

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO**



TEMA DE INVESTIGACION:

**“INTERPRETACIÓN DE LOS LÍMITES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
Y LA INVESTIGACIÓN DE POSIBLES DELITOS DE CORRUPCIÓN”**

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OPTAR AL TITULO DE
MAESTRA EN DERECHO PENAL ECONOMICO**

**PRESENTADO POR:
KARMINA EUNICE URBINA VALENCIA**

**DOCENTE ASESOR:
DR. SAUL ERNESTO MORALES**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2021

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

Para cada una de las personas que de diferente forma contribuyeron para no desistir en este esfuerzo, mis agradecimientos eternos. Sobre todo, mi familia y amigos. Para cada uno de ellos: ¡Gracias Totales!

INDICE

ABREVIATURAS.....	i
INTRODUCCION.....	ii
CAPITULO 1	1
HISTORIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL FORTALECIMIENTO DE LA TRANSPARENCIA DEMOCRATICA	1
EN EL SALVADOR	1
1.1 CONSIDERACIONES GENERALES.....	1
1.2 HISTORIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA COMO DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTO PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION EN EL MUNDO	3
1.3 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA EN EL MUNDO.	5
1.4 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA POR LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	9
1.5 FACTORES QUE CONTRIBUYERON AL SURGIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	17
1.5.1 El escenario político de los años noventa	17
1.5.2. La lucha contra la impunidad	18
1.5.3 La lucha contra la corrupción	19
1.5.4 La crisis económica y financiera	21
1.5.5. Los adelantos tecnológicos	22
1.6 BREVE RESEÑA DE DERECHO COMPARADO SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA.....	24
1.6.1 Unión Europea.....	24
1.6.2 Estados Unidos de Norteamérica.....	26
1.6.3 América Latina.....	27
1.7 LA TRANSPARENCIA DEMOCRÁTICA COMO OBJETIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SALVADOR	31
1.8 EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SALVADOR.....	34
1.8.1 Fundamento Constitucional.....	34
1.8.2 Creación de la Legislación sobre el Acceso a la Información Pública.....	38
CAPITULO 2	42
RÉGIMEN ESPECIAL DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	42
2.1 NATURALEZA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	42
2.1.1 Información Pública	42

2.1.2 Libertad de expresión, Libertad de información y Derecho a la comunicación.....	46
2.1.3 Derecho a la información y Derecho de la información.....	49
2.1.4 Facultades del derecho a la información	53
2.2. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.....	54
2.2.1 Principio democrático	54
2.2.2 Principio de publicidad	55
2.2.3 Principio de Máximo Acceso	57
2.2.4 Principio de transparencia	59
2.2.5 Principio de participación.....	60
2.2.6 Principio de derecho de acceso general.....	60
2.2.7 Principio de Perjuicio y Recurrabilidad	61
2.2.8 Principio de flexibilidad y efectividad del sistema	63
2.3 MODERNIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	66
2.4 ANÁLISIS SOBRE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA SALVADOREÑA.....	68
2.5 DIAGRAMA DE PROCESO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA	73
CAPITULO 3	75
LA CORRUPCIÓN COMO MANIFESTACION DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA Y SU RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	75
3.1 CORRUPCION Y ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL	75
3.2 INCIDENCIA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO	82
3.2.1 Normas Internacionales	82
3.2.2. Obligaciones constitucionales.....	85
3.3 SERVIDORES PÚBLICOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	88
3.4 CORRUPCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA.....	90
3.4.1 Delincuencia Económica.....	90
3.4.2 Corrupción y Delincuencia Económica	94
3.4.3 Consecuencias de la corrupción como modalidad de la delincuencia económica	95
3.5 MEDICIÓN DE TRANSPARENCIA	109
3.6 CORRUPCION EN EL SALVADOR	118
CAPITULO 4	122
LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SALVADOR	122
4.1 LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	122
4.2 CRITERIOS DOCTRINARIOS DE LOS LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	127

4.2.1. Carácter prevalente del derecho de acceso.....	127
4.2.2. Acreditación de los daños derivada de la difusión de la información. Motivación.	128
4.2.3. Riesgo de perjuicio real y concreto	129
4.2.4. Ponderación de intereses.....	130
4.2.5 Test del Daño y Test del Interés Público	131
4.2.6 Forma de interpretación	133
4.2.7 Factor Temporal	134
4.3 PAPEL DE LAS UNIDADES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y OFICIALES DE INFORMACION	136
4.4. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA FRENTE A OTROS DERECHOS SUBJETIVOS	138
4.4.1. Límites previstos para intereses económicos y comerciales	140
4.4.2 Autodeterminación Informativa y Habeas Data	144
4.5 INFORMACIÓN RESERVADA	147
4.5.1 Aspectos Generales	147
4.5.2 Seguridad nacional	151
4.5.3 Tiempo de reserva.....	153
4.5.4 Sanciones por publicación de información reservada	153
4.6 LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A NIVEL INTERNACIONAL.....	156
4.7 MECANISMOS DE CONTROL. INADMISION DE SOLICITUD.....	160
4.8 MECANISMOS DE CONTROL ANTE LA NEGATIVA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	162
4.9 CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	164
CONCLUSIONES	171
RECOMENDACIONES	174
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	176

ABREVIATURAS

Art. - Artículo

CADH - Convención Americana sobre Derechos Humanos

CEDH - Corte Europea de Derechos Humanos

CICC - Convención Interamericana Contra la Corrupción

CIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cn. - Constitución

CNUCC - Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

C. Pn. - Código Penal

C. Pr. C. M. - Código Procesal Civil y Mercantil

C. Pr. Pn. - Código Procesal Penal

DAIP - Derecho de acceso a la información pública

DUDH - Declaración Universal de los Derechos Humanos

IAIP - Instituto de Acceso a la Información Pública

ITAI - Índice de transparencia y de Acceso a la Información Pública

LAIP - Ley de Acceso a la Información Pública

LPA - Ley de Procedimientos Administrativos

OEA - Organización de Estados Americanos

ONU - Organización de las Naciones Unidas

TIC - Tecnologías de la Información y la Comunicación

UE - Unión Europea

UNESCO - Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

INTRODUCCION

La corrupción constituye un abuso de las facultades de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, con el objetivo de obtener algún beneficio. Abusos que en El Salvador han sido observados durante muchos años, como conductas comunes por parte de las personas en las que se deposita la confianza de administrar fondos públicos.

Pero ¿qué pasa con las conductas que no son observadas, aquellas que permanecen en secreto, aquellas que no pueden ser sometidas al escrutinio público, ni a los procesos judiciales correspondientes, porque ni siquiera se tiene conocimiento de ellas?

Hasta que son planteadas estas interrogantes es que se comprende la necesidad urgente de realizar un análisis sobre estos abusos y determinar la forma en la que estas actividades se encuentran vinculadas con la falta de información por parte de las distintas instituciones que se encuentran obligadas por mandato de ley a brindarla.

Información que al mantenerse en secreto permite la impunidad por parte de trasgresores de las leyes, personas que con sus conductas se encuentran dañando no sólo la credibilidad institucional del país, sino también, perjudicando gravemente otros derechos humanos y desestabilizando el sistema socio económico del país.

Es por esto que durante las últimas décadas, se ha tratado de explicar por qué el acceso a la información debe ser considerado un derecho fundamental, por qué este acceso, la transparencia y la rendición de cuentas por parte de los gobernantes, son parte integral del sistema democrático en un país y sobre todo, el por qué de la importancia de su protección.

Y es así, como diferentes tratados internacionales creados con el propósito de prevenir y luchar de forma global o regional contra la corrupción, que han sido ratificados por El Salvador, dan cuenta de ello, y determinan que uno de los principales factores en esta lucha, es la transparencia, y que esta se consigue volviendo efectivo el derecho fundamental de acceso a la información pública.

Volviéndose cada día más necesario recurrir a la consolidación del derecho de acceso a la información pública, como mecanismo de control por parte de la ciudadanía, y evitar que la falta de acceso a esta información, contribuyan al establecimiento de la corrupción en el país.

De esta forma, el presente trabajo de investigación, representa un esfuerzo por establecer que el derecho de acceso a la información pública, no debería constituir un simple reconocimiento, sino que debería constituirse como un mecanismo efectivo para las aspiraciones democráticas del país, para realizar investigaciones e iniciar procesos judiciales, contra las personas que durante muchos años han mantenido en secreto información relevante que podría contribuir de forma integral a la consolidación del Estado de Derecho en El Salvador.

Presentando así, los antecedentes históricos que permitieron el reconocimiento legal de este derecho, tanto a nivel mundial, como nacional; sus implicaciones jurídicas plasmadas en el régimen especial del acceso a la información pública; su relación directa con el fenómeno de la corrupción; y por último, la existencia de límites frente a este derecho, los cuales resultan necesarios, pero a su vez, han sido utilizados con fines contrarios, recurriendo a los mismos, para conservar el secretismo que acompaña a la comisión de delitos de corrupción. Todo esto, desarrollado de la forma más completa y comprensible posible, en los cuatro capítulos que componen este trabajo.

CAPITULO 1

HISTORIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL FORTALECIMIENTO DE LA TRANSPARENCIA DEMOCRATICA EN EL SALVADOR

Sumario: 1.1 Consideraciones Generales. 1.2 Historia del derecho de acceso a la información pública como derecho humano y fundamento para la lucha contra la corrupción en el mundo. 1.3 Reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en el mundo. 1.4 Reconocimiento del derecho de acceso a la información pública por las organizaciones internacionales. 1.5 Factores que contribuyeron al surgimiento del derecho de acceso a la información pública. 1.5.1 El escenario político de los años noventa. 1.5.2. La lucha contra la impunidad. 1.5.3 La lucha contra la corrupción. 1.5.4 La crisis económica y financiera. 1.5.5. Los adelantos tecnológicos. 1.6 Breve reseña de derecho comparado sobre el derecho de acceso a la información pública. 1.6.1 Unión Europea. 1.6.2 Estados Unidos de Norteamérica. 1.6.3 América Latina. 1.7 La transparencia democrática como objetivo del derecho de acceso a la información pública en el salvador. 1.8 El acceso a la información pública en El Salvador. 1.8.1 Fundamento Constitucional. 1.8.2 Creación de la Legislación sobre el acceso a la información pública.

1.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El derecho a la libertad de expresión es considerado desde hace muchos años alrededor del mundo, como un derecho fundamental y de gran importancia en el desarrollo de los derechos humanos, de tal manera que se ha reconocido paulatinamente en diferentes cuerpos legales internacionales y sometido a estudio por diferentes autores alrededor del mundo.

Se ha llegado incluso a señalar que “la primera manifestación de la vida es la expresión del pensamiento, que ha sido la gran constructora de las ideologías y sistemas políticos que imperan en el mundo”¹.

¹ Alejandro Fuenmayor. “*El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*”. (San José, Costa Rica: UNESCO, 2004), 11

No obstante lo anterior, la conceptualización del acceso a la información pública, como un derecho sui generis, reconocido como un derecho humano, se produce en las últimas décadas, en las que ha comenzado a discutirse, lo relacionado a la justificación y los alcances del mismo, llegando a escribirse diferentes textos que han permitido a la población en general, percatarse del derecho a conocer con certeza y prontitud la información requerida y relacionada a la actividad del Estado.

Esto es producto de que la sociedad ha evolucionado y con ella todo el entorno político, económico y social en el que vivimos, volviendo necesario que también el Derecho sea dinámico y que las normas legales se vayan adecuando a la realidad social del momento. Y es por estas razones que se vuelve necesaria la creación de nuevas leyes que brinden mecanismos de protección a estos nuevos derechos fundamentales, tales como el derecho de acceso a la información pública (DAIP).

Es así como, legislaciones de muchos países han reconocido el derecho de acceso a la información en poder del Estado. Y tal como se establece en un estudio de Open Society Justice Initiative², publicado en el año 2006, señaló que más de 65 países en el mundo habían sancionado para ese año, leyes que establecen mecanismos para que el público pueda acceder a la información. Ésta es una tendencia que ha crecido recién en los últimos 6 años, dado que al menos 28 de esas legislaciones se sancionaron desde el año 2000. Y en más de 40 países este derecho se incorporó en las constituciones³.

Se puede observar, que en la actualidad la mayoría de los países en América Latina han consagrado en sus Constituciones, la libertad de expresión, y aunado a

² Open Society Justice Initiative es una red de donaciones que funciona desde el año 2003 y opera en Estados Unidos de Norte América. Y que presenta como objetivos, la lucha contra la corrupción, promoción de la democracia, reducción de violencia, y justicia climática.

³ Estos datos fueron presentados por Open Society Justice Initiative, en "Transparencia y Silencio. Encuesta sobre leyes y prácticas del acceso a la información pública en catorce países". New York, 2006. Estudio en el que se presenta un resumen de los datos que fueron monitoreados en distintas regiones del mundo y para el que fue utilizado un mecanismo denominado Herramienta de Monitoreo del Acceso a la Información.

esto, tanto la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como la Organización de los Estados Americanos (OEA) han aprobado instrumentos jurídicos que configuran “declaraciones de principios y normas de procedimiento para garantizar, en los países miembros, el libre goce de la libertad de expresión y del derecho a la información y a la comunicación, que persigue tanto la protección de estos derechos para los ciudadanos como el derecho que tienen los medios de comunicación, sus periodistas y comunicadores a buscar, recibir y difundir información sin consideración de fronteras”⁴.

1.2 HISTORIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA COMO DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTO PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION EN EL MUNDO

Durante las distintas etapas de la historia de la humanidad, poco a poco se han reconocido muchos derechos que no contaban con protección legal, volviéndose necesario poco a poco ir brindando protección para el goce efectivo de los mismos.

En cuanto al derecho de acceso a la información, uno de los primeros precedentes puede ubicarse en Francia, en 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano⁵, como fruto de la Revolución Francesa y antecedente de muchas normas posteriores. En esta se proclamó, entre otros derechos, la libertad de expresión, que fue posteriormente retomada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

Con el transcurso de los años, llegó un momento en el que resultó necesario reconocer los derechos fundamentales de los ciudadanos y salvaguardarlos,

⁴ Fuenmayor, “*El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*”, 12.

⁵ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, y es uno de muchos de los documentos fundamentales de la Revolución francesa.

“consagrándolos en un documento que fuera más allá de lo que el criterio y voluntad de los líderes imponía; una carta magna que permitiera asegurar que no se pudiera violentar y que si esto se producía existieran los recursos legales con los cuales fuera posible exigir el respeto hacia estos derechos fundamentales⁶.”

Este reconocimiento de derechos fundamentales, incluye en cierto momento el derecho de acceso a la información. Y la inclusión de este derecho fundamental en los distintos cuerpos legales constitucionales presenta la idea que el Estado es gobernado por personas que, mediante el mandato colectivo del voto popular, administran y gestionan las finanzas públicas, que forman el patrimonio económico del país, que debe ser considerado como la propiedad colectiva de la soberanía popular. Por lo tanto, una consecuencia de la democracia representativa y de la propiedad colectiva sobre las finanzas públicas del Estado, es el derecho que tiene cada ciudadano de acceder a la información sobre los asuntos públicos.

Se llega a entender entonces, que el derecho a la información del ciudadano tiene una connotación importante, cuando el objeto de dicha información son los asuntos públicos del Estado, y en la medida que estos asuntos públicos se resuelven para beneficio de los mismos ciudadanos, los gobernantes cumplen con las funciones para las que han sido electos. Y es por esto que desde su génesis se concibe el DAIP como una de las formas para auditar de manera permanente la gestión pública de los gobernantes es mediante el libre acceso que deben tener los ciudadanos a la información sobre la gestión pública del Estado.

Además, puede observarse que es con la conformación de los estados democráticos y el declive de las monarquías, que se empieza a reconocer el derecho de acceso a la información pública, pues es en el marco que “las libertades públicas ciudadanas son premisas fundamentales para que pueda

⁶ ANCON. “El acceso a la información como derecho fundamental”. México: Instituto Chihuahuense para la transparencia y Acceso a la Información Pública, 2009. Consulta realizada el 31 de enero de 2021 en https://www.ichitaip.org/infoweb/archivos/ensayos/ai_derecho_fundamental

existir este derecho ciudadano, el cual es inconcebible en los sistemas autárquicos y dictatoriales que no admiten la participación ciudadana”⁷.

Lo anterior nos lleva a concluir que no puede hablarse de DAIP, si no hablamos de Estados democráticos y el surgimiento de estos, lo que permite también entender que para hablar del reconocimiento efectivo de este derecho, es necesario hablar de democracia en los distintos países del mundo.

Debe entenderse también, que con el surgimiento de los Estados Democráticos, la concepción de estos, viene aparejada con la idea del “poder en manos del pueblo”⁸, lo que permitió también exigir un rendimiento de cuentas por parte de los gobernantes, que implica un señalamiento en los casos que este poder se ejerce para obtener beneficios particulares.

Es decir, que desde el momento que el derecho de acceso a la información pública, y su antecedente más remoto, la libertad de expresión, fueron concebidos, fue con el ideal de evitar los abusos que durante muchos años ocurrieron en el desempeño de funciones públicas, por parte de los gobernantes.

1.3 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA EN EL MUNDO

Según opinión del profesor e investigador de la comunicación, Francis Balle⁹, el derecho a la información se origina en Francia, producto de los ideales de la

⁷ De esta forma señala Alejandro Fuenmayor Espina, en su obra “*El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*”, que el ejercicio de este derecho solamente es posible en los regímenes de libertades públicas que comprenden, entre otras, la libertad de expresión y el derecho a la información y a la comunicación del ciudadano.

⁸ La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, remarca el concepto de democracia, declarando que “la voluntad del pueblo será la base de la autoridad del gobierno”.

⁹ Francis Balle, de origen Francés, Doctor en Letras por el Instituto de Estudios Políticos de París, fue profesor de filosofía de enseñanza media. Estudioso de los medios de comunicación, dirigió el Institut Français de Presse (IFP). Sus principales obras, “Les Medias” (Presses Universitaires, año 2002), “Los nuevos medios de comunicación masiva” (Fondo de Cultura Económica, año 1993),

Revolución Francesa que inició en mil setecientos ochenta y nueve, y constituye una nueva interpretación de la concepción clásica de la libertad de expresión, pasando desde una libertad individual hasta la idea sobre la importancia del papel del Estado, como garante de esta libertad.

Después de su aparición en el Siglo de las Luces¹⁰, el derecho de acceso a la información fue reconocido de manera progresiva y su aplicación se extendió durante los siglos XIX y XX. “Suecia ha sido el primer país en abrir el acceso a los documentos públicos, con la famosa Ley sobre Libertad de Prensa de 1766”¹¹. Mientras que, la Declaración Francesa de los Derechos Humanos de mil setecientos ochenta y nueve, referida anteriormente, afirmaba en su Art. 15 que “La sociedad tiene el derecho de pedir a cualquier agente público que dé cuenta de su administración”. Sin embargo, a pesar de estos reconocimientos, estos principios no pasaron del plano teórico, pero constituyen la base para realizar planteamientos jurídicos, con posterioridad.

No obstante estas primeras aproximaciones a la libertad de información, luego del surgimiento de las primeras leyes que intentaron de manera tibia propiciar la apertura de la información pública, al conocimiento de todos, se producen dos generaciones de legislaciones.

La primera generación corresponde a las primeras leyes que abren el acceso a los archivos públicos para responder a las preocupaciones de la población, y son las que hacen del acceso a la información ya no un privilegio, sino un derecho cívico”, que fue incorporándose de manera progresiva en todas las legislaciones nacionales durante los siglos XIX y XX.

“Comunicación y Sociedad. Evolución y análisis comparativo de los medios” (Ediciones Universidad de Navarra, año 1991), presentan una descripción del sistema de medios, en la que hace un análisis del conjunto de soluciones de representación de la realidad.

¹⁰ El siglo XVIII es conocido como el Siglo de las Luces y del asentamiento de la fe en el progreso, ya que se denominó de este modo por su declarada finalidad de disipar las tinieblas de la ignorancia de la humanidad mediante las luces del conocimiento y la razón.

¹¹ Perrine, Canavaggio, “*El acceso a la información pública en el mundo. Un derecho humano emergente*”. (Río de Janeiro, Brasil: 7º Seminario Internacional de Archivos de Tradición Ibérica, 2011), 3.

La segunda generación de leyes se refiere al acceso a los documentos administrativos, y surgen después de la Segunda Guerra Mundial, en cuatro grupos sucesivos de leyes que son señalados por la doctrina. Siendo el punto de partida de estos grupos de leyes, la Declaración Universal de Derechos Humanos de mil novecientos cuarenta y ocho, la cual garantiza en el Art. 19 a cualquier individuo el derecho de buscar, recibir y difundir las informaciones y las ideas de cualquier modo que sea, y también inspira el movimiento a favor de la libertad de información.

Los cuatro grupos de legislaciones que anteriormente se señalaron, se producen durante el desarrollo jurídico del DAIP, y son las siguientes: “La primera ola es la de los diez países pioneros: después de Suecia (1766) y Finlandia (1951), los Estados Unidos han adoptado el Freedom of Information Act (FOIA) en 1966, seguidos por Dinamarca y Noruega (1970), Francia y Países Bajos (1978), Australia y Nueva Zelandia (1982) y Canadá (1983). La segunda ola es la de los países que después del derrumbamiento de los regímenes autoritarios, adoptaron una ley en los años 1990-2000, con motivo del establecimiento o restablecimiento de las instituciones democráticas. La tercera es la de los 13 países ricos y de tradición democrática que lo han hecho en el marco de la reforma y modernización administrativa. Y luego, asistimos a una auténtica explosión mundial de las leyes sobre el acceso a la información, incluso en países en desarrollo que no han tenido transición democrática. Trece países tenían una ley de este tipo en 1990, y son 87 en 2011 los que la han adoptado”¹².

Es decir que, no obstante algunos países alrededor del mundo adoptaron antes del año dos mil, legislaciones relativas del derecho de acceso a la información pública, es en el siglo XXI que en la mayoría de países del mundo se incorpora en sus legislaciones el reconocimiento y los mecanismos de protección del DAIP.

¹² Perrine Canavaggio, “El acceso a la información pública en el mundo. Un derecho humano emergente”, 5.

En Europa, por ejemplo, sólo ocho de los cuarenta y siete países miembros del Consejo de Europa tenían una ley en el año mil novecientos ochenta y nueve, mientras que para el año dos mil diez, cuarenta países ya habían establecido disposiciones sobre el derecho de acceso a la información pública¹³.

Mientras tanto, en otras partes del mundo también se adoptaron leyes sobre el derecho a la información, como ejemplo, en Sudáfrica, el “Promotion of Access to Information Act” del año dos mil, ha sido igualmente adoptado en el marco de la transición democrática, como reacción en contra del secreto que el régimen del apartheid había establecido como regla durante cuarenta años¹⁴.

En el caso de Latinoamérica, México fue uno de los primeros países en aprobar en el año dos mil dos una ley relativa al derecho de acceso a la información pública, siendo esta la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental¹⁵, la cual ha sido un referente para el resto de países latinoamericanos, entre estos El Salvador.

Pero es en la década de los dos mil, que puede apreciarse que en la mayoría de países del mundo se aprueban leyes sobre el acceso a la información pública, incluso en países en desarrollo y con importantes señalamientos internacionales de corrupción en el manejo de su administración. “Trece países tenían una ley de este tipo en 1990, y son 87 en 2011 los que la han adoptado. Latinoamérica es un buen ejemplo, ya que en diez años, once países del área han votado una ley: Panamá (2002), Perú (2002), México (2002), la República Dominicana (2004),

¹³ El 7 de diciembre del año 2000 se proclama en Europa la Carta de los Derechos Fundamentales, que recoge un conjunto de derechos personales, civiles, políticos, económicos, y sociales de los ciudadanos y residentes de la Unión Europea, y en esta se establece el derecho a la transparencia como parte del derecho a una buena administración, en sus Arts. 41 y 42.

¹⁴ La libertad de información está consagrada como parte integrante del derecho a la libertad de expresión en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África. Además, 11 países africanos han aprobado leyes nacionales sobre la libertad de información, mientras que existen otros proyectos de ley, en diferentes etapas del proceso de aprobación.

¹⁵ Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, entró en vigencia en el año 2002, la cual fue derogada en el año 2017, con la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ecuador (2004), Honduras (2006), Nicaragua (2007), Guatemala (2008), Uruguay (2008), Chile (2008), y más recientemente, El Salvador, en marzo de 2011”¹⁶.

De tal forma que en la actualidad casi todos de los países de Latinoamérica cuentan con una ley regulatoria del DAIP, a excepción de Costa Rica, Bolivia y Venezuela, ya que son sus respectivas Constituciones las que consagran este derecho.

1.4 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA POR LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

El derecho de acceso a la información ha sido poco a poco, con el paso de los años, reconocido por las organizaciones internacionales y regionales, como un derecho fundamental.

Como ya se mencionó, uno de los primeros antecedentes lo encontramos en Francia, cuando en mil setecientos ochenta y nueve, en el marco de la Revolución Francesa, que promulgaba que las personas tenían un conjunto de derechos y libertades, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la que se proclamó entre otros derechos, la libertad de expresión, pero cuya formulación se enfocaba más en el emisor de la información, que en el receptor de la misma, y ya se hablaba de la libre comunicación de los pensamientos y opiniones.

