

INVESTIGACIONES NACIONALES

Excepciones al Derecho de acceso a la información desde el control gubernamental. Análisis comparativo

Exceptions to the right of access to information from government control. Comparative analysis

*Gustavo Adolfo Pajares Gómez*¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

<https://orcid.org/0000-0001-7546-6188>

gustavo.pajares@unmsm.edu.pe

Presentado: 21/04/2023 - Aceptado: 18/07/2023 - Publicación: 31/08/2023

Resumen

El presente artículo tiene por objeto abordar la problemática del acceso a la información pública, como derecho fundamental del ciudadano que debe ser aplicado como regla general de comportamiento por parte de las entidades de la administración pública, frente a casos excepcionales de restricción de la entrega de esta información, por situaciones excepcionales previstas por la normativa aplicable (constitución o ley), basadas en el daño o afectación que su eventual entrega pudiera originar al interés público, traducido en el caso concreto a nociones como la seguridad nacional, intimidad personal, funcionamiento de las entidades públicas, o determinadas situaciones previstas expresamente por la ley). Uno de estos casos de excepción previstos por la normativa peruana (Ley N° 27785) es la aplicación del Principio de Reserva de control que orienta el ejercicio del control gubernamental, estableciendo la prohibición de que durante la ejecución del control se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último (Ley N° 27785. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República de 22 de julio de 2002). La presente investigación recurre al análisis del Derecho Comparado a través del estudio de la legislación de Colombia, Chile y Ecuador, para extraer puntos en común y aportes para la mejor regulación de la materia en el Perú.

Palabras clave: Acceso a la información, Reserva de información, Transparencia, Control gubernamental, Principio de Reserva de control.

Abstract

The purpose of this article is to address the problem of access to public information, as a fundamental right of the citizen that must be applied as a general rule of behavior by public administration entities, in exceptional cases of restriction of the delivery of information. This information, due to exceptional situations provided for by the applicable regulations (constitution or law), based on the damage or affectation that its eventual delivery could cause to the public interest, translated in the specific case to notions such as national security, personal privacy, operation of public entities, or certain situations expressly provided for by law). One of these exception cases provided for by Peruvian regulations (Lay N° 27785) is the application of the Control Reserve Principle that guides the exercise of governmental control, establishing the prohibition that during the execution of control, information that may cause harm to the entity, its personnel is revealed. or to the System, or hinder the latter's task. (Law No. 27785. Organic Law of the National Control System and the Comptroller General of the Republic of July 22, 2002). The present investigation resorts to the analysis of Comparative Law through the study of the legislation of Colombia, Chile and Ecuador, to extract common points and contributions for the better regulation of this matter in Perú.

Keywords: Access to information, Information reserve, transparency, Government control, Control reserve principle.

I. Introducción

El presente artículo aborda el tema de la aplicación del derecho a la información pública, por parte del ciudadano, como mecanismo de fiscalización de la gestión pública, en el caso concreto del ejercicio del control gubernamental por parte de las entidades fiscalizadoras superiores, en cuya ejecución surgen algunos casos de excepción a la regla general de que toda información que administran las entidades del Estado es pública, por razones de interés público, como la seguridad nacional, de interés privado como la intimidad personal o determinados casos previstos específicamente por la normativa, ya sea constitucional o legal.

En este último supuesto, se inserta el denominado Principio de Reserva que orienta en control gubernamental, regulado en el Perú en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República a desarrollarse más adelante, que prohíbe expresamente al auditor gubernamental en la ejecución de un servicio de control, entregar información que afecten en términos generales, al propio Sistema Nacional de Control, o a la entidad auditada.

Para efectos del presente trabajo se estimó necesario hacer un estudio comparativo de otras normativas nacionales del entorno regional del Perú, como en el caso Chile, Colombia y Ecuador. A dicho efecto, se revisaron dos temas específicos como la regulación del Derecho de acceso a la información

pública y la labor de las entidades fiscalizadoras generales, en los marcos constitucional y legal.

