



Segundo Módulo

Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba

Magaly McLean

71

Abogada Principal del Departamento de Derecho Internacional de la OEA

Roberto Pereira

75

Profesor Universitario y Asesor Legal del Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS), Perú

Ana Bouche

81

Coordinadora de la Presidencia, Corte Suprema de Justicia de Panamá

Ernesto Cedeño

85

Abogado y experto en temas de contratación pública y acceso a la información, Panamá

Las excepciones deben ser...
menores,... no pueden ser
dejadas a criterio del funcionario
público y deben responder
a principios generales...
Los supuestos que establece la
Ley Modelo son una lista cerrada
y no abierta...

Magaly McLean

Abogada Principal del Departamento
de Derecho Internacional de la OEA



Mi presentación está enfocada en lo que establece la Ley Modelo sobre el régimen de excepciones. Valdría la pena primero recalcar lo que establece el principio de máxima divulgación, que está en estrecha relación con las excepciones.

Las excepciones deben ser precisamente eso: excepciones. Deben ser menores y la información debe asumirse como pública. Hay ciertas características en las excepciones que no pueden ser dejadas a criterio del funcionario público y deben responder a principios generales. Las excepciones que establece la Ley Modelo son tácitas, es decir, es una lista cerrada que pretende ser la mayor cantidad de excepciones que una legislación pueda tener.

Volviendo a los principios generales, ya se ha mencionado aquí que las excepciones deben ser legítimas, estrictamente necesarias, y responder a dos criterios: primero, a los estándares del Sistema Interamericano y segundo, a la jurisprudencia del Sistema Interamericano. En este sentido, me gustaría mencionar una de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece que no cualquier norma jurídica puede crear excepciones, sino que éstas deben ser creadas por el órgano legislativo constitucionalmente previsto. Se establece también una supremacía del interés público, en el sentido en que deben ser necesarias para la sociedad democrática.

Las restricciones que se establecen también deben responder a varios criterios. Primero, que sean conducentes para alcanzar el

objetivo que ellas tienen. Segundo, que sean proporcionales al interés que las justifica. Y tercero, que interfieran en la menor medida posible en el derecho de acceso a la información pública.

Entonces, al Estado le corresponde demostrar que todos estos principios son cumplidos. El usuario que solicita cierta información asume que esa información es pública, y es por eso que no es suficiente que el Estado justifique la negativa bajo las excepciones establecidas, sino que debe emitir por escrito una opinión fundamentando las razones que justifican la no entrega de la información.

Los supuestos que establece la Ley Modelo son una lista cerrada y no abierta. Entre las excepciones previstas tenemos:

1. Los intereses privados, es decir, cuando puede existir un daño al derecho a la privacidad relacionado con la vida, la seguridad o la salud. Aquí vale la pena anotar que el funcionario público como tal, es sujeto de un escrutinio mayor, como por ejemplo de su salario, y a la hora de asumir su posición debe aceptar este compromiso. En lo referente a los intereses privados tenemos los comerciales y/o económicos que deben ser legítimos. Por ejemplo, las patentes, los derechos de autor, los secretos comerciales. Aquí lo importante, y en lo que la Ley hace énfasis, es en que exista un riesgo probable, claro y específico de daño significativo si se publica la información. La conceptualización de este daño no se deja abierta a la discrecionalidad de las personas, sino que debe ser definida en la Ley.
2. Los intereses públicos relacionados con la seguridad pública, con la defensa nacional, y con las relaciones internacionales e intergubernamentales. Dentro de esta categoría se mencionan también las provisiones que tienen que ver con el libre y franco asesoramiento de las autoridades públicas. Esto no se aplica a los hechos, ni a los análisis de derecho, ni a las informaciones de carácter técnico. Con respecto a éstas informaciones de carácter técnico hicimos referencia al caso de Claude-Reyes vs. Chile, donde el interesado había solicitado un dictamen técnico relacionado con el medio ambiente, el cual había sido negado.
3. Otra de las excepciones por motivo de interés público, se refiere a la elaboración o desarrollo de políticas públicas. Esta excepción se refiere solamente al proceso de elaboración que termina en el momento en el que una política pública es dictada.
4. También, están incluidas en el régimen de excepciones por daños al interés público, la ejecución de la ley, la prevención, la investigación y persecución de delitos, la habilidad del estado de manejar la economía, los intereses financieros legítimos de la autoridad pública, y los exámenes y procesos de auditoría. En este último caso, también estamos hablando solamente de los procesos de auditorías, no de los informes de éstas.

5. Las informaciones confidenciales y dentro de esta categoría, la información legal que debe ser considerada privilegiada.

En caso de que la información o parte de ella no se entregue por estar comprendida en el régimen de excepciones, la autoridad pública debe dar a conocer al solicitante el volumen de la información que se está negando. En otras palabras, hay documentos que pueden ser parcialmente públicos. El Estado debe también dar el fundamento legal para hacer dicha reserva, e informar al solicitante sobre su derecho de interponer una apelación; en el caso de Panamá, lo que se conoce como el habeas data.

En cuanto a la divulgación parcial e histórica a la que se refiere la Ley Modelo, la primera se refiere a los casos en los que un documento contiene partes que no pueden ser reveladas. En este caso, la información debe ser entregada con las partes restringidas eliminadas. Con respecto a la divulgación histórica, si un documento tiene más de doce años de antigüedad, el documento debe hacerse público a pesar de estar dentro de las excepciones, salvo cuando la autoridad pública lo declare restringido por doce años más. La Ley Modelo utiliza el corchete porque la cantidad de años depende de cada país. Lo importante aquí es que una información no quede catalogada como confidencial o reservada indefinidamente.

Lo último que quería enfatizar es que hay dos casos en los que la ley establece que no debe ser aplicado el régimen de excepciones. Primero, en las grandes violaciones a los derechos humanos, y segundo, en casos de delitos contra la humanidad.

Es muy importante que las instituciones desarrollen directivas internas de adecuación ya que no todas las oficinas públicas son iguales... No se puede pretender tener un régimen absolutamente unificado.

