



■ Acceso a la información pública

...transparencia se refiere a la apertura y flujo de información de las organizaciones políticas y burocráticas al dominio público. Esto la vuelve accesible a todos los posibles actores interesados, permitiendo su revisión y análisis, y la detección de posibles anomalías”.

Transparencia, democracia y acceso a la información

El Salvador se encuentra en una etapa de su evolución democrática en la que se deben realizar transformaciones profundas. La sociedad salvadoreña debe pasar de una cultura de violencia a una de paz, de una carente de valores a una que se base en ellos y, en cuanto a la función pública, se debe cambiar a una cultura de mayor transparencia.

El concepto de transparencia se utiliza tanto en la actualidad que su significado se va haciendo cada vez más vago. Indudablemente, está relacionado con la lucha contra la corrupción y el secretismo del estado. Más que una medicina a los males de la democracia moderna, la transparencia debe ser algo intrínseco a ella y debe conceptuarse de esa manera. Podríamos definirla como la conducción de los negocios públicos en una situación de apertura que permite a todos los agentes “ver” los procedimientos del gobierno y todas sus entidades. Cada una de las etapas del

funcionamiento de la administración pública, desde la formulación hasta la ejecución de decisiones, tanto las de alcance reducido como las de alcance universal, se dan a la vista de la población en general. Toda esta claridad de visión o supervisión por parte del público permite mayor grado de eficacia, honestidad, rendición de cuentas, participación ciudadana y confianza en las instituciones. Según Miguel Ángel Valverde Loya, “el concepto de transparencia se refiere a la apertura y flujo de información de las organizaciones políticas y burocráticas al dominio público. Esto la vuelve accesible a todos los posibles actores interesados, permitiendo su revisión y análisis, y la detección de posibles anomalías”¹.

La transparencia tiene que ver con la existencia de una administración pública abierta, en el cual la toma de decisiones

¹ Valverde Loya, Miguel Ángel, “Transparencia, Acceso a la Información y Rendición de Cuentas: Elementos Conceptuales y el Caso de México”.



y la gestión administrativa se dan a la luz de la opinión pública. Como ya hemos dicho en nuestro reciente estudio, *Las Instituciones Democráticas en El Salvador: Valoración de Rendimientos y Plan de Fortalecimiento* (2005), realizado conjuntamente con la Universidad de Salamanca, los ciudadanos deben sentir una mayor confianza y respeto hacia sus instituciones para que éstas sean legitimadas y la democracia se vea fortalecida. Esta confianza solo puede devenir del compromiso de los funcionarios de llevar a cabo una gestión transparente, por medio de la cual todos los agentes puedan evidenciar tanto su eficacia como el uso legítimo de los recursos. El acceso a la información pública es un aspecto importantísimo dentro del tópico más amplio de transparencia.

El tema cobra cada vez mayor relevancia a nivel internacional. En 1990, sólo 12 países contaban con una legislación que garantizara expresamente a sus ciudadanos el acceso a la información pública y otorgaban herramientas y recursos para asegurar tal acceso². Hoy en día existen más de 65 países con legislación de este tipo; incluso se han llevado a cabo reformas en distintos ordenamientos jurídicos para la consecución de ese fin. El Salvador se ve cada vez más en la necesidad de adoptar una ley de este tipo, como un medio para que la sociedad civil pueda ejercer un control social en la administración de los fondos públicos y en la actividad de las distintas instituciones del estado. Una democracia consolidada y libre de corrupción necesita de una sociedad que, teniendo como base de sus

² Kocaoglu, Nurhan y Figari, Andrea (Editores), *“Using the Right to Information as an Anti-Corruption Tool”*, Transparency International, 2006.

opiniones una información confiable y de fácil acceso, participe en la toma de decisiones y que asimismo fiscalice a sus funcionarios pidiéndoles que rindan cuentas de su desempeño. Una ley de acceso a la información pública posibilitará que esto suceda.

Concepto de acceso a la información

“La garantía del acceso público a información en poder del Estado no sólo es una herramienta práctica que fortalece la democracia y las normas de derechos humanos y promueve la justicia socioeconómica, sino que es también un derecho humano protegido por el derecho internacional”³.

El acceso a la información pública, según vemos, ha sido conceptualizado como un derecho humano fundamental que consiste en la habilidad de los individuos de acceder a la información que esté en manos del estado. Para algunos, es parte del derecho a la libre expresión del pensamiento consistiendo en un presupuesto para el ejercicio del mismo. Se considera que es imposible tener una completa libertad expresión si se carece del acceso a la información pública necesaria para construir aquel pensamiento u opinión. Es así como se le ha considerado en las convenciones internacionales, por ejemplo en el Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)⁴ y el Art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2003, Vol. III, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV: Informe sobre el Acceso a la Información en el Hemisferio*, p. 135-154. .

⁴ “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”



Civiles y Políticos (1966), ambos instrumentos generan obligaciones para El Salvador⁵.

Sin embargo, para muchos de los promotores de un mayor acceso a la información, concebir este derecho como parte del derecho a libertad de expresión es limitante y erróneo. Consideran que es un derecho independiente y que debe legislarse y garantizarse de manera especial.

