ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA

Monográfico coordinado por: Jaime Pintos Santiago

DOCTRINA

PRIMERA PARTE: ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

- ÉTICA Y DERECHO EN EL SIGLO XXI: ACUÑACIÓN DEL *ETHOS-ARETÉ* COMO MONEDA DE CURSO LEGAL. José Luis Martín Moreno
- NECESARIA REGENERACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES A TRAVÉS DE LA MERITOCRACIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PROVISIÓN Y CESE EN PUESTOS DE TRABAJO POR EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN. Roberto Mayor Gómez
- ÉTICA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. Ximena Pinto Nerón
- LA ÉTICA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LOCAL Rafael Casas Aranda

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA

- DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. Ernesto Jinesta Lobo
- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: ¿DÓNDE ESTÁ EN EL EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA? Jorge Fondevila Antolín
- TRANSPARENCIA MUNICIPAL Y DERECHOS DE LAS PERSONAS COMO BASE DE LOS PROYECTOS DE GOBIERNO ABIERTO Y SMART CITY. Victor Almonacid Lamelas
- FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN COSTA RICA: TRANSPARENCIA DE SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL. Elard Gonzalo Ortega Pérez
- ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO Javier Ruiz-Tapiador Sanmartín

ISSN- E 1887-0929

ALetheia

CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

COMITÉ CIENTÍFICO

SOSA WAGNER, FRANCISCO
SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS
SAIZ DE MARCO, ISIDRO
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL
REQUENA LÓPEZ, TOMÁS
PALMA LÓPEZ, CRISTINA
PINTOS SANTIAGO, JAIME
MOREU SERRANO, GERARDO
MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO
MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS
MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ

GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN
GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE
GALÁN JUÁREZ, MERCEDES
ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL
CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE
CAMY ESCOBAR, JESÚS
CAIADO AMARAL, RAFAEL
BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS
BELADÍEZ ROJO, MARGARITA
ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER

SECRETARIO:

RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL

SECRETARIA ADJUNTA:

PARERA CARRETERO, SOLEDAD

Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006

MONOGRÁFICO
ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA

SUMARIO:

PRESENTACIÓN (Jaime Pintos Santiago)

Págs.
1-10

DOCTRINA

PRIMERA PARTE: ÉTICA PÚBLICA

Págs.

11-50 Ética y Derecho en el siglo XXI: acuñación del *Ethos-Areté* como moneda de curso legal
José Luis Martín Moreno

51-84 La necesaria regeneración de las Administraciones Públicas y órganos constitucionales a través de la meritocracia: análisis jurisprudencial de la provisión y cese en puestos de trabajo por el sistema de libre designación.
Roberto Mayor Goméz

85-116 Ética y contratación pública.
X**imena Pinto Nerón**

117-134 La Ética en la Función Pública. Especial referencia al ámbito local
Rafael Casas Aranda

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA

135-156 Derecho de acceso a la información.
Ernesto Jinesta Lobo

157-192 El principio de transparencia: ¿Dónde está en el empleo público en España?
Jorge Fondevila Antolín

DOCTRINA

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA (continuación)

Págs.

193-234 Transparencia municipal y derechos de las personas como base de los proyectos de gobierno abierto y smart city.
Victor Almonacid Lamelas

235-282 Fideicomisos públicos en Costa Rica: transparencia de su actividad contractual.
Elard Gonzalo Ortega Pérez

283-300 Análisis del proyecto de reglamento de desarrollo de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.
Javier Ruiz-Tapiador Sanmartín

TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVAY DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION ADMINISTRATIVA

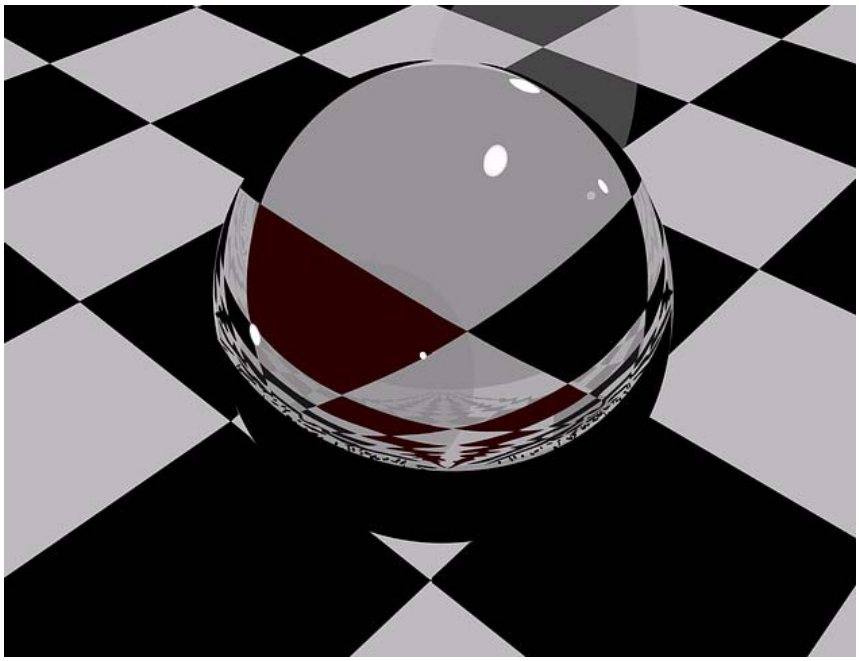
DR. ERNESTO JINESTA LOBO[1]

