



Tercer Módulo

Aspectos procesales, régimen de apelaciones
y responsabilidad civil y penal

Jaime Moreno-Valle

127

Consultor, Departamento de Derecho Internacional, OEA

Alejandro Ferreiro

135

Consejero, Consejo para la Transparencia, Chile

Mario Fuentes Destarac

141

Abogado, columnista de prensa y Ex Presidente
de la Cámara Guatemalteca de Periodismo

La Ley Modelo trata de establecer los principios necesarios para que el derecho de acceso a la información pública sea efectivo...

Jaime Moreno-Valle

Consultor, Departamento de Derecho
Internacional, OEA



La Ley Modelo trata de establecer los principios necesarios para que el derecho de acceso a la información pública sea efectivo. Anteriormente se ha hablado de los esquemas de publicación y de la publicación pro-activa como una de las formas en las que la autoridad cumple con sus obligaciones de entregar la información. Hoy me centraré en la otra forma, que es la atención a una solicitud específica por parte de un ciudadano.

Primeramente, vamos a hablar del oficial de información, porque es el primer punto de contacto del solicitante con el aparato gubernamental. El oficial de información es designado dentro de la misma institución, hablemos de cualquier entidad gubernamental por ejemplo el Ministerio de Recursos Naturales. Se trata de funcionario del Ministerio al cual se le van a asignar ciertas funciones específicas, entre ellas actuar como el contacto central para recibir las solicitudes de información, orientar al público, recibir denuncias, y ser el responsable de crear y mantener un sistema de archivo de los documentos del Ministerio.

El primero de ellos es identificar claramente al oficial de información. Dentro de sus esquemas de publicación proactiva, las autoridades, deben dar a conocer quién es su oficial de información y publicar sus datos de contacto. Como ya dije, también el oficial debe de elaborar (en colaboración con la Comisión de Información) un sistema de mantenimiento y manejo de archivos. Ayer se comentaba que los oficiales públicos, aunque quieran dar la información, muchas veces no saben como encontrarla y ponerla a disposición. Aquí es donde el oficial tiene un papel muy importante.

La Ley Modelo establece principalmente en los artículos 21 y 22 ciertos principios que deben regir el mecanismo del despacho de solicitudes de información. Estos son:

- **Gratuidad.** Aquí es importante hacer una distinción: el principio de gratuidad no quiere decir que la información siempre va a ser entregada de manera gratuita, vamos a ver más adelante que hay costos en los que la autoridad puede incurrir, pero el hecho de solicitar la información y que la autoridad le de trámite, sí debe de ser gratuito. A esto se refiere este principio.
- **Anonimidad.** Este principio se refiere a que cuando una persona solicita la información, no está obligada a dar su nombre. Sin embargo, se tienen que proporcionar datos de contacto y cierta información básica para que pueda haber contacto entre el solicitante y la autoridad. Este principio protege un poco de posibles represalias. Hay personas que no se sienten cómodas identificándose con la autoridad, porque están buscando información que puede ser políticamente sensible, por ejemplo. Entonces este principio de anonimidad garantiza un poquito la tranquilidad del solicitante.
- **Igualdad.** Esto se refiere a que no haya discriminación, que las solicitudes se atiendan con la misma celeridad, independientemente de quién sea el solicitante. Este principio está ligado a la temporalidad y a la anonimidad.
- **Temporalidad.** Esto es que las solicitudes sean atendidas en el orden en el que se reciben.

En cuanto a los requisitos que debe satisfacer la solicitud, la Ley Modelo establece de manera general los siguientes:

1. La solicitud debe hacerse a través del oficial de información. Esto protege al resto de los funcionarios, porque no es viable que a diversos funcionarios, independientemente de su cargo, sean responsables de responder a estas solicitudes. Es mucho más eficiente y confiable centralizar este tipo de solicitudes en el oficial de información.
2. La solicitud puede hacerse por vía electrónica, escrita, personal o por cualquier otra vía alternativa. Aquí la intención de la Ley Modelo es facilitar el procedimiento de solicitud para garantizar un acceso equitativo.
3. Tiene que haber una descripción suficientemente precisa de la información requerida y se debe indicar la forma en la que se desea recibir la información. La mayoría de nosotros pensamos que tal vez el e-mail es lo más práctico, pero sabemos que hay comunidades que no tienen ese acceso tan fácil, y quizás les es más práctico ir en persona y solicitar aquella información en formatos físicos.

4. Por último se tiene que dar la información de contacto del solicitante para que haya una comunicación con la autoridad, se puedan recibir notificaciones y la información solicitada pueda ser entregada. Nuevamente reitero que dar datos de contactos, no necesariamente quiere decir que el solicitante deba identificarse.

Una vez que la solicitud cumple con los requisitos mencionados, siempre que se presente ante el oficial de información, éste va a proceder a recibirla formalmente y se inicia el procedimiento.