Del análisis comparado realizado se aprecia que las normativas nacionales utilizan algunos criterios en común para proceder a aplicar la reserva de la información que administran las entidades fiscalizadoras superiores, como son: la utilización del elemento daño o afectación, como desencadenante de la eventual aplicación de la reserva de información, la protección del interés público como punto de partida, así como del correcto funcionamiento y de la prestación de servicios públicos por parte de las entidades auditadas.

Es tarea de los países de la región incorporar los conceptos para llegar a una legislación común o alcanzar algunos estándares mínimos que garanticen el correcto ejercicio del derecho de acceso a la información que administran las entidades de control, con ocasión de la ejecución de un servicio de control.

CONTENIDO

1. El derecho de acceso a la información en el control gubernamental

Como premisa básica de este trabajo tenemos que la posibilidad de solicitar y acceder a la información que posee la administración pública constituye uno de los derechos del ciudadano en su condición de tal, que se complementa y a su vez aporta al derecho del ciudadano a estar informado, así como al ejercicio de la libertad de expresar opinión y la de pensamiento.

Al mismo tiempo, el derecho de acceso a la información pública, permite a la ciudadanía ejercer el derecho de fiscalización de la gestión de las entidades públicas, como uno de los mecanismos de rendición de cuentas por parte de las entidades de la administración en el uso de los recursos públicos y consecución de resultados en la ejecución de las políticas públicas a su cargo.

Conforme lo entiende la Organización de los Estados Americanos (2003) cuando conceptualiza en una publicación de su Departamento de Gestión Pública Efectiva lo siguiente: “En este contexto, el acceso a la información cobra una nueva dimensión porque, además de ser un derecho de los ciudadanos, fortalece directamente a los gobiernos democráticos, que contarían con un poderoso mecanismo de autocorrección y aprendizaje, en la medida que facilitaría la interacción de los ciudadanos con el gobierno y la administración pública”.

Respecto al estudio del ejercicio de derecho ciudadano a la información pública, concebida como aquella que crean, posean o fundamentalmente administran aquellas entidades que integran la administración pública; encontramos a manera de excepción, que existe el tratamiento de aquella

información específica que no obstante tener la condición de pública, se encuentra protegida en cuanto a su divulgación a terceros bajos los calificativos de reserva, secreto o confidencialidad por razones de intimidad personal, seguridad nacional o reserva establecida por la ley, acorde a lo dispuesto por la norma constitucional peruana (Numeral 5° artículo 2°), como se expondrá más adelante.

Conforme a lo señalado anteriormente, nos encontramos ante un escenario en el que el derecho de acceso a la información pública constituye la regla general de comportamiento en el tratamiento de este tipo de información (pública), siendo por tanto, que sus eventuales restricciones, que se encuentran expresamente previstas por la normativa (Constitución Política y/o la ley), son excepciones al ejercicio de la regla general de acceso a la información.

Es en este contexto, en el que se justifica el tratamiento del tema del presente artículo, dado que precisamente dentro de esta última categoría de excepciones al Derecho de Acceso a la información pública, se encuentra contemplada la figura del Principio de Reserva de control, previsto en el literal n) del artículo 9° de la Ley N° 27785 y sus modificatorias, que prohíbe a los órganos del Sistema Nacional de Control, que durante el ejercicio de un servicio de control, revelen información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último.

A dicho efecto, existen casos o situaciones en las cuales el auditor gubernamental, junto con las instancias responsables de dar atención a las solicitudes de aquella información que se produce o administra en el desarrollo de un servicio de control, debe discernir si su eventual entrega al ciudadano solicitante, puede generar un riesgo o la afectación del desarrollo de este servicio de control o a la entidad auditada (o a su personal) por su repentina publicidad de la información. Este es un reto al que enfrenta el auditor gubernamental y que por tanto requiere de contar con parámetros definidos para esta labor de discernimiento, en situaciones concretas tales como: Solicitudes del Congreso de la República, solicitudes de funcionarios o servidores involucrados en los hechos materia del servicio de control, solicitudes de información sobre intimidad personal, seguridad nacional, entre otros supuestos.

