



# Segundo Módulo

## El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba

**Magaly McLean**

**113**

Abogada Principal, Departamento de Derecho Internacional, OEA

**Alejandro Balsells**

**117**

Abogado y columnista de Prensa, Guatemala

Lo importante al momento de conceptualizar y aplicar el régimen de excepciones es tener en cuenta la gran importancia que reviste asegurar que las excepciones no se conviertan en la regla y que las mismas se interpreten a la luz del principio de máxima divulgación...

## Magaly McLean

Abogada Principal, Departamento  
de Derecho Internacional, OEA



Corresponde ahora tratar el régimen de excepciones, partiendo siempre del principio de máxima publicidad y teniendo presente la necesidad de buscar siempre un equilibrio entre éste y los supuestos que lo integrarán. Las excepciones deben ser muy limitadas y referirse a información considerada secreta, confidencial o sensible, teniendo presente que el principio de máxima publicidad debe prevalecer como regla general porque es éste el que sustenta todo el régimen de acceso a la información pública y los valores de transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas que lo justifican.

Los principios generales en los que se basa el régimen de excepciones recogen lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la propia Ley Modelo y el Comité Jurídico Interamericano han adoptado como los criterios fundamentales:

1. Deben ser legítimas, no pueden ser dejadas a criterio del funcionario público, sino creadas por una ley aprobada por el poder legislativo y no por medio de un acto de carácter administrativo. Lo contrario sería aceptar que la propia Administración –sujeta al principio de máxima publicidad- sea la encargada de aprobar excepciones a sus propias obligaciones.
2. Deben ser estrictamente necesarias en un orden democrático y responder a un interés público imperativo.
3. Deben ser congruentes con los estándares y la jurisprudencia del Sistema Interamericano.

Al definir los alcances de las excepciones es necesario optar por las opciones que menos restrinjan la escala del derecho protegido, en este caso, el derecho de acceso a la información pública. En este sentido, las restricciones deben ser conducentes para alcanzar su objetivo, ser proporcionales al interés que las justifica, e interferir en la menor medida posible en el derecho de acceso a la información pública.

En virtud de que es el Estado quien aplica en cada caso este sistema, deberá ser al mismo Estado a quien corresponde demostrar que una excepción cumple con las características que se mencionaron y que deberían estar reflejados en la legislación. De allí la relevancia de que los supuestos de un régimen de excepciones estén definidos de manera muy clara y precisa de manera tal que se impida conferir al funcionario público una discreción excesiva en su aplicación.

El usuario que solicita información pública ciertamente debe asumir que esa información puede ser divulgada, y por eso es imperativo que el Estado justifique expresamente cualquier negativa. Al respecto, debe emitir por escrito una opinión fundamentando las razones que le impiden brindar dicha información y señalando la normativa aplicable. De esa manera el usuario o administrado, podrá verificar si se cumplen con los estándares y principios que hemos comentado.

Los supuestos que establece la Ley Modelo para que el Estado pueda negar el acceso a la información son aquellos en los que la divulgación de la información puede causar un daño al interés público o al interés de un individuo. Entre los intereses privados protegidos se encuentra el derecho a la privacidad –incluyendo la información relacionada con la salud, la vida o la seguridad- los intereses comerciales y económicos legítimos y las patentes, derechos de autor y secretos comerciales.

También están incluidas dentro de este régimen las informaciones confidenciales y dentro de esta categoría la información legal que debe ser considerada privilegiada.

Respecto al daño a los intereses públicos debemos estar en presencia de un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo y definido por la ley, no determinado arbitraria ni casuísticamente por la administración. Esto podría presentarse en casos tales como la seguridad pública, la defensa nacional y las relaciones internacionales.

En algunos casos, es importante separar los hechos –que podrían ser información pública- de su apreciación, por ejemplo, en el caso de que el Estado esté involucrado en un proceso legal en contra de un particular. En este caso, si bien la información relativa a los hechos sería pública, las comunicaciones entre las agencias gubernamentales respecto de la estrategia legal a seguir en un litigio o conflicto podría quedar exentas del requisito de divulgación.

En lo referente al desarrollo de políticas públicas, si bien el público tiene derecho a conocer la materia sobre la cual se desarrolla una política, ese derecho no necesariamente se extiende a la estrategia de elaboración, cabildeo y socialización cuando la divulgación de ésta pueda causar un daño al interés público.