A partir de su recepción, si la información solicitada se puede entregar de manera inmediata, el oficial de información puede proceder a hacer la entrega. En este sentido, el artículo 38 de la Ley Modelo señala que cuando la solicitud de información esté disponible en formato electrónico y la autoridad ya haya puesto esa información a disposición del público en su página web, cumple con referir al solicitante a la página web donde la información ya está publicada. Esta regla de entrega de entrega inmediata por formato electrónico evidentemente sólo aplica a solicitantes que presentan su solicitud por esta vía.

También se prevé la posibilidad de que las autoridades faciliten el acceso a la información pública mediante la exhibición de documentos originales en sus oficinas como parte de la entrega inmediata, si el solicitante acude en persona. Las autoridades deberán garantizar dicho acceso a la información, a menos que se puedan dañar los documentos, se violen derechos de autor, o ello no sea viable debido a la necesidad de excluir o tachar cierta información contenida en los documentos, de conformidad con el régimen de excepciones.

Por otra parte, si no se puede hacer entrega inmediata, entonces la solicitud se registra y se inicia el trámite para la búsqueda y la entrega de la información. Se le deben de proporcionar al solicitante los datos de contacto del funcionario que va a estar encargado de atender su solicitud.

Tras el recibo de la solicitud de información, la autoridad está obligada a emprender una búsqueda razonable de la misma. Esta definición por supuesto que se puede precisar, pero ese es el criterio. En caso de incertidumbre sobre el alcance y la naturaleza de la información solicitada, la autoridad debe contactar al solicitante para pedir las aclaraciones pertinentes. En caso de que el requirente tenga problema para articular exactamente qué es lo que necesita, la autoridad debe de realizar esfuerzos razonables para ayudar a que la solicitud sea más clara y precisa y entonces proceder a hacer la búsqueda.

Una vez iniciado el proceso, tenemos dos vertientes importantes. Primeramente, si la autoridad determina, durante los 5 días hábiles siguientes a que recibió la solicitud, que no es competente para entregar esa información, entonces dentro de este plazo puede remitir esa solicitud a la autoridad que sí sea la correcta. En este

caso, se le tiene que comunicar al solicitante que su solicitud fue remitida a otra autoridad y especificar los datos de contacto del oficial de información con quien tendrá que dar seguimiento a la solicitud.

En segundo lugar, tenemos a los terceros interesados. Dentro de los 5 días siguientes, la autoridad debe determinar quienes serían los terceros interesados y notificarles que se ha solicitado la información pública que les atañe. Estos terceros tienen 10 días para hacer las aclaraciones pertinentes, y proceder ya sea a dar su consentimiento, abstenerse de opinar, o manifestar el inconveniente que tienen a que se revele esa información.

El artículo 34 de la Ley Modelo, establece como regla general que toda autoridad debe responder a la solicitud de información en un plazo máximo de 20 días. La Ley Modelo reconoce sin embargo, que no todo sucede en un mundo ideal, y que se puede complicar la búsqueda de la información solicitada. Por esto, se contempla la posibilidad de una prórroga en aquellos casos en que se requiera un gran número de documentos o que se tenga que ir a consultar un archivo muerto que está físicamente lejos o algún otro caso similar. La posibilidad de prórroga propuesta es de 20 días adicionales a los 20 días originales, para un plazo total de 40 días. Se contempla también la posibilidad de casos excepcionales en los que debido a un volumen significativo de información, la autoridad solicite a la Comisión de Información un plazo mayor a estos 40 días. En caso de que no se cumplan con estos plazos, entonces la solicitud se puede considerar rechazada.

Me voy a referir a la Comisión de Información a lo largo de esta presentación. Sólo quiero hacer notar que la Comisión es un ente separado de la autoridad que recibe la solicitud y está a cargo de velar por el cumplimiento de este tipo de normas.

En términos de forma, la información se entregará en el formato que el solicitante establezca en su solicitud inicial. Aquí quisiera ahondar en el principio de gratuidad y el tema de los costos. No obstante que la autoridad no debe cobrar por recibir y tramitar una solicitud, la Ley Modelo prevé que la autoridad establezca costos por la reproducción y el envío de información, sobre todo en el caso de expedientes muy voluminosos. Estos costos de reproducción y envío no deben en ningún caso superar los del mercado. Para asegurar consistencia de manera transversal, la Comisión de Información es la que va a determinar cuáles son los costos implicados, de manera que el valor sea equivalente en todas las entidades de gobierno.

El solicitante debe ser notificado e informado sobre cualquier costo o acción necesaria para acceder a la información que la autoridad haya decidido entregar. La Comisión de Información también podrá establecer normas adicionales con relación a los costos, incluyendo la posibilidad de que la información se entregue sin costo, por ejemplo en casos de interés público, o establecer un número mínimo de páginas que se entregan de manera gratuita.