Pero es con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷, en su Art. 19, que la protección de la libertad de expresión se establece para los emisores y receptores de la información. Encontramos, que este artículo proclamó, por primera vez en la

¹⁶ Perrine Canavaggio, “*El acceso a la información pública en el mundo. Un derecho humano emergente*”, 3.

¹⁷ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y firmada por el Estado de El Salvador en esa misma fecha.

historia, que todo hombre tiene derecho a la información, y por lo tanto, esta norma jurídica da pie al nacimiento del derecho a la información, reconocido a nivel mundial.

Este reconocimiento lo que persigue es garantizar que en los países miembros de este organismo internacional se respete el derecho a la información por parte de los ciudadanos, al garantizar en diversos cuerpos legales la protección de las facultades de acceder a la información de carácter público.

Buscando también, con su redacción, consagrar una combinación entre la doctrina clásica de la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de comunicación de todo ciudadano.

Incluso, algunos autores “señalan que la libertad de información y el derecho a la información están íntimamente relacionados y que dicha libertad viene a constituir el resultado de todos los principios tradicionales de libertad de pensamiento, de expresión y de prensa, aplicados a los modernos medios de comunicación sonoros y audiovisuales”¹⁸.

Por otro lado, en mil novecientos sesenta y seis, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹⁹, que en su Art. 19 establece lo siguiente: “Artículo 19: 1.- Nadie podrá ser molestado por causa de sus opiniones. 2. 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 frontera, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo

¹⁸ Fuenmayor, “*El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*”, 14.

¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor en 23 de marzo de 1976. Fue ratificado por El Salvador mediante Decreto N. 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno el 23 de noviembre de 1979, publicado en Diario Oficial N. 218 de esa misma fecha.

entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para a) asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas”.

Constituyendo esta norma, uno de los primeros señalamientos de la responsabilidad jurídica especial derivada de lo expresado, como aspecto indisoluble del contenido de este derecho, pues en esta norma se señala que este derecho implica deberes y responsabilidades especiales.

Sumado a este movimiento mundial que se venía forjando por lograr el reconocimiento del acceso a la información pública, a nivel americano, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, fue aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰, en San José, Costa Rica, denominada Pacto de San José, Costa Rica, que establece en su Art. 13 que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, continuando con la línea de pensamiento que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

En el mencionado Art. 13 se señala lo siguiente: “Artículo 13.- Libertad de pensamiento y de expresión. 1. 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. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entra en vigor el 18 de julio de 1978. Aprobada por el Poder Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores mediante Acuerdo número 405, de fecha 14 de junio de 1969.

protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones...”.

De esta manera, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se establece expresamente el derecho a buscar y recibir información y para la protección de este derecho. Y por esto, el sistema interamericano de protección a los derechos humanos²¹, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han otorgado un amplio contenido al derecho de la libertad de pensamiento y expresión, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social, tal como puede observarse en distintas resoluciones de casos específicos²².

En relación al tema, el caso Claude Reyes y otros vs Chile, fue el primero en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenta una demanda

²¹ El sistema interamericano de derechos humanos cuenta con un *corpus iuris* en materia de derechos humanos compuesto de un tratado internacional, mecanismos de protección y una serie de resoluciones que refuerzan su implementación.

²² Por ejemplo, el Caso Claude Reyes y otros vs Chile, Sentencia de la CIDH, de fecha 19 de septiembre de 2006, en el que se considera que para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control; Caso Gomes-Lund y al. (Guerrilha do Araguaia) de fecha 24 de noviembre de 2010, que aborda la negativa del Estado de Brasil a facilitar información sobre el destino de personas desaparecidas integrantes de la Guerrilha do Araguaia durante la dictadura militar de 1964-1985; Caso López Álvarez vs Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006; y Caso Ricardo Canese, Sentencia de 2 de julio de 2004, en los que la CIDH señala “La Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que éste contiene una doble dimensión: la individual, que consiste en el derecho a emitir la información, y la social, que consiste en el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Ambos aspectos poseen igual importancia y deben ser garantizados plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”; Caso Ivcher Bronsterin vs Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, que también señala la doble dimensión de este derecho y la importancia de las dos; y el mismo planteamiento vuelve a reiterarse en el asunto Gomes Lund (2010) con relación a una solicitud de información relativa violaciones de derechos humanos: que el derecho a buscar y a recibir informaciones protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, e impone una obligación positiva del Estado de suministrarla.

ante la Corte Interamericana, en el año dos mil cinco, señalando que la negativa de una institución del Estado a brindar información generaba responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho de protección judicial y sienta un precedente de gran importancia.

El ocho de julio de dos mil cinco la Comisión Interamericana presentó una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), debido a que entre mayo y julio de mil novecientos noventa y ocho el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile denegó parte de la información que requería el Comité de Inversiones Extranjeras, solicitada por Marcel Claude Reyes y Otros, relativa a la empresa forestal Trillium y el Proyecto del Río Condor de deforestación con impacto ambiental en Chile.

La decisión de este caso, de fecha diecinueve de septiembre de dos mil seis, condenó por tal negativa al Estado de Chile, por no disponer de un recurso judicial efectivo para recurrir la decisión, incorporando al acceso a la información pública como derecho fundamental, en el marco de la libertad de expresión, incluyendo bastantes de los estándares que se habían ido conformando anteriormente y generando un impacto en la región muy importante, teniendo como consecuencia la acción de los Estados que no lo habían ya hecho para la regulación del acceso a la información pública, esto debido a que en el texto de la sentencia, se manifiesta que las obligaciones estatales requieren diversas acciones normativas necesarias para garantizar el derecho, suponiendo la condena para Chile, la obligación de capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos²³.

La resolución aludida también supone que Chile adopte una ley sobre acceso a la información y por ende el resto de los países miembros. Y señala responsabilidad internacional al Estado chileno por violación a las obligaciones generales

²³ Cabe destacar que, las decisiones de la Corte Interamericana tienen fuerza vinculante; es decir, es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él.

consagradas en la CADH), por permitir que se violentara el del derecho de acceso a la información al no contar con una legislación en la materia.

Esta sentencia resulta de gran importancia y representa el primer reconocimiento jurisdiccional internacional claro del acceso a la información pública a partir de la libertad de expresión, fundamentando la decisión en el derecho a buscar y recibir información regulado en el Art. 13 CADH, señalando que los derechos de buscar y recibir información, protegen el derecho de toda persona de solicitar acceso a la información que está bajo el control del Estado, con las excepciones reconocidas bajo el régimen de restricciones en la misma Convención²⁴.

Para apoyar la decisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también acude a todos los precedentes regionales de reconocimiento del mismo, afirmando que existe un consenso regional de los Estados que integran la OEA sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección.

Y es de esta forma, que en los últimos años, la jurisprudencia internacional ha reconocido el derecho de acceso a la información. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y de la Corte Europea de los Derechos Humanos (CEDH) ha confirmado el acceso a la información como un derecho humano fundamental, confirmando el derecho de cualquier individuo a la verdad, y particularmente el de las personas afectadas por violaciones de los derechos humanos.

²⁴ En esta sentencia, también describe el contenido de este derecho y las obligaciones de los Estados, integra en el derecho fundamental el principio de máxima divulgación y señala que también implica que por defecto se ha de facilitar la información, que el Estado debe demostrar que se dan los requisitos para limitar la libertad de expresión y que toda denegación será motivada. La Corte Interamericana también señala la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se apliquen efectivamente las sanciones previstas en ella. Se establece la adopción de medidas en dos vertientes: La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Sumado a lo anterior, la Asamblea General de la OEA también ha resaltado en resoluciones específicas sobre el acceso a la información, su relación con el derecho a la libertad de pensamiento y expresión²⁵, instando a los Estados a que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública a todas las personas y a promover la adopción de disposiciones legislativa o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.

Entonces, puede observarse que en las declaraciones de principios y las normas consagradas por la ONU y OEA, se ha tomado en cuenta la doctrina sobre el derecho a la información y comunicación de los ciudadanos, y esto conlleva a un régimen jurídico de carácter global sobre la libertad de expresión y del derecho a la información y a la comunicación de los ciudadanos. Y poco a poco se fue estableciendo dos dimensiones importantes de un mismo derecho, la primera es la libertad de informar, es decir, de difundir el mensaje informativo, comprendiendo tanto la difusión del mensaje como su contenido; y la segunda, el estar informado, es decir, recibir sin ningún impedimento los mensajes informativos.

De esta forma, la OEA se comprometió de manera activa a favor del desarrollo del derecho de acceso a la información pública, y adoptó, en junio de dos mil diez, un modelo de ley de acceso a la información pública, así como una guía para su aplicación²⁶.

Mientras que en otras partes del planeta, la Comisión Africana de los derechos humanos adoptó en noviembre de dos mil diez una resolución a favor del acceso a

²⁵ Resolución AG/RES 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 sobre “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia”; Resolución AG/RES (XXXIV-0/04) de 8 de junio de 2004 sobre “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia”; Resolución AG/RES 2121 (XXXV-0/05) de 7 de junio de 2005 sobre “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia” y AG/RES 2252 (XXXVI-0/06) de 6 de junio de 2006 sobre “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia”.

²⁶ Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, bajo resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010. Documento preparado por un grupo de expertos provenientes de los órganos de la OEA, de los Estados miembros y de la sociedad civil, que refleja estándares internacionales y buenas prácticas del acceso a la información pública

la información en África, y ha puesto en marcha el proceso de elaboración de un modelo de ley sobre el acceso a la información en África. Y el Consejo de Europa sometió en el año dos mil nueve a conocimiento de sus miembros la Convención sobre el acceso a los documentos públicos, la cual proporciona una base de normas mínimas y anima a los Estados miembros que todavía no lo han hecho a poner su legislación en conformidad con estas normas”²⁷.

Es necesario mencionar que también otros organismos internacionales han sido claros promotores del derecho de acceso a la información pública, destacando entre estos, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que promovió la celebración de jornadas sobre marcos legales para garantizar y promover el libre acceso de los ciudadanos a la información pública en América Latina”, celebradas en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, entre el treinta y treinta y uno de julio de dos mil dos, produciendo la Carta de Santo Domingo por el Libre Acceso a la Información Pública.

En las jornadas antes mencionadas, se llegaron a diversas conclusiones, que fueron plasmadas en la Carta de Santo Domingo²⁸, bajo las siguientes consideraciones: “1) El libre acceso de las personas a las fuentes de información pública es un derecho humano universal y un principio democrático inherente al derecho a la información, a la libertad de expresión y de prensa. 2) El libre acceso a la información pública contribuye a la transparencia de la gestión pública, combate la corrupción y la cultura del secreto como práctica y asegura un mayor grado de eficiencia en el manejo de la cosa pública. 3) El libre acceso a la información pública garantiza la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés público, factor indispensable para la construcción de una cultura

²⁷ Perrine Canavaggio, “El acceso a la información pública en el mundo. Un derecho humano emergente”, 9.

²⁸ La Carta de Santo Domingo por el libre acceso a la información pública, de fecha 31 de julio de 2002, constituye el marco conclusivo de las jornadas sobre “Marcos legales que garantizan y promueven el libre acceso de los ciudadanos y de los medios de comunicación a las fuentes de información pública: análisis de casos en América Latina”

democrática. 4) Es imperativo que la totalidad de los países de la región resuelvan el vacío legislativo existente mediante la aprobación de leyes con sentido democrático que garanticen el libre acceso a la información pública. 5) Es menester que en los países en que existan estas leyes, no se vean ellas impedidas o distorsionadas en su aplicación o vigencia por reglamentaciones limitativas del derecho de libre acceso a la información pública”²⁹.

1.5 FACTORES QUE CONTRIBUYERON AL SURGIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1.5.1 El escenario político de los años noventa

Durante la denominada guerra fría³⁰, existía alrededor del mundo un espíritu de secretismo frente a toda actividad estatal, ya que los constantes conflictos políticos mundiales eran justificantes para que los gobiernos ocultaran información a los ciudadanos. Sin embargo, al momento de la desintegración de diferentes regímenes, como el soviético, distintas legislaciones sobre la libertad de acceso a la información surgieron, precisamente para satisfacer el deseo de los ciudadanos que habían sido privados de mucha información durante años.

Frente a este escenario político mundial, una vez superados los conflictos políticos generados por dicha guerra fría, en los distintos países alrededor del mundo empieza a tomarse una mayor convicción democrática sobre la idea que el derecho de acceso a la información pública constituye un derecho humano, de tal forma que es reconocido por organismos internacionales, como el Consejo de Europa y así progresivamente en otras áreas del mundo, como Latinoamérica y

²⁹ Carta de Santo Domingo por el libre acceso a la información pública; de fecha 31 de julio de 2002.

³⁰ Se le llamó Guerra Fría al enfrentamiento político, económico, social, ideológico, militar e informativo iniciado tras finalizar la Segunda Guerra Mundial entre el bloque Occidental (occidental-capitalista) liderado por los Estados Unidos, y el bloque del Este (oriental-comunista) liderado por la Unión Soviética.

África, cada uno de estos lugares, influenciados por sus antecedentes históricos, y la coyuntura política del momento.

1.5.2. La lucha contra la impunidad

En las últimas décadas se ha logrado observar la importancia brindada a los conceptos de justicia supranacional, lo que se ve confirmado con la creación de organismos internacionales, como la Corte Penal Internacional³¹. Y también han adquirido importancia la lucha contra la impunidad de los responsables de violaciones de los derechos humanos, por ejemplo, el derecho de las víctimas y de sus familias a la verdad y a reparación ha sido formalmente reconocido por la Convención Internacional para la Protección de las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la ONU en dos mil cuatro y veinte desde diciembre de dos mil diez³².

La Convención antes mencionada, da como resultado, tres derechos fundamentales a los que deberían poder pretender, en cualquier sociedad democrática, tanto los individuos como las colectividades, el derecho de saber, el derecho a la justicia y el derecho a reparación.

Y tienen como antecedente para su reconocimiento, las múltiples violaciones a los derechos humanos, que con la complicidad de los gobiernos, en muchas ocasiones, permanecían sin ser conocidos por la población mundial, a raíz del secretismo y la falta de transparencia por parte de los mismos, al momento de solicitarse información sobre dichos asuntos.

³¹ Tribunal de justicia internacional permanente que fue creado para juzgar a personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, guerra, agresión y lesa humanidad. Tiene su sede en la ciudad de La Haya, en los Países Bajos y fue creada por medio el Estatuto de Roma en el año 2002.

³² Esta Convención es el resultado de propuestas realizadas en la ONU sobre la impunidad de autores de violaciones de derechos humanos. Propuesta hecha por el magistrado francés Louis Joinet, relator especial de la ONU sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. Su informe de 1997 contiene en anexo un “Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos por la lucha contra la impunidad”.

En el año dos mil seis, la Oficina de la Alta Comisaría para los Derechos Humanos de la ONU realizó un estudio sobre el derecho a la verdad, en este se confirma que “el derecho a la verdad sobre las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves de las normas de derechos humanos es un derecho autónomo e inalienable, vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, realizar investigaciones eficaces y velar para que haya recursos efectivos y se obtenga reparación”³³.

1.5.3 La lucha contra la corrupción

El derecho de acceso a la información es reconocido por las convenciones internacionales como “un medio eficiente de lucha contra la corrupción, y forma parte de las medidas de promoción del buen gobierno recomendadas por las grandes organizaciones internacionales, como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial”³⁴.

Y es precisamente por esta razón que surgen en el transcurso de los últimos años, mecanismos legales internacionales que se enfocan en el combate a la corrupción, tales como la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC).

La primera de las mencionadas reúne un conjunto amplio e integrado de medidas en relación al combate a la corrupción, y es la primera convención sobre esta materia que tiene un alcance global. El período para que los países firmaran esta convención fue abierto el nueve de diciembre de dos mil tres, durante una conferencia de la ONU convocada precisamente con ese propósito, que tuvo lugar

³³ Consejo Económico y Social de la ONU, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006. Comisión de Derechos Humanos. 62 períodos de sesiones. Promoción y protección de los derechos humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consulta realizada el 31 de enero de 2021 en <https://undocs.org/es/E/CN.4/2006/91>

³⁴ Jaime López, “*Normas y políticas internacionales contra la corrupción*”. (El Salvador, Editorial Probidad, 2003), 7.

en la ciudad de Mérida, México. Y hasta el once de diciembre del año dos mil tres, día en que fue clausurada la conferencia, la CNUCC ya había sido firmada por noventa y siete Estados. En el caso de El Salvador, ratifica esta convención en julio del año dos mil cuatro³⁵.

Por otro lado, la Convención Interamericana contra la Corrupción, se abrió a firma en marzo de mil novecientos noventa y seis, bajo la dirección de la Organización de Estados Americanos (OEA)³⁶. Esta Convención tiene antecedentes en una serie de resoluciones y declaraciones que fueron surgiendo en la OEA, cuando crece el interés de los países americanos sobre el tema de la corrupción a nivel regional y ver la necesidad de combatir este fenómeno y desarrollar mecanismos que permitan hacerle frente a nivel internacional.

Estas normativas internacionales fueron creadas con el fin de permitir que todos los ciudadanos participen de forma activa en las políticas públicas y evitar las acciones ilegales por parte de los funcionarios públicos, obteniendo diferentes beneficios para los suscriptores de dichas convenciones. Y en ambos instrumentos jurídicos internacionales, claramente se señala la necesidad de promover el derecho de acceso a la información pública para el efectivo combate a la corrupción.

³⁵ La CNUCC se comenzó a gestar durante una asamblea de la ONU realizada en diciembre de 2000. En ella se reconoció la necesidad de que la organización promoviera la adopción de un instrumento específico para la lucha contra la corrupción. Para ello se aprobó la conformación de una comisión a la que se le encomendó la misión de negociar el tratado contra la corrupción. Dicha comisión quedó adscrita a la Oficina para el Control de Drogas y la Prevención del Crimen de la ONU, con sede en Viena.

³⁶ Esto ocurrió en una reunión de dicho organismo hemisférico realizada en la ciudad de Caracas, Venezuela. El artículo XXV de la CICC señala que ésta entraría en vigencia 30 días después de que se hubiera depositado ante la Secretaría de la OEA el segundo instrumento de ratificación de dicho tratado, o en otras palabras, cuando dos países la hubieran adoptado. Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Venezuela ratificaron la CICC y presentaron los respectivos instrumentos o decretos ante la OEA en 1997, con lo cual el tratado entró en vigencia a partir de ese año.

1.5.4 La crisis económica y financiera

En el año dos mil ocho se produce una gran crisis económica y financiera a nivel mundial, la cual afectó la economía de casi todos los países del mundo; y todo lo que originó esta crisis y las soluciones que se le dieron a la misma, quebrantaron aún más la confianza de los ciudadanos en las instituciones del Estado como fiscalizadoras de las actividades de las empresas privadas y originaron una mayor demanda de transparencia por parte los gobiernos a nivel mundial.

Es imposible pensar que la economía y más aún, que una crisis financiera global, no afecte otros ámbitos de la sociedad, principalmente cuando puede notarse que uno de los aspectos que más fueron cuestionados por los ciudadanos, fue la forma en la que las decisiones económicas de los países eran tomadas alejadas de lo que se daba a conocer de forma pública, generando mayor conciencia ante la necesidad de conocer todos los aspectos de las decisiones tomadas por los gobiernos.

De esta forma, surgen iniciativas globales de transparencia, creadas para promover el derecho a la información, las cuales buscaron mejorar las normas de transparencia en las instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio³⁷.

Esta situación a nivel global, dio origen a una mayor demanda de parte de los ciudadanos de conocer la información pertinente por parte de las autoridades fiscalizadoras de la actividad económica y que posiblemente pudo permitir un mejor manejo de la crisis económica suscitada.

³⁷ Perrine Canavaggio, *“El acceso a la información pública en el mundo. Un derecho humano emergente”*, 10.

1.5.5. Los adelantos tecnológicos

Este factor es posiblemente el más visible de todos, ya que el gran avance de la tecnología y la expansión del internet durante los últimos años, han incrementado la demanda de información, y generado transformaciones en la vida diaria de las personas³⁸. La forma tradicional del manejo de la información, en el cual existe un monopolio de la información por parte unas pocas personas, se ve enfrentado ante las exigencias de nuevas generaciones que se comunican de forma abierta a nivel mundial, y en un tiempo cada vez menor.

A partir de los años noventa, la comunicación del pensamiento y de las opiniones se ha visto afectada por una doble evolución. Por un lado, el gran crecimiento de la prensa, la radio y la televisión, los cuales son constantemente cuestionados. Y por otro lado, el surgimiento de nuevos medios que ofrecen posibilidades inéditas a la expresión y a la comunicación del pensamiento, como el internet.

De tal forma, que para algunos, la libertad de expresión implica más allá de la libertad de información, también la libertad de comunicación. Estas libertades designan el derecho de transmitir o recibir mensajes bajo la libre elección de cada persona, el derecho de un ciudadano de expresar su pensamiento a otro y el de acceder al pensamiento de otro a través de cualquier medio. La libertad de comunicación implica la utilización de una técnica de difusión o comunicación, que se denomina medio de difusión. Y lo que toma en cuenta esta libertad, más que el contenido y la finalidad del contenido, es la multiplicidad y diversidad de medios, que van desde la prensa escrita, hasta los videotextos, la radio, la televisión, internet, etc.

³⁸ En la actualidad, la mayoría de las industrias de comunicación, incluyendo telefonía, radio, televisión, correo y periódicos, están siendo transformadas o redefinidas por el Internet, lo que también ha permitido o acelerado nuevas formas de interacción personal y el comercio electrónico, entre otros aspectos.

“La información, como representación del pensamiento y del conocimiento, nos lleva a considerar que la sociedad recibe y está expuesta a aquella proveniente tanto del lenguaje corriente de los medios masivos como de la generada por el lenguaje literario, científico y técnico de la literatura especializada. En ambos casos la sociedad produce la información y genera un interés consciente e inconsciente de transmitirla, sea de manera individual o colectiva: puede ser información estratégica disponible solo para un selecto grupo o de uso abierto a todos; puede ser solicitada, necesitada y utilizada por individuos o por grupos de poder como el Estado, los consorcios comerciales y los grupos políticos”³⁹.

Por otro lado, la concepción del derecho a la información y a la comunicación del ciudadano como derechos básicos y fundamentales, sumado al vertiginoso aumento de tecnologías, han configurado los conceptos sobre las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y dan nacimiento a la Sociedad de la Información.

La denominada Sociedad de la Información⁴⁰ no solo incluye usar la información y tenerla disponible y de fácil acceso, sino también estimular la producción informativa de los múltiples grupos sociales, de tal forma que exista una diversidad de pensamientos, de tal forma que todos los habitantes del planeta nos sintamos representados.

Resulta de tal relevancia el estudio y regulación de la Sociedad de la Información en la actualidad que incluso dio nacimiento a la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información⁴¹, como la culminación de un proceso de discusión global

³⁹ Fuenmayor, “*El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*”, 20.

⁴⁰ La Sociedad de la Información es un término utilizado para explicar el proceso de evolución de la vida y las interacciones entre personas, gobiernos y organizaciones, debido al uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

⁴¹ Conferencia de las Naciones Unidas liderada por la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, cuyo objetivo fue desarrollar un marco global para abordar los desafíos planteados por la Sociedad de la Información. Consolidada en el desarrollo de dos cumbres mundiales, la primera llevada a cabo en Ginebra, entre el 10 y el 12 de diciembre de 2003 y la segunda en Túnez, entre el 16 y 18 de noviembre de 2005.

orientado a identificar visiones comunes, adoptar voluntades políticas y definir planes de acción que den forma a la denominada Sociedad de la Información.

Y es así como, todos estos cambios desarrollados en la vida diaria de todas las personas en el mundo, contribuyen en distintos aspectos, tanto en el estudio más profundo, como en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública.

Pero también implican, en el ámbito de las investigaciones correspondientes a todo tipo de delitos y en especial a aquellos de realización compleja, en los que normalmente se ven involucradas personas con grandes capacidades económicas; dificultades como consecuencia de la utilización de estas tecnologías para la comisión de estos delitos, y la falta de recursos tecnológicos entre otros aspectos, para investigar los mismos.

1.6 BREVE RESEÑA DE DERECHO COMPARADO SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA

Como ya fue mencionado, el derecho de acceso a la información pública ha transitado un largo camino a través de la historia, por lo que a continuación se hará una revisión breve del reconocimiento de este derecho en diferentes partes del mundo, con especial énfasis en América Latina.

1.6.1 Unión Europea

Europa ha sido una de las regiones precursoras en el desarrollo del acceso a la información pública, y esto se ve directamente vinculado con los estudios, que se realizan con respecto al fomento de este derecho fundamental⁴².

⁴² La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, producto de la Revolución Francesa, constituye uno de los antecedentes más remotos del reconocimiento de la libertad de expresión.