Aún cuando el derecho a la libertad de expresión esté tan vinculado al derecho al acceso a la información, y que este último muchas veces pueda estar única o implícitamente protegido por las garantías nacionales e internacionales de la libertad de expresión, ambos derechos deben manejarse de manera diferenciada. Ambos son fundamentales para la existencia de una democracia consolidada, puesto que tienen que ver con la posibilidad de una verdadera participación ciudadana en la toma de decisiones y en el control del desempeño de los funcionarios; sin embargo, el derecho a la libertad de expresión tiene mayor relación con la dignidad de la persona y su desarrollo integral. El derecho al acceso a la información, por otro lado, va un paso más allá, pues está ligado con los conceptos de control social, transparencia, rendición de cuentas de los funcionarios públicos, combate a la corrupción, entre otros temas relacionados. Por ser este derecho fundamental en la consecución de una democracia transparente es que debe

⁵ “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” Artículo 19.2, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Adhesión 13/11/79, Publicación D.O.: 23/11/79, Vigencia: 29/02/80.

considerarse como un derecho por separado al que debe dársele garantía en la ley con procedimientos claros y determinación precisa de las limitaciones que, en virtud de otros derechos o intereses, como la privacidad o la seguridad nacional, pueda sufrir.

Anteriormente nos hemos referido al acceso a la información pública como un derecho humano individual, sin embargo, algunos lo podrían considerar como uno colectivo. La diferencia es que mientras que un derecho individual “le pertenece” a una persona uno colectivo o interés difuso no le pertenece a nadie en particular sino a un grupo o a toda una sociedad. En la práctica, lo que interesa, como veremos más tarde, es que la información pública debe poder ser reclamada por cualquiera, no debiéndose exigir que una persona tenga un interés personal en el asunto para acceder esa información; es por esto que se ha dicho que más bien es un tipo de derecho colectivo o interés difuso.

El acceso a la información pública ha cobrado mayor impulso como una garantía o un instrumento contra la corrupción; se ha sostenido que no es un derecho realmente sino una herramienta para tal fin. Sin embargo, no es contradictorio sostener que es un derecho humano el cual tiene la consecuencia positiva de obstaculizar prácticas corruptas. La legislación que lo garantiza constituye un mecanismo contra la corrupción, puesto que, al poder contar con información pública fiable, oportuna y de fácil acceso, se posibilita el control social e impulsa un mayor grado de rendición de cuentas de los funcionarios públicos. Las leyes que garantizan tal acceso ponen al descubierto como se toman decisiones administrativas reduciendo las posibilidades que sean

Se ha observado como en las jurisdicciones donde se han adoptado normas que protegen el acceso a la información pública la mayoría de las solicitudes son de individuos que buscan conocer actuaciones gubernamentales que les afectan directamente y no necesariamente sobre políticas generales del gobierno, por lo que dicho acceso se convierte en un instrumento que garantiza el debido proceso, la sujeción al principio de legalidad y la equidad.

tomadas por las razones equivocadas⁶.

Además de impedir la corrupción, la apertura y transparencia de las actuaciones de la administración pública permiten monitorear su eficiencia. A mayor acceso de información, mayor vigilancia de los ciudadanos sobre sus funcionarios e instituciones y, por lo tanto, menor campo para la falta de probidad. Las leyes sobre el acceso de la información son llamadas “*sunshine laws*”, pues esclarecen lo que antes se mantenía en la oscuridad y secreto.

Otro aspecto importante del acceso a la información pública es que es un medio para fortalecer la democracia. Se ha convertido en un “*benchmark*”, es decir, un punto de referencia del desarrollo democrático. Mientras más a la luz de los medios de comunicación y de la población en general se encuentren la toma de decisiones, el uso de los fondos públicos, los resultados de las actuaciones de los funcionarios públicos, etc., más confianza se genera en los gobernados y, por tanto, la democracia se ve fortalecida. Además estimula la participación ciudadana. Mientras más información adecuada y precisa, sin ajustes ni maquillajes, esté disponible al público en general, podrá haber más y mejor participación, consolidándose un verdadero sistema democrático⁷, acercando a los administradores y los administrados para

⁶ Roberts, Alasdair, “*Access to Government Information: An Overview of Issues*”, The Carter Center, Atlanta, 1999. http://ww1.transparency.org/working_papers/roberts/roberts.foi.html#ref2#ref2 (6-1-2007)

⁷ Darbshire, Helen y Carson, Thomas “*Transparency & Silence: a survey of Access to Information Laws and Practices in 14 Countries*”, Open Society Justice Initiative, 2006.

que la democracia pueda ser realmente un gobierno de los ciudadanos.

Adicionalmente al rol del acceso de la información como derecho humano fundamental y como presupuesto del ejercicio del derecho de libertad de pensamiento y expresión, como instrumento en el combate a la corrupción, como medio para fortalecer la democracia y fomentar la participación y control ciudadano, debemos mencionar que es además una herramienta para sostener el principio de legalidad de la actuación de los funcionarios públicos. Se constituye en un disuasivo contra las actuaciones arbitrarias del estado. Se ha observado como en las jurisdicciones donde se han adoptado normas que protegen el acceso a la información pública la mayoría de las solicitudes son de individuos que buscan conocer actuaciones gubernamentales que les afectan directamente y no necesariamente sobre políticas generales del gobierno, por lo que dicho acceso se convierte en un instrumento que garantiza el debido proceso, la sujeción al principio de legalidad y la equidad⁸.