2. Análisis comparativo

En este contexto, como una forma de profundizar el análisis del tratamiento de la materia planteada estimamos conveniente realizar un estudio a nivel de derecho comparado en relación a esta esta interacción entre el ejercicio del derecho de acceso a la información y la eventualidad de aplicar cierta restricción (reserva) al ejercicio de este derecho, recurriendo a dicho efecto

a la revisión de la normativa de los países del entorno del Perú, como son: Ecuador, Colombia y Chile.

De esta manera, con el propósito de contar con un panorama más amplio acerca de cómo se aborda a nivel normativo en los mencionados países, el tratamiento que brindan las Entidades Fiscalizadoras Superiores – EFS (llámense: Contralorías Generales, Auditorías Generales, Tribunales de Cuentas o entidades fiscalizadoras en general) a las solicitudes de acceso a la información pública que administran o se generan en el ejercicio de los diversos servicios de control a su cargo, en el caso que afronten situaciones que involucren la necesidad de aplicar la reserva de control; nos proponemos realizar un análisis de derecho comparado, tomando para dicho efecto, a manera de muestra, la regulación establecida en los citados países vecinos, comparándola a dicho efecto con la nuestro país.

En primer lugar, cabe señalar que para efectos del análisis comparativo que se realiza para la presente investigación, se han tomado en cuenta dos niveles o ámbitos de investigación normativa:

1. El primero, relativo al desarrollo del marco constitucional que regula fundamentalmente dos temas principales:
 - a. El Derecho de Acceso a la información pública.
 - b. El funcionamiento y atribuciones de las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el ejercicio del control gubernamental.
2. El segundo nivel, relativo a la normativa legal específica (leyes orgánicas o especiales) que regula cada uno de estos dos temas:
 - a. La legislación que regula el derecho de acceso a la información pública.
 - b. Las “leyes orgánicas de Control”, como se les puede llamar, dado que su objeto es la regulación de las competencias y el funcionamiento de las Entidades Fiscalizadoras Superiores – EFS.

Para fines de la presente investigación, se incidirá específicamente en el estudio de aquellas causales que permiten la exclusión de entrega de información pública por la aplicación de la reserva de información aplicable en cada legislación nacional.

De esta manera, procedemos a desarrollar cada uno de los aspectos planteados y su regulación en cada país materia de la muestra, comenzando por la del Perú, para luego contrastarla con la de los otros países considerados:

2.1. Perú

Marco Constitucional

En torno al acceso a la información

En lo que se refiere a la regulación del derecho de acceso a la información, es el caso anotar que la Constitución Política de 1993, en el Título I denominado: De la Persona y de la Sociedad, en el Capítulo I referido a los Derechos Fundamentales de la Persona, en el artículo 2° que regula específicamente los Derechos fundamentales de la persona, consigna una serie de derechos a los que consagra como fundamentales, indicando entre otros (Constitución Política del Perú 1993. Artículo 2)

“(…) que toda persona tiene derecho:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”.

La norma constitucional peruana consagra el acceso a la información como un derecho fundamental de la persona, siendo el ejercicio del mismo la regla general de comportamiento para las entidades de la administración pública como para los administrados, manifestándose como el derecho del ciudadano a plantearlo sin expresión de causa inclusive, y su contraparte consistente en la obligación de las entidades de la administración pública de acceder a la atención de estas solicitudes, contexto en el que las causales de negativa a la entrega de información constituyen excepciones puntuales que se encuentran previstas por la propia Constitución Política (intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional).