Roberto Pereira

Profesor Universitario y Asesor Legal del
Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS), Perú

Quiero trabajar algunas ideas sobre el régimen de excepciones y sobre la carga de la prueba, desde una perspectiva más general. Es por eso que he dividido esta presentación en tres niveles, que a mi parecer son adecuados y están relacionados con éste régimen.

Un primer nivel tiene que ver con la configuración normativa, es decir, cómo el régimen de excepciones está configurado normativamente en un determinado ordenamiento jurídico a efecto de que pueda funcionar correctamente; además del impacto que pueda tener en la carga de la prueba. Un segundo nivel tiene que ver con la gestión o cómo se aplica ese régimen de excepciones. Y finalmente, trataré el tema de la carga de la prueba.

Pasando directamente al análisis de la configuración normativa, en las legislaciones de la región, la pregunta es si se satisface el principio de legalidad con una ley en sentido formal o una ley en sentido sustancial. Es decir, si tiene que ser una ley emanada del Congreso o si puede ser legislación sustancial del mismo rango de una ley formal.

En muchos casos se confieren facultades legislativas al Ejecutivo, y es éste quien termina regulando la materia. Existe una opinión consultiva de la Corte Interamericana donde la pauta es que la restricción de derechos debe estar establecida en una ley en sentido formal, es decir, emanada del Poder Legislativo. Por lo tanto, las restricciones a derechos que estén contenidas en decretos no deberían ser válidas. No es inusual que el Poder Ejecutivo trate de regular el derecho al acceso a la información pública, ya que los cambios regresivos son una tentación para el Ejecutivo.

Asimismo, se deben evitar o cambiar las cláusulas que son demasiado amplias o que pueden ser interpretadas extensivamente y tergiversadas. Algunos ejemplos de la legislación de mi país como la mención de ‘otros semejantes o análogos’ luego de una lista de excepciones, dan pie a una interpretación extensiva. Otro ejemplo es el de ‘consejos, recomendaciones u opiniones’ o ‘procesos deliberativos y consultivos’. ¿A qué se refiere con estos conceptos y términos?

En mi país, estos términos no están adecuadamente definidos en la jurisprudencia y siempre hay problemas a la hora de aplicarlos. Tienden a ser interpretados de manera extensiva para negar la información pública. Por ende, en legislaciones que cuenten con este tipo de expresiones, éstas deberían ser remplazadas por conceptos menos vagos o ambiguos, o por términos que ya tienen una aplicación o significado de cierta tradición en el ámbito jurídico.

Otro de los problemas son las normas previas. Generalmente, existen leyes anteriores que no son derogadas de manera expresa. Se genera entonces una discusión en torno a la vigencia de dicha norma, que en muchos casos contravienen el espíritu del derecho al acceso a la información pública. Hay quienes sugieren una derogación tácita de estas normas, pero otros que sugieren una interpretación de la ley en conformidad con la ley previa; en dicho caso, la ley previa se vería como una excepción a las normas de transparencia de la información pública. Hay pautas en la Ley Modelo según las cuales deben prevalecer las normas de transparencia al acceso a la información pública.

También hay problemas con normas posteriores cuando, luego de la adopción de una ley de acceso a la información pública, se dictan normas con un sentido claramente regresivo. En mi grupo de trabajo, se destacaba el caso de Panamá sobre la Ley Fiscal que establecía un costo para el acceso a la información que no estaba previsto en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. En este caso, hay tres posibilidades para interpretarla. La primera es interpretar que esta nueva Ley Fiscal priva sobre la Ley de Transparencia al tener el mismo nivel normativo. A mi juicio, sólo cabe interponer dos tipos de argumento frente a esto:

1. Acudir a la doctrina del bloque de constitucionalidad. No sé si ésta doctrina está reconocida en el ordenamiento jurídico de Panamá, pero en mi país la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública integra el bloque de constitucionalidad; por ende, no puede ser simplemente modificada por normas posteriores que no se ocupan del desarrollo de derecho fundamental. Vía ésta interpretación, debería prevalecer la ley de transparencia a la información pública.
2. Recurrir al principio de no regresividad que está en el Tratado de Derechos Humanos, con lo cual el país estaría incumpliendo una obligación internacional.

En cuanto a la aplicación del régimen de excepciones, creo que si se trabaja bien la configuración normativa, se podría entrar a trabajar en temas relacionados con

la gestión o aplicación del régimen de excepciones. En primer lugar, un régimen de excepciones requiere de funcionarios responsables y especializados. No es apropiado entregar a funcionarios que no tiene conocimiento temas relacionados al acceso a la información pública como una función más. Si los funcionarios no cuentan con la especialización necesaria, la tendencia va a ser negar información. A veces hay incentivos perversos en las administraciones públicas, y el funcionario no se atreve a entregar información cuando surgen dudas respecto a la naturaleza pública de la información. La falta de especialización de un funcionario refuerza este incentivo de no dar la información.

Es muy importante también que las instituciones desarrollen directivas internas de adecuación ya que no todas las oficinas públicas son iguales. Las leyes y reglamentos requieren, en algunos casos, adecuaciones internas, por ejemplo, las empresas del Estado que actúan en el mercado y que tienen logísticas distintas a las que tienen las administraciones públicas. No se puede pretender tener un régimen absolutamente unificado.

Los registros de clasificación facilitan mucho el trabajo, pues permiten que el principio de máxima publicidad se realice de mejor manera y brindan al funcionario público un espacio seguro en el que puede entregar información de manera proactiva. Del mismo modo, el administrado tendrá una referencia más o menos segura sobre qué información es de acceso público.

Una de las cosas que deben evitarse son las excepciones encubiertas. Si un funcionario público entrega información con lenguaje absolutamente inaccesible, cumplió con la obligación de entregar la información, pero es imposible acceder a esa información por el lenguaje técnico o porque la entrega de manera totalmente desconectada. Esto es una manera de negar información, es una excepción encubierta que no forma parte del régimen de excepciones.