Tanto en relación a los costos de reproducción, como las prórrogas para la entrega de información, la Ley establece que cuando la autoridad pública considere razonablemente que una solicitud tendrá costos superiores a los establecidos por la Comisión de Información, o que se requerirán más de 20 días para responder por el volumen de los documentos, debe comunicarlo al solicitante, de manera que éste pueda presupuestar el gasto o incluso decidir pedir menos información para reducir los costos. Cuando una autoridad no cumple con los plazos establecidos, debe entregar la información sin costo alguno.

En caso de negarse a divulgar la información o entregar sólo parte de ella, la autoridad deberá previamente obtener la autorización de la Comisión de Información. En caso de que la información solicitada o una parte de ella no se entregue al solicitante por estar comprendida dentro del régimen de excepciones, la autoridad deberá dar a conocer un estimado razonable del volumen de material que se considera reservado, una descripción de las disposiciones legales para fundamentar la reserva de la información, e informar al solicitante que tiene derecho a interponer una apelación.

Vemos ahora qué puede hacer el solicitante ante la no-entrega de la información. Se parte de la base que toda información pública debe ser entregada cuando se solicite. Sin embargo, si un solicitante recibe una negativa y decide interponer un recurso de apelación interna, la carga de la prueba debe recaer sobre la autoridad, quien demostrar que la información solicitada está contenida dentro del régimen de excepciones y eso fue lo que ocasionó la negación de información. En este caso, la autoridad debe de establecer que la excepción es legítima y estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que su divulgación puede causar un daño sustancial a un interés protegido por la ley, y la probabilidad y el grado de dicho daño son superiores al interés público en que se divulgue esa información.

En términos de las responsabilidades fijadas a los servidores públicos, la Ley Modelo fija responsabilidad penal a quien actúe deliberadamente con la intención de destruir o alterar documentos, una vez que hayan sido objeto de una solicitud de información. También establece que nadie será objeto de acción civil o penal ni de perjuicio laboral por un acto de buena fe en el ejercicio, cumplimiento o intención de cumplimiento de sus facultades o atribuciones, siempre que haya actuado razonablemente y de buena fe.

El recurso de revisión, también llamado de apelación interna en la terminología de la Ley Modelo, se solicita dentro de los 60 días siguientes a que se debió de entregar la información, ya sea que ésta haya entregado de manera parcial sin fundamentar o simplemente no se entregó. El recurso se presenta ante la máxima autoridad de la institución. Esta autoridad en un plazo de 10 días emite su resolución, ya sea determinando que el oficial de información debió haber entregado la información y ordenando la entrega de la misma o fundamentando por las razones por las cuales no se entregó la información.

La apelación externa, por otra parte, se presenta ante la Comisión de Información. No es necesario haber agotado el recurso de apelación interna o de revisión, para acudir a interponer una apelación ante la Comisión. Sin embargo, si se optó por este recurso, hay que esperar a que transcurra el plazo y que la autoridad responda, antes de proceder a la apelación externa.

Al recibir este recurso, la Comisión de Información tiene que registrar la solicitud dentro un sistema centralizado de seguimiento, avisar a todas las partes interesadas sobre su derecho de comparecer, y si no está conforme con la resolución, tiene el solicitante la capacidad de ir ante el titular de Comisión de Información, pidiendo que se revise esa decisión.

En resumen, el proceso es el siguiente: una vez que se vencen los plazos y no se recibió una respuesta satisfactoria, se acude a la Comisión de Información a interponer el recurso de apelación externa, la Comisión tiene un plazo de 60 días tomar emitir una respuesta, ya sea rechazando la solicitud, o requiriendo a la autoridad a la que se le solicitó la información que la entregue.

Luego de esta respuesta, se tienen varios escenarios. El primero es que la decisión sea entregar la información. En este caso, la decisión de la Comisión de Información se transmite a la autoridad y ésta cumple, entregando dicha información. Aquí termina el proceso para el solicitante. En caso de que la autoridad incumpla o el solicitante esté inconforme con la decisión, entonces éste puede optar por la vía judicial.

Cabe reiterar que tanto la apelación externa como la interna no son mutuamente excluyentes; es decir, se puede empezar uno y después el otro, o puede optarse por elegir el uno o el otro.

En la vía judicial tenemos dos posibilidades: la queja, que puede ser interpuesta por la Comisión de Información o el solicitante, donde la autoridad no cumplió con la decisión que resultó del proceso de apelación. En este caso el objetivo es lograr el cumplimiento. La segunda posibilidad es la revisión. Aquí lo que se impugna es la decisión de la Comisión. Es decir en la queja la parte acusada es la autoridad que no entregó la información y en la revisión lo que se pide es que se impugne la decisión de la Comisión de Información.

...la aplicación de sanciones,
genera un escenario en donde
la administración del Estado no
juega con la ley es decir **entiende**
que debe cumplirla.