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I.- LA OBLIGACIÓN ADMINISTRATIVA A LA TRANSPARENCIA. 1.- Principio de Transparencia Administrativa. 2.- Democracia o cláusula de Estado Democrático y principios de Transparencia, publicidad y participación política y administrativa directas. 3.- Tensión dinámica entre los principios de Transparencia Administrativa, Publicidad y Secreto Administrativo. 4.- Secreto Administrativo y corrupción administrativa. 5.- Transparencia Administrativa y Derecho de Autodeterminación Informativa. II.- DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. 1.- Precisión terminológica. 2.- Mecanismo de control. 3.- Justificación. 4.- Carácter instrumental. 5.- ¿Derecho de la 4ª generación o nuevo Derecho? 6.- Tipología del Derecho de Acceso a la Información Administrativa. 7.- Estructura constitucional y legal. A.- Fundamento constitucional. B.- Sujeto Activo. B.1.- General. B.2.- Acceso institucional privilegiado. C.- Sujeto pasivo. D.- Ámbito objetivo. E.- Contenido del Derecho de Acceso de Información Administrativa. F.- Tipología. F.1.- Derecho de acceso ad intra. F.2.- Derecho de acceso ad extra. G.- Garantías. G.1.- Derecho de acceso ad extra. G.2.- Derecho de acceso ad intra. H.- Límites. H.1.- Intrínsecos. H.2.- Extrínsecos. CONCLUSIÓN.

[1] www.ernestojinesta.com; Presidente de la Academia Costarricense de Derecho; Presidente de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo; Miembro de la Comisión Académica y profesor del programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano (DAI) coordinado por la Universidad de la Coruña con diez universidades de Iberoamérica; Miembro de las siguientes entidades académicas internacionales y regionales: a) Asociación Internacional de Derecho Administrativo; b) Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo; c) Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo; d) Red Iberoamericana de Contratación Pública; e) Red Internacional de Bienes Públicos; f) Red Euro-latina de docentes en Derecho Administrativo; g) Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; h) Asociación Mundial de Justicia Constitucional y i) Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA



crystal-29300 (CC0 PD; en pixabay.com)

INTRODUCCIÓN

Norberto Bobbio definió, hace más de veinte años, la democracia como "el Gobierno del Poder Público en Público" (La democracia y el poder invisible, 1980), diez años después afirmó que "...un Estado tiene mayor o menor democracia según sea la extensión del poder visible respecto del invisible".

Las Administraciones Públicas deben ser y aparecer como verdaderas casas de cristal en cuyo interior pueda penetrar fácilmente el ojo avizor y escrutador de los administrados y de las organizaciones colectivas fundadas por éstos para que puedan contemplar, entender y fiscalizar su organización y funciones. Deben dejar de ser fortalezas inexpugnables mudas y herméticas y transformarse en organizaciones que abran canales fluidos de comunicación e información con los administrados. Las estructuras administrativas burocráticas y autoritarias deben ser sustituidas por otras traslúcidas, cristalinas, accesibles y sencillas proclives a darse a conocer y entender.

La Transparencia Administrativa tiene diversos perfiles y mecanismos de actuación, siendo uno de los principales el Derecho de Acceso a la Información Administrativa. No obstante lo anterior, antes de ocuparnos de los contornos propios de esa garantía individual nos referiremos a algunos de

los aspectos generales directamente conexos con la categoría dogmática de la Transparencia Administrativa.

I.- LA OBLIGACIÓN ADMINISTRATIVA A LA TRANSPARENCIA

En el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho la Transparencia Administrativa es una obligación de toda Administración Pública. Tal obligación se traduce en el deber de las Administraciones Públicas de informar a los administrados de los diversos aspectos de la gestión administrativa y en los derechos correlativos de los administrados a ser informados, por parte de las Administraciones Públicas, veraz y objetivamente y a buscar información en éstas.

La obligación a la Transparencia Administrativa no tiene un contenido homogéneo, unívoco, es un instituto jurídico que al señalar el deber ser o arquetipo de toda Administración Pública aglutina una serie de instituciones, mecanismos e instrumentos para actuarla o concretarla cuyo único fin o propósito es hacer visible el poder administrativo.

Esta obligación tiene asidero en varios principios, valores y preceptos constitucionales.

Sobre el particular, la Sala Constitucional en su reciente Voto No. 2120-03 de las 13:30 horas del 14 de marzo del 2003, estimó lo siguiente:

> ***"I.- TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS.*** *En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política)...".*

1.- Principio de Transparencia Administrativa.

La búsqueda de Transparencia en todos los sectores y actividades obedece a la ideología de la información y la comunicación propia de la sociedad digital, por ello se habla de "sociedad de la información", "cultura informática" y "revolución informática".

El enemigo de esa nueva ideología es la entropía, el hermetismo, el secreto, la opacidad, la complejidad y el caos, la forma de combatirlo es con el intercambio fluido de información vertical (hacia los administrados) y horizontal (entre los órganos y entes).