Por otra parte, en caso de que la información o parte de ella no se entregue por estar comprendida en el régimen de excepciones, la autoridad pública deberá dar a conocer ese hecho y la negativa parcial al solicitante, indicando el volumen de la información cuya entrega se está negando, señalando las disposiciones legales en las cuales basa dicha reserva, e informando sobre el derecho de interponer una apelación y los medios para hacerlo. La información parcial que sí es pública deberá consecuentemente darse a conocer.

Lo importante al momento de conceptualizar y aplicar el régimen de excepciones es tener en cuenta la gran importancia que reviste asegurar que las excepciones no se conviertan en la regla y que las mismas se interpreten a la luz del principio de máxima divulgación.

En cuanto a las limitaciones temporales, la Ley Modelo contempla la divulgación histórica y establece que cuando un documento tenga más de doce años de antigüedad debe hacerse público a pesar de estar dentro del régimen de las excepciones, con la salvedad de que la autoridad pública prorrogue la reserva por doce años más. Cada país deberá ajustar los plazos sugeridos en la Ley Modelo a su realidad, pero lo importante aquí más que el plazo es que una información no debería ser catalogada como confidencial o reservada indefinidamente.

Lo último que quería enfatizar es que existen dos supuestos en los que la Ley Modelo establece que la información no puede quedar sujeta a ningún régimen de excepciones, éstos son los casos que involucran grandes violaciones a los derechos humanos y delitos contra la humanidad.

El régimen de excepciones al derecho de libre acceso a la información es complejo, pero es fundamental para comprender que no es absoluto.

## Alejandro Balsells

Abogado y columnista de Prensa, Guatemala



Muchas gracias por la invitación a esta actividad, gracias a la OEA, gracias al país donante, gracias a la Institución del Procurador de los Derechos Humanos.

A veces resulta sumamente complejo tocar un tema como estos, porque quienes somos guatemaltecos les contamos, y ustedes lo deben saber por referencia, de que nuestra Ley de Acceso a la Información fue resultado de los precarios y los pírricos intentos ciudadanos que se tienen con éxito, en cuanto a lograr medidas legislativas eficientes y eficaces. Esta Ley surgió precisamente porque existieron determinadas situaciones políticas coyunturales que motivaron que hubiera una presión ciudadana legítima y bancadas pequeñas que habían presentado esta propuesta que estaba en el Congreso archivada, lograron con éxito que la dinámica legislativa se desarrollara y tuviéramos esta Ley. Si no, estoy seguro que todavía guardara el sueño en alguno de los archivos.

Y precisamente por eso, ese contexto es importante; déjenme empezar con una anécdota. Era en el año 1989 o 1990 más o menos, estábamos empezando la facultad y nuestro catedrático hizo grupos (6 o 7 grupos) y teníamos que ir a distintas instituciones públicas a buscar el presupuesto. Ese fue el trabajo de clase, teníamos que buscar el presupuesto y regresar; sobre todo teníamos que tener el informe de ejecución presupuestaria del año anterior. Esta fue una expedición realmente interesante, de 8 o 10 días, donde parecía que estuviéramos pidiendo los secretos de Estado. Tocábamos y nos empezábamos a pimponear y empezábamos a procurar a muchos de nosotros. Estábamos pues de instituto en instituto, de institución en

institución, de oficina en oficina. Hasta nos miraban con cara asustados, como uno patojos estaban pidiendo la ejecución presupuestaria de una institución, ¿qué significaba eso? Es decir había una cultura de confidencialidad y de secreto, todo era hermético, no era una cuestión pública. Aunque es cierto que la Constitución establece que esta información es pública y que el presupuesto debía estar en las bibliotecas de la Universidad, y que debía haber informes por todas partes, en la práctica eso no ocurría. Además les estoy hablando en que era un año en que nuestra Constitución tenía a penas 4 años, o sea estaba todavía en una etapa muy primigenia.

Pero eso es importante, porque este contexto del secretismo y de la confidencialidad de la información, ha sido por mucho tiempo y hasta la fecha, la regla. Por lo tanto entonces la Ley de Acceso a la Información guatemalteca viene a servir como un cambio de conducta institucional pública importante y sobre todo viene a empoderar a la ciudadanía para saber que su regla es acceder a la información. Entonces aquí ya hemos logrado puntos importantes.