Alejandro Ferreiro

Consejero
Consejo para la Transparencia, Chile



Espero en los próximos minutos abordar algunos de los temas procesales más relevantes para hacer eficaz el derecho de acceso a la información. Lo primero, me parece, es tener presente que estas leyes, la Ley Modelo, la Ley guatemalteca, mexicana, chilena y la de muchos países en el mundo, vienen a cambiar una realidad pre-existente. Es decir, se legisla porque no hay satisfacción con el Estado, previo al acceso a la información. Dicho de otra manera si la información fluyese de manera espontánea y masiva desde el Estado hacia los ciudadanos, no estaríamos en este seminario, no estaríamos legislando. Por tanto, esta ley viene a cambiar una realidad, viene cambiar una tendencia natural de los órganos de administración del Estado a ser reticentes en la entrega de la información. Estas leyes vienen a cambiar prácticas y culturas y por eso se requieren procedimientos específicos y eficaces para lograr hacer prevalecer este derecho contra las tendencias naturales históricas inerciales en las administraciones del Estado en todas partes del mundo.

En ese contexto, toca mirar los aspectos procesales básicos y la importancia incluso de un régimen sancionatorio, ya que si no hay sanciones que le hagan sentir a las instituciones del Estado que estas leyes no son poesía sino que son obligaciones llamadas a ser cumplidas efectivamente, la inercia podrá seguir manteniéndose viva y el espíritu formador y la esencia transformadora de estas leyes puede frustrarse. Vemos entonces en ese contexto algunos de los elementos del régimen sancionatorio de los regímenes de recursos y un punto central, aunque que

no lo tengo tratado en la presentación, lo quiero decir de antemano porque me parece esencial y suele soslayarse en las legislaciones, que es la cuestión de existencia física de la información que se pide. Se ha dicho acá, que el Oficial de Información debiera manejar los archivos pero eso es una obligación a mi juicio insuficiente, porque lo que tenemos detrás en América Latina es una larguísima historia de mala gestión de archivos y de documentos. Tenemos por tanto una primera cuestión fáctica no jurídica que no la resuelve la ley sino que se resuelve con la gestión documental de envergadura, que supone resolver si la información solicitada efectivamente existe o no.

En la tradición nuestra, los archivos han sido desdeñados por las administraciones, ya que los papeles no se guardan, no se ordenan y esto que es un problema en el mundo de la documentación física es también un gran problema con la documentación electrónica. Por lo tanto creo que estas leyes, en todas partes del mundo y en los países de América Latina que tienen una tradición pobre en gestión documental, tienen un talón de Aquiles inicial, la cuestión de la existencia de la información. Esto es doblemente grave, porque muchas veces la información pedida efectivamente no existe, porque está perdida.

En segundo lugar, muchas veces se alega la inexistencia de cierta información que efectivamente existe porque es más fácil que discutir frente a una comisión, un tribunal, frente al Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI) o al Consejo para la Transparencia o la Procuraduría de Derechos Humanos (PDH) si aplica o no aplica la causal de reserva que se invoca. Es más barato para las administraciones alegar inexistencia, que justificar porque no se entrega la información pedida. Eso unido a la historia de mala gestión documental, genera un problema mayor en la administración, práctica de estas gestiones que es insoslayable advertir e imperativo intentar resolver.

Vamos sin embargo a los aspectos procesales y jurídicos, que es a lo que nos invitaba este módulo tratar. En Chile existen responsabilidades administrativas -no civiles, ni penales- por incumplimiento de la Ley. Estas responsabilidades las puede aplicar el Consejo para la Transparencia en algunas hipótesis que la Ley señala. Hay ciertas conductas que son sancionables, hay también medidas de publicidad de la sanción aplicada que ayudan a generar el efecto disuasivo y punitivo que toda sanción busca. El procedimiento en Chile es que la Contraloría General de la República, que es un órgano contralor de la legalidad, instruye el sumario de la investigación y le entrega los antecedentes al Consejo para la Transparencia para que aplique la sanción. Lo podría hacer el Consejo, pero no tenemos la capacidad, se necesitaría personal que no tenemos. La Contraloría tiene miles de funcionarios, nosotros 105, por tanto es la Contraloría quien a petición nuestra, sustancia el procedimiento, investiga los hechos, levanta y formula los cargos y entrega al Consejo para que resuelva la aplicación de la sanción.

¿Qué sanciones podemos administrar nosotros, en caso de denegación infundada incumplimiento de las obligaciones de transparencia activa? ¿Multa a quién? No al funcionario de cuarto nivel; la multa va dirigida al jefe superior del servicio, incluso a veces el jefe no es la persona directamente responsable de la omisión de la entrega, aunque si es el único que tiene la capacidad de adoptar las medidas para corregir las omisiones que han generado la falta de entrega de la información. Por tanto, la Ley en Chile, muy sabiamente a mi juicio, ha radicado la responsabilidad en el jefe superior del servicio. Esto ayuda a que la potestad sancionatoria sea más creíble y genere modificaciones de conducta, porque lo que importa no es tanto sancionar sino edificar la conducta de manera positiva. En consecuencia en caso de que no se entregue la información o en caso de que la entrega decretada por el Consejo no ocurra o en caso que el incumplimiento de normas de transparencia activa, se puede aplicar una multa del 20 al 50 por ciento de la remuneración y en caso de reincidencia, suspensión de hasta por 5 días en el cumplimiento de sus funciones.