Asimismo, hay que establecer mecanismos de garantías cuando se presenten negativas o discusiones sobre la publicidad de una información. Aquí, el tema gira en torno a tener un régimen jurisdiccional o si conviene contar con un régimen administrativo que evite al ciudadano recurrir solamente a la vía jurisdiccional. Por lo general, la vía jurisdiccional suele sufrir una cultura de secretismo bastante arraigada, además de no contar con el conocimiento de los principios como ‘la regla es la máxima publicidad’ y ‘la no publicidad es la excepción’. Los poderes judiciales lo entienden al revés y terminan aplicando la lógica de los códigos civiles y penales, lo que ocasiona que la carga de la prueba resida en el usuario. Entonces, hay que establecer mecanismos de garantías que sean eficientes.

Por otro lado está la cultura de la motivación. Esto tiene que ver con la capacitación, formación y especialización de los funcionarios. Motivar no es una tarea sencilla y muchas veces se encomienda a funcionarios que no tienen una formación jurídica, o que si la tienen no están insertos en esta práctica de la motivación.

Motivar significa justificar la decisión de excluir la información lo que conlleva la necesidad de tener un conocimiento en el tema. Muchas veces se dan motivaciones aparentes o inválidas, y hasta negativas por arbitrariedad pura.

Otro punto importante son los problemas que puede presentar la interpretación restrictiva a las excepciones, la cual funciona muy bien cuando se trata de un aspecto relacionado a la función administrativa, pero se complica cuando existen otros aspectos fundamentales o constitucionales. La protección de datos personales es claramente uno de los ejemplos. Se debe resolver un conflicto entre dos normas de carácter fundamental. Finalmente, tenemos el control de los límites temporales, que muchas veces son olvidados.

Por último, en cuanto a la carga de la prueba, se debe probar lo que está previsto en una ley. En segundo lugar, se debe considerar la relación de peligro o riesgo que puede ser grave, inminente o cierto y que debe probarse. Y en tercer lugar, tenemos el tema del interés público.

En nuestro país, el régimen excepcional obedece a las características de la información cuya divulgación es restringida. Está regulado de forma clara y objetiva, y no sujeta a la evaluación personal de quien se encuentra en poder de la información.

Ana Bouche

Coordinadora de la Presidencia,
Corte Suprema de Justicia de Panamá

Nos toca presentar brevemente lo que son las limitaciones al acceso a la información basado en lo que establece la legislación panameña, y lo que se refiere al recurso de habeas data que corresponde a las instancias jurisdiccionales resolver en aquellos casos de negación a la publicidad de una información.

Como hemos escuchado en este panel, la máxima debe ser el acceso público a la información. En nuestro país, el régimen excepcional obedece a las características de la información cuya divulgación es restringida. Está regulado de forma clara y objetiva, y no sujeta a la evaluación personal de quien se encuentra en poder de la información.

En Panamá, el acceso a la información tiene rango constitucional, a través de los artículos 42, 43 y 44. Allí se establece cuál es la información que debe ser restringida, o sea, el régimen de excepciones. El artículo 42 establece el acceso, rectificación y protección de la información de carácter personal contenida en bases de datos privadas y públicas por el titular de ésta. Se establece la acción de habeas data para garantizar la confidencialidad de la información o datos que tengan carácter personal. También se indica la información de carácter pública que puede ser objeto de limitación por disposición escrita o mandato legal.

La Ley 6 del 22 de enero de 2002 que dicta las normas para la transparencia de la gestión pública establece la acción de habeas data y dicta otras disposiciones que establecen las excepciones. Limita la información de carácter confidencial y la de acceso restringido. También tenemos en la legislación ciertas normas especiales y ciertas resoluciones administrativas.

El artículo 1 de la Ley 6 establece taxativamente que la información de carácter confidencial: los datos médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima incluyendo sus asuntos familiares u orientación sexual, su historial policial y/o penal, las conversaciones telefónicas, la información pertinente a los menores de edad, y los expedientes de personal o recursos humanos de los funcionarios.

Ésta información confidencial solamente puede ser solicitada en proceso judicial pero resguardando su carácter de reserva y que su acceso sea exclusivo a las partes involucradas en el proceso. Mencioné que se establece como información confidencial toda aquella que reposa en los expedientes de recursos humanos; sin embargo, aquellos que tengan que ver con la contratación o designación, las planillas, los gastos de representación, viáticos, no son información confidencial. En la práctica, se ve con frecuencia que las personas hacen este tipo de solicitud pero la autoridad se las niega, debiendo el solicitante hacer uso del habeas data ante el órgano jurisdiccional. Las cortes se ven en la necesidad de conminar a la autoridad correspondiente a brindar ese tipo de información.

Por otra parte, se hace necesaria la información de acceso restringido es aquella que se encuentra en manos de los agentes del Estado, o de cualquier institución pública, cuya divulgación está circunscrita únicamente a los funcionarios que la deban conocer en razón de sus atribuciones. Para considerarse de acceso restringido, la información debe cumplir algunas características específicas.

En primer lugar, la calificación previa de la información con carácter restringido por medio de un acto administrativo formal. Ello implica que el funcionario no puede decidir el carácter restringido de la información al momento de la solicitud. Segundo, la negación de la información debe estar hecha por un funcionario competente, y debe también, estar debidamente motivada. Ésta última, es una de mayores razones por las que un habeas data termina siendo concedido. Tercero, la información no puede estar ilimitadamente restringida. La Ley establece un plazo de 10 años que pueden ser prorrogados 10 años más, sin exceder los 20.

La Ley 6 del 2002 considera de acceso restringido la información relativa a la seguridad nacional, los secretos o información comercial adquirida por el Estado en la regulación de actividades económicas, los asuntos relacionados con procesos jurisdiccionales, la información sobre procesos investigativos, la información sobre la existencia de yacimientos minerales, las actas, notas, o documentos relacionados con negociaciones diplomáticas, comerciales o internacionales, los documentos, archivos o transcripciones que naciones amigas brinden para fines de investigaciones penales, las actas, archivos u otros documentos de las discusiones del Consejo de Gabinete y el presidente o Vicepresidente de la República. También se consideran de acceso restringido las transcripciones de las reuniones de las Comisiones en las Asambleas Legislativas cuando versa información sobre los temas anteriormente vistos.