Desarrollo de las leyes de acceso a la información pública (FOIA)

Las leyes sobre acceso a la información pública se conocen mundialmente como FOIA por las siglas de la ley estadounidense sobre la materia, que data de 1966, la *Freedom of Information Act*, la tercera que se dictó después de las de Suecia y Finlandia. La expansión de este tipo de legislación se inició a finales del siglo pasado y recientemente ha cobrado un gran impulso; desde el año 2000, 28 nuevas leyes han sido emitidas⁹.

⁸ Roberts.

Las FOIA se han adoptado como una medida impulsada por los distintos gobiernos para ganar credibilidad

La región en donde se han adoptado el mayor número es Europa Central y Oriental, seguida por Latinoamérica.

La mayoría de leyes que protegen el derecho de acceso a la información pública tienen su fundamento en el derecho administrativo⁹. Fue con el surgimiento de esta rama del derecho que se estableció que el gobierno y los gobernantes están sujetos a la ley tal y como lo están los ciudadanos y que, por tanto, estos últimos tienen derecho a demandar legalmente al estado y a sus representantes. Un primer derecho al acceso a la información pública surge en el proceso administrativo pues se estableció la facultad de los ciudadanos de acceder a los registros gubernamentales que fueran relevantes para el juicio administrativo abierto¹⁰. Más adelante, los grupos ambientalistas fueron los que más presionaron para que la información en manos del gobierno, sobre posibles vulneraciones al medio ambiente, fuera accesible al público en general¹². Las leyes de acceso a la información constituyen un gran avance pues la posibilidad de obtener la que se encuentra en manos del gobierno ya no requiere la existencia de una litis, sino que se constituye en un derecho independiente; el acceso a la información deja de ser tan sólo una protección procesal de otro derecho sino que es un derecho importante en sí mismo.

⁹ Darbshire y Carson, pág. 22

¹⁰ Martin, Robert y Feldman, Estelle, "Access to Information in Developing Countries", Transparency International, 1998. http://www1.transparency.org/working_papers/martin-feldman/index.html

¹¹ Ibidem.

¹² Saba, Roberto, "El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno", http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_archivo_documento_pdf.php?id_recorte=135&file=1

Las FOIA se han adoptado como una medida impulsada por los distintos gobiernos para ganar credibilidad¹³. Tanto el Banco Mundial como la Organización de Estados Americanos (OEA) han buscado que la garantía del derecho al acceso a la información pública se expanda en la región. En particular, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA se ha preocupado por impulsar la implementación de leyes u otras disposiciones que otorguen a los ciudadanos tal garantía.

En Latinoamérica vemos un ejemplo de una fuerte presión de parte de la sociedad civil en el caso de Argentina. En este país, diferentes organizaciones civiles han trabajado para que se establezca legislación, tanto a nivel provincial como federal, para garantizar el acceso a la información pública, especialmente tras la crisis económica vivida recientemente y tras la firma de la Convención Interamericana contra la Corrupción de (1996). El proyecto de ley federal sobre la materia ha estado paralizado en el Congreso durante los últimos tres años, aun cuando se había redactado un documento conforme a estándares internacionales y tras la negociación con una amplia variedad de sectores¹⁴. Un avance se dio en diciembre de 2003, cuando el presidente Néstor Kirchner, emitió el decreto 1172/03, que regula, entre otras cosas, el derecho de acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. Este fue un gran paso adelante, aunque el decreto tiene

¹³ Darbshire y Carson, pág. 22.

¹⁴ Dell, Gillian, "Convenciones Anticorrupción en América: lo que la sociedad civil puede hacer para que funcionen", Transparency Internacional, 2006, pág. 35.



La Constitución de la República no contiene una disposición que garantice de manera expresa el derecho al acceso de la información; sin embargo, podemos argumentar que existe una base constitucional que nos permite reclamar este derecho en los artículos 6 y 18 de la carta magna.

fuerza de reglamento y se limita tan sólo al gobierno central. Las organizaciones de la sociedad civil siguen presionando por que se desarrolle más legislación a nivel local y se emita la ley federal; también monitorean el éxito de las normativas en vigor¹⁵.

Por su parte, Honduras adoptó una “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública” en noviembre de 2006. Fue impulsada tanto por organizaciones de la sociedad civil como por un programa del Banco Mundial; previa aprobación de la ley secundaria, en marzo de 2005, el Poder Legislativo aprobó una reforma del artículo 182 de la Constitución, que otorga a los ciudadanos el derecho de *hábeas data*¹⁶. En Guatemala, aún no se cuenta con una ley que proteja de manera general el derecho de acceso a la información; sin embargo, existe desde diciembre de 2005, un reglamento que regula este derecho a nivel del Poder Ejecutivo. Nicaragua ya cuenta con un proyecto de ley presentado a la Asamblea Legislativa desde el año 2003, redactado tras una amplia consulta, y se espera que pronto se logre aprobar, más aún tras los escándalos de corrupción del ex presidente Arnoldo Alemán y sus allegados. Asimismo, Costa Rica ha avanzado en el proceso de debatir proyectos de ley de la materia. Finalmente, Panamá tiene una ley en vigencia desde el año 2002, aun cuando hay cuestionamientos de su eficacia.