El principio de Transparencia hace referencia a la obligación de las Administraciones Públicas de abrir canales permanentes y fluidos de información y comunicación con los administrados y al derecho correlativo de éstos de saber, conocer, entender y fiscalizar los pormenores de la organización y función administrativas.

Este principio demanda un replanteamiento de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los administrados, sustituyendo los principios de autoridad, jerarquía, supremacía y subordinación por el de negociación o concertación de tal modo que los segundos sean vistos como socios, clientes o consumidores de las primeras. Debe reivindicarse el principio de la supremacía del individuo o la persona como eje rector del Derecho Administrativo.

La Transparencia Administrativa es un instrumento para la realización efectiva de otros principios y valores constitucionales y derechos al permitir la existencia y fortalecimiento del sistema democrático, la diversificación de los controles de la función administrativa, la participación política y administrativa directa, real y efectiva en el manejo asuntos públicos, también fortalece la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica, la eficacia de la función administrativa, los derechos a comunicar y recibir libremente información veraz y objetiva y a la formación de una opinión pública madura y crítica.

La Transparencia Administrativa tiene por objeto no solo la información contenida en archivos, registros, expedientes y documentos sino toda la relativa al entero desenvolvimiento de la actuación y gestión administrativas (función, competencias, procedimientos, esquemas organizacionales, recursos humanos, financieros y materiales).

2.- Democracia o cláusula de Estado Democrático y principios de Transparencia, publicidad y participación política y administrativa directas.

Gregorio Arena afirma que no hay verdadera democracia sin transparencia y viceversa (Transparencia administrativa y democracia, 1993), por su parte, Paolo Barile estima que los principios de la Transparencia Administrativa y publicidad están implícitos en el concepto o cláusula del Estado Democrático o de la democracia representativa, razón por la que no ha existido preocupación por enunciarlos (Democracia y Secreto, 1987).

Lo anterior nos conduce, irremisiblemente, a la conclusión de que el secreto administrativo tiene un carácter excepcional y restrictivo, que se justifica, única y exclusivamente, cuando por su medio se tutelan bienes e intereses constitucionalmente más relevantes.

El fundamento teórico de los principios de transparencia y publicidad está en la legitimidad democrática en el ejercicio del poder público y la soberanía. El pueblo tiene el derecho a ser informado de la actuación de los entes, órganos y funcionarios públicos, puesto que, los sujetos que los legitiman deben controlar y fiscalizar el poder ejercido a nombre y por cuentas de éstos.

3.- Tensión dinámica entre los principios de Transparencia Administrativa, Publicidad y Secreto Administrativo.

Es un hecho que existe una lucha dialéctica entre la luz y la oscuridad administrativas, entre el poder visible e invisible.

Las estructuras burocráticas, cerradas y autoritarias de las Administraciones Públicas se han escudado, tradicionalmente, en la “ley impenetrable de secreto” (Alvarez Rico) para ejercer sus competencias, cuando es lo cierto que el secreto debe ser la excepción y la Transparencia Administrativa la regla en un régimen democrático.

La prevalencia del principio del secreto de Estado ha sido producto de una errónea interpretación de algunos principios de la organización y función administrativas tales como los de eficacia, eficiencia, celeridad, continuidad y regularidad, con lo que se ha creado una seudo-obligación de las Administraciones Públicas de mantener y guardar secreto como si se tratara de un mal necesario bajo el argumento falaz del entorpecimiento de la actuación administrativa.

Sabido es que secreto y administración ineficiente constituyen un binomio históricamente inseparable, el hermetismo es una evidente y clara disfunción de las Administraciones Públicas.

El secretismo o hermetismo potencian el ejercicio de un poder ilimitado e incontrolado al existir una relación directa entre poder oculto e invisible y la ausencia de límites y controles, son caldo de cultivo de la corrupción, la amoralidad, la arbitrariedad y la ilegalidad.

Si la información produce poder su efecto se multiplica si se mantiene oculta por lo que en toda sociedad hay elites o grupos políticos y burocráticos interesados en monopolizarlo para evitar los controles y patrimonializar algunas parcelas de la Administración Pública.

El secreto resquebraja el precario equilibrio existente entre autoridad y libertad convirtiendo a la Administración Pública en un verdadero "leviatán informado y documentado" (Castells Arteche).

El secreto administrativo se justifica en circunstancias excepcionales y calificadas para la tutela de intereses y bienes constitucionalmente relevantes (v. gr. Defensa y seguridad nacionales, relaciones internacionales, represión y averiguación de delitos, etc).

La Transparencia Administrativa debe ser la regla a reivindicar para el logro efectivo de una democracia administrativa cabal.

4.- Secreto Administrativo y corrupción administrativa.

Secreto y Administración Pública cerrada son ambientes propicios para la corrupción administrativa, entendida como la utilización de potestades públicas para intereses particulares o de terceros.

La corrupción es el cáncer de los sistemas democráticos que ataca directamente su legitimidad y credibilidad y que empobrece a los pueblos por el robo, malversación y uso clientelista de los fondos públicos.

La Transparencia Administrativa, en sus diversas manifestaciones concretas y específicas, es un poderoso y valioso instrumento de lucha contra la corrupción. Sólo un régimen transparente, pluralista, participativo y tolerante es adecuado para una lucha frontal contra la corrupción.

5.- Transparencia Administrativa y Derecho de Autodeterminación Informativa.