En torno al control gubernamental

Por otro lado, en lo que concierne a la regulación del estatus constitucional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores – EFS, el artículo 82° del texto constitucional de 1993, establece específicamente que la entidad de control es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica, en este caso, la Ley N° 27785 y sus modificatorias.

La Constitución Política del Perú consagra a la entidad fiscalizadora como el órgano superior del Sistema Nacional de Control (SNC), que constituye uno de los sistemas administrativos del Estado. Asimismo, como funciones constitucionales la norma constitucional le confiere la supervisión de la legalidad de tres aspectos:

La ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (Constitución Política del Perú 1993. Artículo 82)

Al respecto, se aprecia que la constitución peruana describe con mayor precisión las funciones asignadas al ente fiscalizador.

Marco legal

En lo relativo al marco legal vigente que regula los temas que son materia de nuestra investigación, como son: el derecho de acceso a la información pública y el ejercicio del control gubernamental, para efectos de analizar su interacción, tenemos lo siguiente:

En torno al acceso a la información

En relación al tema específico de la regulación de las excepciones establecidas por la ley al derecho de acceso ciudadano a la información pública, tenemos que el Texto Único Ordenado – (TUO) de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el D.S. 021-2019-JUS, que en su artículo 17° establece como una de las excepciones al ejercicio de este derecho es la Información confidencial, respecto del cual el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de los casos como el establecido en el:

Literal 6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por Constitución o por Ley.

En este sentido, tenemos que el TUO de la Ley N° 27806, desarrolla el mandato constitucional que preceptúa que las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información, deben ser establecidas por ley, como lo establece en sus artículos 15°, 16° y 17°, referidos a la información, secreta, reservada y confidencial respectivamente.

En torno al control gubernamental

En ese sentido, la norma general que regula el derecho de acceso a la información pública señalada en el párrafo anterior, debe concordarse con el Principio de Reserva que orienta el ejercicio del control gubernamental, regulado en el numeral n) del artículo 9° de la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control - SNC y de la Contraloría General de la República – CGR.

El Principio de Reserva de control establece expresamente que se encuentra prohibido que, durante ejecución del control se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte su tarea, norma que es concordante con lo dispuesto en la Novena Disposición Final de la acotada Ley de control, relativa a las Definiciones básicas, que establece que:

“constituyen definiciones básicas para efectos de esta Ley, las siguientes:

“Reserva. - En el ámbito del control, constituye la prohibición de revelar información o entregar documentación relacionada con la ejecución del proceso integral de control, que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último”.

Se puede observar que la “Ley Orgánica de Control” (Ley N° 27785) emplea el elemento daño, como el factor vinculante que de ser causado por la eventual entrega de información de carácter público que forma parte de un servicio de control en curso, o que pudiera afectar tanto a la entidad auditada, a su propio personal o por otro lado al propio Sistema Nacional de Control, así como se dificulte el accionar de este último, pudiera configurarse el Principio de reserva.

De esta manera, podemos entender que una vez culminado el servicio de control y luego de notificado el informe respectivo a sus destinatarios (el Titular de la entidad auditada, instancias disciplinarias de responsabilidad administrativa, Fiscalía u órganos jurisdiccionales, según sea el caso), el informe que emane de este servicio deviene en información pública y consecuentemente debe ser publicado, en aplicación del Principio de Publicidad que también orienta la aplicación del control, conforme se encuentra establecido en el literal p) del artículo 9 de la Ley N° 27785.

2.2. Chile

En torno al acceso a la información

Es el caso que la Carta constitucional de 1980 que se encuentra aún vigente, dado que el texto sustitutorio de la nueva Constitución Política aprobada por la Asamblea Constituyente constituida para tal efecto, no fue aprobado por la ciudadanía en referéndum realizado el 4 de setiembre de 2022, encontrándose actualmente en proceso de elaboración de un nuevo proyecto; no contempla expresamente en su texto la regulación del acceso a la información pública como un derecho fundamental, dentro de la relación de derechos de esta índole prevista en el artículo 19° de su texto.