Se han aplicado más de 90 sanciones, especialmente a los alcaldes que están bajo la jurisdicción del Consejo, porque los municipios es donde se observa en general una menor disposición de cumplimiento de la Ley. La administración central del Estado suele contar con los mecanismos y tema de control interno, mientras que los municipios son el eslabón más débil del estado chileno, en donde se concentran las infracciones y también las sanciones. Además, la Ley dice que las sanciones deberán ser publicadas en el sitio web del Consejo y en el de cada organismo sancionado, además se da una publicidad social, aparecen los medios de comunicación, por lo que la sanción social a veces es poco más potente que la sanción jurídica. Por tanto, los mecanismos de difusión de la aplicación de las sanciones coadyuvan a la efectiva aplicación de la Ley y cumplimiento de la misma.

¿Qué recursos se pueden aplicar o interponer respecto a las decisiones del Consejo? Aplicada una sanción por el Consejo, ésta se cumple, no podrán pedir revisión, reconsideración y en general esto no es susceptible de una revisión judicial. Permítame llamar su atención sobre este dilema que enfrentamos, respecto a la pertinencia o procedencia de reclamaciones ante tribunales superiores una vez que el Consejo para la Transparencia o quien sea, haya resuelto inicialmente si procede o no entregar la información. En la Ley mexicana, lo que resuelve el IFAI es vinculante para la administración del Estado y por tanto ésta no puede reclamar, sólo puede reclamar la persona que no obtuvo la información. En el caso chileno, la cuestión está abierta, ¿por qué digo que esto es un dilema? Porque en el derecho se tiende a pensar que el debido proceso incluye la posibilidad de revisión judicial y que el debido proceso beneficia o es un derecho para todas las partes involucradas en un caso, tanto la personas que piden información como el Estado que eventualmente defiende su expectativa o derecho de no entregarla. Llevar un caso a las cortes conlleva dilación en los plazos y sabemos por otro

lado que el acceso a la información es un derecho cuya eficacia depende de la celeridad, de la rapidez con la que se accede finalmente a la información solicitada.

Por tanto, el llevar la revisión judicial y el cumplimiento del debido proceso a la interposición de muchos recursos, en definitiva supone sacrificar un elemento de la esencia de una buena ley de acceso, la cual es garantizar el acceso a la información con rapidez. Con ese dilema, los sistemas van buscando ciertos equilibrios y dan respuestas distintas. En el caso chileno, los órganos de la administración pueden reclamar de las decisiones que adopta el Consejo para la Transparencia obligándolos a entregar la información, salvo cuando el órgano haya invocado la causal del debido cumplimiento de la función del organismo que es la causal más amplia y laxa. Si la invoca y lo pierde ante el Consejo, no puede llevar el asunto a la corte de apelaciones, pero si el argumento por el cual se está litigando acerca de si procede o no procede la entrega, se vincula a la afectación de derechos de las personas, la persona afectada puede llevar el caso a la corte. Si se refiere a la seguridad nacional, el órgano de la administración también puede llevar el tema a las cortes. La Ley dice que se puede presentar un recurso de revisión ante las cortes de apelaciones y no procederá otro recurso que ese; lamentablemente esa disposición de la ley en el caso chileno se ha frustrado y tenemos una seguidilla y una secuencia de recursos que en la práctica, la administración del Estado, puede interponer para pedir que un órgano revise la decisión del Consejo que en muchos casos puede dilatarse por dos o tres años.

El Tribunal Constitucional, se ha declarado competente para ver si la aplicación de la Ley puede derivar en un perjuicio a derechos jurisdiccionales. Por lo que esto ha sido un proceso doloroso para el Consejo o por lo menos para quien habla, que estaba en la tesis que perdió. El Tribunal declaró que ordenar la entrega de los correos electrónicos de los funcionarios suponía afectar la privacidad y la intimidad, que es un derecho garantizado. La decisión fue que el Consejo para la Transparencia no puede resolver de esta manera el caso, porque se está afectando un derecho constitucional, discutible, a mi juicio lamentable, pero hay que respetar, ya que estamos en un estado de derecho. El Tribunal Constitucional en ese caso y en otros ha intervenido, también la Corte Suprema a través de un recurso especial, el de queja disciplinaria, que no está regulado correctamente.