Las Administraciones Públicas disponen hoy de gran cantidad de información de los particulares, incluso datos sensibles o personales, que, en ocasiones, no son suministrados voluntariamente sino por la necesidad de recibir un servicio público, de participar en un contrato administrativo o por el cumplimiento de deberes como el tributario.

Esos datos son sometidos a procesamiento o tratamiento informático o automatizado para ser incluidos en bases o bancos de acceso público –intraredes e internet-, todo ello provoca serios riesgos para la intimidad y la reserva. Se debe reformar la Constitución Política para introducir en las garantías individuales el Derecho a la Autodeterminación Informativa que le permita a la persona acceder los datos propios que consten en bancos o ficheros automatizados para saber quienes tienen acceso, bajo qué condiciones, el uso que se les da y su propósito, así como para solicitar su actualización, rectificación, modificación y eliminación cuando son lesivos o falsos.

II.- DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.

1.- Precisión terminológica.

Algunos autores restringen el concepto del Derecho de Acceso a la Información Administrativa al deber de las Administraciones Públicas de transmisión no solicitada por el administrado de datos, obviamente no compartimos esa visión restringida.

Preferimos el término Derecho de Acceso a la Información Administrativa que el tradicional de Derecho de Acceso a los Archivos y Registros Administrativos por las siguientes razones:

a) El artículo 30 de la Constitución Política establece el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, no lo circunscribe a los archivos y registros administrativos.
b) El acceso a la información administrativa es una noción más amplia que comprende no sólo el derecho de acceso ad extra –fuera de un procedimiento administrativo- sino también el derecho de acceso ad intra –dentro de un procedimiento administrativo-.

c) Hay información administrativa general o particular que no consta en archivos, registros o expedientes (planes, mapas oficiales, etc.) o documentación cuya titularidad es privada pero cuyo conocimiento es de interés público (munera pubblica -concesionarios, notarios públicos, topógrafos, ingenieros, auxiliares de aduanas- empresas públicas-entes de derecho privado, etc.).

2.- Mecanismo de control.

El Derecho de Acceso a la Información Administrativa es un mecanismo que le permite al administrado un mejor control de la legalidad, oportunidad, conveniencia y eficacia de la función administrativa.

Al respecto la Sala Constitucional en el Voto 2120-03 puntualizó lo siguiente:

> *"II.- (...) El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes."*.

3.- Justificación.

a) La información protege, en primer lugar, a la Administración Pública de sí misma, ya que, evita que caiga bajo el dominio de grupos de interés que desean protegerse en la penumbra del secreto de Estado o de las informaciones reservadas y clasificadas, y la aparta de la tentación de adoptar posiciones crípticas o autoritarias, ambiente propicio del malestar, descontento y de la fermentación sociales.
b) Sirve de eficaz contrapeso a las prerrogativas y potestades de la Administración Pública, evitando los riesgos y efectos del abuso del poder y de la arbitrariedad.

c) Es instrumento para una protección cualitativamente superior de los derechos de los administrados.
d) Facilita el control de la Administración.
e) Evita la inercia, irresponsabilidad y amoralidad administrativas, dada la transparencia.

4.- Carácter instrumental.

El Derecho de Acceso a la Información Administrativa es condición indispensable para el ejercicio de otros Derechos fundamentales (Derechos a la información, derecho de participación política y administrativa directas, derecho de expresión u opinión). En el Voto No. 2120-03 la Sala Constitucional consideró lo siguiente:

> *"II.- (...) El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas."*

5.- ¿Derecho de la 4ª generación o nuevo Derecho?

La doctrina italiana ha insistido en que es un derecho de la cuarta generación (los denominados "derechos administrativos") o un nuevo derecho por no estar contemplado en la constitución de ese país.

Esos nuevos derechos son calificados como las libertades administrativas de los años 90 que demandan estructuras organizativas idóneas, presupuestos institucionales y su desarrollo legislativo para definir claramente los sujetos, el objeto, los límites y los deberes y obligaciones de los entes públicos y en general los mecanismos para gozarlos y tutelarlos.

Se afirma que la situación de libertad no es el contenido de esos derechos sino su consecuencia, constituyen condiciones para ampliar y mejorar el ámbito de libertad.

Estas consideraciones no resultan aplicables al caso costarricense, puesto que, desde 1949 contamos con el derecho al libre acceso a los departamentos administrativos (artículo 30), con lo que el constituyente se adelantó en varias décadas a otros Ordenamientos Jurídicos reputados como de avanzada. Lo que se echa de menos, después de más de medio siglo de vigencia de la Constitución Política, es la falta de desarrollo legislativo. Tal omisión legislativa resulta inaudita, aunque ha sido parcialmente compensada por la actuación práctica que le ha dado la Sala Constitucional a los principios de eficacia directa e inmediata de los Derechos fundamentales, su vinculación más fuerte y a la supremacía de la Constitución Política.

6.- Tipología del Derecho de Acceso a la Información Administrativa.

Derecho de acceso ad intra –dentro de un procedimiento administrativo- se ejerce uti singuli, única y exclusivamente por las partes interesadas o sus representantes en un procedimiento administrativo concreto y particular –acceso participativo- su propósito es la participación y defensa de la situación jurídica sustancial aducida y tutelada a través de un procedimiento administrativo.