Asimismo, el artículo 201 de la Ley 38 de 2000 establece que la información confidencial o de reserva se define como aquella información restringida que por motivos de interés público o privado, no puede ser difundida porque podría ocasionar grandes perjuicios a la sociedad, al Estado o a la persona respectiva. Los expedientes administrativos que guardan relación con las cuentas bancarias, la información sobre investigación de operaciones sospechosas relacionadas con el blanqueo de capitales, información sobre menores de edad, los expedientes judiciales, del Ministerio Público y arbitrales son considerados información de carácter reservado. Otros ejemplos son la información que podría afectar las relaciones internacionales, la seguridad nacional, la salud, estado civil, inclinación sexual, y otras de ese carácter de acuerdo a una disposición legal.

Dicha Ley confiere cierta confidencialidad a documentos de comercio, expedientes administrativos, trámites de bienes ocultos, información que está relacionada con el Ministerio Público, y las Cajas de Seguro Social. Básicamente, cada institución ha ido estableciendo cuál es aquella información que, según su conocimiento y prácticas, debe tener carácter restringido. Es bajo dichas premisas que nosotros, como órgano judicial, procuramos resolver los recursos de habeas data.

Estas son en resumen, las excepciones en materia legislativa a la regla general de acceso a la información en Panamá.

Con la creación de la Autoridad de Transparencia y la atribución de sancionar a aquellas personas que no otorguen información, van a ser resueltos muchos problemas

Ernesto Cedeño

Abogado y experto en temas de contratación pública y acceso a la información, Panamá

Vamos a conversar sobre el régimen de las excepciones, sobre la obligación de informar y su impacto en la carga de la prueba. Nuestra Ley de 2002 no se puede soslayar en el marco jurídico solamente, sino también en las circunstancias en las que fue promulgada. En el 2002 hubo denuncias de un diputado por supuestos sobornos, y también denuncias foráneas sobre la forma de designación de magistrados. Es en base a este contexto que se lanza la norma jurídica de 2002, motivando la participación ciudadana en los quehaceres de la función publica. En este sentido, se ve la finalidad de esta Ley: prevenir la corrupción y hacer del Gobierno Nacional un ente transparente, participativo y accesible a los ciudadanos; además de promover el acceso a la información pública y establecer el recurso de habeas data.

La mayoría de las acciones legales que incorporó el legislador, resultan a mi juicio inoperantes en nuestro sistema porque no hay una norma jurídica que oblige a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia a resolver de una manera pronta. Por ejemplo, existen muchos recursos que tienen 2 años y todavía no han sido resueltos.

Creo que con la creación de la Autoridad de Transparencia y la atribución de sancionar a aquellas personas que no otorguen información, van a ser resueltos muchos problemas que precisamente gravitan alrededor de la implementación de la Ley. Como abogado litigante que por 17 años fue funcionario del Estado, estoy contento y satisfecho con la creación de esta Autoridad que va a poder sancionar, en la medida de lo posible, hasta con una multa del 25% del salario. En buena hora llegó esta Ley al país. Lo digo con toda franqueza porque soy defensor de esta norma jurídica.

En este sentido ¿qué ha dicho el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de mayo del 2004? Dijo que la información que la Ley cataloga como de acceso público está al alcance de cualquier persona que la requiera, y que las instituciones del Estado tienen la obligación de brindar, a todo usuario, información sobre el funcionamiento y los quehaceres del Estado, exceptuando aspectos de acceso confidencial y restringido. Las excepciones son solo aquellas establecidas en la Ley.

La información de acceso confidencial está descrita en la Ley, y se define como toda información en manos del Estado que tenga relación con datos médicos, psicológicos, la vida íntima, particular, situación familiar, u orientación sexual. En base a esta confidencialidad, se interpuso un habeas data en el que la Corte dijo que se debería excluir de los registros la información psicológica sobre una persona; en este caso concreto, la información de una persona que estudiaba en el Instituto Panameño de Habilidades Especiales (IPHE), un instituto donde personas con algún tipo de dificultades estudian y donde las calificaciones dejan de ser similares a las de otros menores. La Corte dictó la supresión de dicha información y la prohibición de su publicación.

La información de acceso restringido es todo tipo de información en manos del Estado cuya divulgación haya sido restringida. Analicé todas las causales de excepción que establece la legislación de 2002 y que se comparan con la Ley Modelo. El numeral 1 se compara con la Ley Modelo es su artículo 41 numeral 1 que tiene que ver con los temas de la seguridad. El numeral 2 guarda relevancia con el artículo 41 literal a) numeral 2, y en este sentido se adecua al procedimiento. El numeral 3 también se condensa dentro del régimen de excepciones de la Ley Modelo, en el artículo 41 literal a) en lo referente a patentes, secretos comerciales y derechos de autor. El numeral 4 guarda relación con lo que establece el artículo 41 literal b) numeral 6 de la Ley Modelo, y versa que es de carácter restringido la información sobre investigaciones hechas por el Ministerio Público.

A mi criterio, se podría violar la Ley de Transparencia y el Código Judicial, si el Ministerio Público informa sobre investigaciones, movimientos, etc. de personas. El acceso a los expedientes está limitado a abogados, pasantes debidamente acreditados y a las partes. También se incluye la información con respecto a yacimientos de minerales y petrolíferos en el artículo 41 numeral 2. El numeral 7 en nuestro régimen de excepción se adecua a la Ley Modelo en torno al artículo 41 literal b) inciso 1 y 5. Las actas del numeral 8 también forman parte, a mi criterio, de la Ley Modelo en el artículo 41 literal b) numeral 1 y 9. Las transcripciones establecidas como excepción en nuestra legislación, guardan correspondencia con la Ley Modelo en el artículo 41 literal b numeral 1. Por lo que se ve, no hay incompatibilidad de nuestra Ley con la Ley Modelo. Los expedientes administrativos también tienen carácter reservado, en especial aquellos que tienen relación con cuentas bancarias y todo lo que tiene que ver con el Código del Régimen Judicial. Asimismo, la Ley Bancaria tiene leyes específicas que no son de acceso público.