¹⁵ Ver: <http://www.accesoalainformacion.org>.

¹⁶ Acción que tiene una persona de acceder a un registro o banco de datos para conocer la información que existe sobre su persona y solicitar su corrección si fuere falsa o le causa algún perjuicio. No ha sido regulado en El Salvador, pero resoluciones no muy claras que lo favorecen han sido emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la Defensoría del Consumidor.

Marco jurídico salvadoreño para el derecho al acceso a la información

La Constitución de la República no contiene una disposición que garantice de manera expresa el derecho al acceso de la información; sin embargo, podemos argumentar que existe una base constitucional que nos permite reclamar este derecho en los artículos 6 y 18 de la carta magna. El artículo 6 establece el derecho a la libertad de expresión, el cual para ser efectivo tiene como presupuesto lógico un efectivo acceso a la información pública.

El artículo 18 de la Constitución es del que de mejor forma se pudiera derivar el derecho al acceso a la información pública. Esta disposición contiene la garantía del derecho de petición, que consiste en que toda persona tiene la facultad de dirigir sus peticiones por escrito a los funcionarios públicos, a que éstas sean resueltas y a que se le notifique dicha resolución. Claramente, una solicitud de información pública está amparada por el derecho de petición. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el derecho de petición “puede ser ejercido por cualquier persona sea nacional o extranjero, persona natural o jurídica, ante cualquiera de las autoridades legalmente instituidas, quienes tienen la obligación de resolver, dentro de un plazo razonable”, que la resolución “no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición sino que la autoridad correspondiente debe analizar el contenido de la misma y resolverla conforme a las facultades jurídicamente conferidas” y finalmente que “la contestación que debe recaer a una solicitud debe ser congruente con ésta”¹⁷.

¹⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Amparo del 25 de febrero de 2000. Referencia 431-98.

Sin embargo, el Art. 18 no es suficiente para proteger el derecho, puesto que se necesita que la ley secundaria indique claramente sus alcances, estableciendo las excepciones y los procedimientos que deben seguirse.

Sin embargo, el Art. 18 no es suficiente para proteger el derecho, puesto que se necesita que la ley secundaria indique claramente sus alcances, estableciendo las excepciones y los procedimientos que deben seguirse.

El Salvador es suscriptor de varias convenciones internacionales que protegen el derecho al acceso de información pública. Dichas convenciones son parte de nuestro ordenamiento jurídico, prevalecen sobre la ley secundaria y obligan internacionalmente al país a darles cumplimiento. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se le protege de manera tácita dentro de la disposición relativa al derecho a la libertad de expresión¹⁸, mientras que en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁹ se prevé este derecho bajo el nombre de libertad de investigación; ambos textos al ser declaraciones y no tratados, constituyen principios fundamentales que deben regir los ordenamientos jurídicos de los signatarios, pero no son normas de aplicación inmediata.

Por otra parte, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 13.1 lo ampara en su disposición sobre el derecho de

18

Art. 19 DUDH. “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” Declaración Universal sobre Derechos Humanos.”

19

Artículo 4 DADDH. “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.”

libertad de pensamiento y expresión²⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recientemente estableció un nuevo precedente, no sólo para la región sino para el mundo entero, pues es el primer tribunal internacional en reconocer como un derecho fundamental el acceso de la información en manos del gobierno. En el caso *Claude Reyes et al v. Chile*, tres ambientalistas chilenos solicitaron al gobierno información pública que este se negó a dar. La CIDH entendió que, al no dar la información requerida, el gobierno de Chile violó el Art. 13 de la Convención. En la sentencia se menciona claramente que este derecho es esencial para la participación democrática y la libertad de expresión. Este precedente, que aunque no obliga a los estados parte del Pacto de San José a legislar a favor del derecho al acceso de información pública; nos indica que la CIDH interpreta que estamos obligados a garantizarlo según la Convención, y que, de llegar un caso a la Corte, ésta resolverá en ese sentido.

El Salvador se ha comprometido a garantizar el acceso a la información de manera más explícita al ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción²¹, publicado en el D.O. No. 150, Tomo 340, de 17 de agosto de 1998. En el artículo 3, sobre medidas preventivas, los párrafos 4, 5 y 11 se refieren a mecanismos que tienen un

20

Art. 13.1 CADH. “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

21

Ratificado por D.L. No. 351, de 9 de julio de 1998

Como parte del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción se han estudiado específicamente los mecanismos existentes para el acceso a la información

En cuanto a la ley secundaria, el derecho al acceso a la información está regulado de manera dispersa y contradictoria.

impacto positivo para la transparencia y el acceso a la información pública, tales como sistemas para la declaración de los estados financieros de los funcionarios públicos, para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del estado. Además, los estados se comprometieron a establecer mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las ONG en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

Como parte del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción se han estudiado específicamente los mecanismos existentes para el acceso a la información y en el primer informe fruto de este monitoreo se le ha recomendado a El Salvador: a) contemplar la conveniencia de expedir legislación que específicamente asegure el acceso a la información pública; b) fortalecer las normas y mecanismos que garanticen el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, mediante la creación y regulación de un procedimiento dirigido a tutelar este derecho; c) definir expresamente las limitaciones al acceso a la información; d) avanzar en el desarrollo de los sistemas de información pública en línea; e) entrenar a los funcionarios en materia de acceso a la información pública; f) ponderar la conveniencia de que el ordenamiento jurídico en la materia garantice el acceso a la información pública en posesión de los órganos del estado, los municipios y de las instituciones autónomas; g) contemplar el establecimiento de un mecanismo con autonomía técnica, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, resolver sobre las

negativas de acceso y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades²².