Derecho de acceso ad extra –fuera de un procedimiento administrativo- se ejerce uti universi por cualquier persona o administrado interesado en acceder determinada información administrativa –acceso cognoscitivo e informativo- su propósito es la transparencia e imparcialidad administrativas.

Tal y como lo veremos la legitimación, el sujeto activo y las garantías formales de protección varían en uno y otro.

La Sala Constitucional en el Voto No. 2120-03 establece tal distinción de la siguiente forma:

> ***"III.- TIPOLOGÍA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.*** *Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra –fuera- y (b) ad intra –dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder a una información administrativa determinada –uti universi- y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –uti singuli-. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado "Del acceso al expediente y sus*

piezas", Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274. El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional. La regulación de este derecho ha sido fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la Ley del Sistema Nacional de Archivos No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos –sujetos pasivos- que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal)."

7.- Estructura constitucional y legal.

A.- Fundamento constitucional.

El derecho contemplado en el párrafo 1º del artículo 30 de la Constitución Política, se encuentra vinculado a otros derechos como el de petición –artículo 27-, respuesta, información veraz y objetiva, y a principios y valores constitucionales como los de participación política y administrativa directas, pluralismo democrático, transparencia y publicidad.

B.- Sujeto Activo.

B.1.- General.

El texto constitucional no define claramente cuál es el sujeto activo, puesto que en otros preceptos concernientes a los derechos y garantías individuales emplea expresiones tales como "todo costarricense, "todo hombre", "los habitantes de la república". Por la aplicación de los principios de hermenéutica constitucional "pro homine" y "pro libertate" debe entenderse que es todo administrado o persona.

Sobre el punto la Sala Constitucional en el voto No. 2120-03 consideró:

> *"IV.- (...) El sujeto activo del derecho consagrado en el artículo 30 de la Carta Magna lo es toda persona o todo administrado, por lo que el propósito del constituyente fue reducir a su mínima expresión el secreto administrativo y ampliar la transparencia y publicidad administrativas (...)."*

B.2.- Acceso institucional privilegiado.

En nuestro Ordenamiento Jurídico existen órganos y entes que ostentan un derecho de acceso privilegiado por razón de los cometidos y fines asignados, así la Sala Constitucional en el pluricitado Voto No. 2120-03 señaló lo siguiente:

> *"IV.- (...) Independientemente de lo anterior, el texto constitucional prevé, también, un acceso institucional privilegiado a la información administrativa como, por ejemplo, del que gozan las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política) para el ejercicio de su control político. Debe advertirse que el acceso institucional privilegiado es regulado por el ordenamiento infraconstitucional para otras hipótesis tales como la Contraloría General de la República (artículos 13 de la Ley Orgánica No. 7428 del 26 de agosto de 1994; 20, párrafo 2º, de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 del 17 de junio de 1983 y sus reformas), la Defensoría de los Habitantes (artículo 12, párrafo 2º, de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 y sus reformas), las comisiones para Promover la Competencia y Nacional del Consumidor (artículo 64 de la Ley No. 7274 del 20 de diciembre de 1994), la administración tributaria (artículos 105, 106, y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), etc.".*

C.- Sujeto pasivo.

El constituyente proclamó el principio de transparencia y publicidad de todos los "departamentos" de las Administraciones Públicas, por lo que incluye todo el conjunto variado de órganos y entes que conforman la Administración Pública Central y descentralizada (territorial –municipalidades-, institucional –instituciones autónomas, semiautónomas- y corporativa –profesional o Colegios Profesionales, productiva e industrial –LAICA, ICAFE, CONARROZ, etc.-).

Tal y como se estima en el Voto No. 2120-03 de la Sala Constitucional, el Derecho de Acceso de Información Administrativa debe hacerse extensivo a las empresas públicas-ente derecho privado (V. gr. RECOPE S.A., Correos de Costa Rica S.A., RACSA, Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., Operadoras de Pensiones Complementarias y Puestos de Bolsa –todas sociedades anónimas- de los Bancos comerciales del Estado, el INS y el Banco Popular de Desarrollo Comunal), sobre todo respecto de aquellos documentos que constan en sus archivos, registros y expedientes (privados) pero cuyo conocimiento es de interés público. De igual forma, debe entenderse que comprende a los particulares en el ejercicio transitorio o permanente de funciones públicas –munera pubblica: notario público, ingenieros arquitectos, civiles, topógrafos, auxiliares de aduanas, concesionarios, etc.- cuando la información sea de interés público.

Finalmente, estimamos que se debe hacer extensivo el derecho fundamental de estudio a los servicios públicos virtuales o impropios –frente a los propios que son gestionados de forma directa o indirecta por la respectiva administración pública-, esto es, aquellos que son prestados por una persona de derecho privado. Este tipo de servicios satisface –indirectamente- necesidades de carácter general o colectivo y están sometidos a un intenso régimen de derecho administrativo (v. gr. hospitales y clínicas privadas, farmacias, educación privada, cuerpos policiales privados, bancos privados etc.).