Sin embargo, el artículo 8° de la constitución, establece expresamente que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

De tal manera tenemos que la constitución chilena señala expresamente a manera de regla general que tienen carácter de información pública aquellos actos y resoluciones emitidos por las entidades públicas, así como también los documentos que los motiven, así como los métodos que utilicen, siendo que, por el contrario, la Carta de 1980 (Constitución Política de Chile 1980. Artículo 8), refiere que la excepción establecida únicamente por una ley calificada prescribe el carácter reservado o secreto de aquella información, en caso la publicidad de los mismos afectare el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos del estado, los derechos de los ciudadanos, la seguridad nacional o el interés público.

El texto constitucional chileno para estos efectos, emplea el término afectación como el vinculante para la operatividad de la reserva de la información, centrada en el empleo de conceptos tales como: el correcto desempeño de las funciones asignadas a los integrantes de los diversos entes estatales, los derechos de los ciudadanos en general, así como la seguridad o el interés nacional.

En torno al control gubernamental

En este orden de ideas, en lo que se refiere a la regulación del estatus legal que asiste a las entidades públicas, tenemos que la Constitución chilena, a diferencia de su par peruana, le asigna un tratamiento especial, el Capítulo X, denominado a dicho efecto, Contraloría General de la República, (Constitución Política de Chile 1980. Artículo 98) establece que ésta es un organismo autónomo, a la que le asigna las siguientes funciones:

- Ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración
- Fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Estado, de los gobiernos locales y de demás entidades y servicios previstos por la ley.
- Examinar y juzgar las cuentas de quienes se encuentran encargados de administrar los bienes de las entidades; llevar la contabilidad general de la Nación, y
- Desempeñar otras funciones que le encargue la ley orgánica constitucional respectiva.

En este caso, se define con mayor precisión las potestades de la Entidad Fiscalizadora superior de Chile, factor de incidencia favorable para la mejor definición de sus actividades y su capacidad para articularlas

con los supuestos que puedan ser materia de restricción en la entrega de información.

Marco legal

En torno al acceso a la información

En relación al marco legal aplicable al acceso a la información, tenemos que la Ley 20.285 – Ley sobre Acceso a la información pública, siendo su última modificación el 24 de febrero de 2020, mediante la Ley 21210, establece de manera (Ley 20.285 – Ley sobre Acceso a la información pública, promulgada el 11 de agosto de 2008, publicada el 20 de agosto de 2008) concordante con la disposición constitucional anteriormente acotada, que se orienta a regular el Principio de Transparencia de la función pública, regula el derecho de acceso a la información de los órganos del Estado, los procedimientos para su ejercicio y para el amparo del mismo, así como las excepciones a la regla general de la publicidad de la información.

Respecto al tema específico que nos convoca, relativo a las limitaciones que afectan el ejercicio del derecho de acceso a la información, tenemos que la citada ley en su artículo 21°, establece expresamente que son causales para no atender total o parcialmente una solicitud de acceso a la información, las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano que es objeto del requerimiento de información, particularmente:
 - a. Si perjudica la prevención, investigación y persecución de un crimen o delito o se trate de los antecedentes necesarios para ejercer defensas jurídicas y judiciales.

Es importante destacar que la legislación chilena que regula el derecho de acceso a la información, recoge el termino afectación y lo vincula al cumplimiento de las funciones de las entidades u “órgano que es objeto del requerimiento de información”, aunque los relaciona expresamente con la prevención, investigación y persecución de “un crimen o delito”, o a las defensas jurídicas o judiciales.

El torno al control gubernamental

Por su parte, en relación al ejercicio del control gubernamental y su relación con el tratamiento de derecho de acceso a la información pública, la normativa aplicable, específicamente el Decreto 2421 - Texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República – CGR, establece que para fines de acceso a la información que la Contraloría General

de la República produce o administra, se remite a lo regulado en la Ley de Transparencia y Acceso a la información pública.