El Salvador también es parte de la Convención de la Organización de Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyas medidas preventivas obligan de igual manera al estado salvadoreño a asegurar el acceso a la información pública. En este tratado el derecho al acceso de información se consigna de manera expresa, estableciéndose en su artículo 10 que la información sobre la organización y funcionamiento de la administración pública debe poder ser accedida por el público y en su artículo 13 que “el público debe tener acceso efectivo a la información”. No existe todavía un programa de seguimiento de esta Convención.

En cuanto a la ley secundaria, el derecho al acceso a la información está regulado de manera dispersa y contradictoria. Por un lado, se han dictado disposiciones que buscan un mayor acceso a la información pública y transparencia en la gestión del estado, como la creación de una Comisión Nacional para la Sociedad de la Información por el Presidente de la República, en 2004, en parte con el interés de ampliar el uso del Internet para divulgar información, y la reforma del Código Municipal, emitida por D.L. N° 929, de 20 de diciembre de 2005, la cual ha añadido un capítulo titulado “Transparencia” que regula el derecho de

²² Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, “Informe Sobre La Implementación en la República de El Salvador de Las Disposiciones de la Convención Seleccionadas para ser Analizadas en el Marco de la Primera Ronda” .

Ante el tema de un efectivo acceso a la información pública en El Salvador se perfilan dos posturas. La primera, más conservadora, sostiene que se puede conseguir garantizar este derecho sin necesidad de una nueva ley; en todo caso, se debe hacer cumplir las disposiciones que ya existen.

Una segunda postura es que se necesita una ley especial que regule el derecho al acceso de la información.

acceso a la información pública municipal. En otros casos, las normas dificultan directamente el acceso a la información. Por ejemplo, el Art. 31 de la Ley de Servicio Civil establece que los funcionarios y empleados públicos o municipales tienen la obligación de “guardar la reserva y discreción necesarias en los asuntos de que tengan conocimiento por razón de su cargo o empleo, aún después de haber cesado en el desempeño de ellos”. La Ley de Carrera Administrativa Municipal en su artículo 60 estipula la misma obligación para los empleados y funcionarios de carrera. En ambas normas, pues, se deja a la discreción del funcionario superior la divulgación de la información, prevaleciendo el principio de la confidencialidad y el secreto. Esto atenta contra el derecho al acceso a la información, el cual debería ser amplio y estar sujeto únicamente a las limitaciones que imponga la ley y no por la discreción, o discrecionalidad de un funcionario.

Finalmente, debemos recordar que el artículo 240 de la Constitución exige la reserva total en las declaraciones patrimoniales que los funcionarios públicos deben rendir para efectos del enriquecimiento ilícito de los mismos. Esta es una situación contraria a todos los principios de transparencia gubernamental.

Ante el tema de un efectivo acceso a la información pública en El Salvador se perfilan dos posturas. La primera, más conservadora, sostiene que se puede conseguir garantizar este derecho sin necesidad de una nueva ley; en todo caso, se debe hacer cumplir las disposiciones que ya existen. Pero como hemos visto, aun en el caso de que este sistema disperso pueda ser favorable, no es sostenible que lo mejor es conservar el *status quo*, por la contradicción que existe en las normas

existentes. Como mínimo se necesitan reformas que armonicen las disposiciones dispersas en el sistema. Una segunda postura es que se necesita una ley especial que regule el derecho al acceso de la información. Nosotros sostenemos que una mejor solución es contar con un sistema normativo en pos de una mayor transparencia y acceso a la información pública que se base en los principios que exponemos en el siguiente apartado.

Contenido esencial

Una ley que proteja el derecho al acceso de información pública debe cumplir unos requisitos mínimos para conseguir el fin que se propone. Existe un peligro de emitir una ley sobre el tema que en realidad únicamente dé la apariencia de protección, pero que en su contenido no se encuentren elementos básicos que realmente den garantía suficiente al derecho. Varias organizaciones han realizado esfuerzos para crear principios y leyes modelo los cuales han sido fruto de consultas con grupos claves y estudio del derecho comparado. La *Ley Modelo* de Article 19²³, una organización de la sociedad civil dedicada a la promoción la libertad de expresión y de la libertad de información y los “*Diez Principios Del Derecho a Saber*” del Open Society Justice Initiative²⁴, otra organización mundial que promueve el acceso a la información son ejemplos de este esfuerzo. En Latinoamérica también ha habido ejemplos de redacción de requisitos mínimos necesarios en referencia al acceso a la información, tal como los Principios de

²³ www.article19.org/pdfs/standards/modelfoilaw.pdf

²⁴ www.justiceinitiative.org/Principles/index

La ley debe garantizar una legitimación pasiva amplia.