A pesar de contar con muchos años de regulación en materia de libertad de expresión, en mil novecientos noventa y ocho, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó "La información del sector público: un recurso clave para Europa: Libro verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información"⁴³, documento con lineamientos básicos para el acceso a la información pública en la Unión Europea, en el que se señala una definición del sector público, los tipos de información, condiciones de acceso, plazos, cantidad y formato de información, problemas del derechos de autor, la intimidad y responsabilidad, entre otros.

Además, el siete de diciembre del año dos mil se proclama en Europa la Carta de los Derechos Fundamentales⁴⁴, que recoge un conjunto de derechos personales, civiles, políticos, económicos, y sociales de los ciudadanos y residentes de la Unión Europea, estableciéndose en esta, el derecho a la transparencia como parte del derecho a una buena administración.

También, puede observarse que "siendo esta región el mayor antecedente histórico del reconocimiento del derecho de acceso a la información, no resulta extraño que para el año dos mil diez, cuarenta países habían aprobado leyes sobre esta materia, y la mayoría de países europeos cuentan actualmente con legislaciones autónomas relativas a la protección y regulación del derecho de acceso a la información pública"⁴⁵.

⁴³ Documento consultivo de 1998. En una reunión del Consejo de la Unión Europea, el comisario en funciones Martin Bangemann recalcó que el Libro Verde sobre información del sector público en la sociedad de la información, recientemente adoptado, tiene como fin iniciar amplias consultas sobre nuevas formas de explotar el amplio potencial de la información

⁴⁴ La Carta de los Derechos Fundamentales constituye un documento en el que se reconocen derechos, libertades y principios, por parte de El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, con el fin de crear entre si una unión cada vez más estrecha, basada en valores comunes.

⁴⁵ Guillermo Escobar. "*Transparencia e Información Pública*". (Madrid, España: Federación Iberoamericana de Ombudsmán. XIII Informe sobre Derechos Humanos, Trama Editorial, 2015), 85.

1.6.2 Estados Unidos de Norteamérica

En este país, el DAIP tiene como fundamento constitucional la primera enmienda de mil setecientos noventa y uno, que establece: "El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios", con el que la doctrina señala la dimensión constitucional del derecho a la información.

Y posteriormente, en mil novecientos sesenta y seis, se promulga la "Freedom of Information Act", que genera un precedente para otras legislaciones, y contempla que toda repartición del gobierno deberá poner a disposición del público su información. "Establece, entre otros puntos, métodos para obtener información o presentar documentos; la reglamentación de procedimientos, descripción de los formularios o lugares donde pueden ser obtenidos y las instrucciones sobre el alcance de los documentos; que las copias de todos los registros deben estar a disposición del público en un plazo máximo de un año luego de su creación"⁴⁶.

Y también se señala la excepción de brindar información en cuestiones específicamente autorizadas, bajo los criterios establecidos por una orden Ejecutiva, de mantenerse en secreto por interés de la defensa nacional o la política exterior, documentos clasificados por una orden ejecutiva, secretos comerciales o información comercial o financiera, archivos personales o médicos y archivos similares. Y como requisito previo a la vía judicial, la ley norteamericana exige el tradicional agotamiento de los recursos administrativos ante los organismos jerárquicos superiores.

⁴⁶ Guillermo Escobar. "*Transparencia e Información Pública*". (Madrid, España: Federación Iberoamericana de Ombudsmen. XIII Informe sobre Derechos Humanos, Trama Editorial, 2015), 24.

1.6.3 América Latina

En primer lugar, es necesario remarcar que, a nivel regional, en América, el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, antes de la Sentencia Claude Reyes vs Chile, se fundaba en tratados regionales relativos al reconocimiento de la libertad de expresión, como la Declaración Americana de Derechos del Hombre de mil novecientos cuarenta y ocho, o la CADH, de mil novecientos sesenta y nueve. Sin embargo, de forma concreta, no comprendían el derecho de acceso a la información pública, como se dimensiona en la actualidad, por lo que, en la región, este emergió a partir de la acción e interpretación de distintos órganos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁴⁷.

Razones por las cuales, a partir del reconocimiento brindado por los organismos que componen dicho Sistema, y todos los elementos que fueron mencionados anteriormente, en América Latina, los distintos países también han intentado adecuar sus legislaciones hacia el acceso a la información pública y señalan a la transparencia como una forma participativa de control ciudadano en el manejo las cuentas públicas, tal como lo prevé en el Pacto de San José de Costa Rica en su Art. 13, en el que se incluye el libre acceso a la información pública por parte de dichos ciudadanos.

De esta forma, hasta el año dos mil veintiunos, la gran mayoría de países de Latinoamérica, ya cuenta con una legislación secundaria que regule de forma

⁴⁷ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1998, en su segundo Informe Anual a la Comisión en 1999, ya afirmó que el derecho del Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye el derecho de acceso a la información pública, afirmando que en un sistema representativo, los funcionarios son responsables frente a la ciudadanía y que la información que el Estado utiliza y produce se logra con fondos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos. El relator elaboró la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, que fue aprobada por la CIDH en el año 2000, en la que se reconoció el acceso a la información como un derecho humano. Por lo que se elaboraron las bases para que los Estados avanzaran en la construcción, reconocimiento y garantía de este derecho. Y desde el año 2003 hasta el 2009 se ha adoptado una resolución anual sobre acceso a la información pública.

específica el DAIP; sin embargo, no todos tienen este señalamiento concreto en sus Constituciones.

En México, por ejemplo, se promulgó en el año dos mil dos la “Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información”⁴⁸ con tres ejes fundamentales: el primero que obliga a los órganos del Estado a poner la información a disposición de los ciudadanos, el segundo consiste en el derecho de los particulares a requerir información a los sujetos obligados y el tercero se refiere a la creación de instituciones responsables de su aplicación e interpretación⁴⁹.

En Perú, el acceso a la información pública sí tiene fundamentos constitucionales, el Art. 2, inc. 5) señala que “Toda persona tiene derecho: 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 las que expresamente se excluyan por ley o por razón de seguridad nacional”. Adicionalmente existen garantías constitucionales para acceder a esta información, en el Art. 200, inc. 3) dice “Son garantías constitucionales: La acción de Hábeas Data que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5), 6) de la Constitución”⁵⁰.

Mientras tanto, en Ecuador, la Constitución de mil novecientos noventa y ocho, es una de las constituciones latinoamericanas que desarrolla con mayor precisión el DAIP, pues en el Art. 81 se consagra lo siguiente: “El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los

⁴⁸ Esta ley actualmente se encuentra derogada y ha sido sustituida por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

⁴⁹ Consulta realizada el 30 de abril de 2021 en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117

⁵⁰ Consulta realizada el 30 de abril de 2021 en: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17

acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales. No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley”⁵¹.

Por lo que este texto legal, es claro en expresar que el Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad. Así mismo, la norma constitucional establece que no existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley.

En Colombia, también en la Constitución de 1991, se observa la siguiente disposición: “Art. 74: Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”. Y además, cuenta con la Ley No. 57 de mil novecientos ochenta y cinco, que ordena la publicidad de los actos y documentos públicos, sin regularlo de forma amplia y desarrollada⁵².

Por otro lado, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de mil novecientos noventa y nueve ha separado el concepto de la libertad de expresión del concepto del derecho a la información del ciudadano. Así pues, el derecho a la libre expresión se consagra en el Art. 57 del texto constitucional, mientras que el Art. 58 señala: “La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información

⁵¹ Consulta realizada el 30 de abril de 2021 en <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion>

⁵² Consulta realizada el 30 de abril de 2021 en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219>

oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”. Por lo que este artículo constitucional consagra la doctrina del derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura; así mismo consagra el derecho a réplica y rectificación cuando el ciudadano se vea afectado directamente por informaciones inexactas o agraviantes⁵³.

En el área centroamericana, Costa Rica dispone en su Constitución, Art. 29, el derecho de todo ciudadano a comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito y publicarlos sin previa censura. Y fundamenta de manera precisa, en su Art.30, el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública de la siguiente manera: “Art. 30. Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado”⁵⁴. Por lo que esta disposición consagra de manera precisa el derecho de los ciudadanos a tener acceso a los departamentos administrativos con el propósito de obtener información sobre los asuntos de interés público.

También se puede invocar el artículo 187 de la Constitución de este país, el cual obliga al Estado a publicar todo gasto con cargo al Tesoro Nacional que no se refiera a sueldos del personal permanente de la administración pública. Dicho artículo consagra lo siguiente: “Todo gasto a cargo del Tesoro Nacional que no se refiera a sueldos del personal permanente de la administración pública consignado en el presupuesto, deberá ser publicado en el Diario Oficial. Quedan exceptuados de la formalidad de publicación aquellos gastos que, por circunstancias muy especiales, considere el Consejo de Gobierno que no deben publicarse, pero en

⁵³ Consulta realizada el 30 de abril de 2021 en https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela

⁵⁴ Consulta realizada el 30 de abril de 2021 en <https://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion>

este caso lo informará confidencial e inmediatamente, a la Asamblea Legislativa y a la Contraloría”⁵⁵.

Como puede observarse, no todos los países han regulado de forma expresa en sus Constituciones, el derecho de acceso a la información pública, como en el caso de Costa Rica y Colombia, las cuales permiten comprender la viabilidad jurídica de una legislación que garantice el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública del Estado.

Sin embargo, la gran mayoría de países de Latinoamérica sí establecen constitucionalmente que los tratados públicos y los convenios internacionales debidamente aprobados por los órganos legislativos, tendrán un rango superior a las leyes. Por lo que, tomando en cuenta, que el Art. 13 del Pacto de San José, sí regula de forma expresa el derecho de acceso a la información pública, (que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras), los países deberían dar estricto cumplimiento a este derecho, en sus dos dimensiones, individual y colectiva.

1.7 LA TRANSPARENCIA DEMOCRÁTICA COMO OBJETIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SALVADOR

Es necesario destacar en este punto, que uno de los aspectos más importantes a lo largo de la historia que ha permitido el reconocimiento del DAIP en el mundo, es su relación estrecha con el concepto de transparencia y el combate a la corrupción.

El fenómeno de la corrupción se encuentra arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón a que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la

⁵⁵ Consulta realizada el 30 de abril de 2021 en <https://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion>

vinculación que tiene la corrupción con el poder. De tal forma que la corrupción ha evolucionado junto con las sociedades a través de la historia, acomodándose y creando nuevos mecanismos para su consecución, llegando a ser considerada por muchos como imposible de erradicar y difícil de regular, o peor aún, normal o tolerable.

Es así, como a lo largo de la historia, los distintos gobernantes, en todas las formas de gobierno, han utilizado el poder que les otorga encontrarse en estas posiciones, para obtener algún tipo de beneficio, en detrimento de otras personas o grupos sociales.

Por esto no es de extrañarse que el origen de la corrupción vaya de la mano con el nacimiento de las sociedades organizadas y jerárquicas, de tal forma que conjuntamente con la evolución del Estado Democrático en El Salvador, las costumbres de corrupción han llegado a ser vistas como acciones naturales e inevitables para el desarrollo normal de las instituciones desde las que se ejerce el poder público.

En El Salvador a lo largo de la historia siempre han existido problemas más trascendentes a tratar, de tal manera que por ejemplo, “en la época de los cuarenta y ocho años de dictadura militar en El Salvador, la corrupción fue la regla general, en esta época se dieron muchos indicadores de los cuales podemos mencionar tres fundamentales: los golpes de estado y fraudes electorales, la represión, y el uso instrumental de Estado”⁵⁶.

La firma de los Acuerdos de Paz, no implicó sólo el cese al conflicto armado, sino que también con estos se da inicio a la implementación de un Estado de Derecho, democrático y representativo, instaurándose en el país un nuevo modelo político y social, que incluye la publicación y discusión en los medios de comunicación de

⁵⁶ Oscar Martínez Peñate, “*El Salvador del Conflicto Armado a la Negociación*”, (San Salvador: Editorial Nuevo Enfoque, 1997), 110.

casos de corrupción de funcionarios públicos y de la impunidad de la que estos gozaban.

Y aunado a esto, se comienza a dar relevancia en los medios de comunicación a los índices de percepción de la corrupción, elaborados por distintos organismos internacionales, en los cuales El Salvador no resulta bien evaluado.

Como se ha mencionado que todos los tipos de gobierno son susceptibles de corrupción política, debemos señalar que “en términos generales, la corrupción política es el mal uso del poder para conseguir una ventaja ilegítima, generalmente secreta y privada”⁵⁷.

Por lo tanto, opuesto a la corrupción, resulta ser la transparencia, como un indicador fundamental de la calidad de los gobiernos que aspiran a considerarse democráticos, es por esta razón, que en contraposición puede hablarse de nivel de corrupción o nivel de transparencia de un Estado.

Y al encontrarse enfrentados los conceptos de corrupción y transparencia, es necesario tomar en cuenta lo que debe significar ante la corrupción, el acceso a la información pública, como un derecho cuyo reconocimiento ha significado un largo proceso.

Ante la necesidad de transparencia en la función pública, es que surgieron a lo largo de los años, espacios de reconocimiento en convenciones a nivel global, como la CNUCC, regionales como la CICC, y legislaciones especiales en muchos países alrededor del mundo, tal como fueron desarrolladas con anterioridad, y en El Salvador, la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), en el año dos mil once. Destacando en cada uno de estos instrumentos jurídicos, la necesidad de tener acceso a la información pública, como un pilar fundamental del derecho de

⁵⁷ Edmundo González Llaca, “*La Corrupción, Patología Colectiva*”, (México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2007), 49.

todos los habitantes a la democracia y como parte de esta, la transparencia en toda actividad desarrollada por la administración pública.

En otras palabras, tal como lo señala Manuel Fernández Areal, el derecho a la información “nace ante la necesidad de reglamentar y organizar el ejercicio de un derecho natural del hombre, reconocido con estas características en las leyes fundamentales de los diversos países modelados en el ámbito jurídico político al modo de los Estados de Derecho”⁵⁸.

1.8 EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SALVADOR

1.8.1 Fundamento Constitucional

Como ya fue señalado anteriormente, debemos entender que la información es imprescindible en el proceso de comunicación y esencial para el desarrollo económico y social de toda sociedad. Y que esta puede dividirse en información pública e información privada, siendo esta última inviolable y solo le compete al que la produce o la posee, mientras que la información pública debe estar al acceso de todos.

La información pública incluye todos los datos que a todos los ciudadanos de un país conciernen y de los cuales la sociedad misma es la titular y por lo tanto, todos tienen el derecho de acceder en cualquier momento. Es decir, la información producida día con día por el Estado, por motivo de su actuar y por cualquier medio, siendo el dueño la sociedad en general, y el Estado una especie de custodio de dicha información, que no le pertenece.

⁵⁸ Manuel Fernández Areal, “*Introducción al Derecho a la Información*”, (Barcelona, España: Editorial A.T.E., 1977), 9.

Como ya fue mencionado anteriormente, llegar a estas conclusiones doctrinarias llevó años y además tuvieron que conjugarse una serie de factores a nivel mundial, para lograr el reconocimiento del DAIP, como un derecho humano.

Entre estos factores, el movimiento a favor de la libertad de información y su inspiración en el Art. 19 de la DUDH, la cual garantiza a cualquier individuo el derecho de “buscar, recibir y difundir las informaciones y las ideas de cualquier modo que sea”.

Entendiendo que el reconocimiento del DAIP, también deviene de la adhesión de El Salvador a Tratados Internacionales de combate a la corrupción y aquellos que lo reconocen como derecho humano fundamental, por parte de las organizaciones internacionales⁵⁹.

Y es con esto que se inicia un estudio serio del DAIP en El Salvador y por lo tanto, la necesidad de creación de una ley que permita de forma organizada establecer los mecanismos de protección de este derecho fundamental.

En El Salvador no existe disposición constitucional expresa que reconozca con tal rango el DAIP; sin embargo, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es la que reconoce el rango constitucional del derecho de acceso a la información pública, por vía de interpretación constitucional, es decir, brindándole el reconocimiento jurisprudencial como derecho fundamental en la resolución de Inconstitucionalidad número 1-2010/27-2010/28-2010⁶⁰. En esta se señala que el derecho de acceso a la información pública es “un derecho fundamental de la

⁵⁹ Entre estos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, ratificado por El Salvador mediante Decreto N. 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno el 23 de noviembre de 1979; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, aprobada por el Poder Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores mediante Acuerdo número 405, de fecha 14 de junio de 1969; la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, de 2003, suscrito y ratificado por El Salvador, mediante Decreto Legislativo N. 325, del 20 de mayo de 2004; y la Convención Interamericana Contra la Corrupción, de 1996, ratificado por El Salvador el 26 de octubre de 1998.

⁶⁰ Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 1-2010/27-2010/28-2010, de fecha 25 de agosto de 2010.

población a estar debidamente informada de los asuntos de interés colectivo y a conocer la gestión pública y la forma en que se ejecuta y se rinde cuenta del presupuesto general del Estado; obligación que atañe a todos los órganos y dependencias del Estado, sin excepciones”

Los aspectos relacionados, que sí regula de forma expresa nuestra Constitución son, la libertad de expresión, libertad de información, y el derecho de petición, consagrados en el Art. 6 y Art. 18 de la Constitución.

El Art. 6 de la Constitución establece que toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos; y sobre tal punto, la Sala de lo Constitucional ha expresado: “Sobre los alcances de la libertad de expresión y difusión de pensamiento, se ha afirmado que este derecho no se limita a la exteriorización de los propios argumentos, sino que –sobre todo en el mundo contemporáneo se extiende a lo que clásicamente se denomina libertad de prensa y que en puridad jurídica, desde un plano subjetivo, constituye el derecho de información. Esto se evidencia aun de la estructura formal del Art, 6 Cn. en el que además de disponer el derecho a la libertad de expresión –inciso primero- se estipula protección a las empresas informadoras –inciso 2 y 3-, se prohíben tarifas discriminatorias –inciso 4- , se consagra el derecho de respuesta –inciso 5-, y se autoriza la posibilidad de censura a los espectáculos públicos –inciso 6-“⁶¹.

Y respecto al contenido del derecho de petición contemplado en el Art. 18 de la Constitución, la Sala de lo Constitucional ha señalado que “el ejercicio de este derecho constitucional implica la correlativa obligación de los funcionarios estatales de responder o contestar las solicitudes que se les eleven, pues el gobierno de la República está instituido para servir a la comunidad. Se hace necesario señalar que la contestación a que se ha hecho referencia, no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad

⁶¹ Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 91-2007, de fecha 24 de septiembre de 2010.

correspondiente debe analizar el contenido de la misma y resolverla –y esto es lo que constituye el objeto de la obligación de la actividad estatal- conforme a las potestades jurídicamente conferidas. Lo anterior no implica que la respuesta debe ser favorable a las pretensiones del gobernado, solamente la de obtener una pronta respuesta. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que un funcionario o entidad estatal satisface el derecho constitucional de petición al responder la solicitud presentada, en el sentido que aquel considere procedente, pero siempre con estricta observancia de lo preceptuado en la Constitución y las leyes secundarias; aunque el Art. 18 en comento no lo indique, la contestación que debe recaer a una solicitud debe ser congruente con esta; puesto que resulta igualmente violatorio del derecho constitucional de petición cuando la respuesta producida por la autoridad es incongruente respecto de lo requerido”⁶².

Ante tales consideraciones, se encuentra establecido, que el derecho a la libertad de expresión, como el derecho de petición y respuesta, se encuentran señalados en nuestra Constitución, el primero se encuentra en el Art. 6 Cn., que es la disposición constitucional que establece que “Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos...”; mientras que el Art. 18 Cn. garantiza el derecho de petición y el Art. 85 Cn., establece que los funcionarios y empleados públicos, se rige por el principio de legalidad y por ende por el de transparencia y control ciudadano.

Por lo tanto, a pesar que con todo lo antes expresado, se establecen las bases del desarrollo del DAIP en nuestra legislación secundaria, con todos los argumentos señalados por la Sala de lo Constitucional. Sin embargo, es necesario que exista un reconocimiento expreso de este derecho en nuestra Constitución, lo cual aún no ha sido discutido en el Órgano Legislativo.

⁶² Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Amparo 41-M-96, de fecha 04 junio de 1997.

1.8.2 Creación de la Legislación sobre el Acceso a la Información Pública

En muchos países el reconocimiento y desarrollo por medio de un cuerpo legal independiente, del DAIP, data de muchos años atrás, sin embargo en El Salvador es hasta el año dos mil ocho que se presenta ante la Asamblea Legislativa el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, logrando su aprobación en el año dos mil once⁶³.

Con esta Ley se pretende que exista mayor control por parte de la población en general, sobre el desempeño en las funciones ejercidas por las personas que administran fondos públicos en el país; entre estos, los funcionarios públicos señalados en el Art. 39 del C. Pn.

La Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), contiene un desarrollo del ejercicio del derecho de acceso a la información, entes obligados y titulares, clases de información, datos personales, estructura institucional, procedimiento de acceso a la información ante los entes obligados, y las infracciones y sanciones. Y también, las limitaciones a este derecho, el cual no puede ser absoluto.

En El Salvador, el Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP) fue creado en el año dos mil doce, posterior a la entrada en vigencia de la LAIP, la cual surge, como una necesidad imprescindible del país, de tener una ley que permita a todos los ciudadanos a buscar y recibir información, y de esta forma ayudar a combatir las prácticas de corrupción arraigadas en los funcionarios públicos.

Como punto importante a mencionar es que esta Ley se gestó, primeramente gracias a un grupo promotor, quienes estaban atentos de los aspectos relativos a la información, que se debe obtener de los gastos que realiza el Gobierno.

⁶³ Ley de Acceso a la Información Pública. Decreto Legislativo N. 534. D. O. N. 70, Tomo N. 391. Fecha: 8 de abril de 2011.

“El Grupo Promotor de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública es una red de organizaciones de diversa naturaleza y pensamiento que trabaja por impulsar el pleno respeto al derecho de acceso a la información pública en El Salvador. Creada en dos mil nueve, esta red fue instrumental para la aprobación de la Ley de Acceso a la Información Pública en El Salvador”⁶⁴.

Este grupo promotor, se encontraba compuesto por diferentes entidades universitarias, gremiales y periódicos: a) Asociación nacional de la Empresa Privada ANEP. b) Asociación de Periodistas de El Salvador APES. c) Asociación Salvadoreña de Radiodifusores ASDER. d) Centro de Estudios Jurídicos CEJ. e) Fundación Nacional para el Desarrollo FUND. f) Fundación Democracia, Transparencia y Justicia DTJ. g) Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. h) Periódico digital El Faro. i) Universidad Dr. José Matías Delgado UDJMD. j) Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” UCA”⁶⁵.

Es así como la LAIP fue aprobada en el mes de diciembre de dos mil diez y entró en vigencia el ocho de mayo de dos mil once, pero sin el mecanismo clave que permitiría garantizar que el derecho de los ciudadanos a la información en poder del Estado se convirtiera en una realidad, ya que aún no se contaba con la entidad encargada de dirimir conflictos cuando al solicitante le sea negada la información que requiere de parte de las instituciones del Estado.

Y es de esta forma que con esta legislación, se trata de dejar atrás el secretismo tradicional del aparato del Estado, un paso fundamental para consagrar una verdadera cultura de democracia y transparencia, la cual es contraria a la corrupción tradicional.

⁶⁴ Fidel Arturo, López Eguizábal, “Acceso a la información pública en El Salvador, ¿derecho o libertad de información?” Revista Académica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social, San Salvador, 2013. 13.

⁶⁵ Ídem, 14.

Pero, casi dos años después que entrara en vigencia la LAIP, el entonces Presidente de la República, Carlos Mauricio Funes Cartagena, aún no nombraba a las personas que resolverían los conflictos en las peticiones de información pública, es decir los Comisionados señalados en la LAIP, lo que provocaba el retraso en el funcionamiento del organismo creado con dicha ley.

Mientras tanto, otra situación que generó polémica en su momento fue la emisión del Reglamento de la LAIP, con el cual se crearon restricciones en el acceso a la información pública que no están contempladas en la ley, y lo que motivó la presentación de un recurso de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁶⁶.