Lo interesante es que las instituciones públicas que se nieguen al otorgamiento de información por considerarla confidencial o restringida, tiene la carga probatoria. La decisión del órgano público debe ser tomada mediante resolución y estar claramente motivada.

Termino con un fallo de la Corte Suprema de Justicia de 2006 que nos puede dar claridad sobre el derecho de petición y el acceso a la información. El fallo del Pleno de la Corte explica los alcances del derecho de petición. El derecho que tiene toda persona a requerir información de carácter particular recae sobre información existente contenida en bases de datos o archivados bajo la competencia de la autoridad pública o bajo la competencia de empresas privadas que presten un servicio público. Éste derecho no se extiende a la creación de nueva información en respuesta a una solicitud, ni a la emisión de opiniones y dictámenes que no existan, o a la pronunciación nueva de una autoridad pública porque esto va más allá del derecho a la información. La institución pública está solo obligada a suministrar la información que ya existe. La Corte expresó, con relación al acceso a la información personal, que las acciones de petición constituyen un proceso ordinario instituido por la Constitución, mediante el cual un ciudadano pueda presentar por gestión propia con respecto a un proceso administrativo.



Acceso a la información pública y medio ambiente

Claudia de Windt

91

Jefe de la Sección de Derecho Ambiental, Política y Gobernabilidad, Departamento de Desarrollo Sostenible, OEA

Generoso Guerra

97

Abogado y Jefe de Asesoría Legal de la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), Panamá

Zuleyka Pinzón

103

Directora, Fundación Mar Viva, Panamá



Me parece importante destacar la V Cumbre de las Américas y la adopción de la Declaración de Compromisos de Puerto España, donde los países reconocieron no sólo el Principio 10 de Río, sino también establecieron que, en el plano nacional, toda persona deberá tener acceso a la información sobre el medio ambiente que se encuentre en poder de la autoridad... y la oportunidad de participar en las tomas de decisiones.

Claudia de Windt

Jefe de la Sección de Derecho Ambiental,
Política y Gobernabilidad, Departamento
de Desarrollo Sostenible, OEA



Vamos a comenzar desde lo global hacia lo regional. En los temas ambientales, todo el marco legal y regulatorio ha avanzado desde el sistema multilateral, hacia el Sistema Interamericano y luego al nacional. A diferencia de muchos otros temas, el ambiental surge desde lo internacional a lo nacional.

En el año 1972 se empieza a discutir la posibilidad de firmar tratados multilaterales y en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, se firman cuatro tratados multilaterales.

El año pasado se marcó un hito muy importante porque se celebró el vigésimo aniversario de la Conferencia de Río, en la cual los países firmaron un acuerdo expresando su voluntad de empezar un proceso para determinar la viabilidad de un instrumento regional que aplique el Principio 10 de la Conferencia de Río. Básicamente, el Principio 10 de Río tiene tres elementos, que es lo que se conoce hoy en día como los derechos de acceso: el acceso a la participación, el acceso a la información, y el acceso a la justicia. Éste principio establece que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponde. Por otro lado, en el plano nacional, toda persona deberá tener acceso a la información sobre el medio ambiente, incluida la información sobre materiales y actividades que encierran peligros en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a dispos-

sición de todos. En cuanto al acceso a la justicia, se habla del acceso a los mecanismos formales y a los mecanismos administrativos, cuasi-judiciales, o soluciones alternativas. El Principio 10 ha sido rescatado por varios instrumentos.

A nivel internacional, el Consejo de Gobierno de las Naciones Unidas también adoptó lo que se conoce con el nombre de Directrices de Bali para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en temas medioambientales. Son 7 directrices muy puntuales, una de las cuales habla sobre el acceso efectivo y oportuno a la información sin tener que demostrar ningún tipo de interés. Las directrices hablan de información del dominio público y de excepciones fijadas en la ley de cada país. Lo que también me parece importantísimo es que, de alguna manera u otra, reconoce el principio precautorio que establece que la información que tenga la posibilidad de prevenir un daño ambiental o a la salud humana debe proveerse de manera inmediata.

Por otro lado, el Consejo de Europa adoptó la Convención de Århus sobre Acceso a la Información, la participación del público y la toma de decisiones en el acceso a la justicia en asuntos ambientales. Es un convenio sumamente interesante porque nace de la sociedad civil y ha funcionado muy bien. Sin embargo, es importante notar que este tipo de instrumento tiene que adecuarse al contexto y la realidad de los países. No todas las regiones y no todos los países están listos para tener una Convención como ésta.

También me parece importante hacer hincapié en la Carta Democrática Interamericana, que en su artículo 15 establece que el ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. A partir de esta disposición, se han logrado muchísimos avances en la implementación del marco político regional. A nivel interamericano nosotros tenemos, en la OEA, resoluciones de la Asamblea General que rescatan lo que dicen los ministros y las altas autoridades del hemisferio en materia de desarrollo sostenible y medio ambiente. En particular, el Proceso de Cumbres ha logrado adquirir varios compromisos con relación a la participación pública y a la toma de decisiones en desarrollo sostenible y medio ambiente.

Me parece importante destacar la Quinta Cumbre de las Américas y la adopción de la Declaración de Compromisos de Puerto España, donde los países reconocieron no sólo el Principio 10 de Río, sino también establecieron que, en el plano nacional, toda persona deberá tener acceso a la información sobre el medio ambiente que se encuentre en poder de la autoridad, sobre los materiales y las actividades que afecten su comunidad, y la oportunidad de participar en las tomas de decisiones y establecen además la responsabilidad del Estado de facilitar el proceso de acceso a la información. En la Declaración de Compromisos de Puerto España, también se habla de poner al alcance de los ciudadanos la información que está en manos del sector privado.

Por otro lado, la Declaración de Santa Cruz habla de promover una amplia participación pública y el acceso a la información sobre la base de no discriminación, y también la transparencia institucional y el logro de condiciones que favorezcan el desarrollo social y la democracia.