Esto no significa que no haya excepciones bajo las cuales sea legítimo denegar una solicitud de información... éstas también deben existir puesto que el derecho al acceso a la información, tal como cualquier otro derecho, no es absoluto.

Lima, los cuales fueron dictados con el auspicio del Relator de la OEA en materia de libertad de expresión²⁵.

Legitimación activa amplia

La ley debe reconocer a toda persona legitimación activa amplia para el ejercicio del derecho de acceso a la información. Por tanto, en las solicitudes de información no se debe exigir como requisito probar un derecho subjetivo o interés legítimo sobre aquella información que se requiere. Por un lado, se puede argumentar que existe una especie de interés difuso que todos tenemos, que puede ser la participación ciudadana en el quehacer estatal u otro interés difuso sobre la transparencia de los actos públicos; sin embargo, ni siquiera este tipo de justificación debe requerirse. La solicitud de información debe justificarse en última instancia en un principio de publicidad de los actos del gobierno, el cual habilita a cualquier persona a requerir información sin importar la finalidad para que la requiera. Cualquier exigencia de probar la legitimación activa para solicitar información pública es una limitación que podría impedir que se logre el objetivo de transparencia y de control social de las actuaciones públicas pues otorgará un alto grado de discrecionalidad a los funcionarios para decidir si un persona puede o no acceder a la información.

Legitimación pasiva

El sujeto pasivo del requerimiento de la información debe ser el estado en su conjunto, comprendiendo a los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial y sus

²⁵ www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=158&IID=2

dependencias, las instituciones oficiales autónomas, el Ministerio Público, los órganos independientes como la Corte de Cuentas de la República y el Tribunal Supremo Electoral y los municipios²⁶. La ley debe garantizar una legitimación pasiva amplia pues no deben existir esferas exentas a la transparencia y acceso del público. Esto no significa que no haya excepciones bajo las cuales sea legítimo denegar una solicitud de información, como discutiremos más adelante; éstas también deben existir puesto que el derecho al acceso a la información, tal como cualquier otro derecho, no es absoluto. Lo que aquí queremos decir es que toda información en manos del estado, sea cual sea su manifestación, sea susceptible a una solicitud de información, la cual deberá poner a disposición del solicitante a menos que exista una excepción para ese caso.

Pero el sujeto pasivo no se limita al estado, sino que se debe incluir a todas aquellas personas que posean información pública. Aquellas personas privadas que administren recursos o fondos públicos, que presten servicios públicos o sean concesionarias del estado deben ser sujetos pasivos de esta ley. La nueva ley hondureña incluso prevé que las ONG que administren fondos del producto de recolectas públicas destinadas a la ejecución de obras públicas o proyectos comunitarios estén sujetos a la ley. Por razones un tanto distintas se hace necesario también exigir la transparencia de los partidos políticos, especialmente en cuanto a su membresía, financiamiento y uso de esos fondos, aunque resulta más apropiado que esto se regule en el Código Electoral.

²⁶ Ver Art.3 Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.



El derecho al acceso a la información se encuentra justificado en el principio de publicidad y transparencia en la gestión del gobierno. Este es el supuesto básico en el que debe regir el acceso a la información.

Qué se debe entender por información

El alcance del derecho del que estamos tratando depende mucho de la definición que demos al término información. La ley debe ser bastante amplia en su conceptualización. Según la Real Academia Española información es “acción y efecto de informar” y también “conocimientos así comunicados o adquiridos”²⁷. Como vemos, es un concepto vago y amplísimo, pero resulta útil que la ley utilice este tipo de definición. Por información pública se debe entender toda aquella que se encuentre en poder de los sujetos obligados, ya sea que haya sido generada por ellos o que simplemente sea administrada por los mismos, no importando ni su fuente, ni su fecha de elaboración, ni el tipo de documento que se trate. Por otra parte, la ley no puede sujetarse a ciertos medios o formatos de almacenar esa información, más bien debe decir que puede estar en cualquier formato. Los avances tecnológicos de esta época nos dejan claro que nuevas formas de almacenar información serán siempre desarrolladas. Asimismo, el documento que contenga esa información puede ser de cualquier tipo: registro, expediente, etc. La ley debe dar ejemplos, sin que en ningún caso se considere una enumeración taxativa.

La publicidad como regla general

El derecho al acceso a la información se encuentra justificado en el principio de publicidad y transparencia en la gestión del gobierno. Este es el supuesto básico en el que debe regir el acceso a la

²⁷ <http://www.rae.es/> (8-1-2007)

información. Partimos de la idea de la información pública es un bien público, propiedad de todos. Este principio implica que el secreto sólo será aplicado a lo estrictamente necesario, estableciéndose claramente cuál es la información reservada, cuáles son los criterios para esa clasificación y los procedimientos y autoridades ante quienes se pueda impugnar la decisión de calificar la información como reservada. Además, cuando se deniegue información reservada, la autoridad que ha decidido no divulgarla debe fundamentar su decisión en una de las excepciones legalmente establecidas. No debe ser el solicitante el que debe justificar por qué debe permitirse el acceso a la información, sino que son las autoridades públicas las que deben justificar el secreto. Las excepciones al principio de publicidad deben ser claras, taxativas y deben ser interpretadas restrictivamente.