Posteriormente, el ocho de febrero de dos mil trece, cuarenta y seis diputados aprobaron reformas a la LAIP, que restringían ciertas facultades al IAIP, entre estas: resolver controversias en relación a la clasificación de información reservada, se limitaba facultades en relación a emitir únicamente recomendaciones, retirando las potestades para ordenar la entrega de la

⁶⁶ Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 13-2012, de fecha 05 de diciembre de 2012. En esta resolución, la Sala falló: 1. Declárase que no existe la supuesta inconstitucionalidad del art. 63 inc. 4° parte final del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, en relación con el art. 86 inc. 1° parte final Cn. –principio de indelegabilidad de las atribuciones gubernamentales–, porque su remisión al instructivo se limita a un aspecto de organización interna que carece de eficacia directa sobre los particulares. 15 2. Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 29 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, porque establece limitaciones al derecho de acceso a la información que no están comprendidas en una ley formal y de esta forma viola los arts. 86 inc. 1°, 131 ord. 5° y 168 ord. 14° Cn. 3. Declárase inconstitucional por conexión, de un modo general y obligatorio, el art. 2 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, en sus definiciones de “Seguridad Nacional” y “Seguridad Política”, porque ellas se limitan a concretar o facilitar la aplicación de restricciones al derecho de acceso a la información que no están comprendidas en una ley formal, lo que infringe los arts. 86 inc. 1°, 131 ord. 5° y 168 ord. 14° Cn. 4. Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 73 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, porque en lugar de facilitar la aplicación de la ley dificulta o entorpece la finalidad del procedimiento legal de elección de los comisionados, al atenuar o disminuir el control ciudadano pretendido por la ley, lo que contradice el art. 168 ord. 14° Cn. 5. Sobreséese la inconstitucionalidad del art. 73 RELAI con respecto a la supuesta infracción de los arts. 86 inc. 1° y 131 ord. 5° Cn., debido a que dicha disposición ya ha sido declarada inconstitucional. 6. Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 75 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, porque la regulación de los “mecanismos por medio de los cuales se dará cumplimiento a lo establecido en la ley” debe ser efectuada por el reglamento y la delegación de esta competencia a la emisión de instructivos viola el art. 86 inc. 1° parte final Cn.

información, catalogar como información reservada, toda aquella que procediera del Organismo de Inteligencia del Estado, del Centro de Intervención de las Telecomunicaciones y de las actividades realizadas con la Seguridad Presidencial.

Pero en este caso, el mismo Presidente, Mauricio Funes, vetó las reformas realizadas por los diputados a la LAIP, argumentando que El Salvador debe vivir en libertad de expresión. Y en el mes de febrero de dos mil trece juramentó a los funcionarios que, a partir de esa fecha, debían velar por un IAIP, que cumpla con las funciones encomendadas.

Siendo este solo el principio del camino que ha tenido que recorrer El Salvador, en el reconocimiento del derecho de acceso a la información, sufriendo a lo largo de los años una serie de altibajos, que se han visto reflejados en artículos periodísticos, investigaciones de diferente tipo, análisis jurisprudenciales, y diversas problemáticas en la aplicación de la ley, en los que se observan diferentes visiones acerca de este derecho fundamental y su utilidad para la lucha contra los actos de corrupción en el país.

CAPITULO 2

RÉGIMEN ESPECIAL DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Sumario: 2.1 Naturaleza del derecho de acceso a la información pública. 2.1.1 Información Pública. 2.1.2 Libertad de expresión, Libertad de información y Derecho a la comunicación. 2.1.3 Derecho a la información y Derecho de la información. 2.1.4 Facultades del derecho a la información. 2.2 Principios que orientan el derecho de acceso a la información. 2.2.1 Principio democrático. 2.2.2 Principio de publicidad. 2.2.3 Principio de Máximo Acceso. 2.2.4 Principio de transparencia. 2.2.5 Principio de participación. 2.2.6 Principio de derecho de acceso general. 2.2.7 Principio de Perjuicio y Recurrabilidad. 2.2.8 Principio de flexibilidad y efectividad del sistema. 2.3 Modernización en la administración pública. 2.4 Análisis sobre la Ley de Acceso a la Información Pública salvadoreña. 2.5 Diagrama de proceso de acceso a la información pública.

2.1 NATURALEZA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

2.1.1 Información Pública

Cuando se habla de información, encontramos que existen diversos términos que tienden a confundir, por lo que es importante determinar las características que llevan a establecer lo que debe entenderse como información pública y lo que implica el derecho de acceso a la misma.

Información para Idalberto Chiavenato, "es un conjunto de datos con un significado, o sea, que reduce la incertidumbre o que aumenta el conocimiento de algo. La información es un mensaje con significado en un determinado contexto, disponible para uso inmediato y que proporciona orientación a las acciones por el hecho de reducir el margen de incertidumbre con respecto a nuestras decisiones"⁶⁷.

⁶⁷ Idalberto Chiavenato, *“Introducción a la Teoría General de la Administración”*, (México: Editorial Mc Graw Hill Interamericana, Séptima Edición, 2006), 110.

También podemos entender información como “un conjunto de datos organizados que contiene un mensaje que aporta significado o sentido a algo en particular. La información es la base del conocimiento. La información es imprescindible en el proceso de comunicación y esencial para todo desarrollo económico y social”⁶⁸.

Por lo que, en términos generales, la información se deriva de una de las manifestaciones de la comunicación entre los seres humanos, consecuencia que el hombre como un ser social siempre tendrá la inquietud de manifestarse frente a otros, como una forma de interactuar en sociedad.

Es decir, que en términos más sencillos, la Información se refiere a los datos que contienen un significado particular, y actualmente gracias a los avances tecnológicos, estos datos pueden encontrarse contenidos o transmitidos por una gran cantidad de mecanismos visuales y auditivos. Además, es posible acceder a mucha más información en menos tiempo, logrando almacenar grandes cantidades de estos conjuntos organizados de datos, en espacios cada vez más pequeños.

Resultando tan amplio el concepto de información, se hace necesario distinguir entre información pública e información privada.

Información Pública, se le define como: “todo conjunto de datos, documentos, archivos, etc. derivado del ejercicio de una función pública o por financiamiento público, en poder y bajo control de los entes públicos o privados, y que se encuentra disponible a los particulares para su consulta”⁶⁹.

⁶⁸ Edmundo González Llaca, “*La Corrupción, Patología Colectiva*”, (México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2007), 87.

⁶⁹ ANCON. “El acceso a la información como derecho fundamental”. México: Instituto Chihuahuense para la transparencia y Acceso a la Información Pública, 2009. Consulta realizada el 31 de enero de 2021 en https://www.ichitaip.org/infoweb/archivos/ensayos/ai_derecho_fundamental

Y se distingue de la información privada, en que esta última es exclusiva e inviolable, tal como se establece constitucionalmente, siendo materia de otro derecho del individuo como es el de la privacidad, que compete sólo al que la produce o la posee.

La información privada no es objeto de este estudio, sin embargo, es importante establecer que debe entenderse que este tipo de información se encuentra directamente relacionada con los derechos de la intimidad y la autodeterminación, específicamente aquella información relacionada con “a) la esfera personal o íntima de los particulares, b) la creación intelectual de una persona o empresa, c) las bases de datos privadas con los datos personales de una persona, y d) las bases de datos contenidas en empresas de servicios públicos”⁷⁰.

Por lo tanto, la información pública deriva de la función pública, la cual es “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o sus entidades, cualquiera que sea su nivel”.⁷¹

Esta información, debe estar al acceso de todos, ya que esta es de interés para todos los integrantes de la sociedad, como depositantes del poder en un grupo de personas en quienes se ha manifestado la confianza, por medio de ejercicios democráticos que les permiten ejercer determinadas funciones por un lapso de tiempo determinado.

En la Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa para la Prevención de la Corrupción⁷², encontramos una explicación sobre lo que debe entenderse por

⁷⁰ Beatriz Boza, “Acceso a la información del Estado, Marco Legal y Buenas Prácticas”, (Lima, Perú: Konrad-Adenauer-Stiftung V., 2004), 2.

⁷¹ Fuenmayor, “El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública”, 28.

⁷² Este documento fue producto de una consultoría elaborada por el abogado Alfredo Chirinos Sánchez para el Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica del Sistema Interamericano de Información Jurídica de la OEA, el 24 de septiembre del 2000, En el marco del cumplimiento de normativa relativa a la prevención contra la corrupción. Y contiene una serie de normas guías para la elaboración de leyes de acceso a la información pública de distintos países en Latinoamérica,

Información Pública, detallando: “La información pública: La Administración Pública, tanto central como descentralizada, así como cualquier órgano, ente o institución que ejerza funciones públicas o ejecute presupuestos públicos, tiene la obligación de suministrar la información contenida en documentos, escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por ella, o que se encuentre en su posesión y bajo su control. Además, se considera como información cualquier tipo de documentación financiada con presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las minutas de reuniones oficiales”⁷³.

Por otro lado, los autores Jean Marie Auby y Robert Ducos-Ader, señalan que la información pública también debe reunir ciertas características, y estas son que deber ser efectiva y objetiva, es decir que debe cumplir con su cometido de ser obtenida por los ciudadanos, y también debe ser neutral en todo momento en su contenido, no contener juicios de valor, respecto a la misma⁷⁴.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia peruana ha señalado que la información pública deber reunir seis características: veraz, porque las entidades públicas no deben entregar ni difundir información falsa; oportuna, porque toda información difundida o entregada debe ser suministrada dentro de los plazos establecidos a efecto que permitan su oportuno conocimiento para los fines que correspondan; completa, porque debe referirse a todos los aspectos solicitados; clara y entendible para que pueda ser utilizada por el solicitante sin necesidad de contar con un intérprete; adecuada, porque debe existir coherencia entre lo solicitado y lo

tales como, normas sobre el derecho de información y de acceso a expedientes y actas de carácter administrativo; normas sobre el procedimiento para el ejercicio del derecho de información y de acceso a las informaciones; normas sobre los deberes de publicación, formas de prestación y acceso a los servicios públicos; normas sobre las sanciones penales y administrativas.

⁷³ Alfredo Chirinos Sánchez. “*Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa para la Prevención de la Corrupción*”. Sistema Interamericano de Información Jurídica Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica. Consultoría elaborada para la OEA, 24 de septiembre del 2000.

⁷⁴ Fuenmayor, “*El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*”, 15.

otorgado; y actualizada, porque las autoridades públicas no deben entregar ni difundir información que no se encuentre al día⁷⁵.

De esta forma, de forma concreta, podemos entender por Información Pública, todos aquellos datos contenidos en cualquier tipo de soporte, con características específicas, que son producidos por entidades en el ejercicio de la función pública, y representan interés para los administrados.

Lo anteriormente expuesto, quiere decir que el verdadero dueño de toda la información que produce el Estado es la sociedad en general, y no el Estado mismo. Y bajo esta premisa, el Estado no puede ni debe negar una información que no es suya a un ciudadano al que sí le pertenece, puesto que simplemente es depositario de la misma. Y que la Administración Pública, así como cualquier ente que ejerza funciones públicas, tiene la obligación de suministrar la información contenida en cualquier tipo de soporte, que haya sido creada por la misma, o se encuentre en su posesión.

2.1.2 Libertad de expresión, Libertad de información y Derecho a la comunicación

Existen ciertos aspectos que es necesario considerar, previo a establecer lo que debe entenderse por derecho de acceso a la información pública, estos son, la libertad de expresión, libertad de información y el derecho a la comunicación, ya que estos sirven de antecedente, tanto histórico como conceptual, para arribar al reconocimiento específico del derecho de acceso a la información pública.

Tal como se observó antes, es la *libertad de expresión*, desde su concepción más básica, la que poco a poco en el desarrollo de la misma, y a lo largo de los años, ha permitido el estudio del acceso a la información pública, por lo que puede

⁷⁵ Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia Caso Wilo Rodríguez contra el ex presidente Valentín Paniagua. Exp. 1797-2002-HD/TC, publicada el 22 de octubre de 2003. Consulta realizada el 30 de abril de 2021 en <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Jurisprudencia-relevante>

afirmarse que es de esta libertad que surge lo que es conocido actualmente como DAIP.⁷⁶

Ejemplo de esto lo encontramos en uno de los primeros antecedentes jurídicos del DAIP, como lo es el Art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que se señala que “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”. Ya que este reconocimiento de carácter universal es el que da la pauta para comenzar a hablar del derecho de acceso a la información.

La *libertad de información* por otro lado, es un concepto que viene a configurarse como un derivado de la concepción clásica de la libertad de expresión, como una de las libertades clásicas, que fueron reconocidas gracias a luchas constantes contra los distintos poderes y a la interpretación del Estado como ente capaz de controlar este tipo de libertades, convirtiéndose poco a poco en una necesidad social imprescindible para el ser humano, en el desarrollo dentro de una sociedad democrática. Por lo que, en un principio la libertad de información se analiza de forma individual, y luego, de manera colectiva y social, exigiendo garantías ciudadanas para su ejercicio.

Es por esta razón, que se señala que la libertad de información y el derecho de acceso a la información pública se encuentran íntimamente relacionados y que dicha libertad viene a constituir el resultado de todos los principios tradicionales de libertad de pensamiento, de expresión y de prensa, aplicados a los modernos medios de comunicación.

⁷⁶ Conclusión a la que puede llegarse de acuerdo a lo planteado por Alejandro Fuenmayor. “*El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*”. (San José, Costa Rica: UNESCO, 2004)

Al contenido que involucra la libertad de información le corresponden dos aspectos que se complementan entre sí: “el primero es la libertad de informar, es decir, de difundir el mensaje informativo, comprendiendo tanto la difusión del mensaje como su contenido. El otro aspecto consiste en estar informado, es decir, recibir sin ningún impedimento los mensajes informativos. En este sentido, la noción del derecho a la información constituye, en cierta medida, la prolongación de la libertad de información”⁷⁷.

Por otro lado, *el derecho a la comunicación* “le impone al Estado intervenir, según las reglas que garanticen su neutralidad, en el sentido de una mayor multiplicidad de medios, diversidad y pluralidad, y con la mayor accesibilidad a los diferentes públicos. Esta nueva concepción, en lugar de fortalecer cualquier censura o intervención gubernamental, persigue fortalecer los medios de comunicación con trayectoria seria y responsable, así como también a los periodistas y comunicadores sociales, que se convierten en los principales garantes de la libertad, fluidez y abundancia de las ideas y pensamientos”⁷⁸.

Y es por tal razón que el derecho a la comunicación se encuentra interrelacionado con el DAIP, pues el primero de estos, permite que la información, como datos veraces y objetivos, puedan ser difundidos de manera efectiva a los ciudadanos de un país. Lo que implica en los últimos años, a raíz del crecimiento de los medios tradicionales de comunicación y el surgimiento de nuevos mecanismos para la difusión de información, como consecuencia principal de nuevas tecnologías, como el internet, sea cada vez más difícil o tardío, la verificación de la veracidad de la información difundida, y la necesidad de establecer límites a dichas capacidades.

⁷⁷ Alfonso Hernández Godínez, “*El acceso a la información pública Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación*”. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, España, 2010, 56.

⁷⁸ Fuenmayor, “*El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*”, 16.

2.1.3 Derecho a la información y Derecho de la información

Una vez establecidos los anteriores conceptos, es importante también establecer las diferencias entre “derecho a la información” y “derecho de la información”. De esta forma, el Derecho de algo son las normas que regulan la materia en cuestión, pero un derecho a algo es la facultad de hacerlo u obtenerlo.

En primer lugar, distintos autores han señalado que el *derecho de la información* puede ser considerado como un conjunto de normas jurídicas, con un objeto específico, tutelar el derecho a obtener y difundir ideas, opiniones y hechos de trascendencia pública.

Es decir, que el derecho de la información al ser analizado como ciencia, en palabras de Manuel Fernández Areal, “es la ciencia jurídica universal y general que, acotando los fenómenos informativos, les ofrece una específica perspectiva jurídica capaz de ordenar la actividad informativa, las situaciones y relaciones jurídico informativas y sus diversos elementos, al servicio del derecho a la información”⁷⁹.

Por lo que, en este punto ya podemos observar que la información puede ser analizada como bien jurídico, es decir, como algo sujeto de protección para una convivencia pacífica en sociedad, específicamente como un bien jurídico inmaterial o intangible.

Entonces, la característica principal de la información como bien jurídico, es su carácter de medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos, “de modo que la información tiene, además de un valor propio, un valor instrumental, que sirve

⁷⁹ Manuel Fernández Areal, “Introducción al derecho de la información”. Tesis Doctoral. A.T.E., Barcelona, España, 1977, 11.

como presupuesto del ejercicio de otros derechos y del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos”⁸⁰.

Y es ante esta conceptualización de información, como surgen dos opiniones en cuanto al abordaje de la información como bien jurídico, situando el principal problema, en delimitar qué información se encuentra limitada o prohibida, “encontrando a la información como bien individual, situándolo en el marco de los derechos individuales, dirigidos a sustentar el espacio de autonomía personal de los individuos; y la información como bien colectivo, ya no como presupuesto de ejercicio de un derecho individual, sino en carácter de bien público o colectivo”⁸¹.

De esta forma, como conclusión, al ser analizado como ciencia, el derecho de la información se refiere, a las normas jurídicas que regulan toda la actividad informativa (desde la creación de los medios de información, las obligaciones de los sujetos activos y pasivos, la tutela del derecho y sus límites), la libertad de expresión y opinión, teniendo por objeto la protección del derecho a la información, como facultad de investigar, recibir y difundir la información pública.

Por otro lado, al estudiar *el derecho a la información*, encontramos que todos los derechos, tiene un objeto, y en este caso, son las informaciones y opiniones, pero aquellas de trascendencia pública, tanto para buscarla, como para recibirla o difundirla. Además, dicha información debe reunir las características especiales que se han señalado anteriormente, debe objetiva, neutral, y veraz, ya que, de lo contrario, estos datos no reúnen las características para ser protegidos por las normas jurídicas correspondientes.

⁸⁰ Víctor Abramovich y Christian Curtis. “Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público”. *Cuadernos de Análisis Jurídico N°10, Serie de Publicaciones Especiales*. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, (2000), 197.

⁸¹ O como lo refiere Alfonso Hernández Godínez, en su Tesis Doctoral : “El acceso a la información pública Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación”, afirmando que el derecho de la información comprende una doble faceta: “a) el individual, que abarca a todos los sujetos activos y pasivos de la información, lo que le imprime el rasgo de general y universal, y b) el carácter social o colectivo con el fin de contribuir a la libre formación de una opinión pública plural”

Alfonso Hernández Godínez, propone como concepto de derecho a la Información, el siguiente: “es el objeto del derecho de la información, por lo tanto, contiene informaciones y opiniones, mismas que comprenden el conjunto de hechos, noticias, opiniones, ideas y mensajes que deben estar a disposición de la población para garantizar una opinión libre y plural, así como de procurar el sentido de participación en los asuntos públicos. Para la realización de este derecho es indispensable el ejercicio de las facultades de investigar, recibir y divulgar información”⁸².

Por lo que puede señalarse que las opiniones también pueden ser objeto del derecho a la información, pero cuando se trate de aquellas críticas o ideas que son expresadas a través de medios de comunicación o de interacción social.

En conclusión, el derecho a la información, constituye el objeto del derecho de la información, aquellas informaciones y opiniones que deben estar a disposición de la población, para garantizar la democracia y participación en la misma, por parte de los ciudadanos.

Y para algunos autores, entre estos la Doctora Marcela Bateria, en su disertación “El derecho de acceso a la Información Pública, Análisis del Proyecto de Ley Federal”⁸³ afirma que el derecho de acceso a la información pública es una de las especies en particular que surgen del derecho a la información, existiendo entre ambos, una relación de género (derecho a la información), a especie (derecho de acceso a la información pública).

En la Unión Europea se ha definido el derecho de acceso a la información pública como “el derecho que tienen todos los individuos para acceder a las fuentes de información pública de las instituciones, órganos y organismos de la Unión,

⁸² Hernández Godínez, *“El acceso a la información pública Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación”*, 55.

⁸³ Marcela Bateria, “El derecho de acceso a la Información Pública, Análisis del Proyecto de Ley Federal”, Argentina: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2010. Consulta realizada el 22 de octubre de 2020 en <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/01-Bateria>

cualquiera que sea su soporte, con el fin de investigar, recibir y difundir información sobre los actos que generan en virtud de sus facultades derivadas de los tratados y del derecho comunitario”; y se encuentra protegido en los Arts. 41 y 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”⁸⁴.

Mientras que la OEA, a través de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, establece en la Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa, el siguiente concepto: “Artículo 1. Derecho de Información y de Acceso a los Expedientes y Actas de carácter administrativo. Toda persona tiene derecho a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la administración central, descentralizada de entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, empresas e instituciones autónomas, órganos desconcentrados de la administración, y en todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación en el capital o en la formación de decisiones societarias; así como del Poder Legislativo y Judicial, salvo disposición en contrario, en cuanto a su actividad administrativa. Este derecho de información también comprende el derecho a acceder a las informaciones contenidas en actas y expedientes de la Administración Pública, así como a estar informada periódicamente, cuando lo requiera, de las actividades que desarrollan entidades y personas que cumplen funciones públicas, siempre y cuando este acceso no lesione un interés público preponderante o el derecho a la privacidad e intimidad de un tercero. Este derecho también incorpora la posibilidad de formular consultas sobre las competencias y atribuciones de las entidades y funcionarios públicos que en ella laboran y a obtener copia de los documentos que recopilen información sobre sus actividades en la ejecución de las competencias a su cargo”⁸⁵.

⁸⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de fecha 18 de diciembre de 2000.

⁸⁵ Organización de Estados Americanos. “*Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa*”, Herramientas de Cooperación Jurídica. Serie: Legislaciones Modelo. Secretaria de Asuntos Jurídicos. Departamento de Cooperación Jurídica. 2000.

2.1.4 Facultades del derecho a la información

Debe considerarse, que el derecho a la información presenta una doble vía, la primera, protegiendo al emisor de la información, la persona que comunica los hechos, pensamientos u opiniones; y la segunda, protegiendo al receptor de la información, la persona que recibe esos mismos datos. Sin embargo, y tal como se abordó anteriormente, se requiere que esta información, para su protección reúna un mínimo de características especiales, tales como la objetividad, neutralidad y veracidad.

También ha sido señalado, que el derecho de acceso a la información pública, implica tres facultades, interrelacionadas entre sí ⁸⁶:

Investigar, que supone la facultad concedida a todas las personas para acceder a todas las fuentes de información y opinión, bajo los límites establecidos legalmente.

Al *recibir* información y opiniones, el ciudadano tiene derecho a seleccionar, positiva o negativamente, aquella información, opinión, o aquel grupo de informaciones u opiniones que le satisfagan. Es decir, que cualquier persona debe tener la posibilidad de elegir si recibir o no la información y entre toda las posibles informaciones y opiniones existentes.

⁸⁶ Estas 3 facultades han sido reconocidas por los organismos internacionales, al momento de señalar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental. Por ejemplo, el Art. 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, establece que "este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de frontera, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento". Mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el Art. 13 que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en la que se continua con la línea de pensamiento que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Y la facultad de *difundir* información y opiniones, que se refiere precisamente a la realización de la libertad de información, a expresar mediante los canales de difusión masivos, ideas, pensamientos y opiniones.

2.2. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

A continuación, se abordan los principios rectores que establecen las pautas y lineamientos sobre el DAIP, permitiendo el efectivo ejercicio del mismo.

2.2.1 Principio democrático

El principio democrático es clave en la legitimidad y organización de los gobiernos, y es un elemento esencial en el sistema normativo de un país. Además, tal como fue expuesto antes, esta aspiración democrática alrededor del mundo, constituye uno de los factores que dieron origen al derecho a la información⁸⁷.

Precisamente, uno de los objetivos del derecho de acceso a la información es permitir el acceso a los ciudadanos, con el fin de reforzar el carácter democrático de las instituciones, así como la confianza del público en la Administración Pública. Por lo tanto, la confianza de los ciudadanos en sus instituciones y su percepción de la democracia sólo son posibles si se brinda la información completa y veraz a los ciudadanos.

Tal como aparece reconocido en la LAIP, específicamente en su Considerando IV, se hace clara referencia a la transparencia y acceso a la información pública como condición básica para mejorar la calidad de la democracia en el país.

⁸⁷ Es tanta la importancia del principio democrático en el desarrollo del derecho de acceso a la información pública, que en prácticamente la totalidad de legislaciones y tratados internacionales sobre la materia, se hace referencia a la aspiración democrática de las naciones, y la necesidad de un verdadero ejercicio de este derecho, para la consolidación de una verdadera sociedad democrática.

“El principio democrático implica la publicidad y transparencia en la información, como germen necesario para que los ciudadanos puedan acceder a los documentos y evitar la política del secreto”⁸⁸.

Por estas razones, es que el derecho de acceso a la información se vincula continuamente con la aspiración máxima a una democracia plena, y sus exigencias de participación y control de los ciudadanos en los asuntos públicos, convirtiéndose en algo indispensable, el libre acceso de los ciudadanos a la información pertinente.

2.2.2 Principio de publicidad

De acuerdo a este principio, todos los actos efectuados por cualquier entidad pública, deben darse a conocer a los ciudadanos, y poner a disposición de estos últimos, por todos los medios que sea posible, dicha información.

Lo cual implica que para dar a conocer la información, pueden utilizarse los medios tradicionales de comunicación, y también utilizar todos los mecanismos modernos, como el uso de plataformas digitales, internet, etc.

A pesar de encontrarnos bajo el contexto de la obligatoriedad de entes públicos en general, este principio tiene su propia connotación en el campo procesal en general, y consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial⁸⁹; encontrándolo relacionado en nuestra legislación, en los Art. 9 y 20 del C. Pr. C. M., donde se puede observar que en este caso también existen restricciones y límites, relacionados con otros derechos fundamentales.

⁸⁸ Hernández Godínez, *“El acceso a la información pública Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación”*, 60.

⁸⁹ En este caso, el principio de publicidad procesal se puede considerar desde dos puntos de vista. Publicidad Interna, que se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso. Publicidad Externa, que es la posibilidad de que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y tengan la posibilidad de presenciar actos o diligencias.