En algunos casos se ha abocado a conocer fallos de la corte de apelaciones y ha vuelto a mirar los asuntos que ha fallado el Consejo revirtiendo algunas decisiones. En consecuencia, la Ley quiso establecer un tema de revisión judicial acotado, sin embargo en la práctica se ha ido desbordando y la administración del Estado, reticente a entregar información, quiere utilizar todos los instrumentos legales a su alcance, los que estaban explícitamente en la ley más otros que en la práctica se han ido validando, puede litigar hasta por dos o tres años, postergando el acceso a la información. Este es en el caso chileno, es una de las debilidades. Si bien es cierto no son todos los casos, sino es algo excepcional,

son los casos que duelen, en los que la administración no quiere entregar una información, tiene la posibilidad de acudir a tribunales ordinarios y constitucionales para dilatar la entrega de la información, hasta que probablemente sea otro gobierno quien tenga que cumplir la sentencia. Tenemos un problema en el caso chileno, este dilema entre revisión judicial como elemento del debido proceso y celeridad en entrega como componente de eficacia del derecho, no se ha resuelto bien. Hemos caído en una tendencia que hace peligrar la eficacia porque se dilata mucho el acceso a cierta información. Las sanciones aplicadas por el Consejo, instruidos sumarios o investigaciones conducentes a la aplicación a 199 entidades públicas, la mayoría municipios y hemos terminado hasta el momento 82. Se ha aplicado sanción en la mayoría de los casos, en un 68 por ciento son multas.

En definitiva, la publicidad más la instrucción de sumarios y la aplicación de sanciones, genera un escenario en donde la administración del Estado no juega con la ley es decir entiende que debe cumplirla. No obstante en el mismo marco de la ley se puede reclamar una manera tal cual en la que eventualmente pueda ser ilusorio, pero que limita el efectivo acceso, respecto a una materia en la que al gobierno le interesa mucho no entregar.

...no es a la autoridad reguladora o fiscalizadora a la que le corresponde cumplir con las obligaciones marcadas en la ley, sino que éstas les están impuestas a los sujetos obligados...

Mario Fuentes Destarac

Abogado, columnista de prensa
y Ex Presidente de la Cámara Guatemalteca
de Periodismo



Muy buenos días a todos. Agradezco al Procurador de los Derechos Humanos y a la OEA esta invitación. En mi opinión, tanto la Constitución de la República como la Ley de Acceso a la Información Pública con la que contamos son disposiciones importantes, y yo diría que bastante suficientes, para poder hacer efectivos los principios de máxima transparencia y máxima información. Incluso dentro del marco de la

Ley de Acceso a la Información Pública, yo he sostenido que ha sido un verdadero acierto que sea el Procurador de los Derechos Humanos la autoridad reguladora y fiscalizadora en esta importante materia, ya que estamos hablando precisamente del derecho humano de acceso a la información pública, lo cual es obviamente un objetivo, una función, una atribución del Procurador de los Derechos Humanos, la defensa y protección de los derechos humanos fundamentales.

En esta oportunidad, quiero desarrollar el tema de responsabilidades legales por incumplimiento a la Ley de Acceso a la Información Pública. Quisiera comenzar con el tema de las obligaciones derivadas de la Ley para los sujetos obligados. Quiero hacer un énfasis especial en el sentido de que no es a la autoridad reguladora o fiscalizadora a la que le corresponde cumplir con estas obligaciones, sino que estas obligaciones les están impuestas a los sujetos obligados que están previstos en el artículo 6 de la Ley de Acceso a la Información Pública. Alguno podría pensar que si hay insuficiencias en la fiscalización, un sujeto obligado, puede darse el lujo de incumplir la Ley sin una responsabilidad ulterior. Eso no es cierto, los sujetos obligados son los que tienen la responsabilidad del cumplimiento de la Ley, independiente de si la

autoridad reguladora o fiscalizadora ejerce su función de supervisión o de vigilancia del cumplimiento de esas obligaciones.

Veamos cuáles son esas principales obligaciones:

1. Crear y administrar las Unidades de Información Pública. Esto ya se ha venido implementando aunque todavía hay deficiencias, pero más o menos todos los sujetos obligados van en esta vía del cumplimiento.
2. Garantizar y facilitar el acceso a la información pública a la ciudadanía. Esto es una obligación fundamental, que es el espíritu que tiene la Ley de Acceso a la Información Pública.
3. Subir y actualizar información pública de oficio a través de los portales electrónicos. Y aquí quiero reparar en algo importante: en la actualización. Alguno podría decir: “bueno, yo ya tengo mi portal electrónico, he subido información al portal”; pero esa información está totalmente desactualizada. Algunos portales electrónicos tienen información de hace años, incluso de la época en que entró en vigencia la Ley de Acceso a la Información Pública. El artículo 10 exige que esa información se actualice periódicamente. Cada 30 días, tiene que estar actualizada esa información. El hecho de tener el portal con información, es insuficiente. Es vital que esa información esté totalmente actualizada.
4. Proteger los datos personales. Esto tiene que ver con el habeas data, es decir la posibilidad o el derecho que tiene toda persona de obtener una rectificación de la información que se encuentre de ella en las bases de datos o en los bancos de información que poseen los distintos sujetos obligados.
5. Resguardar la información, la gestión documental y la archivística. Esto es un tema importantísimo y tiene que ver precisamente con una idiosincrasia que se ha ido generando en el sector público guatemalteco; cuando hay una terminación de los períodos de funciones, la información y la documentación relacionada con la gestión desaparece, se destruye o simple y sencillamente se oculta. Es una obligación de los sujetos obligados de mantener toda la información y la documentación relacionada con la gestión que se ha llevado a cabo. Y hay responsabilidades de parte de quienes destruyen o no conservan con el cuidado debido dicha información y documentación.
6. Capacitación a funcionarios y empleados públicos de sus propios órganos, organismos, dependencias donde se sirve. Algunos podrán creer que es precisamente obligación de la autoridad reguladora y no lo es, es obligación del sujeto obligado.
7. Informar a la autoridad reguladora de acuerdo a lo que establece la Ley.