Yo creo que lo importante aquí es destacar que, sin acceso a la información no puede haber participación pública, y no puede haber democracia. En mi opinión, el acceso a la información es la llave, lo que permite activar el control social, y lo que permite que haya una participación. En todas las declaraciones de los ministros que tenemos nosotros en la OEA, se ha hecho énfasis en que el acceso a la información y la participación son condiciones esenciales para el desarrollo sostenible. Sin esas dos cuestiones no hay, ni podrá haber, desarrollo sostenible.

Un instrumento sumamente poderoso, cuyo máximo potencial no necesariamente se ha explotado es la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible (ISP). Ésta estrategia es el logro de un proceso de consulta, de más de tres años, con la sociedad civil y los Estados Miembros, adoptada el año 2001.

La Estrategia establece una serie de requisitos y recomendaciones políticas que resaltan la importancia de contar con leyes y reglamentos que contemplen el acceso a la información a nivel nacional. Algunos de los principios que se incluyen en la ISP son: el de acceso a la información, el de la transparencia, el de participación significativa, y el de disponibilidad de la información.

Una de las recomendaciones habla, por ejemplo, de brindar la seguridad al acceso continuo a datos, documentos, y otra información relevante relacionada con la implementación de políticas sobre el estado del medio ambiente, y el desempeño ambiental de las comunidades reguladas. También se recomienda contar con mecanismos claros y accesibles que permitan al gobierno y a la sociedad civil solicitar y obtener información pertinente sobre políticas, proyectos y programas.

La participación y el acceso a la información permiten una buena gestión ambiental. Si volvemos al artículo 15 de la Carta Democrática hay un sin número de ejemplos de esquemas donde trabajan de manera conjunta la sociedad civil y los gobiernos, como por ejemplo: una mejor gestión en la conservación de áreas protegidas, de parque nacionales, en consejos de cuenta, entre otros.

Se les ha mencionado, que a nivel del hemisferio, existe el caso Claude Reyes vs Chile. En este caso, básicamente, la Corte Interamericana reconoce que lo que se buscaba era activar el control social a través de información de carácter ambiental y económica, con relación a un proyecto de inversión forestal. La Corte reconoció puntualmente el interés público de ésta información, y la importancia de que la misma sea accesible de manera oportuna para poder ejercer el control social.

Con respecto a la Ley Modelo, en muchos casos se piensa que hay que contar con una ley específica sobre el tema de acceso a la información ambiental pero no siempre es así. Sin embargo, hay países como Brasil y Argentina que han optado por seguir un modelo con leyes específicas.

En mi opinión, hay vínculos importantes entre la Ley Modelo y el desarrollo que se han venido dando en la Estrategia Interamericana y en los diferentes procesos políticos en el marco de la OEA. Está clara la naturaleza sensible de la información ambiental que debe considerarse como información clave.

Por otro lado, tenemos un gran y dinámico desarrollo, a nivel hemisférico, en relación a la legislación ambiental y al acceso a la información ambiental. En los casos de Brasil, Argentina y Paraguay, estas legislaciones incluyen plazos para el suministro de información ambiental iguales a los establecidos en la Ley Modelo. Hace unos años, cuando trabajábamos en la elaboración de la Estrategia Interamericana, nos dimos cuenta de que 128 de las 200 disposiciones sobre al acceso a la información se referían al tema del medio ambiente.

Al día de hoy, estamos trabajando con 6 países de Centroamérica en la implementación de la Estrategia Interamericana, y podemos ver que solamente en el caso de Nicaragua, existen 39 disposiciones legales relativas al acceso a la información del medio ambiente. Entonces, los avances han sido significativos. Hay 17 países de nuestra región que tienen reconocido el derecho a la información a nivel constitucional; existen además 18 leyes específicas de acceso a la información y varias legislaciones ambientales que contienen alguna mención explícita de lo que significa la información ambiental.

Para terminar, la jurisprudencia ha sido bastante constante. Tenemos el caso Mendoza en Argentina, que también es conocido como el caso Matanza Riachuelo, donde se crea todo un sistema para el manejo de una cuenca, de manera que el sector industrial pueda generar información y ponerla a disposición del público. Se crea una autoridad para regular todo el manejo.

Tenemos, también, un caso en Colombia en el año 1993, donde se habla del uso de la acción de tutela para el tema de acceso a la información ambiental. Hay un caso muy interesante de El Salvador, donde la Sala Constitucional falló, recientemente en enero, sobre el tema de generación de información por parte del Estado en caso de no contar con ella.

Este derecho a la información ambiental está garantizado por la Constitución Nacional, pero también aparece consagrado en la Ley de Transparencia... La Autoridad Nacional del Ambiente cuenta con los mecanismos de consulta pública y de participación ciudadana en relación a los estudios de impactos ambientales, a las concesiones de servicios en áreas protegidas, a las concesiones de aprovechamiento forestal y de agua.

Generoso Guerra

Abogado y Jefe de Asesoría Legal de la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), Panamá

Este derecho de acceso a la información medioambiental constituye un mecanismo de control que permite a los ciudadanos conocer las actuaciones de las instituciones de este sector, para que el individuo pueda hacer uso de su derecho, para también fomentar la cultura medioambiental, para promover la transparencia de las instituciones públicas, y para la participación ciudadana en la toma de decisiones.

La Constitución Nacional Panameña contiene los lineamientos básicos referentes a los recursos naturales y a sus sostenibilidad, y establece los principios relativos de información a los términos generales, sin hacer referencia directa a la información ambiental. Sin embargo, consagra principios como el derecho a la petición establecido en el artículo 41, en virtud del cual una persona podrá tener acceso a la información pública en las distintas instituciones estatales.

La Ley 41 del 1º de Julio de 1998, denominada Ley General del Ambiente de la República de Panamá, crea la Autoridad Nacional del Ambiente como la entidad autónoma en materia de recursos naturales y del ambiente. Establece los elementos para su gestión, los principios, lineamientos de las políticas del medio ambiente, la organización, directrices y criterios para la aplicación de incentivos y sanciones.

En el artículo 3, la Ley General del Ambiente establece que corresponden al órgano Ejecutivo las facultades de aprobar las políticas de orden medioambiental como parte de las políticas públicas para el desarrollo económico y social del país, así como el uso de recursos naturales para el desarrollo del Estado.

