

No puede haber secreto o restricción al acceso a esa información, al pueblo como titular del poder público, ya que ese dinero se utiliza para renovar ese poder cada cierto tiempo, mediante la ficción de la delegación, y es legítimo que cualquier persona como derechohabiente de su cuota de soberanía, e inmerso en un asunto de eminente interés público o colectivo, conozca no sólo los montos de las donaciones o contribuciones, sino su origen o identificación del donante, para las elecciones generales y en cualquier elección político partidista.

Los partidos políticos se deben a la comunidad y ejecutan funciones de impactante efecto social, en los sistemas democráticos. No existe razón que se

⁵⁰ Cf. Art. 67 de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela..., p. 32.

⁵¹ Cf. Artículo 179 del Código Electoral (Texto Único del Código Electoral ordenado por el Acuerdo No. 2, de 4 de septiembre de 2007, del Tribunal Electoral, que contiene la Ley 11 de 1983 y sus posteriores reformas). Edita Fiscalía General Electoral, Cultural Portobelo, Panamá, 2009, p. 72.

anteponga a la transparencia sobre la procedencia de sus fondos, menos aún tratándose de la renovación del poder público. Entre tanto, el pueblo y su soberanía, es lo que da sustento y legitimidad a los partidos políticos.⁵²

De la opacidad con que se maneje el referido tema, depende la marcha de la Administración y del Gobierno, de conformidad con lo que se denomina, abiertamente, como “espacios políticos”, que aparejan, por regla, ciertas ventajas de orden económico y “tráfico de influencias” dentro del engranaje oficial, para obtener canonjías o prebendas, o la posibilidad de recomendar a un número plural de personas, a cargos públicos de alta remuneración, con frecuencia familiares y allegados del benefactor, sin que sea el mérito el signo de la distinción que los coloca en esas posiciones de privilegio.

Véase que no nos referimos al antiguo nepotismo, como práctica que además de generar incompatibilidades e inhabilidades entre parientes cercanos para ejercer ciertos cargos, coetáneamente, en el espacio público o determinadas áreas de éste, sino al favoritismo que como una especie de compromiso adquieren los otrora “elegibles” (candidatos) ahora electos, quienes cuando toman posesión del puesto público, no sólo les viene acompañado de las atribuciones asignadas, sino del cúmulo de “obligaciones” inconfesables con los “donantes de sus campañas”.

Lo descrito es otra de las formas como se empobrece la democracia, y se corroe, porque se desnaturaliza. Ésta pasa a ser del tipo prebendaria y guiada por un pesado lastre de corrupción.

Algunos dirán que se ha quedado por fuera el asunto de los contratos públicos, y no es así porque el financiamiento privado de las campañas favorece el otorgamiento de este tipo de contratos por el donatario-beneficiario al donante, ya sea por contratación directa o mediante la escaramuza de una licitación que en el fondo no es tal, sino que ya tiene un “predilecto” adjudicatario del acto público.

Ante la corrupción lidiamos con un *factor de percepción* inevitable, porque ella salvo en los casos de descaró y escándalo de los dirigentes políticos y otros usufructuarios, que se hacen de manera abierta; ésta suele generarse de modo

⁵² El profesor Brewer-Carías explica que: “en las constituciones se ha dotado a la soberanía popular de un carácter jurídico y no sólo fáctico, lo que por supuesto no implica que se haga de la Constitución una fuente de la soberanía misma. El pueblo es el soberano y, como tal, es el que ha juridificado, al adoptar la Constitución, el ejercicio de su propia soberanía, otorgando además a la misma carácter supremo. En el Estado constitucional, por tanto, es el pueblo el que se autolimita mediante la Constitución adoptada como norma suprema para ejercer la soberanía; de manera que la Constitución normativiza su ejercicio”. **BREWER-CARIAS**, Allan. Reforma constitucional, Asamblea Constituyente y control judicial: Honduras (2009), Ecuador (2007) y Venezuela (1999), Edita Universidad Externado, Bogotá, 2009, p.14.

subrepticio, discreto u oculto, es decir, contrario a la Transparencia, incluso hasta empleando mecanismos revestidos de aparente legalidad.