Veamos ahora cual es la deducción de responsabilidades legales por el incumplimiento de esas obligaciones a las cuales nos hemos referido. Hay responsabili-

dades legales de distinta naturaleza, por ejemplo responsabilidades en materia de violación de los derechos humanos, ya que las autoridades estatales pueden incurrir en una violación de los derechos humanos al derecho del acceso a la información pública. Hay responsabilidades legales de tipo civil, es decir que se pueden causar daños y perjuicios a los ciudadanos porque no se les provee ese acceso a la información pública en debida forma. Hay también responsabilidades penales. En nuestro país, sí existe la responsabilidad penal en materia de acceso a la información pública. Hay disposiciones taxativas y expresas, tanto en la Ley de Acceso a la Información Pública como en el Código Penal en donde precisamente están sancionadas las responsabilidades por infracciones legales en esta materia tan importante. Hay también responsabilidades administrativas y laborales a las cuales me voy a referir más adelante.

Violación de Derechos Humanos

En cuanto al marco jurídico a nivel local, tenemos la Constitución de la República, la Ley de Acceso a la Información Pública y la Ley de la Comisión de Derechos Humanos y del Procurador de los Derechos Humanos. A nivel internacional, tenemos el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales. Las acciones potenciales que pudieran derivarse de una violación al derecho humano de acceso a la información pública son la apertura de un expediente por el Procurador de los Derechos Humanos, la denuncia ante la Comisión Inter-Americana de los Derechos Humanos (CIDH) y eventualmente una demanda ante la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos por violación a este derecho fundamental de acceso a la información pública. El tipo de sanción podría ser una condena por violación al derecho humano de acceso a la información pública. Las consecuencias, el Procurador puede emitir sanciones morales, podría darse la imposibilidad de acceder a cargos públicos en un momento dado, el resarcimiento económico y otras sanciones que podría imponerse. Los responsables podrían ser la máxima autoridad y los funcionarios y empleados públicos que hubieren participado en esta violación al derecho humano de acceso a la información pública.

Responsabilidades civiles

El marco jurídico para los efectos de las responsabilidades civiles lo tenemos en la Constitución, en la Ley de Acceso a la Información Pública y en el Código Civil. Se pueden presentar demandas civiles para el resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren causados. Los daños son el menoscabo al patrimonio de las personas, y los perjuicios las privaciones de ganancias lícitas que pudieren haber obtenido los ofendidos o los demandantes. El tipo de sanción, la condena al pago de los daños y perjuicios causados. Las consecuencias, la merma patrimonial y las indemnizaciones económicas. Y los responsables, las autoridades máximas, los sujetos obligados, el Estado (ya que éste según la Constitución de la República es

responsable solidariamente por los daños y perjuicios que hubieren incurridos los funcionarios y empleados públicos). Y en el caso personal la prescripción, o sea la extinción de la responsabilidad civil, dura 20 años. Es decir que el sujeto obligado, los funcionarios y empleados públicos pueden ser demandados hasta de 20 años después de haber cesado el ejercicio de sus cargos.

Responsabilidades penales

Para las responsabilidades penales, el marco jurídico es la Constitución, la Ley de Acceso a la Información Pública y el Código Penal. Los potenciales delitos en los cuales se pudiera incurrir, y aquí tal vez es importante mencionar el artículo 37 de la Ley de Acceso a la Información Pública que se refiere a artículos administrativos y dice “con relación a la información, documentos y expedientes que formen parte de los archivos administrativos no podrán en ningún caso ser destruidos, alterados o modificados sin justificación”. Los servidores públicos que incumplan el presente y el anterior artículo de esta Ley podrán ser destituidos de sus cargos y sujetos a lo previsto en los artículos 418 que es el abuso de autoridad y 419 que es el incumplimiento de deberes del código penal vigente.