Yo muestro mis dudas con respecto a la Ley Modelo y sus excepciones, porque veo que son demasiado discrecionales los aspectos que se encierran en esa norma, con el objeto de que por medio de una Ley, pueda el Legislativo o el Congreso disponer que exista una excepción a la regla. El proceso de probar cuál es el daño que se origina, o cuál es la necesidad de la medida pues dura años como en todos nuestros países. Por lo tanto creo que estamos en una situación que habría que debatir. Como ustedes saben, nuestra historia Constitucional es bastante convulsa y eso de tener Constitución joven pues permite que tengamos aspectos también que se han desarrollado por norma Constitucional y no necesitamos entonces de leyes posteriores, o leyes secundarias o leyes ordinarias que lo regulen y ese es uno de los temas importantes.

También es sabido que este país se ha forjado en múltiples violaciones a los derechos humanos. Nuestro régimen ha dado pasos, y eso lo tenemos que aceptar, cualitativos y cuantitativos importantes. Si nos comparamos de hace 30 años, a pesar de los problemas que tenemos, se ha garantizado más el derecho a la vida, a la libertad de acción, a la libre emisión del pensamiento, la religión, la propiedad, la igualdad, el trabajo y entre otros y ahora estamos hablando de acceso a la información. Hace 30 años este taller hubiera sido un caso completamente rara, una cosa de laboratorio, porque obviamente la situación era otra, la prioridad era otra, estábamos en un enfrentamiento armado y no había tiempo para pensar en acceso a la información.

Entonces, nuestro sistema constitucional establece seis excepciones claras al acceso a la información pública:

1. La correspondencia. La correspondencia es nuestra cuando estamos hablando de nosotros como sujetos privados. Ahora bien, ¿qué clase de correspondencia es pública en las instituciones públicas? Por ejemplo, una información o una correspondencia en correos oficiales de un Ministerio de Estado. ¿Eso es público o es privado? Qué clase de correspondencia sería la que puede ser pública,

si se utiliza un servidor público para correspondencia privada, por ejemplo, hasta dónde se puede accesar a esa información. Hay un tema que nosotros tenemos que tener claro.

2. La información tributaria. Los guatemaltecos somos celosos con nuestra información tributaria, terriblemente celosos y eso si está cerrado en la Constitución con tres candados, no se puede decir cuántos impuestos pagamos. Eso en otros países no es así. Aquí de hecho partimos de que el IUSI (Impuesto Único sobre Inmuebles) está subvaluado; pocos pagan el impuesto sobre el valor real de su casa. Por lo tanto, partimos de que esa información es secreta, la tenemos confidencial y así se quedará. Sin embargo hay formas de llegar a esa información. Por ejemplo en el tema del IUSI, que es un tema interesante, todos podemos ver cuánto es el valor de la casa que tiene por ejemplo un Ministro o el propio Presidente de la República, porque podemos ir al catastro y lo podemos preguntar. Entonces ¿qué es esa confidencialidad que existe? Incluso, yo estoy seguro que cualquiera puede ir a la Municipalidad de Guatemala, a solicitar una información de si yo pagué el IUSI o no he pagado el IUSI de mi casa. Por lo tanto, eso de que esta información sea tan confidencial, debemos matizarlo un poquito. Por supuesto nadie puede llegar a preguntarle a la SAT (Superintendencia de Administración Tributaria) si yo he pagado el IVA (Impuesto al Valor Agregado) o no he pagado el impuesto sobre la a renta, pero de otros impuestos ya vemos que encontramos la fórmula.
3. La información militar y la información relacionada a temas militares. Eso no quiere decir que toda la información del ejército sea confidencial. Ya existieron casos específicos donde por medio de resoluciones judiciales se logró abrir información, que en un principio el ejercito calificaba como confidencial. Entonces no es cualquier información militar, sino que una instancia judicial, va a delimitar a dónde llega o cuál es el alcance de esa confidencialidad.
4. Información diplomática. Al igual que en el caso de la información militar, la Cancillería intentó que toda su información fuera confidencial, y eso ya se logró que no se haga. Hay determinada información diplomática que si es confidencial, pero no todo lo que hace la Cancillería, lo es y no lo será.
5. Los datos suministrados por particulares con garantía de confidencialidad. Y ahí puede haber un punto importante. Existen procesos de contratación pública que establecen por ejemplo, que los participantes deben pedir las confidencialidades de esa información. ¿Por qué? Porque hay información sensible de una empresa, por ejemplo temas de patentes o temas del conocimiento de determinadas empresas en determinados campos, que son secretos y que la competencia no tiene por qué enterarse. Por lo tanto, ahí si existe pues una garantía de confidencialidad. Pero como sabemos los abogados siempre buscamos un hoyito o una puertecita. También puede ser que se abuse de esa garantía de confidencialidad pedida por, dizque el ciudadano, pero puede ser

que sea a solicitud de la autoridad. Ahí hay un margen de discrecionalidad que habría que manejar, pero que definitivamente la autoridad judicial, en un momento determinado, puede decir que eso no encaja dentro de la confidencialidad o dentro de la naturaleza de la confidencialidad.