A efecto de lograr una efectiva y eficiente aplicación de las leyes ambientales, es necesario que las personas conozcan y participen en las prácticas y en su ejecución.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 83 del 9 de abril de 2007, se aprueban la Política Nacional de Información Ambiental, sus principios, objetivos y líneas de acción, que representan la materialización del acceso a la información ambiental. Se establece como objetivo general disponer de información ambiental accesible y una postura que facilite la toma de decisiones en la gestión ambiental. Se establece la obligación de hacer la información ambiental accesible y oportuna, que apoye y facilite la toma de decisiones en la gestión ambiental, y que permita a la sociedad en conjunto conocer el estado del medio ambiente y el uso racional de los recursos con miras a su manejo sostenible.

Un régimen de libre acceso a la información ambiental es útil para toda la ciudadanía y para el Estado. Sus autoridades políticas y administrativas brindan los siguientes beneficios a la ciudadanía: mejora sus niveles de conciencia medioambiental, y la participación del público; aumenta la transparencia de la gestión ambiental; y crea una mayor confianza hacia la gestión pública. El Estado se beneficia a su vez pues mejora la calidad de las decisiones públicas al contar con una sociedad más y mejor informada, puede contar una gestión transparente, y permite recuperar la credibilidad de las instituciones públicas para asegurar la confianza en las autoridades ambientales.

El artículo 46 de la Ley 41 del 1ro de julio de 1998, establece que, todo el sistema interinstitucional al ambiente, estará obligado a suministrar a la Autoridad Nacional del Medio Ambiente, en tiempo oportuno, la información que ésta requiera. Se trata del conocimiento existente sobre las condiciones y las características de nuestros recursos naturales, y de cada uno de los elementos y los efectos de las múltiples actividades humanas. Se trata además de determinar actividades que tengan efectos ambientales de importancia, por la naturaleza misma de la actividad, que deben adoptar resguardos para mitigar los efectos de la actividad en el ambiente.

Este derecho a la información ambiental está garantizado por la Constitución Nacional, pero también aparece consagrado en la Ley de Transparencia como hemos escuchado y observado. En 1992, nuestro gobierno ratificó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en la que se acordó que todas las personas deben tener acceso adecuado a la información sobre el ambiente, la oportunidad de participar en las decisiones y el acceso a la justicia. El Principio 10 establece que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados.

En el marco nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información ambiental de la que dispongan las autoridades públicas, así como acceso a los procesos de toma de decisiones públicas. Los Estados deberán facilitar y fomentar en la sensibilización del público poniendo la información a disposición de todos.

En nuestro país, la Autoridad Nacional del Ambiente y el Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional e Investigaciones (UNITAR), suscribieron un memorándum de entendimiento para reforzar las capacidades gubernamentales en materia medioambiental con el objetivo de lograr la implementación del Principio 10 de la Declaración de Río.

El Decreto Ejecutivo No. 283 del 21 de noviembre de 2006 sobre el acceso a la información de la ciudadanía, que reglamenta el artículo 22 de la Ley General del Ambiente, establece: ‘La ciudadanía en general tiene el deber y el derecho de participar y emitir opiniones en asuntos relacionados con el ambiente y la planificación municipal, provincial, comarcal y nacional sobre el uso de las tierras y los recursos naturales’.

Esta reglamentación también establece que el estado debe garantizar a los ciudadanos el acceso a la información de todo proyecto de ordenamiento ambiental en el territorio. Las instituciones oficiales y las autoridades ambientales tienen la obligación de promover la información técnica, documental y educativa de temas ambientales.

La Autoridad Nacional del Ambiente cuenta con los mecanismos de consulta pública y de participación ciudadana en relación a los estudios de impactos ambientales, a las concesiones de servicios en áreas protegidas, a las concesiones de aprovechamiento forestal y de agua.

Por otra parte, el Decreto Ejecutivo No 123 del 14 de Agosto de 2009, que ha sido modificado en dos ocasiones, contiene los mecanismos establecidos para que, por motor de una actividad, obra o proyecto, se involucre a la ciudadanía en la etapa más temprana de la elaboración de un estudio de impacto ambiental.

Se contemplan tres categorías de impacto ambiental. Dentro de la primera categoría se debe contar con las siguientes técnicas mínimas de participación: reuniones informativas de carácter obligatorio, entrevistas o encuestas, y una declaración jurada. Para los estudios dentro de la categoría dos, se deben incluir en la etapa preparatoria los documentos establecidos en el artículo 32 de dicho Decreto. Dentro de la tercera categoría, el promotor de una obra deberá realizar, a costo propio, un foro público durante la etapa de evaluación de un estudio de impacto ambiental. La misma autoridad podrá, también, organizar foros públicos con respecto a los aspectos de la categoría dos cuando el proyecto así lo amerite, o cuando la población afectada por el proyecto o la sociedad civil lo solicite.

Para el correcto aprovechamiento, gestión y conservación de las áreas protegidas, la posesión de servicios podrá solamente entregarse en forma de concesión. Para dicho fin deberá hacerse un edicto contenido los datos generales durante 10 días hábiles antes de la presentación de la solicitud.

Las concesiones de aprovechamiento forestal y de agua, por otro lado, están reguladas por la Ley 1 de febrero de 2004, la cual establece que se debe publicar, en un edicto, la solicitud de aprovechamiento por 3 días consecutivos en un periódico de circulación nacional, y una vez en la Gaceta Oficial para el conocimiento de la ciudadanía. Lo mismo sucede con las concesiones de aprovechamiento de agua.

Con relación a las excepciones a las reglas de acceso a la información, se establecen otras excepciones además de las establecidas en la Ley 6 de 2002. Por último, la Ley Modelo es una ley cuyas excepciones al acceso a la información quedan bien establecidas. Es una ley avanzada, dinámica y especial.



Entre las ventajas de compartir... información pública en temas ambientales, podemos enumerar... Promover el acceso de la ciudadanía a los temas ambientales; incorporar al ciudadano en la gestión ambiental; ... facilitar las instancias de información y negociación entre actores públicos y privados a partir de los derechos políticos...