Sobre la ampliación de la cobertura subjetiva pasiva del Derecho de Acceso a la Información Administrativa, la Sala Constitucional en el Voto No. 3489-03 de las 14:11 horas del 2 de mayo del 2003 avanzó un paso fundamental, al distinguir varias etapas en el ciclo de los partidos políticos. En efecto, en esta sentencia queda claro que la formación de tales agrupaciones es privada pero *"IV.- (...) después del acto privado de fundación y de su respectiva inscripción registral, el partido político pierde su connotación privada y asume, como organización de base asociativa, un relevante interés público, puesto que, por su medio los electores canalizan el principio y el derecho de participación política, con lo que pasan a estar sometidos a un régimen de derecho público, independientemente, del carácter privado de su constitución. Ese régimen de derecho público empieza por su constitucionalización, lo que demuestra la clara y fiel intención del constituyente de resaltar el relevante interés público que reviste su operación y funcionamiento como una forma de propiciar la participación política y el pluralismo democrático, tanto es así que el numeral 96 de la Constitución le*

impone el deber al Estado de contribuir en el financiamiento de los gastos de los partidos políticos que sean comprobados en debida forma. Es el texto constitucional el que fija de forma explícita una serie de limites razonables a la constitución y funcionamiento de los partidos políticos y los exhorta a respetarlo. El régimen público al que están sujetos los partidos políticos es desarrollado y especificado al nivel infraconstitucional por el Código Electoral exigiendo su registro (artículo 57 párrafo 3°), al indicar que su patrimonio estará conformado, entre otros renglones, por la contribución del Estado a que tengan derecho (artículos 57 bis, 176 y siguientes) y al exigirles, en sus estatutos, fidelidad constitucional y democrática (artículo 58 incisos d y l).”

A partir de la premisa anterior y de lo establecido en la propia Constitución Política la Sala Constitucional concluyó lo siguiente:

> ***“V.- PATRIMONIO DE LOS PARTIDOS POLITICOS Y PUBLICIDAD DE LAS CONTRIBUCIONES PRIVADAS.*** *El patrimonio de los partidos políticos está conformado por las contribuciones de sus partidarios, los bienes y recursos que autoricen sus estatutos no prohibidos por la ley y la contribución del Estado en la forma y proporción establecidas en el ordinal 96 de la Constitución Política. Evidentemente, los fondos aportados por el Estado –por su origen y destino- están sujetos a los principios constitucionales de publicidad y trasparencia y, en lo que se refiere a las aportaciones privadas, por aplicación del texto constitucional y legal, acontece lo mismo, dada la sujeción de los partidos políticos a un régimen de derecho público una vez que entran en funcionamiento y operación. En efecto, el párrafo 3° del artículo 96 constitucional dispone con meridiana claridad que "Las contribuciones privadas a los partidos políticos estarán sometidas al principio de publicidad y se regularán por la ley", con lo que sobre este particular el constituyente no admite que ninguna agrupación política puede escudarse en un supuesto secreto financiero o bancario para evitar el conocimiento público del origen y los montos de las contribuciones privadas. La sujeción de tales aportes al principio de publicidad trae causa de la naturaleza de interés público de la información atinente a los mismos, puesto que, el fin de la norma constitucional es procurar la licitud, sanidad financiera y transparencia de los fondos con que se financia una campaña política por cuyo medio el electorado designa a las personas que ocuparan los puestos de elección*

> *popular desde donde serán adoptados y trazados los grandes lineamientos de la política institucional del país (...).”*

La Sala Constitucional en este trascendental voto No. 3489-03 (el recurrido lo fue el Banco de Costa Rica), analizó dos hipótesis diferentes, a saber: a) el acceso a la información acerca de las cuentas corrientes de los partidos políticos que participaron a escala nacional y b) la solicitud de las cuentas corrientes que poseían varias sociedades anónimas presuntamente vinculadas con las tesorerías de campaña de los partidos políticos. Al respecto, esa Sala especializada consideró lo siguiente:

> *“VI.- (...) En lo relativo al supuesto a) es menester indicar que en vista de la sujeción del patrimonio de los partidos políticos -independientemente de su origen privado o público- a los principios de publicidad y transparencia por expresa disposición constitucional (artículo 96, párrafo 3°) la cantidad de cuentas corrientes, sus movimientos y los balances que los partidos políticos poseen en los Bancos Comerciales del Estado, bancos privados y cualquier entidad financiera no bancaria son de interés público y, por consiguiente, pueden ser accesados por cualquier persona. Frente a la norma constitucional de la publicidad de las contribuciones privadas de los partidos políticos no se puede anteponer el secreto bancario, puesto que, esta institución no tiene rango constitucional sino legal. En todo caso debe entenderse que el párrafo 3° del artículo 96 de la Constitución Política constituye un principio instrumental para hacer efectivo el goce y el ejercicio del derecho fundamental consagrado en el artículo 30 de la norma fundamental, esto es, el acceso a la información de interés público. Las contribuciones privadas de los partidos políticos están expresamente excepcionadas del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad establecido en el artículo 24 de la Constitución, o lo que es lo mismo la transparencia o publicidad de las contribuciones privadas a los partidos políticos es un límite extrínseco o limitación al derecho esencial anteriormente indicado. Sobre el particular, la regla debe ser que si cualquier persona puede obtener de un partido político información de interés público sobre esa agrupación como lo es el origen y el monto de sus contribuciones privadas, de igual forma puede obtenerla de cualquier otro ente -público o privado- que la disponga o posea. En lo tocante a la hipótesis b) este Tribunal estima que el número de cuentas corrientes que posea una persona jurídica u organización colectiva del Derecho Privado -*

Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Fundación, Asociación, etc.-, sus movimientos y sus balances, en tesis de principio, sí están cubiertas por el derecho a la intimidad, puesto que, en esta hipótesis no opera la limitación constitucional expresa establecida para las contribuciones de los partidos políticos. En tal supuesto, rige, además, el instituto legislativo del secreto bancario contemplado en el artículo 615 del Código de Comercio para el contrato de cuenta corriente. La regla anterior tiene como excepción la demostración fehaciente e idónea que un partido político le ha transferido a una de tales personas jurídicas parte de sus aportaciones privadas, puesto que, de ser así la información dejaría de ser privada -propia de una relación meramente contractual- y se tornaría de interés público (...).”

D.- Ámbito objetivo.

La Sala Constitucional en el Voto No. 2120-03 aclara el ámbito objetivo del derecho bajo comentario al señalar lo siguiente:

“V.- OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. *El texto constitucional en su numeral 30 se refiere al libre acceso a los “departamentos administrativos”, siendo que el acceso irrestricto a las instalaciones físicas de las dependencias u oficinas administrativas sería inútil e insuficiente para lograr el fin de tener administrados informados y conocedores de la gestión administrativa. Consecuentemente, una hermenéutica finalista o axiológica de la norma constitucional, debe conducir a concluir que los administrados o las personas pueden acceder cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte, sea documental –expedientes, registros, archivos, ficheros-, electrónico o informático –bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, disquetes, discos compactos-, audiovisual, magnetofónico, etc.”*

Seguidamente, expondremos el contenido y el alcance jurídico de los componentes del objeto de derecho de acceso a la información administrativa.

Archivo: Es el lugar donde se conservan documentos para su posterior utilización, ahí se depositan los asuntos terminados o tramitados cuando ha concluido el período de utilización administrativa y hay interés científico, histórico, cultural en conservarlo.

Registros: Son los instrumentos de control de los documentos cuando entran, circulan y salen de las oficinas públicas. Instrumentos de constancia o publicidad oficial que atribuyen efectos jurídicos a los documentos ingresados. El registro incluye 3 etapas: recepción, anotación y traslado.

Expediente administrativo: Es el instrumento a través del cual se materializa el procedimiento administrativo, esto es, el conjunto ordenado de actuaciones y documentos que sirven de fundamento a la resolución administrativa y diligencias para ejecutarla formado por una agregación sucesiva.

Documento administrativo: Comprende toda expresión en lenguaje material o convencional y cualquiera otra expresión gráfica, sonora, en imagen recogida en cualquier tipo de soporte.

Fichero o base automatizada: Es el conjunto organizado de datos personales de los administrados objeto de tratamiento automatizado.

E.- Contenido del Derecho de Acceso de Información Administrativa.

En general incluye un haz o conjunto de facultades y obligaciones correlativas. Comprende la obligación de las Administraciones Públicas de informar, los derechos del administrado a ser informado (veraz y objetivamente) y a buscar información en cualquier órgano o ente administrativo.

El último incluye lo siguiente:

a) El acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos;
b) el acceso a los archivos, registros, expedientes, documentos, bases de datos o ficheros;
c) la posibilidad del administrado de conocer los datos personales registrados o almacenados que le afecten de algún modo;
d) el derecho de rectificar tales datos si son erróneos, incorrectos o falsos;
e) el derecho a imponerse del contenido de los documentos o expedientes administrativos, y
f) el derecho a obtener certificaciones o copias de los mismos.

F.- Tipología.

F.1.- Derecho de acceso ad intra.

Está regulado en el Capítulo VI, intitulado "del acceso al expediente y sus piezas", del Título III del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública.

El artículo 272, párrafo 1°, de la LGAP establece que las partes y sus representantes tienen derecho, en cualquier fase del procedimiento, de examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, con lo que está referido a un procedimiento en tramitación no ampara el derecho de acceder archivos, registros, documentos bases datos o siquiera otro expediente en el que no sea parte. Los límites son el secreto de estado, intimidad de la contraparte o cuando el conocimiento confiera un privilegio indebido u oportunidad para dañar.

F.2.- Derecho de acceso ad extra.

No existe desarrollo legislativo. No obstante, existen algunas normas sectoriales y fragmentadas en Ley del Sistema Nacional de Archivos (Ley No. 7202 del 24 de octubre de 1990) que garantiza en su artículo 10 el libre acceso a todos los documentos producidos y custodiados por las Administraciones Públicas e incluso de los archivos privados o particulares voluntariamente sometidos al sistema.

G.- Garantías.

G.1.- Derecho de acceso ad extra.

Al tratarse del Derecho consagrado en artículo 30, párrafo 1º, de la Constitución Política tiene la garantía del amparo (artículo 48 ibidem). Cabrá el amparo contra sujetos de derecho privado cuando se trate de archivos y registros de empresas públicas-ente derecho privado, munera pubblica o particulares en ejercicio de funciones administrativas y en general cualquier particular, puesto que, la sola detentación del documento o dato lo coloca en una situación de poder, sobre todo, si deniega el acceso al mismo.