De manera concordante, el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información establece que la Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de la ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° citado (Decreto 2421. Texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República – CGR, 1964. 5).

Se puede apreciar que en la legislación chilena existe una suerte de “diálogo” o concordancia entre la normativa que regula el derecho ciudadano de acceso a la información y la que regula el ejercicio del control gubernamental en este aspecto.

2.3. Ecuador

Marco Constitucional

En torno al derecho a la Información

La Constitución Política del Ecuador, que figura en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, teniendo como última modificación el 25 de enero de 2021 (Constitución Política de la República del Ecuador 2008. Artículo 18), regula el Derecho a la información pública en el artículo 18°, estableciendo expresamente que:

“(…) todas las personas, ya sea en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

(…)

“2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información”.

A dicho efecto, cabe tener en cuenta además que la República del Ecuador consagra a nivel constitucional el derecho de los ciudadanos de acceder a la información pública extendiendo a su vez, el alcance de su aplicación hacia aquellos casos en los que las empresas privadas que se vinculan a la actividad pública, ya sea a través del manejo directo de fondos del Estado, o que en su caso tengan a su cargo la realización de funciones públicas, estableciendo las

correspondientes restricciones establecidas por mandato expreso de la ley, para tal efecto.

En torno al control gubernamental

En relación al ejercicio del control gubernamental propiamente dicho, la carta magna de la República del Ecuador, en su sección tercera regula el estatus y competencias que corresponden a la Contraloría General del Estado (Constitución Política de la República del Ecuador 2008. Artículo 211) dispone en primer lugar que esta institución fiscalizadora superior:

“(...) es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.

De esta forma, la Constitución agrega (Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 212) que son funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley, las siguientes:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

Se puede apreciar en consecuencia, que la Constitución Política del Ecuador es mucho más puntual al describir las atribuciones de la Entidad Fiscalizadora Superior, de lo cual se puede proyectar el ámbito de acción e incidencia de su accionar, a fin de abordar con mayor precisión los supuestos de hecho en los cuales se pueden presentar casos de operatividad de la reserva de información.

Marco Legal

En relación al marco legal aplicable al Derecho de acceso a la información pública, la normativa sobre la materia regula el aspecto concerniente a la difusión de la información pública, disponiendo que por la aplicación de la transparencia en la gestión administrativa las instituciones del Estado, difundirán (...) la siguiente información, que es de interés para la presente investigación, es decir la vinculada al ejercicio del control gubernamental:

“h) Los resultados de auditorías internas y gubernamentales al ejercicio presupuestal”.

De esta manera, en lo que concierne a la información reservada, el artículo 17° de la ley acotada, dispone que no procede derecho a acceder a información pública, exclusivamente en los siguientes casos:

- b. Informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes (Ley 24. Ley Orgánica sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículos 7 y 17).

Razón por la cual, se requiere realizar la concordancia respectiva, con los supuestos normativos previstos en otros cuerpos legales, como la normativa de control, que es materia de nuestro interés, tal como se aprecia a continuación:

En torno al control Gubernamental

En lo que atañe al ejercicio del control gubernamental, la Ley de control (Ley 73. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002. Artículo 79) que regula lo relativo al personal auditor y la identificación de responsabilidades, establece como obligación de este personal de control:

“3. Guardar reserva de los hechos que conocieren en el cumplimiento de sus funciones y, cuando se trate de información sujeta a sigilo o reserva, utilizarla sólo para los efectos previstos en la ley”.

En este sentido, podemos observar que la normativa ecuatoriana en materia de control, coincide con su similar peruana en establecer expresamente la obligación de guardar reserva que asiste al personal de la Contraloría General del Estado – CGE, respecto de la observación que produce o administra, remitiéndose a aquellos casos en que la normativa general sobre acceso ciudadano a la información prevea situaciones de excepción denominadas para tal efecto, como “sigilo o reserva”, circunscribiendo su utilización para los fines previstos por la ley de la materia.