Sin embargo, en el campo del derecho de acceso a la información pública, esta obligación de publicitar lo que se hace va mucho más allá de una espera pasiva por solicitudes de información, pues implica también que el Estado dé a conocer y difunda activamente la información que está en su poder, sin necesidad de que exista una solicitud de acceso, lo que deviene precisamente de la función pública del Estado, y que como ya se ha mencionado antes, es simple depositario de esta información.

Este principio también aparece señalado en la LAIP, cuando se hace referencia en el Art. 4 al Principio de Máxima Publicidad y además, la prevalencia de un criterio de máxima publicidad en la aplicación de dicha Ley, de acuerdo a lo establecido en el Art. 5 de la misma normativa.

Reconociendo también en resoluciones brindadas por el IAIP, que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben respetar y garantizar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso irrestricto de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley⁹⁰.

Además, al remarcar la publicidad en el acceso a la información pública, se relaciona con el Principio Democrático ya que “la publicidad de las actividades conlleva la posibilidad para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho de acceso a la información pública y ser parte de la opinión pública interesada en los asuntos de Gobierno”⁹¹. Es decir, que al tener conocimiento de las decisiones y actividades del Gobierno, los ciudadanos pueden ejercer algún tipo de control democrático sobre las mismas.

⁹⁰ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resolución Ref. 181-A-2015, de fecha 01 de septiembre de 2015.

⁹¹ Hernández Godínez, *“El acceso a la información pública Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación”*, 63

2.2.3 Principio de Máximo Acceso

En El Salvador, el Derecho de Petición⁹², se encuentra claramente establecido en el Art. 18 Cn., norma jurídica en la que también se señala la forma de ejercer este derecho constitucional, indicando que toda petición debe formularse por escrito y de manera decorosa, o sea, respetuosamente.

Además, que el ejercicio del mismo, implica la obligación de todos los funcionarios públicos, de responder todas las solicitudes que se les presenten, pues el Estado se encuentra al servicio de sus ciudadanos⁹³.

Manifestando también la Sala de lo Constitucional, que el mismo Estado a través de leyes ordinarias, puede efectuar regulaciones específicas y señalar otros requisitos para el ejercicio de este derecho, debidamente fundamentados en consideraciones de seguridad o interés nacional, orden público u otro de igual importancia y jerarquía⁹⁴.

Entonces, el derecho de petición, que se encuentra consagrado en el Art.18 de nuestra Constitución, puede ser ejercido por cualquier habitante de la República,

⁹² Este derecho ha sido abordado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en resolución de Amparo, Ref. 41-M-96, de fecha cuatro de junio de mil novecientos noventa y siete; en el que se establece que el derecho de petición, debe analizarse tanto desde su perspectiva subjetiva como objetiva, así como sus requisitos de ejercicio. Se establece que nuestra Constitución no hace referencia alguna en cuanto a la titularidad de tal derecho, por lo que cabe concluir que toda persona, sea nacional o extranjera, natural o jurídica, es capaz jurídicamente para ejercer este derecho; por lo que toda persona puede ser sujeto activo de dicho derecho. Ahora bien, el derecho de petición puede ejercerse ante -sujeto pasivo del derecho de petición- cualquier entidad estatal, pues el texto constitucional establece que el destinatario de la misma puede serlo cualquiera de las autoridades legalmente establecidas.

⁹³ La respuesta a la que se hace referencia, 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, sin importar si la respuesta es favorable al peticionario o no, ya que esto es lo que constituye el objeto de la obligación de la actividad estatal.

⁹⁴ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, ha indicado que aunque el Art.18 Cn. no lo indique, la contestación de una solicitud debe ser congruente con ésta; puesto que resulta igualmente violatorio del derecho constitucional de petición cuando la respuesta producida por la autoridad es incongruente respecto a lo requerido. Además, la entidad estatal a la que se dirigió la petición debe pronunciarse en un plazo razonable, en todo caso, la respuesta debe ser pronta.

sea nacional o extranjero, persona natural o jurídica; ante cualquiera de las autoridades legalmente instituidas, las que tienen la obligación de resolver, dentro de un plazo razonable y de manera congruente, lo solicitado conforme las atribuciones jurídicamente conferidas.

Esto quiere decir, que incorporando este derecho constitucional, y la obligación de dar cumplimiento a la resolución de la Sala de lo Constitucional al respecto, todas las instituciones que tengan en su poder información pública, deben garantizar el mayor acceso posible a esta, luego que se presente una solicitud, con base en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental.

Por lo tanto, los procedimientos de acceso a la información pública deben ser sencillos, de tal forma que todas las personas que deseen hacer efectivo su derecho no deban enfrentar una serie de trámites que ocasionen que abandonen su derecho a conocer la información. Y ya que la información pública debe ser accesible a todos los ciudadanos sin discriminación, basta con tratarse de una información de interés público de la colectividad, para que el Estado la proporcione de forma gratuita.

Y de ahí, que en Colombia, por ejemplo, se ha determinado que constituya un deber constitucional de las autoridades públicas entregarle, a quien lo solicite, informaciones claras, completas, oportunas, ciertas y actualizadas sobre cualquier actividad del Estado”⁹⁵.

Señalando también, que el principio de máxima divulgación se deben derivar al menos dos consecuencias, que las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada.

⁹⁵ Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-491/07, de fecha 27 de junio de 2007. Fundamento jurídico 11. Consulta realizada el 22 de Octubre de 2020 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-491-07.htm>

2.2.4 Principio de transparencia

La transparencia, implica la claridad en la forma de gestionar o administrar públicamente, a la vista de todos; es uno de los principales detonantes del DAIP, e implica la existencia de la suficiente publicidad en la actuación y accesibilidad de la información, tratando de evitar el alejamiento entre la Administración Pública y los ciudadanos, tanto en términos de facilidad de acceso, por distintos mecanismos, como a la comprensión sencilla de la información proporcionada.

“El concepto de transparencia, desde la visión de la Unión Europea, es un concepto que remite a la apertura de las instituciones comunitarias y a la claridad de su funcionamiento. Guarda relación con las reclamaciones de los ciudadanos relativas a un mayor acceso a la información y a los documentos de la Unión y una mayor participación en la toma de decisiones que propiciaría un sentimiento de proximidad con la Unión”⁹⁶.

Este principio también implica, como ha sido señalado en la jurisprudencia de Perú, que la cultura de la transparencia debe estar “inherente a nuestro Estado democrático y social de derecho, proyectando la obligación de la Administración de entregar la información solicitada, sin que se tenga que argumentar inclusive para qué se solicita tal información”⁹⁷.

Además, este principio tiene íntima relación con el de publicidad, ya que es a partir de este último que se entiende que toda información en poder del Estado o de las personas jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan función administrativa, es en principio pública, por lo que no puede existir sobre la misma algún tipo de ocultamiento.

⁹⁶ Hernández Godínez, *“El acceso a la información pública Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación”*, 64.

⁹⁷ Tribunal Constitucional de Perú. Exp. N.º 04912-2008-PHD/TC, de fecha 18 de agosto de 2009. Consulta realizada el 22 de octubre de 2020 en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04912-2008-HD.html>

2.2.5 Principio de participación

Con este principio se hace referencia al derecho que tienen todas las personas de formar parte de la vida política de un país, y ser incluidos en la discusión de todos los asuntos públicos en los que desee participar⁹⁸; lo cual sólo puede ser llevado a cabo si se encuentra debidamente informado. Siendo este principio, consecuencia de los antes señalados, principios democrático y transparencia.

La participación antes referida, solo es posible con un amplio acceso a documentos oficiales, como medida transparente de parte de la Administración Pública que ofrece a los ciudadanos información sobre asuntos de interés público, esperando se conviertan en garantes de mayor eficiencia y eficacia en las políticas públicas.

Constituyéndose también, en nuestra legislación como uno de sus fines de la LAIP, la promoción de la participación ciudadana en el control de la gestión gubernamental y la fiscalización ciudadana al ejercicio de la función pública, en el Art. 3 de dicha ley.

2.2.6 Principio de derecho de acceso general

Cualquier persona física o jurídica puede solicitar el acceso a cualquier documento que no esté condicionado por alguna excepción, sin necesidad de justificar su solicitud, pero con arreglo a los límites establecidos en la ley.

Este principio se ve reflejado en nuestra legislación en el Art. 2 de la LAIP, en el que se establece de forma general el derecho a solicitar y recibir información sin sustentar interés o motivación alguna, por lo que solo deben tomarse en cuenta

⁹⁸ Lo cual tiene su fundamento constitucional en los Arts. 72, 85 y 86 Cn. que reconocen el derecho de todos los ciudadanos de participar en la vida política del país, en virtud que nuestro gobierno es republicano, democrático y representativo, y el poder público emana del pueblo.

para no ser brindada, únicamente las excepciones reguladas como información reservada e información confidencial⁹⁹.

Además, es importante destacar que el acceso a la información pública debe considerarse siempre bajo una definición amplia del concepto de documento, planteando que la información puede ser conservada bajo cualquier forma, es decir, papel, soporte electrónico o registro sonoro, visual o audiovisual.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, realizó un análisis que indicó que la expresión documento público o información pública, no debe contraerse exclusivamente a la que ha sido producida o generada por el Estado sino a todo documento que el Estado administre o archive, con excepción de aquéllos reservados por disposición expresa de la ley. En criterio del tribunal, a la luz del derecho de acceso a la información, para determinar los documentos que deben ser dados a la publicidad, no cuenta tanto el carácter del sujeto o entidad que lo produce o la forma misma de su producción sino el hecho objetivo de que no contenga datos que por expresa disposición de la ley deban ser mantenidos en reserva.¹⁰⁰

2.2.7 Principio de Perjuicio y Recurrabilidad

Para los efectos del presente estudio, este principio resulta de gran relevancia, ya que implica que ante una solicitud de acceso a información pública, esta no puede ser negada al peticionario arbitrariamente, por constituir el verdadero propietario de la misma; y la negativa a proporcionar cierta información solo puede ser realizada, ante la ponderación sobre el análisis del perjuicio o daño que pudiera causar la divulgación del documento.

⁹⁹ Excepciones que se encuentran taxativamente señaladas en los Arts. 19 y 24 de la LAIP, estableciendo en estas normas, cada uno de los límites del derecho de acceso a la información pública en El Salvador.

¹⁰⁰ Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-473/92, de fecha 14 de julio de 1992. Consideración A. Consulta realizada el 22 de octubre de 2020 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Es decir, que las instituciones públicas únicamente negarán el acceso a la información que implique un perjuicio a la protección del interés público, la intimidad y la integridad de las personas, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior. Razón por la que el ámbito de excepción de acceso a la información pública, debe ser limitado y bajo los parámetros legales previamente establecidos.

Como ejemplo de esto, en el caso de la Unión Europea, el Artículo 4 del Reglamento 1049/2001¹⁰¹, señala que las instituciones denegarán el acceso a un documento, bajo los siguientes parámetros: cuando suponga un perjuicio para la protección del interés público y la intimidad y la integridad de la persona; cuando suponga un perjuicio para la protección de intereses comerciales de una persona física o jurídica, los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico, el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior; el acceso a un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión,

Mientras que en el caso de El Salvador, los Arts. 19 y 24 de la LAIP regulan lo relativo al tipo de información que de manera excepcional podrá ser negada a la persona que lo solicite, siempre que se verifique el cumplimiento de las excepciones previstas en la ley.

Entonces, bajo el entendido que todas las decisiones en las que se niega el acceso a alguna información, deben encontrarse debidamente fundamentadas, con la exposición precisa de los motivos de dicha negativa, esta podrá ser objeto de un recurso correspondiente ante la institución que corresponda¹⁰².

¹⁰¹ Reglamento (CE) No 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los Documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de fecha 30 de mayo de 2001.

¹⁰² Encontrándolo regulado en nuestra legislación en el Art. 65 de la LAIP, al señalar que “la falta de respuesta a una solicitud de información en el plazo establecido habilitará al solicitante para

Se requiere además para que estos recursos resulten efectivos, con la existencia de un sistema que garantice la revisión independiente de las decisiones negativas, por lo que no basta únicamente establecerse la posibilidad de recurrir ante la negativa de atender a las peticiones de brindar información pública, sino que debe garantizarse que el mecanismo previsto permita una revisión de la resolución brindada, que atienda a todos los derechos y garantías que asisten a los ciudadanos.

El Artículo 25 de la CADH señala que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención Americana, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Y en ese sentido, en República Dominicana consideró que el mencionado Art. 25 de la CADH debía entenderse aplicable al derecho de acceso a la información, “como un recurso autónomo, que no requiere que se agoten los recursos administrativos ni ningún otro para la admisibilidad de dicho recurso, basta y es suficiente con que se haya conculcado un derecho fundamental o la posibilidad de que puede haber una lesión inminente a un derecho de la persona”¹⁰³. Mientras que en nuestro país, es requerido agotar la vía administrativa prevista en la LAIP, para hacer uso de instancias jurisdiccionales.

2.2.8 Principio de flexibilidad y efectividad del sistema

Con este principio, se hace referencia al procedimiento para lograr la efectividad en el derecho de acceso a la información; siendo necesario que este sea claro por

acudir ante el instituto”; mientras que a partir del Art. 82 de la misma Ley, se señala todo el procedimiento correspondiente.

¹⁰³ Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo de República Dominicana. Sentencia No. 024-2007. Exp. No.030-07-00078. Pág. 22. Consulta realizada el 22 de octubre de 2020 en http://www.suprema.gov.do/novedades/sentencias/2007/luis_lora

parte de las entidades públicas que tramiten las solicitudes de acceso a información.

Deben establecerse plazos breves de respuesta ante estas solicitudes, en términos de igualdad y con mínima formalidad; sin la necesidad que los solicitantes manifiesten los motivos de sus solicitudes.

Es decir, que realizar solicitudes de acceso a la información pública debe ser sencillo, rápido y gratuito, ya que cualquier persona debería tener la posibilidad de presentar una solicitud, sin mayores formalidades, debiendo ser entregada en los plazos previstos por las leyes respectivas, respetando los mismos, y sin un costo por hacer dichas solicitudes¹⁰⁴.

En el caso de la Unión Europea, se establecen dichos requisitos de la siguiente forma: “*Sencillo*. Los solicitantes deben tener el derecho de realizar las solicitudes de forma escrita u oral, en los idiomas oficiales de su autonomía, y el único requisito debe ser proporcionar un nombre, una dirección postal o de correo electrónico, y la descripción de la información buscada, sin que se les exija justificar el motivo de su solicitud. Los solicitantes deben tener el derecho de realizar las solicitudes de forma escrita u oral y el único requisito debe ser proporcionar un nombre, una dirección postal o de correo electrónico, y la descripción de la información buscada, sin que se les exija justificar el motivo de su solicitud. *Rápido*. La información debe ser entregada inmediatamente o dentro un plazo de 15 días hábiles. Sólo en casos excepcionales, cuando la solicitud sea complicada y siempre con notificación al solicitante, la entidad pública podrá ampliar este plazo otros 15 días hábiles. El plazo sólo podrá ampliarse una vez. *Gratuito*. El acceso a la información debe ser gratuito. Los solicitantes tendrán el

¹⁰⁴ Como señala Ernesto Villanueva en su obra “Derecho de la Información, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia”, (Cuarta edición, Editorial Quipus CIESPAL, Quito Ecuador, 2008), lo importante en este punto es que el precio sea accesible al mayor número posible de personas y tenga como único propósito el mantenimiento del servicio de búsqueda, reproducción y envío de materiales, sin perseguir, en ningún caso, fines de lucro, ahorro o alguna ganancia para la entidad incluida en el ámbito de aplicación de la ley.

derecho de consultar documentos que contengan la información buscada y/o a recibir información por correo electrónico de forma gratuita. Sólo se podrá cobrar una tasa al solicitante si se solicita copias de documentos”¹⁰⁵.

Mientras que en el caso de México se ha considerado que se advierte como uno de los principios básicos que rigen en el proceso para acceder a la información pública, que este debe ser simple, rápido y gratuito o de bajo costo; esto derivado de la declaración conjunta adoptada el seis de diciembre de dos mil cuatro por el relator especial de las Naciones Unidas para la libertad de opinión y expresión, y el relator especial de la Organización de los Estados Americanos para la libertad de expresión”¹⁰⁶.

Según la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “el principio del informalismo en favor del administrado en los procedimientos administrativos tiene una profunda raigambre constitucional, puesto que encuentra asidero en el *indubio pro actione* y en el derecho de acceder a los mecanismos de auto-control de las propias Administraciones públicas. La coordinación interadministrativa impone [...], ante el desconocimiento del administrado de lo complejo de la estructura de la organización administrativa, que cualquier solicitud o petición planteada ante una instancia de un mismo ente u órgano público sea trasladada inmediatamente por éste al órgano competente para conocerla y resolverla, para atender así, adecuadamente, los principios constitucionales de eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad en el cumplimiento de las funciones administrativas”¹⁰⁷

Por otra parte, en El Salvador la LAIP señala en el Art. 61, la gratuidad que debe prevalecer al momento de acceder a la información pública, y la Ley de

¹⁰⁵ Hernández Godínez, “El acceso a la información pública Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación”, 82.

¹⁰⁶ Décimo Quinto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito de México. Amparo en Revisión 85/2009. Consulta realizada el 22 de octubre de 2020 en <http://www.scjn.gob.mx/ActividadJur/Jurisprudencia/Paginas/IndexJurisprudencia.aspx>.

¹⁰⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Exp. 04-010480-0007-CO. Res. 2005-00774. Considerando IV. 28 de enero de 2005. Consulta realizada el 22 de octubre de 2020 en http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=XYZ&nValor1=1&nValor2=365503&strTipM=T&strDirSel=directo.

Procedimientos Administrativos (LPA)¹⁰⁸ en su Art. 3, señala como uno de los principios a los que está sujetos toda actuación de la administración pública: “Antiformalismo. Ningún requisito formal que no sea esencial debe constituir un obstáculo que impida injustificadamente el inicio del procedimiento, su tramitación y su conclusión normal”, por lo que debe entenderse que no pueden exigirse requisitos de formalidad excesivos al momento de ejercer el derecho de acceso a la información pública¹⁰⁹.

Es así, como puede observarse que todos los principios antes señalados se encuentran interrelacionados entre sí, lo que implica que para la plena consecución del derecho de acceso a la información pública, debe atenderse a todos ellos, en su conjunto, y no solo de forma teórica, sino mediante medidas efectivas que permitan garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

2.3 MODERNIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Uno de los puntos que debe tomarse en cuenta, en el desarrollo de la protección y regulación del derecho de acceso a la información pública, es la modernización en el ámbito de regulación de la Administración Pública.

Por ejemplo, ante los procedimientos administrativos señalados para la obtención de información pública por parte del Estado, la demanda de información rebasa la capacidad del respuesta por parte de este último; razón por la cual se vuelve indispensable, que paralelamente a los procedimientos administrativos tradicionales de obtención de la información pública, sean establecidos

¹⁰⁸ Ley de Procedimientos Administrativos. Decreto Legislativo N. 856. Diario Oficial N. 30. Tomo N. 418. Fecha: 13 de febrero de 2018. Normativa que fue creada en virtud de la inexistencia en El Salvador de una ley que de forma general y uniforme regulara toda la actividad de la Administración Pública.

¹⁰⁹ El primero de los fines señalados para la LAIP, enmarcado en el Art. 3 de dicha ley es el de facilitar a toda persona el derecho de acceso a la información pública mediante procedimientos sencillos y expeditos.

mecanismos electrónicos que permitan a los ciudadanos tener acceso a esta información, ante las solicitudes o requerimientos de los ciudadanos.

Lo anterior implica, planes de modernización continua por parte de los Estados, atendiendo al uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), como mecanismos idóneos para mejorar la eficacia en los servicios brindados y sobre todo incrementar la transparencia de las mismas instituciones, proporcionando información al público, por medio de canales no tradicionales, como portales electrónicos, etc., sin que la población haya realizado una petición particular de dicha información.

De esta forma, puede advertirse que la modernización del Estado implica entre otros aspectos, el denominado Gobierno Electrónico, que incluye todas aquellas actividades basadas en las TIC, que el Estado desarrolla para aumentar la eficiencia de la gestión pública y mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos, lo cual implica volver más amplios los mecanismos para acceder a la información pública¹¹⁰.

Y es que precisamente parte de la justificación y finalidad de la LPA es el uso de las TIC para simplificar actuaciones y optimizar recursos, por lo que la modernización de la Administración Pública en su aspecto orgánico y funcional debe constituir una prioridad del Estado a fin de cumplir los planes nacionales, entre ellos, la eficacia y eficiencia de la Administración Pública.

Una parte de la implementación de la modernización del Estado se ve reflejado en los mecanismos interinstitucionales que permitan el correcto desarrollo de las

¹¹⁰ En la última década el Estado de El Salvador ha buscado esta modernización, a través de diferentes leyes, como por ejemplo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (D.L. 760. D.O. 219. Tomo 417 del 9-11-2017. Vigencia 31-01-2018), Decreto de Creación de los Juzgados y Cámara de lo Contencioso Administrativo (D.L. 761. D.O. 219 TOMO 417 del 09-11-2017. Vigencia 31-01-2018), Disposiciones Transitorias del Procedimiento Administrativo y del Régimen de la Administración Pública (D.L. 762. D.O. 219. Tomo 417 del 09-11-2017. Vigencia 31-01-2018), y la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto Legislativo N. 856. Diario Oficial N. 30. Tomo 418 del 13-02-2018. Vacatio Legis 1 año. Vigencia 13-02-2019).

actividades estatales, entre estos el del acceso a la información pública. Lo cual corresponde, a los denominados mecanismos de “accountability social”.

El concepto de accountability hace referencia a la “capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuenta por sus conductas, es decir, que estén obligados a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser castigados por ellas”¹¹¹. Clasificando estos mecanismos de accountability como horizontales y verticales. La *accountability* horizontal se refiere a la operación de un sistema intraestatal de controles, mientras que los mecanismos verticales implican la existencia de controles externos sobre el Estado.

El mecanismo vertical implica entonces, la existencia de un agente de control social externo, principalmente el electorado; sin embargo, también incorpora otros elementos provenientes de la sociedad civil, como las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos, acciones mediáticas, entre otras.

De esta forma, el DAIP del Estado constituye un mecanismo de accountability social, que puede ser implementado con mejores resultados, si existe una modernización del Estado, que permita a los ciudadanos encontrar la información y hacer un uso efectivo de control sobre la misma.

2.4 ANÁLISIS SOBRE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA SALVADOREÑA

Como ya fue referido antes, la LAIP en El Salvador, surge por una serie de presiones, tanto de carácter internacional, como internas, cuando se trajo a cuenta que el acceso a la información pública resulta necesario para garantizar un

¹¹¹ Fuenmayor, “*El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*”, 22.

efectivo respeto a la democracia y perseguir la transparencia en el actuar de la Administración Pública.

De esta forma, en los mismos considerandos de la LAIP, se señalan los fenómenos o aspectos coyunturales y dogmáticos, que volvieron importante la creación de esta nueva ley. Estableciendo también en sus primeros artículos, los principios, definiciones y aclaraciones necesarias, para el desarrollo efectivo de este derecho fundamental. Destacando en esta primera parte, lo que debe entenderse por información oficiosa, información reservada, e información confidencial¹¹², entre otros conceptos que resultan en su mayoría concordantes con lo que la Doctrina y los Tratados Internacionales que hacen referencia a la materia señalan.

Por otro lado, en el Título VI de la misma LAIP, se establece la estructura institucional de todo el régimen de acceso a la información pública, tanto de las Unidades de Acceso a la Información Pública, los Oficiales de Información, como del Instituto de Acceso a la Información Pública; siendo en esta parte donde se señalan de forma específica, las funciones de este Instituto, sus funciones y el papel de cada uno de los cinco Comisionados que lo integran.

En este apartado, es importante distinguir entre los dos sujetos institucionales involucrados en la responsabilidad de volver efectivo el derecho de acceso a la información pública, a saber, los sujetos que como parte del desarrollo de cualquier actividad estatal se encuentran obligados a brindar la información, y el organismo responsable de administrar y aplicar las leyes correspondientes de acceso a la información pública.

¹¹² Se establece una definición de cada una de este tipo de información, de la siguiente forma: a) Información oficiosa: es aquella información pública que los entes obligados deberán difundir al público en virtud de esta ley sin necesidad de solicitud directa. b) Información reservada: es aquella información pública cuyo acceso se restringe de manera expresa de conformidad con esta ley, en razón de un interés general durante un período determinado y por causas justificadas. c) Información confidencial: es aquella información privada en poder del Estado cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido.

El primero de estos, se refiere a los sujetos de derecho que están en la obligación de suministrar información pública a los ciudadanos, en concordancia con el principio de publicidad, antes mencionado, ya que toda la información que emana de la Administración Pública es de carácter público.

Encontrando en nuestra legislación, las Unidades de Acceso a la Información Pública y los Oficiales de Información, resaltando el mismo IAIP la obligatoriedad de los entes obligados, señalados por la LAIP, de crear las respectivas Unidades, con el fin de no desproteger el derecho fundamental de los ciudadanos de acceder a la información pública, y también, de nombrar en ellas, personas idóneas que se desempeñen como Oficiales de Información, con un rol activo frente a las solicitudes de información¹¹³.