6. La afiliación política es también un secreto. Podemos decir el número de afiliados que tienen un partido político, pero no es público quién es afiliado a ese partido político. Este es un tema importante y lo mantenemos nosotros bajo confidencialidad. Tal vez cuando madure más nuestro proceso democrático, esas cuestiones puedan ser pueden ser totalmente públicas. De hecho nosotros vemos que con mucha tranquilidad en Estados Unidos se dice que este juez es republicano, o este juez es demócrata; fulanito es republicano, o sea son archivos que son públicos.

Por lo tanto, esas son las principales excepciones que tenemos. Pero también la Ley establece el principio y desarrolla el principio rector. Por ejemplo existe la excepción de los datos personales y los datos personales sensibles. Aquí encontramos temas importantes, porque se entienden protegidos aquellos datos sensibles; y como tales debemos comprender los datos personales que, según se menciona en la Ley, se refieren a características físicas o morales (re-subrayo “morales”) de las personas o hechos o circunstancias de su vida privada o actividad, tales como los hábitos personales, de origen racial, el origen étnico, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos, preferencia o vida sexual, situación moral y familiar u otras condiciones íntimas de similar naturaleza.

¿Cuál puede ser una característica moralmente sensible? Lo que es inmoral para unos, no es inmoral para otros. Ahí entramos en un dato escabroso, complicado, complejo y de difícil delimitación. No es fácil cuando la Ley toca aspectos morales. Tomemos como ejemplo las reformas al código civil que se dieron hace tres años. Se estableció el derecho de pensión de alimentos en casos de divorcio, y se decía que la ex-cónyuge tenía derecho a percibir alimentos, siempre y cuando no se casara de nuevo. Esto es muy lógico, porque si se casa de nuevo, imagínese, el ex-marido también pagándole la pensión. Pero el punto al que quería llegar, es que el código civil decía, “y que mantenga buena conducta, o que sea moralmente aceptable”, una cuestión así. Imagínense ustedes, ¿Cuál es la buena conducta de la ex esposa? Ese es un tema muy complejo y estaba en la Ley, porque esas eran las dos maneras en que se perdía el derecho de pensión. La Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional esa segunda condición, porque definitivamente era demasiado discrecional, ¿qué es una “buena conducta”? Por lo tanto, tenemos antecedente que nuestra Corte ha dicho que cuando hay temas morales o temas tan discrecionales, como por ejemplo la buena conducta, son inaplicables y son expulsados del ordenamiento jurídico.

Aquí nosotros los guatemaltecos tenemos un problema; que tenemos eso establecido en la Ley y suena muy bonito. Incluso, difícilmente podríamos pedir que lo derogen. Sin embargo, el tema en la aplicación práctica es sumamente complejo.

¿Cuál es la vida privada de un funcionario público? Ahora que las redes sociales nos han invadido nuestra propia vida privada, ¿será que tenemos claro qué es intimidad y qué es sensibilidad? El régimen de excepción, sin importar las ópticas y matices con que lo veamos, nace de dos vertientes. La primera, aquella que garantiza que el Estado pueda ejecutar un derecho humano fundamental, pero sin que ello implique un suicidio colectivo. Y segunda, el resguardo efectivo de datos sensibles. La protección de nuestros datos es crucial para nuestro desarrollo. Por ello, es que debemos comprender la sensibilidad como la hermana gemela de la intimidad. Es sensible aquello que sea íntimo, pero no es sinónimo. Hay información, que en principio pudiera ser sensible, pero que cada persona pierde su intimidad cuando las hace públicas.

El régimen de excepciones al derecho de libre acceso a la información es complejo, pero es fundamental para comprender que no es absoluto. Creo que es uno de los encargos que tenemos de la Institución del Procurador de los Derechos Humanos para esta actividad; no como todos los derechos, no es absoluto y nosotros los ciudadanos debemos saber y conocer cuándo la autoridad ha hecho pública información que es personal y sensible.