2.4. Colombia

Marco constitucional

Constitución Política 1991

En torno al acceso a la información

La Constitución Política de Colombia de 1991 en relación al derecho de acceso a la información, en su artículo 74° dispone que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley. Asimismo, consagra el secreto profesional como inviolable.

En torno al control gubernamental

En relación al ejercicio del control gubernamental, el artículo 119° de la carta magna colombiana, establece respecto de las funciones de esta Entidad Fiscalizadora Superior, que ésta tiene a su cargo: *“la vigilancia de la gestión fiscal, así como el control de resultado de la administración, conceptos de gran amplitud que son desarrollados en la ley que regula el accionar de esta entidad fiscalizadora superior”* (Constitución Política de Colombia de 1991. Artículos 74° y 119).

Marco Legal

En torno al derecho de acceso a la información

En relación al ejercicio del derecho de acceso a la información, tenemos que la Ley 1712 - Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y otras disposiciones, tiene las siguientes disposiciones:

El artículo 6° que regula el acceso a la información, en el rubro definiciones, se refiere a un concepto que es materia de nuestro interés, como es la Información pública reservada, respecto de la cual señala lo siguiente:

“d) Información pública reservada. Es aquella que estando en poder o custodia de una persona obligada, es exceptuada del acceso ciudadano, por (los requisitos establecidos en el artículo 19° de la Ley) que están centrados en el daño que pueda producirse a los intereses públicos” (Ley 1712. Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y otras disposiciones de 2014. Artículo 6).

Se puede apreciar que la legislación colombiana, de manera similar a la de los demás países que son materia del presente estudio, también recoge el concepto daño, como el factor desencadenante para la aplicación de la reserva de información, vinculándola en su caso, a que se produzca la afectación del interés público.

De manera concordante, tenemos en relación a los límites al ejercicio del derecho a la información, el Título III de la ley acotada, respecto a las excepciones al acceso a la información, el mencionado artículo 19° de la ley regula aquella Información que se encuentra exceptuada por ser objeto de daño a los intereses públicos, incluyendo entre ellas a:

“La Información pública reservada, respecto de la cual, el acceso a la misma podrá ser rechazado o denegado (en forma motivada y por escrito) en las siguientes circunstancias: siempre que el

acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:

- d. La prevención, investigación y persecución de delitos y faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos” (Ley 1712. Artículo 19)

Se observa además que la normativa colombiana sobre acceso a la información, introduce la necesidad de efectuar la motivación escrita de la decisión de no entregar la información solicitada, sustentándola en el daño que pudiere causar dicha entrega al proceso de “prevención, investigación y persecución de delitos y faltas disciplinarias”, agregando el factor relativo a que “mientras que no se haga efectiva medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos”.

En lo que al ejercicio del control gubernamental respecta, es importante destacar la mención de la emisión (entenderíamos comunicación) del pliego de cargos, como factor a tomar en cuenta para que opere o deje de operar la reserva de información.

En torno al control gubernamental

Por otro lado, es interesante destacar en el marco de la legislación colombiana en la materia y su relación con la administración de la información catalogada como de índole reservado, que la normativa de control específica (Decreto 267 2000. Normas de Organización y Funcionamiento de la Contraloría General de la República de 22 de febrero de 2002), establece en primer lugar la estructura orgánica de la Entidad Superior de Control, así como también procede a definir las funciones que corresponde desarrollar a cada una de sus diferentes dependencias que la integran.

De tal forma, es importante considerar que esta última norma dispone expresamente, a diferencia de las otras similares en otros países que integran el presente estudio (que no cuentan con este desarrollo a nivel legislativo, sino que lo regulan en los documentos de gestión), la constitución y funcionamiento una serie de unidades orgánicas especializadas dentro de la propia estructura del Organismo Superior de Control, a las que se asignan expresamente una serie de competencias para realizar labores, tales como el tratamiento, análisis, entrega e intercambio de información a la que acceda en el ejercicio de sus funciones.