Y en cuanto al segundo de estos, es necesario señalar que para que el DAIP por parte de los ciudadanos sea un derecho real y efectivo, es necesaria la existencia de un ente que garantice su ejercicio, ya que como respuesta de las peticiones realizadas por los ciudadanos, existe la posible negativa para brindar la información requerida, siendo necesario en estos casos, en concordancia con el principio de perjuicio y recurrabilidad, contar con un ente que actúe como árbitro ante los conflictos que se generen entre el particular y el funcionario que no proporcione la información.

Es decir, se requiere el establecimiento de un ente que garantice el ejercicio pacífico del DAIP, ya que una de las consecuencias que derivan del cotidiano desenvolvimiento administrativo es, la posible negativa de los funcionarios a suministrar información.

Y en este sentido, se pueden apreciar dos tipos de instancias: una primera instancia administrativa que debe estar representada por un órgano que vele por

¹¹³ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 332 y 339-A-2016 de fecha 05 de mayo de 2017; Ref. 124-A-2017 de fecha 16 de octubre de 2017; Ref. 193-A-2017 de fecha 11 de diciembre de 2017.

el cumplimiento el libre acceso a la información pública y que actúe como árbitro ante los conflictos que se susciten entre el particular y el funcionario público, y una segunda instancia jurisdiccional, que a través de los recursos judiciales pueda conocer y decidir sobre los conflictos relacionados al ejercicio de este derecho, por tratarse de la sustanciación de conflictos entre derechos de rango constitucional. Procedimiento que se gráfica al final de este capítulo.

En la mayoría de países del mundo que cuentan con leyes de acceso a la información pública, se establece la creación de un organismo independiente, con la finalidad que revise lo pertinente cuando se deniegue o no se conteste alguna solicitud de acceso a la información, así como promover el conocimiento de este derecho y verificar el correcto ejercicio del mismo.

En el caso de El Salvador, con la LAIP se crea un ente especializado nuevo y colegiado, el IAIP, que es una instancia de carácter público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera; integrado por cinco Comisionados propietarios y sus respectivos suplentes¹¹⁴.

Entre las atribuciones del Instituto, contempladas en el artículo 58 LAIP, se encuentran las de velar por la correcta interpretación y aplicación de la LAIP; garantizar el debido ejercicio del derecho de acceso a la información pública y la protección de la información personal; promover una cultura de transparencia; evaluar el desempeño de los entes obligados sobre el cumplimiento de la LAIP; y desarrollar cursos de capacitación a los servidores públicos en materia de transparencia, acceso a la información, protección de datos personales; entre otras.

¹¹⁴ Los Comisionados del IAIP deben ser propuestos por asociaciones empresariales, asociaciones profesionales, la Universidad de El Salvador y Universidades privadas, asociaciones de periodistas y sindicatos autorizados. Es decir, deben ser electos de ternas propuestas por diferentes sectores, con el objeto de garantizar su independencia, pero son nombrados por el Presidente de la República.

También la LAIP señala los procedimientos que deben seguirse, tanto por los entes obligados a brindar esta información, como por el mismo IAIP, para las solicitudes y la entrega de información, y en los casos de negativa de brindar la información, las infracciones y sanciones en las que se pueden incurrir.

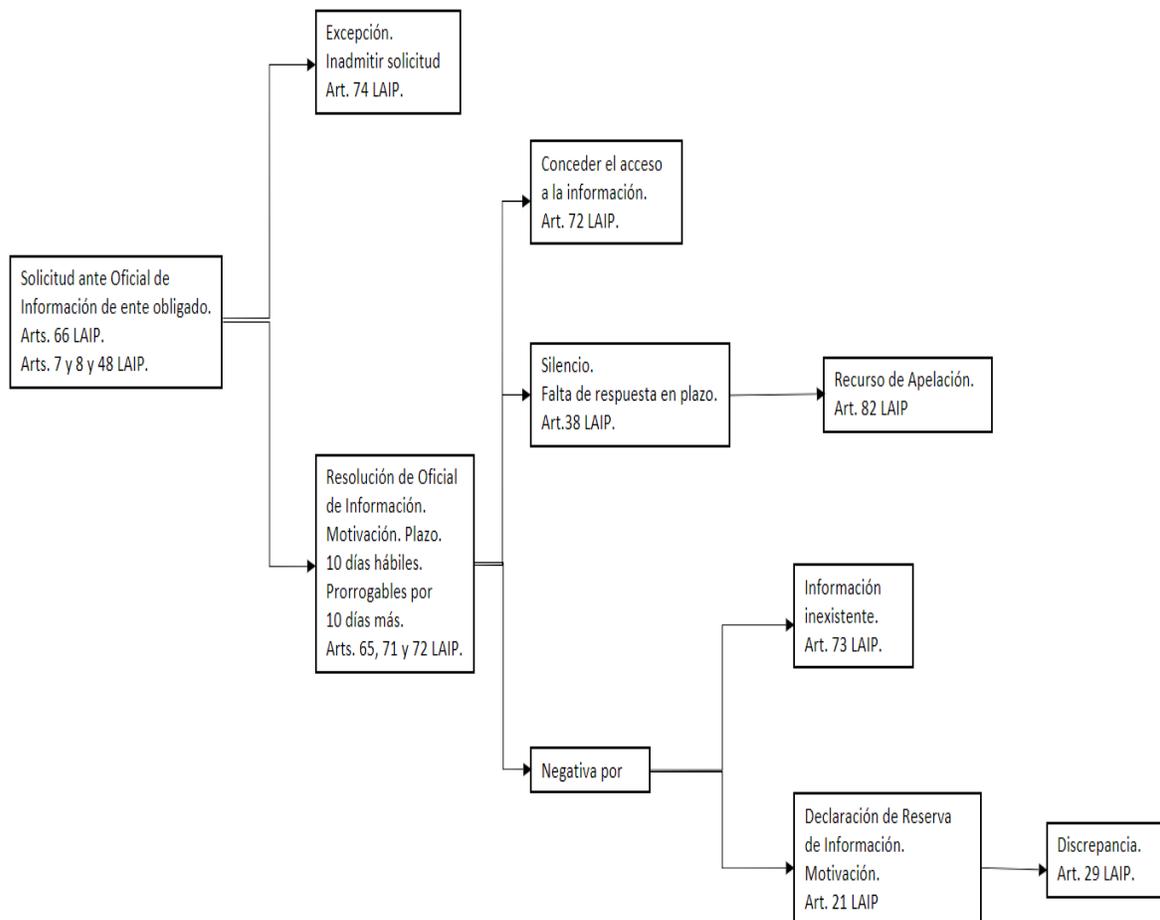
Un aspecto importante para la efectividad del DAIP es el referente a las sanciones, como medidas disuasivas, que consiste en que deben señalarse las causas de responsabilidad administrativa para todos aquellos funcionarios que incumplan con las obligaciones de transparencia y acceso a la información, con un sistema de sanciones que eviten las simulaciones de las diferentes áreas del poder público¹¹⁵.

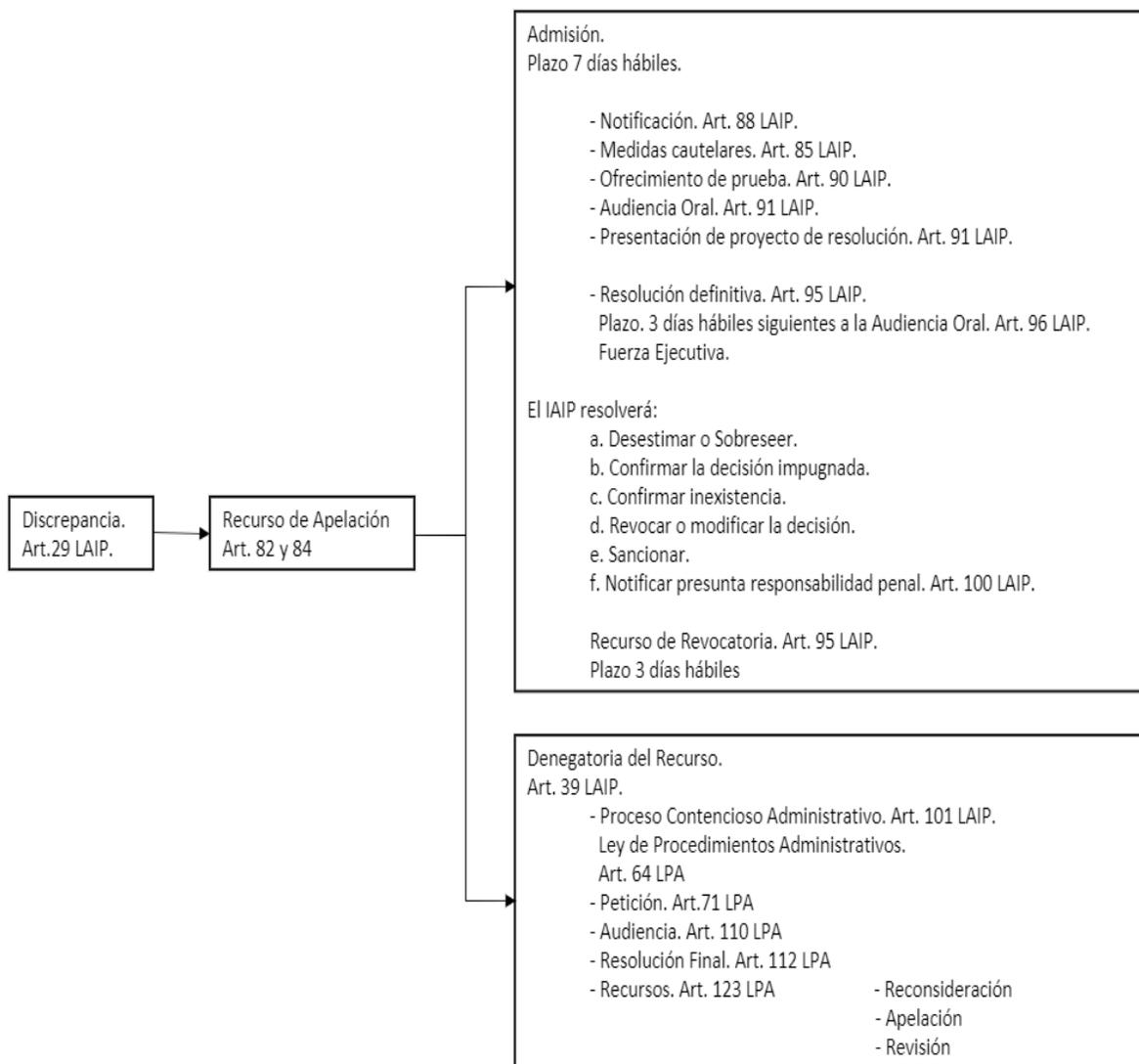
Tanto la LAIP como su Reglamento, han sufrido desde su creación, diversas reformas, criticadas muchas veces por diferentes sectores del país, así como en la aplicación efectiva de dicha normativa. Manifestando, entre otros aspectos, la necesidad de medidas de acompañamiento para la aplicación efectiva de la ley, ya que la adopción de una buena ley constituye la primera etapa imprescindible, del camino hacia la convivencia democrática y en transparencia. Pero esto no basta, pues su aplicación práctica es la etapa más difícil y la medida certera de un verdadero reconocimiento de este derecho fundamental, ya que, en algunos países, las leyes sobre esta materia, solo sirven de coartada democrática, destinada a demostrar que el país es transparente, pues no son aplicadas de manera correcta, quedan ignoradas de muchos ciudadanos, o la administración abusa de las excepciones¹¹⁶.

¹¹⁵ En la LAIP las infracciones se clasifican en muy graves, graves y leves y también regula el procedimiento sancionatorio a realizarse ante el IAIP. Estableciéndose sanciones que van desde multas de uno a ocho, hasta veinte a cuarenta, salarios mínimos mensuales para el sector comercio y servicios, en función del tipo de infracción cometida y como una medida disuasiva del incumplimiento de la LAIP.

¹¹⁶ Opinión que se comparte con lo planteado por Perrine, Canavaggio, en *“El acceso a la información pública en el mundo. Un derecho humano emergente”*. (Río de Janeiro, Brasil: 7º Seminario Internacional de Archivos de Tradición Ibérica, 2011), 11

2.5 DIAGRAMA DE PROCESO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA





CAPITULO 3

LA CORRUPCIÓN COMO MANIFESTACION DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA Y SU RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Sumario: 3.1 Corrupción y ordenamiento jurídico internacional. 3.2 Incidencia de la normativa internacional contra la corrupción en el ordenamiento jurídico interno. 3.2.1 Normas internacionales. 3.2.2. Obligaciones constitucionales. 3.3 Servidores públicos y funcionarios públicos. 3.4 Corrupción como manifestación de la delincuencia económica. 3.4.1 Delincuencia Económica. 3.4.2 Corrupción y Delincuencia Económica. 3.4.3 Consecuencias de la corrupción como modalidad de la delincuencia económica. 3.5 Medición de transparencia. 3.6 Corrupción en El Salvador.

3.1 CORRUPCION Y ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL

Etimológicamente, el término corrupción proviene del latín “corrumpere”, que significa alterar y trastocar la forma de alguna cosa, echar a perder, depravar, dañar, podrir¹¹⁷. Por lo tanto, la expresión corromper, implica algún acontecimiento que provoca la ruptura de un proceso normal, de algo establecido ya sea por la naturaleza, ya sea por el hombre. Es decir, hablar de corrupción implica un corte o un desvío, pero del orden establecido de las cosas y reconoce, en un sentido general la presencia de dos partícipes en el acto, el corruptor y el corrupto; aunque no siempre los actos de corrupción implican la intervención de dos sujetos diferentes.

Por otro lado, la ONU ha señalado que es “el comportamiento de los individuos y funcionarios públicos que se desvían de las responsabilidades establecidas y usan su posición de poder para satisfacer fines privados y asegurar sus propias ganancias¹¹⁸”.

¹¹⁷ Edmundo González Llaca, “*La Corrupción, Patología Colectiva*”, (México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2007), 10.

¹¹⁸ Concepto bajo traducción realizada en Revista Mexicana de Sociología 78, Núm. 1 (enero-marzo, 2016), “*Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana*”

Normalmente, al señalar que la corrupción se trata de abusos de cargos públicos para beneficios privados, se le relaciona con conductas relativas a intercambio de favores, sobornos, venta de influencias, nepotismo, fraude, entre otras conductas.

No obstante lo anterior, en la actualidad la corrupción se ha vuelto un fenómeno tan amplio, que lo que antes era reconocido como un ámbito exclusivo del Estado y los funcionarios públicos, actualmente integra también a los empresarios¹¹⁹,

Encontrándose los actos de corrupción tan ligados a aspectos éticos, con contenido histórico y cultural, los encontramos compuestos por elementos que fluyen en el tiempo y en el territorio que se estudien, llegando a reconocerse la existencia de corrupción pública y corrupción privada¹²⁰; siendo todas estas conductas relevantes en el estudio de los delitos socioeconómicos, la tutela de bienes jurídicos específicos, y el impacto que estas tienen en el orden socioeconómico de un país, como será desarrollado más adelante.

Y ya que el concepto de corrupción es tan antiguo, ha sido utilizado para referirse a variadas situaciones, por lo que se vuelve necesario delimitarlo teóricamente al momento de plantear algún tema jurídico relacionado. En este sentido, podemos reconocer que en el presente estudio, al referirnos a corrupción, hacemos un señalamiento de aquellos “actos mediante los cuales un funcionario público es impulsado a actuar de forma distinta a los estándares normativos del sistema, para favorecer a intereses particulares a cambio de una recompensa”¹²¹.

Universidad Nacional Autónoma de México, sobre documento emitido por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. UNODC. Programa Global Contra la Corrupción, Viena, 2004.

¹¹⁹ La CNUCC incluye entre las actividades de corrupción que deben ser sancionadas, el soborno entre particulares, en el Art. 21 de este instrumento jurídico internacional.

¹²⁰ Adán Nieto Martín define desde el punto de vista criminológico, en la obra “Derecho Penal Económico y de la Empresa”, la corrupción privada, como “aquellos delitos cometidos por empleados y directivos, en el marco de la actividad empresarial, con la intención de beneficiarla.

¹²¹ Michel Rowland. “Visión contemporánea de la corrupción”. *Revista La hora de la transparencia en América Latina. El manual anticorrupción en la función pública*. Argentina, Granica/Ciedla, (1998), 32.

Entonces, generalmente al tratar la corrupción, nos referiremos al uso indebido del poder público con el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos. Y pese a la simpleza de esta definición, abordar la problemática de este fenómeno desde el punto de vista jurídico plantea numerosos retos, por la complejidad y diversidad de formas de comisión de este tipo de delitos, pues las prácticas de corrupción van desde aquellas conductas casi imperceptibles, hasta grandes operaciones de repercusión internacional.

Para algunos autores, como Robert Klitgaard¹²², la corrupción se instala y desarrolla cuando los agentes tienen poder monopólico, gozan de amplias facultades discrecionales y proceden con escasa transparencia. Observándose, que desde diversos puntos de vista la falta de transparencia se encuentra íntimamente relacionada con la corrupción. Y que en la actualidad podemos encontrar diversas formas de corrupción, como la estructural, la sistémica, la pública, la privada y la política, por mencionar algunas¹²³.

Sumando a lo anterior, debe tomarse en cuenta que estas prácticas de corrupción van de la mano con el nacimiento de la sociedad organizadas y la evolución del Estado con sus diferentes formas de gobierno, ocasionando una amplia gama de conductas que pueden ser catalogadas como corruptas en el desarrollo de funciones públicas.

Observando además, que este fenómeno no puede solo ser analizado desde una perspectiva de subdesarrollo y valores, ya que ha pasado a ser un problema más grave, que afecta todo tipo de esferas en un país, afectando una gran cantidad de derechos.

¹²² Autor de la denominada Formula de Klitgaard, que establece que corrupción (C) equivale a monopolio de la decisión (M) más discrecionalidad (D) menos rendición de cuentas (A). $C=D+M-R$. Y fue creada por el profesor estadounidense de desarrollo y seguridad internacional de Posgrado de la Universidad de Santa Mónica, California, autor de diferentes estudios sobre corrupción.

¹²³ Todas, modalidades del mismo fenómeno, que aparecen desarrolladas en el libro "Tipologías de Corrupción", Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Colombia: UNODC y Alcaldía Mayor de Bogotá, 2015.

Todo esto conlleva a que el derecho penal de los diferentes Estados frecuentemente resulte insuficiente para la represión de este fenómeno, resultando necesario a lo largo de la historia, establecer consensos mínimos de actuación y acuerdos de cooperación internacionales en relación a este tema.

De esta forma, el treinta y uno de diciembre del año dos mil tres, la Asamblea General de la ONU, adoptó la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)¹²⁴ y a la fecha, esta Convención cuenta con 176 Estados ratificantes, convirtiéndose en uno de los mayores referentes jurídicos al tratar este tema.

Y si bien es cierto, la CNUCC no es el primer instrumento internacional que busca regular los mecanismos de prevención, lucha y sanción de la corrupción, sí es uno de los más importantes en esta materia, planteándose en el mismo instrumento la finalidad de promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción.

En cuanto a la redacción de la CNUCC puede observarse que en esta no se establece una definición clara de corrupción, y esto obedece a la compleja realidad que implica abordar este tema, así como la conveniencia de no tener un concepto de corrupción, con lineamientos y pautas que permitan plantear una idea amplia de esta, y no por el contrario, establecer una definición muy cerrada que pueda dejar fuera algún tipo de comportamiento que pueda considerarse, con el paso de tiempo, un acto de corrupción¹²⁵.

¹²⁴ Con este instrumento jurídico internacional se reconoce la necesidad de establecer una normativa específica para la lucha contra la corrupción, que tuviese un alcance global, por lo que este documento se comenzó a gestar durante una asamblea de la ONU realizada en diciembre de 2000, en la que se formó una comisión especial con el objeto de negociar el tratado contra la corrupción, adscrita a la Oficina para el Control de Drogas y la Prevención del Crimen de la ONU, con sede en Viena. Y para el año 2003 ya había sido firmado por 97 Estados y El Salvador lo ratifica en el julio del año 2004.

¹²⁵ Este planteamiento puede advertirse en el Informe de la Reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta encargado de preparar un proyecto de mandato para la negociación de un instrumento jurídico internacional contra la corrupción, 8 de agosto de 2001, párrafo 17. Consulta realizada el 22 de marzo de 2021 en http://www.unodc.org/pdf/crime/expertmtg_corruption/2s

A pesar que la CNUCC, constituye el mayor referente internacional, en cuanto al combate a la corrupción, no debe omitirse que a nivel regional, previamente, ya en el año mil novecientos noventa y seis, fue adoptada en el continente americano la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la cual entró en vigencia en mil novecientos noventa y siete¹²⁶.

Ahora bien, antes de estas dos Convenciones señaladas, ya se hablaba de búsqueda de mecanismos contra la corrupción a nivel internacional, por lo que durante muchos años fueron desarrollados diferentes instrumentos jurídicos no convencionales, que sirvieron como antecedentes y bases para el desarrollo de la CNUCC y la CICC, también denominados *soft law*¹²⁷, entre los que se pueden mencionar la Declaración sobre la cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo (1990), el Código internacional de conducta para los funcionarios o titulares de cargos públicos (1997), la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno de las transacciones comerciales internacionales (1996), y

¹²⁶ Esta Convención surge frente al interés de los países americanos sobre el tema de la corrupción y la necesidad de combatirla. Fue producto de una reunión de la OEA realizada en Caracas, Venezuela en 1997. Y entró en vigencia en 1997, luego que Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Venezuela la ratificaron y presentaron los respectivos instrumentos o decretos ante la OEA.

¹²⁷ Por *soft law* nos referimos a aquellos acuerdos entre Estados que no generan las mismas obligaciones jurídicas que los Tratados. Se ha argumentado también que a pesar de que no estemos frente a un tratado, podemos decir que las declaraciones que constituyen el *soft law* son, al igual que los tratados, acuerdos entre Estados. Y es por este motivo que el derecho internacional los denomina actos concertados no convencionales. Son concertados porque primero se debate el texto del cuerpo que se está aprobando y luego el Estado decide si plasma su firma. Y son no convencionales porque no generan obligaciones jurídicas similares a las de un tratado. No obstante, en el derecho internacional existe el principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones (*pacta sunt servanda*), en virtud del cual el Estado debería hacer sus mejores esfuerzos para poder llevar a cabo lo que los instrumentos internacionales establecen. Y es así como este principio nos permite señalar que al momento que un Estado firma un instrumento de *soft law*, aunque sepa desde antes que estas declaraciones no van a ser un tratado y no van a generar efectos vinculantes, se generan una serie de compromisos internacionales. Es decir que los llamados instrumentos de *soft law* sí tienen valor; ya que pueden servir como criterios de interpretación, como por ejemplo, en el caso de la declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales, en la que se definen los elementos del soborno, que constituye el referente obligatorio de lo plasmado con respecto al mismo, en la CNUCC. Por lo que generalmente las declaraciones suelen ser una suerte de antesala a lo que va a venir más adelante, esto es, la adopción del tratado. Como sucede precisamente en el caso de las diferentes declaraciones internacionales que sirvieron como antecedentes de la CNUCC y la CICC.

la Declaración de Quito sobre desarrollo social y democracia frente a la incidencia de la corrupción (2004)¹²⁸.

Pero, a pesar de los esfuerzos en la lucha contra las distintas prácticas de corrupción, es hasta la creación de la CNUCC que puede visualizarse el esmero global con la finalidad de promover y facilitar el desarrollo de mecanismos para prevenir y combatir la corrupción.

Para ello, en este cuerpo normativo internacional se plantean una serie de medidas de naturaleza preventiva (adopción de normas de conducta para funcionarios, sistemas de transparencia y rendición de cuentas), medidas sancionadoras (deber de tipificación) y medidas de índole procesal (ampliación del plazo de prescripción, criterios para determinar la inhabilitación del funcionario, entre otros).

En el caso de El Salvador, este ha suscrito los dos tratados antes señalados, en materia de corrupción, tanto la CNUCC, como la CICC, razones por las cuales constituyen referentes básicos y obligatorios para abordar y combatir la corrupción en nuestro país.

La CICC entró en vigencia en el año mil novecientos noventa y siete y El Salvador es Estado Parte de la Convención desde mil novecientos noventa y nueve, al depositar el respectivo instrumento de ratificación, el dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Mientras que por medio de la resolución de la Asamblea General de la OEA (AG/RES. 1784-XXXI-O/01) de fecha cinco de junio de dos mil uno, se aprueba la creación del mecanismo de seguimiento de la implementación de dicha

¹²⁸ Todos estos, instrumentos jurídicos que a pesar de no tener la misma categoría de un tratado o convenio, constituyeron fuentes de estudios jurídicos y fueron utilizados como documentos de consulta jurídica al momento de elaboración de leyes, entre otros.