Para su control se requiere que exista un servicio de administración de justicia fuerte, que cumpla el rol que le corresponde, dentro del sistema de pesos y contrapesos, no que fomente la impunidad de los corruptos, ya sea por inacción o ineficiencia, caso del Ministerio Público, o dictando los jueces sentencias que son verdaderos entuertos de la razón y la Ley.

Tomando como referencia la última campaña del año 2004, y de acuerdo a lo declarado, más de 25 millones de dólares es de origen desconocido por los ciudadanos panameños, por ser información reservada y solamente la conoce el Tribunal Electoral, “lo que no parece muy razonable, cuando parte de los fondos que utilizan los partidos políticos para funcionar es entregada por el Estado y es conocida por todos los panameños”.⁵³

Comparto la opinión que “La falta de transparencia y la inexistencia de límites a las contribuciones privadas a las campañas electorales no solamente es inequitativa y antidemocrática, sino que es la puerta de entrada de dinero ilícito al sistema democrático. Ya tuvimos algunas experiencias al respecto y nuestro país, ante la realidad del marcado crecimiento económico que estamos experimentando, no puede dejar de mirar lo que está ocurriendo en los demás países de Latinoamérica”.⁵⁴

XI. Garantías procesales para la tutela del Derecho a la Información y de la Transparencia como obligación estatal

1. Se entroniza el Hábeas Data

Cualquier derecho es susceptible de ser vulnerado por el obligado a cumplirlo. Esto hace que se establezcan instrumentos para protegerlo, como en el caso del derecho a la información y su acceso.

El ordenamiento panameño, con la Ley 6 de 2002, introdujo el *hábeas data* para tutelar los derechos de acceso a la información particular o de datos personales (que nos conciernen), y aquella que es de acceso libre o público, en caso de ser denegado su acceso o suministrada deficientemente, o de yacer de manera incorrecta en archivos públicos o privados.

⁵³ Cf. **GASNELL**, Carlos. Más Transparencia, más democracia, en “<http://www.prensa.com/impreso/opinion/mas-transparencia-mas-democracia-carlos-gasnell/71017#.T1jYudAc5E.gmail>”

⁵⁴ *Ibídem*.

En Panamá existe el hábeas data⁵⁵ para proteger datos personales o sensibles de las personas⁵⁶ (Art. 44), y en todo caso la posibilidad de que esos datos o información sean corregidos, actualizados, rectificados, suprimidos o se mantengan en confidencialidad, para respetar los derechos e intereses del titular susceptibles de ser afectados por esa incorrección o almacenamiento inadecuado de sus datos. Se acogió así el *Hábeas Data* en su modalidad *propia* para respetar la intimidad individual o familiar, aspectos que están inmersos en lo que se denomina la privacidad.

Esta figura jurídica también se adoptó para proteger el derecho de acceso a la información libre o pública, varias de cuyas aristas, no todas, hemos venido comentando en este artículo jurídico. Esto es lo que se conoce como *Hábeas data impropio*. Me parece oportuno citar el artículo 44 de la Carta Política nacional:

“Artículo 44. Toda persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando éstos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.

Esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución.

Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal.

La Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial”.

La fuente legal precedió a la constitucional, y la Carta Magna vino a solidificar en el 2004 el respeto a tan importantes derechos fundamentales, fijando claramente la garantía constitucional para su tuición, sin los cuales el sistema democrático se hace inviable, o en otras palabras, adolecería de un defecto, que

⁵⁵ Art. 44 de la Constitución y Ley 6 de 2002.

⁵⁶ La ley uruguaya de Protección de Datos Personales No.18,331, de 17 de agosto de 2008, Art. 4, literales D y E, respectivamente, define “**Dato personal**” como “información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables”; y “**Dato sensible**” como “datos personales que revelen origen racial y étnico, preferencias políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical e informaciones referentes a la salud o a la vida sexual”.

iría en contravía a la naturaleza humana en el aspecto de preservar su intimidad, afectando el santuario del “derecho de estar solo”, porque lo íntimo es lo que concierne a lo más recóndito de cada quien, que merece discreción frente a los ojos de terceros; y sólo el titular del derecho puede compartir ese dato o información, salvo que haya una causa legal que viabilice que la autoridad tenga acceso a la misma, con el requisito que debe tomar las medidas para que la información no trascienda, a quien no sea destinatario o tenga un derecho o interés legítimo.