En nuestro país se modificó drásticamente el régimen de identificación. Pasamos de un Registro Civil que era una competencia Municipal, con 333 oficinas instaladas en distintos lugares del país y sin autoridad rectora, a una sola Institución que es la que maneja ahora las inscripciones respectivas al Registro Civil, pero sobre todo que identifica al guatemalteco y al extranjero domiciliado. La Ciudad de Guatemala, previo a trasladar los datos del Registro Civil al Registro Nacional de las Personas, (RENAP), se supo que la base de datos había sido enajenada a una empresa particular. Imaginemos nosotros, la Municipalidad de Guatemala regaló la base de datos del Registro Civil a una empresa privada particular, era lo que decían. Existen dudas si hay una investigación o no hay una investigación; el rol de la empresa en todo esto; que tanto de lo que se dice es cierto o no es cierto, etc. Existen muchas incógnitas, pero no hay duda que fue noticia de prensa. Se debe definir si eso se puede hacer o no se puede hacer, porque es información que era pública en principio por ser del Registro Civil. Esa es una de las grandes discusiones que tenemos.

Ahora, si comparamos el 2014 con el 2004 podemos señalar que el acceso a la información como derecho de nuestro país dio un giro de 180 grados. Hay una política institucional de apertura, aunque por supuesto, mucha de la información de las grandes decisiones se obstruye o se destruye.

La ausencia de una Ley de Archivo es crucial. Tenemos acceso a la información pero no tenemos una Ley que resguarde cuáles son los archivos, entonces encontramos forma de hacerlos nulos.

Quiero darles nada más dos casos específicos para que los veamos y los analicemos y para que veamos cuál es uno de los problemas. El tema conceptual está claro. Pero por ejemplo vemos que en la Ley Modelo no se puede establecer como información

confidencial aquella que se refiere a violaciones de derechos humanos. Si en algo tenemos experiencia nosotros, es que hemos vivido en un país que viola los derechos humanos y es por eso que esos matices y esas cuestiones pueden a veces ser inaplicables o en la práctica ser muy difíciles de concretar. El Artículo 24 de la Ley de Acceso a la Información establece lo mismo en nuestro caso. No puede ser reservada la información que sea relativa a la violación de los Derechos Humanos. Pero me pregunto, si yo fuera Director del Programa Nacional de Resarcimiento ¿no tendría yo cierta información reservada? Pregunto, yo como Director del Programa Nacional de Resarcimiento, ¿me jugaría ese riesgo de reservar información?, porque ahí está la seguridad de la víctima, que fue víctima del Estado de Guatemala en un momento determinado. No estoy justificando, en navegación, a la Ley, solo les estoy diciendo que como autoridad muchas veces hay temas muy difíciles de delimitar.

Y también por ejemplo, yo puedo preguntarle al Seguro Social cuántos pacientes de SIDA trata y cuánto cuestan los medicamentos para el combate de esa enfermedad. ¿Qué sucede si por forma caprichosa o casuística o cualquier circunstancia la autoridad me informa los nombres de sus pacientes? ¿Cómo una persona cuya enfermedad era confidencial se puede enterar de ese abuso? Eso es lo primero, cómo sabe esa persona que su nombre llegó a manos de una tercera persona por virtud de un acceso a la información, o sea por medio de una actividad institucional estatal oficial.

Aquí les pongo a los colegas abogados un bonito caso de daños y perjuicios. ¿Es lo mismo la información de una persona que mantuvo esa enfermedad como confidencial e íntima, a aquella que la publicó por Facebook o por Twitter? ¿Es lo mismo el daño? ¿Es exactamente el mismo daño el que origina la violación a ese mismo derecho? ¿Se pierde la intimidad o no se pierde la intimidad? ¿Estamos manteniendo el daño solo de la confidencialidad? ¿Cuál es el derecho objetivo violado?; gracias a Dios no llevo el caso, así que es problema de ustedes.

Y por último les digo el tema que hemos combatido nosotros, comercialización de bases de datos con nuestra información, con cierto éxito en Guatemala. Sin embargo, es público que se comercian los datos, es público que hemos recibido, creo que todos, llamadas a nuestros celulares cuando no hemos dado nosotros esos números. También sabemos de empresas que se han encargado de comercializar datos de una manera que no es legítima, sobre todo para la información financiera y bancaria. Ese es uno de los aspectos que tenemos y que hemos dado logros significativos.

Muchas gracias