Zuleyka Pinzón

Directora, Fundación Mar Viva, Panamá



Panamá es uno de los 17 países cuya Constitución de alguna forma contempla el acceso a la información pública. Existen tres artículos, que si bien no se refieren específicamente al medio ambiente, otorgan al ciudadano la oportunidad de presentar quejas y recibir que éstas sean respondidas dentro de 30 días, el derecho al acceso a la información pública, y el recurso de habeas data. Asimismo, tenemos también la Ley de Transparencia que es la Ley 6 de 2002, que si bien no trata específicamente el acceso a la información pública, tiene mucho que ver con ella. En la Ley se menciona la participación ciudadana en cuatro formalidades: la consulta pública, la audiencia pública, los foros y talleres, y la participación directa de instancias institucionales a través de comisiones u otras instancias.

Entre las ventajas de compartir esa información pública en temas ambientales, podemos enumerar:

1. Promover el acceso de la ciudadanía a los temas ambientales;
2. Incorporar al ciudadano en la gestión ambiental;
3. Reforzar el sistema democrático;
4. Facilitar las instancias de información y negociación entre actores públicos y privados a partir de los derechos políticos;
5. Incrementar la credibilidad institucional del Estado;

6. Facilitar los procesos de planificación, involucrando a los ciudadanos; y
7. Fortalecer de la educación cívica ambiental de la ciudadanía.

En la práctica, las organizaciones de sociedad civil nos enfrentamos a algunos hechos que mencionaré, ya que se nos niega información por motivos que no están en la norma.

La Ley de Transparencia dice que el acceso a la información debe ser gratuito y que la copia del documento conteniendo la información debe ajustarse al precio contemplado por la institución. Hoy en día, esto no sucede porque se aplica, a criterio de algunos funcionarios, una norma de carácter fiscal que establece el cobro de timbre o tributos fiscales.

El Código Fiscal tiene un estatus menor que la Ley de Transparencia. Hay instituciones que cobran y otras que no, por lo que hace falta homologar el tema del costo de la información. Por ejemplo, la Autoridad Nacional de Ambiente, establece un costo elevado de US\$.10 por copia simple, US\$.50 por copia autenticada, y hasta US\$ 2.00 si se requiere una firma. Estos valores varían en cada institución. Si este costo ya es significativo para organizaciones de la sociedad civil, lo es, mucho más, para un ciudadano de recursos limitados.

Otro problema es el retroceso en el acceso a la información que el área ambiental ha sufrido. Antes se ponía la información al alcance del ciudadano. Ahora, con relación a los estudios de impacto ambiental ya no se encuentra fácilmente la información. Hay menos información que se pone a disposición de la sociedad civil oficiosamente. Esto es contradictorio a todos los avances tecnológicos y la existencia de plataformas de información que tenemos hoy en día.

Muchas veces el solicitante queda supeditado a la amabilidad del funcionario público o a la orden de un superior. Hay una discrecionalidad tangible de interpretación muy subjetiva que varía de institución a institución.

Si bien la Ley de Transparencia establece que hay información confidencial y de acceso restringido, también hay una discrecionalidad subjetiva en cuanto a qué información es restringida y qué información es confidencial, ya que eso no está establecido por la ley. Hay normas de menor jerarquía que han ido limitando el acceso a la información ambiental.

El plazo establecido de 30 días para recibir una respuesta, no solo es incumplido por parte de la autoridad, sino que resulta demasiado largo porque estamos hablando de una información que sirve para incentivar la participación y la toma de decisiones. Muchas veces se debe recurrir al habeas data con el fin de obtener información. Por ejemplo, en Mar Viva, estamos interponiendo un habeas data por una información que no se nos ha dado dentro de los 30 días y que no está clasificada como restringida.

Existe un precedente muy reciente de este tema, del 2011, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde 8 organizaciones presentaron una solicitud reclamando sobre el deterioro del acceso a la información pública.

¿Cuáles son las necesidades de mejora que nos atrevemos a decir? En el tema de habeas data, un recurso judicial efectivo. En la presentación a la Corte que mencioné previamente, se explicaba que solo uno de cada treinta habeas data se resolvía. Por esto se necesita un recurso judicial efectivo.

Otro de los problemas que se dan cuando un habeas data es otorgado a tu favor, es que la institución que maneja la información no siempre la entrega. Por ende, debería existir un sistema de verificación del cumplimiento de las funciones y responsabilidades legales de los funcionarios en materia de acceso a la información pública, para que haya un seguimiento en la materia.

El otro tema, es la propuesta para la participación ciudadana que hay a raíz de la Concertación Nacional para el Desarrollo, y que se encuentra estancada en la Asamblea de Diputados. Creemos que vale la pena mencionar y darle un empuje, desde el punto de vista legislativo, porque si bien la Ley 6 cuenta con aspectos sobre el acceso a la información pública, esa no es su meta. Éste proyecto de participación ciudadana apunta directamente al fortalecimiento del tema de acceso a la información.

También sugerimos revisar el tema de los medios electrónicos. Hay muchas formas de mejorar el acceso a la información a través de medios electrónicos. Para evitar la discrecionalidad de los funcionarios, nos atrevemos a sugerir la capacitación de éstos, para que tengan un claro conocimiento de este derecho que está conferido tan claramente en la Constitución y en la Ley.

Mar Viva ha producido un manual de acceso a la información y participación ciudadana en temas ambientales, del que hacemos entrega a las autoridades el día de hoy. Lo hemos hecho de una forma muy didáctica, de manera que cualquier ciudadano conozca la normativa, porque también es necesario educar a la ciudadanía.

Termino con una reflexión del Lic. Felix Wing, cuando era el Director del Centro de Incidencia Ambiental (CIAM), que dice que ‘un pleno goce del derecho humano al acceso a la información pública es un pre-requisito para el disfrute de otros derechos fundamentales como el derecho a un ambiente sano, a la libertad de expresión, a la consulta previa, a la participación política, y al acceso a la justicia’.

El acceso a la información es un pilar de la democracia y de la sostenibilidad de nuestro país y del mundo.