Igual ocurriría con el acceso a la información libre o pública si no existiese un mecanismo para amparar el derecho en caso de infracción por la autoridad o sujeto obligado que detente este tipo de información. El particular en virtud de lo que dispone la Constitución (Art. 43), puede exigir acerca de la información de interés colectivo “tratamiento leal y rectificación”, mediante el hábeas data.

La regulación de las figuras procesales mediante las cuales se trata de proteger los derechos anotados, es tema de orden interno, y por ende sujetos a las especificidades y matices propios de la idiosincrasia del ordenamiento respectivo.

Este estudio y análisis previos me llevan a afirmar que las regulaciones son similares, con variaciones en denominaciones, mas con el denominador común de diseñar un instrumento de protección al derecho fundamental a la información, y con ello instituir la herramienta para lograr el acceso, sin lo que el derecho sería inocuo, esto es, quedaría a merced o gracia de la autoridad conferirlo o no, cosa que, para bien de las libertades públicas y de los derechos fundamentales, es de otra manera por la consagración de acciones, figuras procesales o simplemente por lo que se denomina, en algunos sistemas, hábeas data.

En Uruguay, la Ley No. 18,381, de 17 de octubre de 2008, contempla a partir de su artículo 22, la “Acción de acceso a la información”.

Son interesantes las regulaciones al respecto en el Perú y Ecuador, que ahora se escapan de nuestro análisis y descripción.

2. Definición de Hábeas Data

Al ensayar una definición del instrumento protector, quise recoger varios elementos a mi juicio importantes de la figura, fue por ello que en una acepción descriptiva, he dicho que: “**Hábeas data** es una locución latina que -a modo del **hábeas corpus**- etimológicamente significa “téngase en su posesión” (hábeas); aunque, en este caso, no el cuerpo o “corpus” del reo o acusado de la comisión de un delito, sino “el dato o información” (data), que requiere ser *conocido, eliminado,*

corregido, actualizado o conservado como confidencial, porque de ello depende el respeto de otros derechos de la personalidad relacionados a la intimidad, el honor, reputación, buen nombre, imagen, privacidad individual o familiar; y, en su variante insurgente, el derecho del particular a tomar conocimiento de información de carácter público, detentada por funcionarios o instituciones oficiales, o “de personas privadas que presten servicios públicos”, no restringida o reservada, que se le haya negado u omitido proporcionar sin causa legal o constitucional, o que proporcionada, lo haya sido de modo incompleto o deficiente”.⁵⁷

En un inicio, *data* era el plural y *datum* singular; ahora *data* se usa indistintamente para el singular y el plural, *dato* o *datos*.⁵⁸

En Perú, el *hábeas data* está previsto constitucionalmente, lo mismo que en Venezuela. La Constitución de Brasil de finales de los años ochenta del siglo pasado, fue la primera en insertarlo con tal denominación al más alto rango del orden jurídico; sin embargo, como nos comenta Durán Martínez, aludiendo a Puccinelli, en Brasil la Ley 824 de 1984 del Estado de Río de Janeiro contempló la figura, al igual que un anteproyecto de Ley de 1981, que redactó el Congreso Pontes de Miranda, reunido por la Orden de Abogados y el Instituto de Abogados de Río Grande do Sul, que no avanzó, pero en que aparecía la denominación “*hábeas data*”⁵⁹.

Y se suele emplear como antecedentes constitucionales más antiguos, aunque sin emplear la denominación *hábeas data*, las constituciones de Portugal de 1976 (Art. 35) y de España de 1978 (Arts. 18 y 105).⁶⁰

⁵⁷ SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto. *Constitucionalización del Derecho a la Información...*, p. 134. El profesor uruguayo Augusto Durán Martínez ha citado nuestra definición en su interesante obra *Derecho a la protección de datos personales y acceso a la información pública*. Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 2009, pp. 134-135.

⁵⁸ Cf. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Op. Cit. citando a Víctor Bazán, p. 128.

⁵⁹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Op. Cit., p. 127.

⁶⁰ *Ibídem*, p. 128.