Por otro lado tenemos responsabilidades penales que están previstas en la Ley de Acceso a la Información Pública:

1. El artículo 64 se refiere al delito de comercialización de datos personales y conlleva sanciones de privación de libertad de 5 a 8 años y multa de 50,000 a 100,000 quetzales y el comiso de los sujetos instrumentos del delito, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que pudieran deducirse en contra de los responsables.
2. También el delito de alteración o destrucción de información de archivos que está en el artículo 65 de la Ley de Acceso a la Información Pública y la sanción penal es de 5 a 8 años de prisión y multa de 50,000 a 100,00 quetzales. La sanción penal se aplica sin perjuicio de las responsabilidades civiles correspondientes.
3. El delito de retención de información está previsto en el artículo 66 de la Ley de Acceso a la Información Pública, es aquel delito que en forma arbitraria o injustificada obstruya el acceso del solicitante a la información requerida y este delito está sancionado con prisión de 1 a 3 años con inhabilitación especial por el doble de la pena impuesta, para ejercer cargos públicos y la multa de 10,000 a 50,000 quetzales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que pudieran deducirse en contra de los responsables.
4. Revelación de información confidencial o reservada, previsto en el artículo 67 de la Ley de Acceso a la Información Pública y este conlleva prisión de 5 a 8 años con inhabilitación especial por el doble de la pena impuesta y multa de 50,000 a 100,000 quetzales; también sin perjuicio de deducir las responsabilidades civiles correspondientes.

5. En el Código Penal, es importante señalar que el artículo 274-A tiene tipificado el delito de destrucción de registros informáticos y dice que será sancionado con prisión de 6 meses a 4 años y multa de 200 a 2,000 quetzales el que destruyere, borrar o de cualquier modo inutilizare los registros informáticos.

El marco regulatorio de las sanciones penales está perfectamente claro. Y es importante que los sujetos obligados estén enterados e informados sobre las responsabilidades tanto penales como civiles en las cuales se pudieran incurrir. Pero también existen otro tipo de responsabilidades. Es importante traer a colación que nuestra Constitución establece que la prescripción para los funcionarios y empleados públicos, en este caso pudiera ser la máxima autoridad, es del doble del tiempo para la prescripción de la pena. Es decir, si se establece una pena máxima de 6 años sería el doble de la pena para la extinción de la responsabilidad penal.

Responsabilidades administrativas

El marco jurídico es la Ley de Acceso a la Información Pública, las leyes propias de cada sujeto obligado y la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas de la Nación. Las acciones potenciales son la apertura de expedientes administrativos internos, hallazgos por parte de la Contraloría de Cuentas, demandas económico-coactivas, las sanciones por falta grave o leve, multas y otros. Las consecuencias serían multas, suspensión laboral, certificación de lo conducente si hubiera algún tipo de delito y perjuicio económico pecuniario. Los responsables son los funcionarios y empleados públicos.

Responsabilidades laborales

Estas tienen como marco jurídico la Ley del Servicio Civil y las leyes propias de cada sujeto obligado. Las acciones potenciales serían apertura de expedientes. Los tipos de sanciones serían despido, suspensión, descuentos y otros. Las consecuencias, sanciones propias de faltas laborales. Los responsables son las autoridades máximas, los funcionarios y empleados públicos responsables.

Tal vez es importante traer a colación el estado situacional de derecho de acceso a la información pública de 2013 según la autoridad reguladora. Se señala en el Informe Anual de Situación de Derecho Humano de Acceso a la Información 2013 en el apartado de Conclusiones en sus numerales 3, 4 y 5 que los sujetos obligados continúan sin cumplir con lo regulado en la Ley de Acceso a la Información en todos los aspectos. Reitero que esto, aunque sea un informe del Procurador de los Derechos Humanos, no releva de ninguna manera de las responsabilidades civiles, penales administrativas y laborales en que pudieran incurrir los sujetos obligados y los correspondientes funcionarios y empleados públicos que laboraren en dichos sujetos obligados.

Conclusiones

Básicamente podemos decir que el cumplimiento de las obligaciones provenientes de la Ley de Acceso a la Información Pública es responsabilidad exclusiva de los sujetos obligados es decir de sus funcionarios y empleados públicos. La autoridad reguladora no es responsable del cumplimiento de la ley. El Procurador de los Derechos Humanos promueve el cumplimiento por parte de los funcionarios y empleados públicos. El incumplimiento de las obligaciones legales produce para cada caso responsabilidades distintas.

La Ley de Acceso a la Información Pública, es una ley de orden público, de interés nacional y de utilidad social. Los funcionarios y empleados públicos de los sujetos obligados, independientemente de las capacidades de supervisión que posea la autoridad reguladora, deben tomar todas las acciones a su alcance para dar exacto cumplimiento a la Ley de Acceso a la Información Pública. Los sujetos obligados deben sufragar los gastos inherentes para el cumplimiento de la ley. Entonces queda perfectamente claro que le incumbe totalmente a los sujetos obligados el cumplimiento de la ley sin perjuicio de la actividad fiscalizadora que lleva a cabo el Procurador de los Derechos Humanos.