Convención (MESICIC)¹²⁹, como instrumento para realizar evaluaciones entre Estados, y verificar el cumplimiento efectivo de esta Convención.

En cuanto a la CNUCC El Salvador es Estado Parte de la misma, al haberla ratificado por medio de Decreto Legislativo N° 325, de fecha veinte de mayo de dos mil cuatro, publicado en el Diario Oficial N°119, Tomo N°363 del veintiocho de junio de dos mil cuatro y cuyo instrumento de ratificación se depositó en la sede de la Organización de las Naciones Unidas, el uno de julio del mismo año.

Y este instrumento jurídico internacional, cuenta también con un mecanismo de seguimiento, denominado Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención¹³⁰, con el que también se busca que se cumpla con lo pactado en la Convención.

¹²⁹ El MESICIC es un instrumento de carácter intergubernamental por medio del cual se llevan a cabo evaluaciones recíprocas de los Estados sobre el cumplimiento de la CICC y, del cual resultan una serie de recomendaciones específicas con relación a las áreas en que existan vacíos o requieran mayores avances y, sobre cuyo cumplimiento los Estados deben informar en las distintas reuniones del Mecanismo. Este Mecanismo de seguimiento consta de dos órganos: la Conferencia de los Estados Parte y el Comité de Expertos. La Conferencia está integrada por representantes de todos los Estados Parte, tendrá la autoridad y responsabilidad general de instrumentar el mecanismo y se reunirá al menos una vez al año. El Comité está integrado por expertos designados por cada Estado Parte. Será responsable del análisis técnico de la implementación de la Convención por los Estados Parte, entre otras tareas relacionadas con este cometido principal. Como miembro del Mecanismo, El Salvador ha participado en las cinco rondas de evaluación de cumplimiento de la Convención, tanto como Estado evaluador como Estado evaluado, por medio de las autoridades nacionales competentes en la materia de la época que correspondía. Siendo los representantes a la fecha, ante el Comité de Expertos eran funcionarios de la extinta Secretaría de Participación Ciudadana, Transparencia y Anticorrupción.

¹³⁰ De conformidad con el artículo 63 párrafo 7 de la CNUCC, la Conferencia de los Estados Parte en la Convención estableció en su tercer período de sesiones, el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención. Asimismo, la Conferencia de los Estados Parte con el objeto de alcanzar los propósitos enunciados en dicho instrumento, ha instituido 4 grupos de trabajo de composición abierta por expertos nacionales de los Estados Parte, que sesionan generalmente dos veces al año en Viena, Austria. Estos grupos son: Grupo de Examen de la Aplicación; Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Prevención a la Corrupción; Grupo Intergubernamental de Recuperación de Activos; y Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional. El Salvador, como Estado Parte de la Convención, debe participar en la Asamblea de Estados Parte, en el Mecanismo de Examen de Aplicación de la Convención y en los diferentes grupos de trabajo. En atención a esta obligación, la participación se da por medio de la institución nacional competente, o por delegación de ésta, través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3.2 INCIDENCIA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

3.2.1 Normas Internacionales

Un punto importante a destacar, ya que han sido mencionados diferentes instrumentos jurídicos internacionales en la lucha contra la corrupción, es la importancia y jerarquía de estas normas, y sobre todo entender como estas disposiciones protegen derechos humanos.

Esto se afirma, ya que “la corrupción, lesiona fundamentalmente el derecho a la igualdad de las personas, toda vez que estamos frente a un supuesto en donde una persona obtiene un beneficio indebido en relación con el otro universo de personas que no lo están obteniendo, lo cual genera lógicamente una desigualdad”¹³¹.

Sin embargo, son variados los derechos humanos que pueden ser lesionados con la corrupción, como aquellos en los que se ve afectado el derecho a la salud o educación, o en aquellos casos en los que corrupción a nivel judicial afecta el derecho de acceso a la justicia, entre otros, por lo que para algunos autores, un tratado con disposiciones para combatir la corrupción es un tratado que contiene normas de derechos humanos.

Al referirnos a Derechos Humanos, se habla de “prerrogativas básicas del ser humano, las cuales otorgan facultades, privilegios, poderes y libertades de diferentes naturalezas, pero todos enfocados en la propia naturaleza del ser humano y que por su simple condición es titular de ellos”¹³².

¹³¹ Yvan Montoya Vivanco y Otros, “*Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*”, (Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009), 171.

¹³² Luis Carlos Castro Vizcarra, “*El derecho humano de acceso a la información pública. Caso Baja California*”, (Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2021), 30.

Y una de sus características esenciales es la interdependencia, es decir que al aplicar uno, se debe esperar una reacción de los demás derechos, pues todos están presentes a la vez; por lo que al señalar que el derecho de acceso a la información pública constituye un derecho humano, esto significa que la protección de los otros derechos humanos implica también la protección del primero.

Ahora bien, los distintos tratados internacionales relativos al combate contra la corrupción, como fue señalado antes, han recorrido un largo camino hasta ser reconocidos por distintos países alrededor del mundo, entre estos, El Salvador. Por lo que tanto en nuestro país, como en el resto de países firmantes de estos instrumentos internacionales, ha sido necesario verificar el mecanismo de ingreso de estos en el ordenamiento jurídico interno, el rango de dichas normas, y la naturaleza de las obligaciones internacionales incorporadas al derecho interno.

Primero, deber señalarse que la incorporación de las normas internacionales, puede realizarse, de forma directa, con la sola ratificación o adhesión del tratado por parte del Estado (tesis monista); o que la incorporación se haga luego que el Estado haya adoptado una norma de derecho interno que incorpore la norma internacional al ordenamiento nacional, como una transformación legislativa (sistema dualista o de recepción formal); o que no exista regulación expresa al respecto¹³³.

En el caso de EL Salvador, de acuerdo al Art. 144 de la Constitución de El Salvador (Cn.), todo Tratado Internacional firmado por el gobierno de este país y ratificado por la Asamblea Legislativa se convierte en Ley de la República, por lo que una vez cumplido con el mecanismo legal previsto para su incorporación en el sistema jurídico salvadoreño, sus disposiciones se vuelven de obligatorio cumplimiento para todos los habitantes de El Salvador y como se define

¹³³ Tesis que han sido adoptadas por diferentes estudiosos de Derecho Internacional Público, y han sido presentadas con diferentes variantes o nombres; siendo las denominadas tesis monista y dualista las que representan las formas de incorporación de normas internacionales más comunes.

claramente en la misma Constitución, al existir un conflicto entre un Tratado y la Ley, prevalecerá el primero de estos.

Por lo tanto, una vez que el Estado de El Salvador cumplió con los mecanismos previstos, para que la CNUCC y la CICC ingresaran al ordenamiento jurídico del país, las normas previstas en dichos tratados se volvieron de obligatorio cumplimiento y presentan una jerarquía superior a la de las leyes secundarias del país.

En cuanto al deber de implementación de las normas plasmadas en las convenciones internacionales antes señaladas, es necesario distinguir entre normas de derecho internacional autoaplicativas (self executing) y normas no autoaplicativas o programáticas (non self executing)¹³⁴, dependiendo si la norma de carácter internacional puede aplicarse a casos concretos, sin recurrir a la legislación interna.

La naturaleza autoaplicativa de una norma proviene del derecho internacional, y responde a la voluntad de los Estados que redactaron el tratado. La autoejecutividad de una norma implica que estas no necesitan de otras normas para aplicar internamente la norma internacional que se enuncia, sino que pueden ser directamente invocadas por los destinatarios de dichas normas. Estas podrán entonces ser aplicadas por el agente estatal directamente, sin necesidad de un desarrollo normativo posterior¹³⁵.

¹³⁴ Eduardo Jiménez de Arechaga. "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno". *Boletín de la sociedad brasileña de derecho internacional*, (1987-1989), 69.

¹³⁵ Tal como lo señala Antonio Augusto Cancado Trindade en "*El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*". Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, 305, de acuerdo con la doctrina, para que una norma pueda considerarse autoaplicativa debe presentar las siguientes características: a) Que la norma otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigible ante un juez. b) Que la norma sea lo suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de tener que recurrir a alguna norma legislativa o judicial adicional.

Mientras que las normas no autoaplicativas o de naturaleza programática, por el contrario, sí necesitan de una norma interna de desarrollo que permita que la norma reconocida por el derecho internacional, se ejecute en el derecho nacional o doméstico¹³⁶.

En ese sentido, muchas de las obligaciones de la CNUCC son de naturaleza programática, correspondiendo principalmente al órgano legislativo su implementación. Como por ejemplo, las normas del Capítulo III, que se refieren a diferentes acciones que deben ser penalizadas, estableciendo que “cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito”.

No obstante, otras normas de la CNUCC y CICC permiten, por su redacción, derivar obligaciones autoaplicativas cuyo responsable principal de aplicación será el operador judicial. Esta afirmación queda más clara a partir de la lectura de la CNUCC que en su Art. 3 establece como ámbito de aplicación de dicho instrumento la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción.

Esto implica que las disposiciones contenidas en este Tratado, pueden resultar aplicables durante el procesamiento mismo de una persona a la que se le impute algún delito de corrupción. Y por ello, el operador judicial se encontrará en algunos casos en posición de dar cumplimiento a estas normas.

3.2.2. Obligaciones constitucionales

Los textos constitucionales abordan diferentes materias, entre ellas las obligaciones del Estado frente a temas de importancia, como el combate a la corrupción, tomando en cuenta que este fenómeno puede generar perjuicio para el

¹³⁶ Augusto Cancado Trindade “*El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*”, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001), 306.

respeto y garantía de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

Es así, como desde el estudio del Derecho Constitucional, se vuelve necesario establecer la actuación del Estado en contra de un fenómeno social que se encuentra dentro del propio Estado. Es decir, a nivel constitucional, cada país debe “otorgarle finalidades y objetivos específicos a la lucha anticorrupción y sus esfuerzos para prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, planteándose como principal objetivo promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para la erradicación de la impunidad”¹³⁷.

Por lo tanto, el problema de la corrupción debe tener un enfoque constitucional, a partir del cual es necesario interpretar el marco jurídico interno, especialmente el penal y procesal penal, orientado a investigar y sancionar estos actos ilícitos.

En El Salvador, a pesar que en el texto constitucional de nuestro país no se hace referencia de forma directa al tema de la lucha contra la corrupción, sí aparece mencionado de forma indirecta, cuando se menciona en los Arts. 85 y 86 Cn. que el Gobierno es republicano, democrático y representativo; y que los órganos del gobierno ejercerán el poder público independientemente y dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen la Constitución y las leyes.

Y también cuando se hace un señalamiento directo en el Art. 240 Cn., que establece que “Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes”.

¹³⁷ Montoya Vivanco y Otros, *“Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú”*, 191.

Se menciona también lo que debe entenderse por enriquecimiento ilícito y el procedimiento a seguir para declarar el patrimonio, por parte de los funcionarios y empleados públicos, el cual puede encontrarse posteriormente desarrollado en la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos¹³⁸, y en el ámbito penal, en el Art. 333 del Código Penal, que desarrolla el tipo penal específico.

La Sala de lo Constitucional, en el año dos mil dieciocho, también desarrolló aspectos importantes y controvertidos sobre el tema del enriquecimiento ilícito previsto en el Art. 240 Cn.¹³⁹, señalando que este se trata de una acción constitucional, que lo diferencia de otras, como la acción de extinción de dominio. Y que a partir de lo previsto en el texto constitucional se puede colegir lo siguiente: “(i) Los posibles sujetos activos del enriquecimiento ilícito son los funcionarios o empleados públicos, para lo cual no es imprescindible que administren, manejen, autoricen o custodien fondos pertenecientes a la Hacienda Pública o Municipal; lo determinante, entonces, es que se ocupe un cargo público “cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento”. (ii) Su objeto material puede ser la Hacienda Pública o la Hacienda Municipal. Conforme con el art. 223 Cn., la Hacienda Pública está formada por sus fondos y valores líquidos, sus créditos activos, sus bienes muebles y raíces y los derechos derivados de la aplicación de las leyes relativas a impuestos, tasas y demás contribuciones, así como los que por cualquier otro título le correspondan. (iii) La responsabilidad derivada del enriquecimiento ilícito comprobado es la restitución de lo adquirido ilegítimamente”.

¹³⁸ Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto Legislativo N. 2833, de fecha 24 de abril de 1959. Legislación que data del año 1959, por lo que ya no responde en forma correcta a la sociedad salvadoreña de la actualidad, siendo necesario un estudio serio de una nueva normativa sobre el tema, lo cual ha sido evadido por los legisladores a lo largo de los años en nuestro país.

¹³⁹ Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 146-2014/107-2017, de fecha 28 de mayo de 2018.

Además, se menciona que la Constitución deja abierta la posibilidad de que existan otras responsabilidades determinadas de conformidad con la ley, entre las que puede figurar la responsabilidad penal cuando se trate de actos que constituyan delito, la responsabilidad civil cuando haya afectación a derechos patrimoniales concretos de personas determinadas o determinables y la responsabilidad administrativa cuando se transgredan normas administrativas sancionatorias.

En esta misma resolución judicial, también establece la Sala de lo Constitucional que al no señalarse específicamente en el texto constitucional lo que debe entenderse por aumento patrimonial notablemente superior, debe evaluarse en cada caso concreto. Sin embargo, siempre debe evaluarse el contraste entre el patrimonio inicial y el patrimonio final, del funcionario público, durante el ejercicio de su cargo, y determinar si este no tiene sustento en actividades lícitas¹⁴⁰.

3.3 SERVIDORES PÚBLICOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La corrupción pública es un asunto complejo, con numerosas dimensiones y ramificaciones, pero siempre se encontrarán involucrados en la misma, servidores, funcionarios o empleados públicos, que se enriquecen u obtienen un beneficio de forma indebida o ilegal.

Así que resulta importante hacer un breve análisis de la figura del funcionario público, retomando en primer lugar, lo que establece la CNUCC al respecto, ya que de acuerdo al Artículo 2.a, se considerará funcionario público a: “ i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o

¹⁴⁰ En esta misma sentencia Inconstitucionalidad 146-2014/107-2017, de fecha 28 de mayo de 2018, son abordados con mucho detalle el tema del enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio, entre otros.

una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el Derecho interno de un Estado Parte”¹⁴¹.

Por otro lado, la CICC también brinda una definición en su Art. 1, en el que señala que “se entiende por Funcionario público, Oficial Gubernamental o Servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”, indicando también que se entiende como función pública “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

En ambos casos El Salvador resulta Estado Parte, por lo que los conceptos antes señalados deben tomarse en cuenta por las personas responsables de darle cumplimiento a estas normas, y también por los operadores de justicia del país.

Por otro lado, en nuestra legislación secundaria también encontramos definiciones de lo que debemos entender por funcionario público. Así, la legislación penal hace un señalamiento en el Art. 39 del C. Pr. Pn., sobre lo que para efectos penales debe considerarse como “1) Funcionarios Públicos: Todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares, en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos. (...) y 3) Empleados Públicos o Municipales: Todos los servidores del

¹⁴¹ Esta definición brindada en la CNUCC, resulta más amplia incluso que la utilizada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y viene a ser el resultado de diferentes consultas realizadas para la elaboración de esta Convención.

Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico”¹⁴².

Mientras que la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, establece en su Art. 2 que se consideran funcionarios y empleados públicos: “1. Las personas que con ejercicio de autoridad o jurisdicción o bien sin él, por elección popular, por elección de la Asamblea Legislativa, por nombramiento de autoridad competente o por designación oficial, participen de manera principal o secundaria en las funciones o actividades públicas de los organismos, dependencias o instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado o del Municipio. 2. Las personas que de cualquier manera administren, manejen bienes o fondos del Estado o del Municipio, o dispongan de ellos ya sea por disposición de la ley, de los reglamentos o por designación oficial.”

3.4 CORRUPCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

Una vez establecidos de forma general, lo que debemos entender por corrupción, su regulación internacional, y los sujetos que normalmente son señalados en la corrupción pública; es necesario establecer los puntos vinculantes entre estas actividades fuera del marco ético y legal, con la delincuencia económica.

3.4.1 Delincuencia Económica

El marco natural de la actividad socioeconómica y de generación de la delincuencia socioeconómica de un país es la empresa, y por las características propias de esta figura, se desarrollan en ella una serie de fenómenos, algunos en el campo de la legalidad, y otros que sobrepasan los límites establecidos y se convierten en fenómenos criminales específicos.

¹⁴² Esta distinción ha resultado ser un punto de debate importante al momento de ejercer una acción de carácter penal, sobre todo al momento de establecer o no la responsabilidad penal correspondiente, constituyendo un desafío de todos los operadores de justicia en el país.

Mientras que, se entiende por sistema económico el “conjunto de las estructuras (factores, instituciones, y normas) que se encuentran organizadas para satisfacer necesidades de los hombres a través de la utilización de los medios y los recursos disponibles. Los sistemas económicos son arreglos históricamente constituidos, a partir de los cuales los agentes económicos emplean recursos para la producción, distribución y el uso de los productos generados”¹⁴³

En la actualidad, la actividad estatal no puede verse por completo aislada de las actividades del sector privado, pues la misma dinámica del mercado económico mundial lo imposibilita, llegando a producirse puentes que los conectan, llegando incluso en algunos casos a entrelazarse la corrupción pública y corrupción privada, como se abordará más adelante.

Entonces es importante remarcar que ambas modalidades de corrupción generan distorsión en el mercado, por lo que independientemente del sistema económico adoptado por cada país, incluso en los que presentan modelos regidos por el mercado, la corrupción entre particulares puede tener consecuencias que trascienden los límites de los intereses privados y pueden adquirir dimensiones colectivas¹⁴⁴.

Por otro lado, en la doctrina se han realizado diferentes conceptualizaciones del Derecho Penal Económico, remarcando en la mayoría de ellos, dos aspectos importantes, el bien jurídico protegido y el delincuente económico.

En relación con el bien jurídico, normalmente se señala que los delitos que integran el Derecho Penal Económico, tutelan un conjunto de bienes jurídicos

¹⁴³ Juan María Terradillos Basoco, “*Revista Derecho Penal Económico. Lineamientos de Política Penal*”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. A.C. IUS, México, 2015. 4.

¹⁴⁴ En la Revista Derecho Penal Económico. Lineamientos de Política Penal. Juan María Terradillos Basoco señala que un buen ejemplo sobre este punto pudo observarse en España, con las prácticas corruptas que acabaron, entre 2008 y 2012, con el conglomerado de Cajas de Ahorro, entidades financieras a las que, materialmente, hubo que “rescatar” mediante grandes aportes de dinero público.

supraindividuales, con fundamento en las principales instituciones de cada modelo económico y en los mecanismos de intervención del Estado en la Economía.

Algunos autores relacionan el bien jurídico en el Derecho Penal Económico¹⁴⁵ con concepciones de tipo criminológico, otros lo relacionan con la conservación de un determinado orden económico; mientras que la mayoría se refieren, o bien a una perspectiva restrictiva que supone colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar y, en segundo lugar, la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado; o bien a una perspectiva amplia, que supone las siguientes características: a) el derecho penal económico es definido como el conjunto de normas jurídico-penales destinadas a proteger el orden económico, entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios; b) es una concepción extensiva que coloca como objeto de protección, en primer lugar, a los intereses patrimoniales cuyo titular puede ser el Estado o los particulares; c) subsidiariamente, en segundo término, se atiende a la tutela de bienes colectivos, relacionados con la regulación económica del mercado¹⁴⁶.

Y en cuanto a la figura del delincuente económico, es acuñado casi unánimemente el término de “delito de cuello blanco”¹⁴⁷ para referirse a conductas desviadas realizadas por una persona respetable y de elevado nivel social, en el ejercicio de su profesión y abusando de la confianza depositada en ella. O como menciona, Alejandro Catania, delitos de gente inteligente, destacada en los negocios, conocedoras de las leyes y de las formas de eludir sanciones, con alto grado de

¹⁴⁵ Como señala Raúl Cervini en su artículo “Derecho Penal Económico, Perspectiva Integrada”, en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, en marzo de 2008: “concepto y bien jurídico en el derecho penal económico son temas que, estructural y funcionalmente, se encuentran estrechamente vinculados, por lo que la postura que se adopte sobre uno de ellos incidirá en el otro”. Y pese a los esfuerzos realizados, no se ha conseguido un concepto de delito económico con perfiles unitarios.

¹⁴⁶ Raúl Cervini, “*Derecho Penal Económico, Perspectiva Integrada*”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, marzo 2008. 26

¹⁴⁷ Término al que en distintas ocasiones se refiere el Sociólogo norteamericano Edwin Sutherland, en sus estudios sobre las características y causas de la criminalidad, y sobre todo en aquellos escenarios en los que el autor de los delitos se separa de los cánones históricamente establecidos.

impunidad, influyente por su poder corruptor y con todo tipo de relaciones con el poder político¹⁴⁸.

También se señala, que los delincuentes de cuello blanco, desde la perspectiva criminológica, abarcan dos grupos importantes, el primero, los funcionarios que se aprovechan de su cargo público para delinquir, llamada delincuencia de cuello blanco contra la administración pública y el segundo, referido a los empresarios con poder de decisión que delinquen dañando el orden socioeconómico¹⁴⁹.

Los primeros de los mencionados son los más visibles en el marco de este estudio, ya que es precisamente con el objeto de encubrir la delincuencia de cuello blanco en la administración pública, que se plantean más practicas relativas a volver nugatorio el derecho de acceso a la información pública.

Sin embargo, al encontrarse ambos ámbitos de corrupción, la pública y privada, tan entrelazados, como se mencionó antes, sobre todo en el desarrollo de obras públicas o prestación de servicios, se vuelve también de mucha importancia destacar que los delincuentes económicos también realizan acciones dentro del marco de la corrupción privada, debiendo ser distinta la respuesta punitiva del Estado para abordar este fenómeno, ya que las acciones ilícitas cometidas por delincuentes económicos en algunos supuestos trascienden al ámbito penal, afectando bienes jurídico penales como el orden socioeconómico.

Podrá observarse entonces, un delincuente de cuello blanco del sector privado, cuando esté presente las particularidades que pertenezca a un status social alto y que realice una violación en el ámbito de su quehacer profesional de manera mercantil, normalmente una persona física que actúa al amparo de una persona

¹⁴⁸ Javier Contreras Saguier y Ricardo Preda del Puerto, *“Apuntes de Derecho Penal Económico”*. (Asunción, Paraguay: ICED, 2012). Alejandro Catania.

¹⁴⁹ Adán Nieto Martín, *“Introducción al derecho penal económico y de la empresa”*, en *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Madrid: Dykinson, 2018), 42.

jurídica, participando en el ciclo de la corrupción como manifestación de la delincuencia económica.

3.4.2 Corrupción y Delincuencia Económica

No puede discutirse que la corrupción comúnmente aparece vinculada con la actividad de la Administración Pública; sin embargo, como se vio antes, este fenómeno también puede situarse en las actividades de organizaciones privadas, en las que aparentemente solo aparecen involucrados intereses particulares.

Los delitos corporativos sitúan el foco de investigación en el hecho que el delito se comete en el interior de una empresa. Y muchas veces se les vincula con la aparición de mayor competencia en el mercado, que puede llevar a que empresas adopten prácticas ilícitas como la corrupción.

Cada día existen nuevos mecanismos y formas de realizar actos de corrupción, sobre todo aquellas, que en el marco de la globalización, implican la internacionalización de la corrupción, llegando a practicarse incluso, sobornos a funcionarios extranjeros y a conformarse redes de corrupción, cada vez más estructuradas y con recursos de todo tipo, que se dedican a ofrecer o recibir sobornos, que debido a sus facilidades, se permiten evadir la justicia en sus respectivos países¹⁵⁰.

Entonces, la corrupción del sector público y la corrupción del ámbito privado, bajo ciertas condiciones, pueden entrelazarse, usualmente cuando un particular se aproxima a un funcionario público con el propósito de conseguir alguna ventaja en el mercado, frente a otros probables competidores, valiéndose de medios ilícitos.

¹⁵⁰ Situación que ha sido abordada en la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, de fecha 21 de noviembre de 1997, que fue adoptada por diferentes países, ante la consideración que comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales.

Por lo que las conductas constitutivas de corrupción pública no solo surgen del sector público, sino que también pueden surgir del sector privado, ya que las actividades económicas privadas relacionadas con actividades estatales, en muchas ocasiones se utilizan o se sirven de ellas, personas que tienen interés propios y diferentes a los intereses nacionales.

Entonces, la corrupción pública se ve reflejada muchas veces en el sector privado y esta se sitúa también como una modalidad de la delincuencia económica. O como lo menciona Terradillos Basoco¹⁵¹, en este tipo de escenarios, resulta factible afirmar que la corrupción es una modalidad de la delincuencia económica, e incluso generalmente delincuencia organizada. Por lo que la delincuencia económica se sirve de la criminalidad funcional, para lograr sus propósitos, instrumentalizando a la Administración Pública.

3.4.3 Consecuencias de la corrupción como modalidad de la delincuencia económica

Una vez establecido que la corrupción se constituye como una manifestación de la delincuencia económica, es necesario señalar algunas de sus consecuencias más importantes.