II. Conclusiones

Puntos en común de las legislaciones bajo análisis comparativo.

Del análisis comparativo de las legislaciones nacionales sujetas a revisión, relacionadas a la interacción entre el principio de Reserva de control y la

operatividad del acceso a la información pública; podemos identificar a manera de conclusiones, la existencia de los siguientes factores en común, que entendemos otorgan cierto nivel de sustento al establecimiento excepcional de algunos límites a la regla general de la vigencia del derecho a la información como derecho fundamental del ciudadano, siendo restricciones basadas en la información considerada como confidencial, y por tanto sujeta a reserva de información, para la protección común de factores, aportes que se resumen en los siguientes puntos:

- La consagración a nivel Constitucional y legal del derecho de acceso a la información como derecho fundamental del ciudadano, así como de algunas restricciones a su ejercicio, que revisten un carácter de excepción.
- La prevalencia del derecho de acceso a la información como regla general y la aplicación excepcional de restricciones a este a ejercicio, establecidas expresamente por la ley.
- La utilización del elemento daño o afectación, como desencadenante de la eventual aplicación de la reserva de información
- La protección del interés público como punto de partida.
- La protección del correcto funcionamiento y de la prestación de servicios públicos por parte de las entidades auditadas.
- La legislación colombiana regula expresamente la necesidad de que la negativa a la entrega de información, basada en la reserva de la información, sea motivada y por escrito.
- Especial atención al caso de la legislación colombiana, que establece el funcionamiento de unidades orgánicas especializadas en materia de tratamiento de la información a ser clasificada como objeto de reserva y su entrega a la ciudadanía.

III. Recomendación

Que las legislaciones nacionales propendan a identificar, analizar y en su caso adoptar los puntos en común descritos en el rubro anterior, de manera tal que se pueda llegar a una estandarización progresiva de la normativa sobre la materia en el ámbito regional, a fin de que se pueda garantizar el adecuado acceso a la información pública en el ejercicio del control gubernamental por parte de las entidades fiscalizadoras superiores, contando para ello con brindar las garantías correspondientes al ciudadano solicitante, por medio de la definición clara y detallada de aquellas situaciones o supuestos de hecho que constituyen la excepción en la que se procede a la aplicación del principio de Reserva de control, como parte de la información considerada como

confidencial que emiten o administran en su caso las entidades fiscalizadoras superiores en la ejecución de un servicio de control.

Referencias bibliográficas

Organización de los Estados Americanos (OEA) 2013. El Acceso a la Información Pública, un Derecho para ejercer otros Derechos". Departamento para la Gestión Pública Efectiva (DGPE): <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/cortosp8.pdf>

Constitución Política del Perú de 30 diciembre de 1993.

Decreto Supremo N° 021-2019-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2002.

Ley N° 27785. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República de 22 de julio de 2002.

Constitución Política de la República de Chile de 21 de octubre de 1980.

Ley N° 20.285 - Ley sobre acceso a la Información Pública de 20 de agosto de 2008.

Decreto 2421 - Texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República – CGR de 10 de julio de 1964.

Constitución Política de la República del Ecuador de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública - Ley 24. Ley 24. Registro Oficial Suplemento 337 de 18 de mayo de 2004

Ley 73. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado de 17 de junio de 2002.

Constitución Política de la República de Colombia de 4 de julio de 1991.

Ley 1712 de 2014: Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y otras disposiciones de 6 de marzo de 2014.

Decreto 267 2000 Normas de Organización y Funcionamiento de la Contraloría General de la República de 22 de febrero de 2002.

Notas al final

1 Abogado, Magister en Derecho Internacional Económico. Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.