Es razonable establecer el secreto cuando divulgar la información atente contra la la seguridad nacional²⁸, cuando se violente de manera grave el derecho de otro, cuando de divulgarse cierta información se causaría un perjuicio mayor que el interés público que justifica el acceso a ella.

²⁸ Ver los Principios de Johannesburgo sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información. En ellos se establece que debe demostrarse no sólo que el acceso a dicha información constituye una amenaza concreta a la seguridad nacional, que la restricción de la información causará menos perjuicios que su divulgación, y que la restricción del acceso a esta información es compatible con los principios democráticos.

Principio de gratuidad

El estado tiene el deber de evitar establecer restricciones en el acceso a la información; incluyendo restricciones económicas. Elevados costos para el acceso, en primer lugar, no se justifican, puesto que, como ya dijimos, en principio esta información es pública; sólo se puede justificar el costo de reproducir dicha información pero no un costo por la información misma. Por ejemplo, la información que sea enviada por vía electrónica no debería tener costo alguno; en cambio, si hubiera costos de reproducción, éstos serían a cargo del solicitante. Imponer tasas elevadas, sería establecer un trato desigual en el acceso, pues se discrimina a los solicitantes con base en su capacidad económica, constituye un desincentivo para el ejercicio del derecho y puede llegar a hacerlo inoperante.

Divulgación obligatoria de información

La ley debe estipular que cierta información debe ser dada a conocer “de oficio” por las distintas instituciones y autoridades públicas. Especialmente aquella información que tenga que ver con el manejo de los fondos públicos y con la eficiencia de la gestión la cual debe de estar divulgada en las páginas electrónicas de las oficinas públicas, boletines, periódicos de mayor circulación, etcétera.

Multiplicidad de medios

Se habla mucho de cómo el *gobierno en línea* facilita la divulgación de información y disminuye los costos de divulgarla. Es indudable que esto es cierto y que los esfuerzos por divulgar más información en línea deben de continuarse. Sin embargo, el estado no debe de generar la

información en un solo formato o en un solo medio, pues es una manera de discriminar y limitar el acceso a la misma.

Procedimiento garante

Es necesaria la creación de un procedimiento especial para tutelar este derecho, el cual contemple lo siguiente: i) los procesos para la recepción de solicitudes y para responder a éstas oportunamente; ii) los requisitos de admisibilidad y la consecuencia si no se cumple con ellos; iii) las razones por las cuales puede rechazarse una solicitud; iv) la forma de comunicación de la decisión al administrado; v) los recursos expeditos ante la administración.

Brevedad de plazos

La ley debe establecer plazos breves para que la administración dé respuesta a solicitudes de información. El retraso y la omisión son medios que las autoridades públicas han utilizado para denegar el acceso a la información por lo que es importante establecer términos claros en los que se deba atender una solicitud, estableciendo consecuencias sancionadoras en el caso que estos no sean cumplidos. Los plazos que se establezcan, deben por otra parte, poder ser cumplidos por las autoridades por lo que no deben ser demasiado cortos. Además, deberían contar con un plazo de prórroga para los casos en que el término legal no sea suficiente para poder compilar la información solicitada, pues el fin último es que ésta pueda ser accedida. Sin embargo, la prórroga debe solicitarse ante una autoridad superior, justificando su necesidad.



Sanciones

Dentro de la normativa debe incluirse un régimen de sanciones, administrativas y penales para los servidores públicos que impidan el ejercicio de este derecho. En cambio, no debe sancionarse y debe protegerse de represalias al funcionario que divulgue información que erróneamente o con malicia se quiera mantener como reservada, dónde el interés público de estar informado tenga mayor peso que las consecuencias negativas de divulgarlo.

Institución garante del acceso a la información

Debería establecerse una institución independiente que garantice el derecho de la información. Esta entidad revisaría las denegaciones de solicitudes de información que hagan personas a cualquier organismo de la administración pública. La importancia de que sea un ente independiente, y que el particular no tenga que seguir el procedimiento judicial, es que el Órgano Judicial también es sujeto de solicitudes de información. Además, esta entidad debe promover el derecho al acceso de la información pública, tanto entre la población como entre los funcionarios públicos, generando una cultura de transparencia.

Más que una norma....

Es fundamental que la ley de acceso a la información no sea una ley aislada, sino que forme parte de un conjunto de normas que hagan posible el efectivo ejercicio del derecho a saber. La ley debe acompañarse con un cambio de los reglamentos que rigen la administración pública de manera que no haya contradicciones en el sistema que impidan la aplicación de la ley. Con el fin de que las normas se dicten de forma

coherente, sería conveniente que el hábeas data se legisle, en coordinación con la ley de acceso a la información. Se debe revisar asimismo que la legislación sobre difamación también sea congruente. De ninguna manera se debe utilizar normativas que quieran proteger la intimidad o imagen de las personas para limitar el acceso de información, sino que de manera contraria la regulación de todas estas materias deben de pensarse de manera conjunta y coordinada.