En nuestro Ordenamiento Jurídico falta constituir un ente u órgano –al estilo de las autoridades independientes del derecho francés- encargado de velar y fiscalizar el ejercicio de tal derecho. De igual forma, se echa de menos una "actio ad exibendum" –orden de exhibición- dirigida a cualquier órgano o ente público para que exhiba los documentos o datos requeridos. Tal

pretensión, de lege ferenda, debe poder deducirse en un procedimiento sumario, célere y preferente ante la autoridad administrativa independiente ya indicada y el juez.

G.2.- Derecho de acceso ad intra.

El artículo 274 LGAP señala que la resolución que deniegue el acceso a una pieza del expediente debe ser motivada y está sujeta a los recursos administrativos ordinarios.

Se trata de una garantía insuficiente porque es difícil que el órgano o su superior anule, reforme o modifique la denegatoria, en tal caso lo que le queda al administrado es acudir a la vía jurisdiccional contencioso administrativa, lo que constituye una opción onerosa en tiempo y dinero. El problema es que se jurisdiccionaliza el procedimiento administrativo y se retarda la tutela, esa posibilidad no es signo de una buena, objetiva e imparcial Administración Pública además de agravar el procedimiento administrativo.

Podría acudirse, eventualmente, al recurso de amparo pero la Sala Constitucional podría rechazarlo por tratarse de una cuestión de mera legalidad ordinaria. No obstante, al ser un componente indeclinable del debido proceso en un procedimiento administrativo, puede tener expectativas de prosperar.

H.- Límites.

El Derecho de Acceso a la Información Administrativa como todo derecho no es absoluto sino relativo y está sujeto a una serie de límites intrínsecos y extrínsecos.

H.1.- Intrínsecos.

En cuanto a los límites intrínsecos la Sala Constitucional en el Voto 2120-03 identificó dos, a saber: a) que la información sea de interés público y b) el Secreto de Estado.

> *"VI.- (...) En lo relativo a los límites intrínsecos al contenido esencial del derecho de acceso a la información administrativa, tenemos, los siguientes: 1) El fin del derecho es la "información sobre asuntos de interés público", de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve*

enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse "Quedan a salvo los secretos de Estado". El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley (artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), empero, han transcurrido más de cincuenta años desde la vigencia de la Constitución y todavía persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas. Esta laguna legislativa, obviamente, ha provocado una grave incertidumbre y ha propiciado la costumbre contra legem del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de Estado. Tocante el ámbito, extensión y alcances del secreto de Estado, la doctrina es pacífica en aceptar que comprende aspecto tales como la seguridad nacional (interna o externa), la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía e independencia del Estado y las relaciones exteriores concertadas entre éste y el resto de los sujetos del Derecho Internacional Público (vid. artículo 284 del Código Penal, al tipificar el delito de "revelación de secretos"). No resulta ocioso distinguir entre el secreto por razones objetivas y materiales (ratione materia), referido a los tres aspectos anteriormente indicados (seguridad, defensa nacionales y relaciones exteriores) y el secreto impuesto a los funcionarios o servidores públicos (ratione personae) quienes por motivo del ejercicio de sus funciones conocen cierto tipo de información, respecto de la cual deben guardar un deber de sigilo y reserva (vid. artículo 337 del Código Penal al tipificar y sancionar el delito de "divulgación de secretos). El secreto de Estado se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa (v. gr. Ley General de Policía No. 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado –artículo 16-; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil –artículo 303-, etc.). El secreto de Estado en cuanto constituye una excepción a los principios o valores constitucionales de la transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva (...)"

H.2.- Extrínsecos.

Respecto de las limitaciones o límites externos la Sala Constitucional identifica los siguientes:

> *"VI.- (...) 1) El artículo 28 de la Constitución Política establece como límite extrínseco del cualquier derecho la moral y el orden público. 2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio. En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy, probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligado a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios. Habrá situaciones en que la información de un particular que posea un ente u órgano público puede tener, sobre todo articulada con la de otros particulares, una clara dimensión y vocación pública, circunstancias que deben ser progresiva y casuísticamente identificadas por este Tribunal Constitucional. 3) La averiguación de los delitos, cuando se trata de investigaciones criminales efectuadas por cuerpos policiales administrativos o judiciales, con el propósito de garantizar el acierto y éxito de la investigación y, ante todo, para respetar la presunción de inocencia, el honor y la intimidad de las personas involucradas."*

CONCLUSIÓN.

La necesidad imperiosa de instrumentar la obligación administrativa a la transparencia y de darle plena vigencia al Derecho de Acceso a la Información Administrativa demanda una acción concertada de los poderes públicos para enfrentar un cambio profundo de ideología o cultura organizacional que erradique las estructuras burocráticas y cerradas y las transforme en otras más cristalinas, transparentes, sencillas, negociadoras y amigables, que tengan como norte al administrado, entendido este como usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos, y la satisfacción efectiva de las legítimas expectativas de calidad de éstos, como único medio de garantizar una esfera vital común y mínima y de suprimir las desigualdades socioeconómicas reales. En suma, solo una administración traslúcida es capaz de enfrentar, con eficacia y eficiencia, los retos y desafíos de la Sociedad de la Información o del Conocimiento.