Para que se logre adoptar una ley que garantice el acceso a la información pública, es necesaria la participación de la sociedad civil. Quizás más importante sea su participación en la etapa de implementación de la ley. Estos grupos son los llamados a monitorear que las normas realmente se cumplan, no sólo analizando el nivel de divulgación de información de los funcionarios, a todo nivel, sino que además constituyan parte importante de la demanda de la información y promuevan su demanda por parte del público general. El rol del ente garante del derecho también debe ser el de promover su ejercicio. Sólo en la medida que las personas conozcan que tienen derecho a conocer datos en poder del estado, estas procederán a solicitarla y, a su vez, sólo habiendo esta demanda, podrá la norma ser eficaz.

Los funcionarios y empleados públicos deben capacitarse para conocer cuáles son sus obligaciones de brindar información y así revertir la cultura del secreto. Un diseño interesante y que promueve que cada una de las instituciones obligadas cumplan la ley es el establecimiento de unidades o delegados en cada una de ellas que se encarguen de darle trámite a las solicitudes de información y sean quienes fomenten una cultura de transparencia.

Es fundamental que la ley de acceso a la información no sea una ley aislada, sino que forme parte de un conjunto de normas que hagan posible el efectivo ejercicio del derecho a saber.

Con el fin de que las normas se dicten de forma coherente, sería conveniente que el hábeas data se legisle, en coordinación con la ley de acceso a la información.

Es evidente que existe en la sociedad salvadoreña un legítimo interés en una honesta administración de los fondos estatales por los tres órganos del estado, instituciones descentralizadas y gobiernos municipales, y que se ha llegado a la conclusión que la corrupción atenta contra la construcción de una sociedad eficiente e incide negativamente en el crecimiento económico total del país.

Para que exista un verdadero acceso a la información pública también hay que trabajar en la creación, organización y almacenamiento de la misma. Es necesaria la creación de una infraestructura que puede consistir en más y mejores estadísticas, páginas electrónicas, bibliotecas, computadoras, sistemas de archivos y una infinidad de cosas más. Esta es una tarea a largo plazo cuya importancia se extiende más allá del marco del derecho subjetivo concreto y de la transparencia gubernamental. Se debe empezar a utilizar prácticas de archivo estándares que aseguren una buena clasificación y conservación de los documentos para que estos realmente, y no sólo jurídicamente, sean accesibles.

Conclusiones

FUSADES aboga por una mayor transparencia en la gestión pública y por un mayor acceso a la información pública como una herramienta para el ejercicio del control social en la actividad de las distintas instituciones gubernamentales. En cada una de las estrategias quinquenales se ha señalado la necesidad de aplicar las leyes ya existentes e implementar nuevas políticas que significarían un avance en estos temas, incluyendo la regulación del derecho de acceso a la información pública.

En el estudio realizado conjuntamente con la Universidad de Salamanca mencionado al inicio, se analizó la necesidad de una reforma en la materia de control de los fondos públicos, un tema estrechamente vinculado con el que hoy tratamos. En el mismo se dijo que en materia de control de los fondos públicos se vislumbra particularmente la falta de transparencia pues los ciudadanos no tienen acceso a la información sobre las deficiencias en la gestión y por lo tanto se sugiere como línea de actuación el aumentarse los medios

informáticos para generar sistemas de mayor transparencia. Se han convocado distintas mesas redondas para discutir en específico este componente del estudio con las cuales se ha dado impulso al debate del tema en la opinión pública. Es evidente que existe en la sociedad salvadoreña un legítimo interés en una honesta administración de los fondos estatales por los tres órganos del estado, instituciones descentralizadas y gobiernos municipales, y que se ha llegado a la conclusión que la corrupción atenta contra la construcción de una sociedad eficiente e incide negativamente en el crecimiento económico total del país. El control de los fondos públicos, como parte del tema más amplio de control social, tiene como presupuesto el acceso a la información. Sin información no puede ejercerse control alguno.

La transparencia es una característica indispensable para la creación de un verdadero estado de derecho, para el fortalecimiento de las instituciones públicas y la consolidación del sistema democrático y el asegurar el acceso a la información es fundamental para alcanzarla. La legislación vigente es dispersa y no cumple a cabalidad como garantía de este derecho. Es necesaria una ley que cumpla con estándares internacionales, que sea coherente con el ordenamiento jurídico y que sea más que letra en un papel. Las garantías para el acceso a la información pública son un requisito necesario pero no suficiente para alcanzar la transparencia en la gestión administrativa.

Es necesario un cambio cultural completo, como al principio se dijo, tanto de los funcionarios y las instituciones como de los ciudadanos para lograr una cultura de transparencia, de apertura y participación ciudadana.



Departamento de Estudios Legales

Directora

Claudia Beatriz Umaña

Analistas

Roberto Vidales Gregg
Javier Castro De León
Laura Rivera Marinero
Carolina Lazo Interiano



Fundación Salvadoreña
para el Desarrollo
Económico y Social

Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366, Fax: (503) 2248-
5609

Consultas al correo electrónico:
e.legal@fusades.com.sv
www.fusades.com.sv