En la concepción amplia del derecho penal económico, como antes fue expuesto, resulta que al reparar en el conjunto de áreas involucradas se advierte que, son considerados delitos económicos: a) los delitos fiscales; b) los fraudes de subvenciones; c) los delitos cometidos en el seno de instituciones bancarias, financieras y cambiarias; d) los delitos vinculados al funcionamiento de empresas privadas de seguros; e) los delitos contra la regularidad del trabajo y la seguridad social; f) las quiebras, concursos y concordatos de tipo fraudulento; g) los

¹⁵¹ Juan M. Terradillos Basoco, “*Mercado y Administración Pública. Criminalidad económica y corrupción política*”. En *El Derecho Penal en tiempos de cambios. Libro homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (La Habana: Unijuris, 2016), 213.

balances falsos; h) la competencia desleal; i) los hechos punibles vinculados con el comercio exterior; j) los daños al ecosistema; etc.

Y de esta forma, las consecuencias más importantes, más no las únicas, son las siguientes:

a) Afectaciones en el Mercado

Como fue mencionado antes, también puede hablarse de corrupción en el marco de actividades económicas privadas relacionadas con actividades estatales. Por lo tanto, la corrupción como modalidad de la delincuencia económica puede tener graves consecuencias en el Mercado.

Muchos de los conflictos sociales se producen en el ámbito de la empresa, generando problemas no sólo en planos particulares, sino también estos pueden alcanzar la esfera pública, sobre todo en aquellos casos en los que interviene de alguna forma en el ámbito de la administración pública.

Y de esta forma, al tomar en cuenta que para algunos autores los delitos económicos son aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico¹⁵², no es de extrañarse, que como consecuencia de las actividades de corrupción se produzcan graves problemas en el normal desarrollo del Mercado como parte del orden económico nacional.

Es así como estas consecuencias se pueden visualizar en las siguientes áreas:

¹⁵²Juan M. Terradillos Basoco, *“Empresa y Derecho Penal”*, (Argentina: AD-HOC S.R.L. Villela Editor, 2001), 34.

Distorsión de las reglas de la Economía de Mercado (precios fijados por la oferta o la demanda)

La primera área que se ve afectada, son las decisiones de los productores respecto al esfuerzo productivo y el tipo de objetivos de la producción que se persiguen, así como también se distorsionan las decisiones de inversión y la producción a largo plazo. La segunda área afectada es el funcionamiento administrativo del Estado, pues los funcionarios corruptos desarrollan mecanismos de preservación que erosionan la capacidad de gestión pública y también distorsiona los incentivos con los cuales opera la empresa privada reduciendo la eficiencia económica¹⁵³.

Es frecuente además, que en economías con alta corrupción se desarrollen y perpetúen estructuras monopólicas y oligopólicas en los Mercados, lo que llega a permitir precisamente que no exista un funcionamiento adecuado del sistema económico al momento de fijar precios, ya que estos no dependen ya del Mercado, sino de las decisiones que se tomen por parte de unas pocas personas a cargo de estas estructuras¹⁵⁴.

Y todo esto genera por lo tanto, un desequilibrio en el funcionamiento normal del Mercado, en el cual se genera los precios fijados por la oferta y la demanda, produciendo una afectación en el orden socioeconómico de un país.

Abuso de la libertad de empresa

También, la corrupción deteriora el ambiente de negocios en el cual actúa el sector privado, lo que puede conducir a la búsqueda de ganancias rápidas y

¹⁵³ Raimundo Soto, *“La corrupción desde una perspectiva económica”*, (Chile: Instituto de Economía. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003), 41

¹⁵⁴ Ídem, 42

excesivas, a través de prácticas que afecten la libertad de empresa¹⁵⁵, muchas veces utilizando mecanismos que ocasionan que no sea posible por parte de cualquier persona particular interesada, acceder a competir en el Mercado, para ofrecer productos o servicios.

Y si los negocios se obtienen por conexiones o pagos ilegales, es decir acudiendo a prácticas propias de la corrupción, se desincentiva entrada de potenciales empresarios a los mercados, sobre todo de inversión extranjera, produciendo, por tanto, perjuicios en el sistema económico de un país.

Siendo importante destacar que la corrupción no únicamente afecta de forma individual, la capacidad de cada persona de acceder a la actividad empresarial, sino también en la comisión de los delitos económicos, utilizar esta aparente libertad de empresa para justificar actividades que ante el uso de sobornos o favores políticos permiten únicamente la actividad empresarial por parte de un grupo reducido de personas, no así de todos los actores económicos que componen la vida productiva de un país.

Afectación a la libre competencia

Bajo los efectos de la corrupción, los negocios más productivos no dependen de la competitividad de las empresas, sino de su capacidad de influir en los responsables de tomar decisiones en la Administración Pública, es decir, que la libre competencia, como ley de mercado, que permite a las empresas operar de forma normal en el desarrollo de la economía, se ve afectada.

¹⁵⁵ La libertad de empresa, en palabras de Christian Guzmán Napurí, Docente de la Maestría de Derecho Administrativo Económico, de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental de Perú, es el mecanismo a través del cual el ser humano hace efectivo su deseo de procurar satisfacer necesidades de los demás, a través de la actividad empresarial y con un legítimo afán de lucro. Es decir, se hace referencia a que los ciudadanos son capaces de desarrollar sin mayor impedimento, cualquier actividad económica, de forma individual o colectiva.

Pues si precisamente, para obtener contratos por obras o prestación de servicios con la Administración Pública¹⁵⁶, no es necesario cumplir con las reglas tradicionales de libre competencia, sino participar en la entrega de dádivas, sobornos o favores, deja de cumplirse con los parámetros que en el sistema económico ya establece una libre competencia.

Además, el sistema crediticio, el sistema monetario, el proceso de ingresos y egresos del Estado y la libre competencia son relaciones macrosociales, por lo que la lesión a estos bienes jurídicos macrosociales implica una disfunción del sistema y pone en peligro el funcionamiento del modelo económico constitucional. Viéndose entonces afectado todo el sistema económico de un país, al no cumplir con las reglas de la libre competencia, por caer en prácticas de corrupción.

De esta manera, en los tres aspectos antes referidos, podemos observar que el sistema económico de un país, específicamente en lo referente al Mercado, puede verse directamente afectado por la corrupción; ya que muchas de las decisiones que son tomadas por la Administración Pública, distorsionan el orden económico ya establecido, volviéndose entonces ámbito de estudio del Derecho Penal Económico.

Encontrando en El Salvador algunos ejemplos de esto, como en el desarrollo de redes estructuradas de corrupción, utilizando todo aparataje del gobierno, como en el caso de compañías de publicidad contratadas por el gobierno del ex presidente Elias Antonio Saca, las cuales resultaron ser parte de un mecanismo para cometer ilícitos de lavado de dinero, pero que a su vez ocasionaba que otras empresas no lograran competir con los mismos términos económicos que estas empresas, precisamente porque la finalidad de sus actividades no era estrictamente comercial, ocasionando distorsión en el sistema económico del país.

¹⁵⁶ En El Salvador es indispensable remitirse a las normas establecidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública que fue creada en el año dos mil, con el objeto de regular las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios, que deben celebrar las instituciones de la Administración Pública, para el cumplimiento de sus fines.

b) Afectación en los recursos públicos

Dos de las principales consecuencias de la corrupción, son precisamente la afectación patrimonial del Estado, y la confianza en las instituciones públicas.

El impacto en la económica nacional, como consecuencia de la corrupción, en el plano de los delitos económicos, produce pérdidas para el potencial uso de recursos en fines sociales o productivos, ocasionando que estos recursos aportados por los mismos habitantes de un país, no sean utilizados en lo que constitucionalmente corresponde, sino en desviación de estos recursos, para fines particulares.

Así también, la corrupción representa aumento en el precio de la Administración, porque el contribuyente que se somete al pago de sobornos se somete a pagar mucho más por la prestación de un servicio.

En cuanto al término “defraudar”, frecuentemente es usado para señalar actividades delictivas relativas a la corrupción, por parte de funcionarios públicos. Sin embargo, esta palabra presenta diferentes acepciones, y en relación al presente estudio, se entiende que se refiere a traicionar la confianza del Estado depositada en los funcionarios públicos designados. Y en el ámbito de la contratación estatal, faltar a estos deberes funcionales, además de conllevar una posible responsabilidad penal, genera un perjuicio patrimonial real o potencial para el Estado y por ende de los ciudadanos que depositan no solo la confianza en estas personas, sino también los diversos tributos que son recolectados.

A nivel internacional, jurisprudencialmente, se ha reconocido que el término “defraudación” va más allá del daño o perjuicio patrimonial¹⁵⁷, de manera que en los delitos relativos a la corrupción, se configuran independientemente si existe o

¹⁵⁷ 30 STC 017-2011-AI, fundamentos 25, 28 y 29. 31 Cf. STC 010-2002-AI/TC; STC 2758-2004-HC/TC y STC 012-2006-AI/TC. Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional de Perú

no daño o perjuicio patrimonial al Estado, ya que el objetivo final de la corrupción no siempre radica en obtener un beneficio pecuniario, sino también, y cada vez de forma más frecuente, en acumular poder y privilegios de forma ilegítima¹⁵⁸.

Por lo que es un deber de los operadores de justicia, realizar interpretaciones que consideren que los delitos de corrupción se configurarán incluso cuando no exista daño o perjuicio patrimonial en sentido estricto¹⁵⁹.

No obstante lo anterior, no puede dejarse de lado, que en la gran mayoría de casos, la corrupción como modalidad de la delincuencia económica implica que el objetivo de las personas involucradas sea obtener beneficios económicos ilegítimos, que permita aumentar sus caudales económicos y a la vez, defraudar económicamente al Estado, de tal manera que se produzcan:

Vaciamiento de los recursos del Estado.

Incurriendo en la comisión de actividades delictivas propias de la corrupción, adueñándose de recursos que no les pertenecen, sino que únicamente les han sido confiados; no únicamente se defrauda la confianza de la población, sino que al apropiarse de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble que se encuentre bajo su administración, recaudación, custodia o venta, disminuyen el erario público, situación que genera, en términos sencillos, menos desarrollo, menos inversión, menos programas sociales, en fin, impiden el desarrollo económico y social de un país.

¹⁵⁸ En las CNUCC y CICC se interpreta que la comisión de los delitos de corrupción no implica necesariamente daño o perjuicio patrimonial, lo cual obedece a la necesidad de regular un concepto amplio de corrupción y garantizar que todo mal uso del poder público, con el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos, sea sancionado.

¹⁵⁹ Yvan Montoya Vivanco y Otros, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, (Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú, 2009), 185.

Encarecimiento de la obra pública

Las prácticas de corrupción promueven que la misma persona que entrega dádivas, recursos o favores, a cambio de adjudicación de obras o prestación de servicios, aprovechándose de contar con recursos del Estado, establezca precios más elevados de los ya establecidos en el Mercado.

Pero los efectos de la corrupción, no únicamente terminan ahí, pues a raíz de la misma corrupción, alguna obra pública que podría tener un determinado valor económico, termina realizándose mediante la erogación de una cantidad en sobremanera superior a la que en realidad corresponde.

Esto ha resultado ser una práctica en El Salvador, ya que a través de algunas investigaciones, que han llegado a concretarse en Procesos Penales, puede observarse que gran parte de los ámbitos en los que se produce la corrupción, es en la adjudicación de distintas obras públicas.

Enriquecimiento ilícito de funcionarios

Ahora bien, especial atención requiere el Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y empleados públicos, probablemente uno de los principales problemas que conlleva la corrupción, y que en El Salvador aparece regulado en la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, de mil novecientos cincuenta y nueve, que como fue mencionado previamente en este mismo capítulo, no responde a las necesidades ni condiciones actuales, ni a la forma de accionar, de la delincuencia económica¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Si bien esta Ley ha sido objeto de algunas reformas, la más reciente sucedió hace más de dos décadas, en 1992. El 13 de abril de 2015 un grupo de organizaciones civiles decidieron unir esfuerzos y conformar el Equipo Gestor de la Ley de Probidad Pública, con la finalidad de impulsar la aprobación de una Ley de Probidad. El proyecto fue analizado, junto con otros proyectos, y la Asamblea Legislativa del momento terminó aprobando una regulación incompleta, por lo que una vez la nueva Ley de Probidad se encontraba en vigor, el mismo grupo ciudadano que impulsó una ley en la materia, presentó una inconstitucionalidad en su contra, por lo que en 2016 la Sala de lo Constitucional suspende su entrada en vigencia.

Este tema ha sido desarrollado en algunas resoluciones de la Sala de lo Constitucional¹⁶¹, señalando que el enriquecimiento ilícito se trata de una acción constitucional, que los sujetos activos son los funcionarios o empleados públicos, que administren, manejen, autoricen o custodien fondos pertenecientes a la Hacienda Pública o Municipal; que su objeto material puede ser la Hacienda Pública o la Hacienda Municipal; y que la responsabilidad derivada del enriquecimiento ilícito comprobado es la restitución de lo adquirido ilegítimamente.

Sin embargo, y tal como sucede en la mayoría de países, el problema más evidente, y al mismo tiempo, el que mayor problemas presenta al momento de investigarse, es el del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, esto como una consecuencia directa de prácticas de corrupción profundamente arraigadas en la sociedad, y también representa un resultado visible de la delincuencia económica, generando afectación en el orden socioeconómico de un país.

La corrupción claramente trae como consecuencia el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, siendo algo que debería brindarse la importancia debida, y no resultar ser un tema cuyo estudio legislativo se ha dejado de lado durante muchos años. Ya que en El Salvador no existe un criterio unificado en cuanto al abordaje de las condiciones del Enriquecimiento Ilícito, lo cual ha generado incentivos para incumplir con las obligaciones de las personas en las que ha sido depositada la confianza de la población, dada la sensación de impunidad generada por una ley que durante más de cincuenta años no ha cumplido con los propósitos para los que fue creada en nuestro país.

c) Lavado de dinero

En términos sencillos el delito de Lavado de Dinero se refiere a “aquellas conductas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o

¹⁶¹ Una de estas, es la dictada por la Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 146-2014/107-2017, de fecha 28 de mayo de 2018.

dinero ilegalmente obtenido, o dicho de un modo más sencillo, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio procedente del delito”¹⁶².

Este delito se encuentra regulado en nuestra legislación, en el Art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, señalando como las conductas comisivas más relevantes, depositar, retirar, convertir, transferir, fondos, bienes o derechos, encaminada a ocultar el origen ilícito o legalizar bienes y valores provenientes de actividades ilícitas cometidas dentro o fuera del país. No obstante, también se relacionan otras conductas, en la misma Ley.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia señala¹⁶³ que “se tomará en consideración el tratamiento dado a nivel doctrinario a esta categoría de hechos punibles, así como el alcance de la normativa contenida en los instrumentos internacionales aplicables, particularmente el Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de Lavado de Dinero y de Activos”¹⁶⁴

Los delitos establecidos en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, están sujetos a un delito precedente o subyacente. Y las tres fases del lavado de dinero, señaladas por el Grupo de Acción Financiera señala que puede distinguirse en las operaciones consecutivas y diferenciadas, como son la colocación, la diversificación, esta fase también se conoce como de conversión; transformación, encubrimiento, puesto que se basa en diversas operaciones para lograr cambiar la imagen de los fondos; y la integración, que pretende asentar los capitales integrados en la economía oficial¹⁶⁵.

¹⁶² Crespo Barquero, *Revista Justicia de Paz N° 11*, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador (2002), 73

¹⁶³ Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Casación 222-C2013, de fecha 14 de mayo de 2014.

¹⁶⁴ La Sala de lo Penal también ha relacionado que que basta con la existencia de indicios que permitan inferir la ilicitud de las actividades generadoras de los bienes y valores de donde se génesis delictuosa es derivable de las circunstancias materiales en las que se desarrolla la conducta calificada de blanqueo o lavado de dinero bastando en esa línea, uno o varios indicios que por su gravedad, inusual o anómala configuración denoten la ilicitud de la procedencia de los bienes o valores.

¹⁶⁵ Estas fases no deben asumirse de forma absoluta o categórica, ya que, en la práctica, existen operaciones de blanqueo de capitales que no encajan de manera estricta en ninguna de estas fases o que tienen alguna operación que podría estar en más de una fase al mismo tiempo.

Siendo la figura delictiva de Lavado de Dinero ampliamente estudiada en otras investigaciones, es necesario referirse a esta, en lo que atañe únicamente al presente objeto de estudio. Y es que precisamente el Lavado de Dinero se produce como consecuencia de diferentes actividades delictivas previas, realizadas en algunas ocasiones por funcionarios públicos, siendo esta el espectro relevante para esta investigación.

Basta observar los Procesos Penales iniciados en El Salvador contra los ex presidentes Elías Antonio Saca y Carlos Mauricio Funes Cartagena, así como otros funcionarios y colaboradores, en los que se puede visualizar que a través de una red de corrupción, muy organizada, han llevado a cabo operaciones millonarias, para defraudar la economía pública, y luego intentar dar apariencia legítima a la obtención de estos beneficios económicos ilegítimos.

Puede verse entonces, que actualmente se está en presencia de una moderna criminalidad organizada y en particular la que se conoce como delincuencia institucionalizada, distinta de la delincuencia tradicional, en planteamientos, forma de actuación, objetivos y fines, desarrollada a gran escala en un ámbito de actuación supranacional, con todo un catálogo de múltiples actividades delictivas cuyo único límite es la imaginación. Ocasionando que este delito sea cada vez más sofisticado, pues los lavadores conocen a la perfección las fallas de los controles, lo que es utilizado por las organizaciones criminales movilizado dinero por cualquier medio valiéndose de esas falencias.

El lavado de dinero es esencial para lograr el funcionamiento efectivo de prácticamente toda forma de delincuencia transnacional y organizada y. los esfuerzos para combatirlo, tienen por objeto impedir o limitar el desarrollo de la capacidad de los delincuentes de utilizar ganancias mal obtenidas¹⁶⁶.

¹⁶⁶ John McDowell, Perspectivas Económicas, La Lucha contra el Lavado de Dinero, Departamento de Estado de Estados Unidos. Periódico Electrónico, Volumen 6, N. 2, mayo de 2001.

Este delito tiene consecuencias económicas y sociales, así como para la seguridad; ya que resulta ser el combustible con que traficantes de drogas, terroristas, comerciantes ilegales en armas, y también, funcionarios públicos corruptos pueden operar y ampliar sus actividades ilícitas.

Y resulta ser tan grave su incidencia, que puede llegar a erosionar la integridad de las instituciones financieras de un país, debido al alto grado de integración de los mercados de capital, y puede llegar a afectar en las monedas y las tasas de interés, e incluso llegar a tener efectos negativos macroeconómicos¹⁶⁷.

Existiendo también, costos y riesgos sociales considerables relacionados con el lavado de dinero, pues permite a los delincuentes, encontrando entre estos, a los delincuentes económicos, ampliar y continuar con sus operaciones, elevando el costo del gobierno debido a la necesidad de una mayor actividad de aplicación de la ley y a los gastos sociales, para combatir las graves consecuencias que ocurren.

d) Evasión Fiscal

Nuestra legislación penal establece todo un Capítulo relativo a la Hacienda Pública, en los Arts. 249 al 252 del Código Penal, dentro de los cuales aparece desarrollado el delito de Evasión de Impuestos, en el cual se relacionan ocho mecanismos para evadir impuestos.

El bien jurídico protegido en estos delitos es el patrimonio de la Hacienda Pública, entendida como la parte de la Administración Pública que se sirve de un patrimonio, que es el Erario Público, para dirigir la actividad financiera. Patrimonio que se nutre fundamentalmente de tributos y la disminución de su valor económico afecta a la totalidad de la política económica y social del Estado, pues

¹⁶⁷ Michael Camdessus, ex director gerente del Fondo Monetario Internacional, ha calculado la magnitud del lavado de dinero entre 2 y 5 por ciento del producto interno bruto del mundo, o aproximadamente 600.000 millones de dólares, por lo bajo. En algunos países de mercados en desarrollo es posible que estas ganancias ilícitas empequeñezcan los presupuestos gubernamentales, con el resultado de que los gobiernos pierden el control de la política económica.

si los impuestos no son ingresados o trasladados al Ministerio de Hacienda por los obligados formalmente por la Ley, afecta toda una política económica y social que incide sobre el ahorro, la inversión, la distribución de la renta nacional. Es decir que la evasión de impuestos no solo es nociva para el Estado sino para su población.

Por lo que resulta que al momento de propiciarse prácticas corruptas, las arcas del Estado se ven disminuidas, como efecto de estas, ya que al realizarse operaciones o actuaciones ilegales, estas normalmente implican no cumplir con las obligaciones tributarias correspondientes, y de esta forma se genera un impacto real en la Hacienda Pública.

Debe mencionarse entonces en este punto, que las anteriores aseveraciones, son referidas únicamente a algunas de las consecuencias de la corrupción como manifestación de la delincuencia económica, esto sin detrimento que en algún momento puedan observarse aún más.

En consecuencia, en la medida en que la lesión del bien jurídico macrosocial implique obstáculos para su desarrollo, hay también una lesión de un bien jurídico microsociales que es condición de existencia del orden socioeconómico reconocido por la Constitución de todo Estado social democrático de derecho¹⁶⁸.

Entendiendo, que “la corrupción pública está al servicio de la criminalidad económica transnacional organizada y viceversa, situada muchas veces a partir de pactos ilegales entre empresarios y funcionarios públicos, por medio de la entrega de regalos o dádivas, a veces otorgados en atención a su cargo funcional o bien a través de la financiación ilícita de partidos políticos para comprometer su

¹⁶⁸ Raúl Cervini, “*Derecho Penal Económico, Perspectiva Integrada*”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, marzo 2008, 40.

relación y mantenerla en el tiempo, para que exista un trueque entre ambas partes que se deberán favores de forma continuada en el tiempo”¹⁶⁹.

Estas prácticas de corrupción, tanto pública como privada¹⁷⁰, generan corresponsabilidad de las empresas en la lucha contra la corrupción, debido a los daños sociales que se generan, los efectos que se producen en el mercado, los daños en el sistema de competencia del mercado. Esto como consecuencia de prácticas comunes de utilizar sobornos como estrategia para introducirse en nuevos mercados, conseguir proveedores u obtener cualquier tipo de ventaja ya sea en la administración pública, o con otras empresas, o pagos ilícitos que de manera sistemática se realizan con el fin de recibir contratos públicos (lo cual, además constituye un comportamiento contrario a la buena fe de las relaciones comerciales).

Frente a todo esto, se vuelve necesario desarrollar políticas criminales eficientes, que se enmarquen en la prevención de la criminalidad empresarial, frente a la delincuencia económica, y es imprescindible ubicarse en el marco económico en el que esta nace y del que recibe las características definidoras de sus contenidos esenciales¹⁷¹.

Y encontrándose tan interrelacionadas, la corrupción pública y la del sector privado, en el combate contra la corrupción, no pueden quedar fuera las estrategias dirigidas al sector privado. Pues el Estado no puede delegar esta responsabilidad exclusivamente en el mercado, debiendo tutelar, los bienes jurídicos que nacen y se desenvuelven en el propio mercado.

¹⁶⁹ Alma Mirella Vega Guzmán, “Análisis del delito de cohecho activo desde la perspectiva de la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica en El Salvador”. Tesis de Maestría. Universidad de El Salvador. El Salvador, 2021. 117.

¹⁷⁰ La corrupción en el sector privado es definida por Nieto Martín, en el libro “Introducción al derecho penal económico y de la empresa”, (Madrid: Dykinson, 2018), como “los delitos cometidos por empleados y directivos en el marco de la actividad empresarial, con la intención de beneficiarla

¹⁷¹ Juan María Terradillos Basoco, “Revista Derecho Penal Económico. Lineamientos de Política Penal”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. A.C. IUS, México, 2015. 3.

Por esta razón, para dotar el derecho penal económico de eficacia preventiva, que es lo que se le debe exigir, es preciso inicialmente, el máximo aprovechamiento de las posibilidades preventivas, de los medios de autotutela, de los programas públicos de incentivación y promoción, entre otros. Y es de gran importancia que dentro de la Política Criminal de un país, se establezcan parámetros claros, en relación con el derecho de acceso a la información pública, para una eficaz lucha contra la corrupción, desde el ámbito de la prevención.

3.5 MEDICIÓN DE TRANSPARENCIA

Como se ha expuesto antes, es a partir de la década de los noventa, que en diferentes países se empieza a hablar de transparencia y acceso a la información pública, como producto del proceso de democratización de las naciones y otros aspectos expuestos, volviéndose necesaria la elaboración de “un índice que permita medir en alguna medida el nivel de apertura de un determinado sujeto a la transparencia y al acceso a la información, debería realizarse en función del grado de avance en la implementación de todas sus políticas en esta materia”¹⁷².

Es así, como a nivel mundial, fue creada una organización no gubernamental, llamada Transparencia Internacional¹⁷³, fundada en el año mil novecientos noventa y tres, con el objetivo de promover medidas contra crímenes corporativos y corrupción política en el ámbito internacional, conformada por más de cien delegaciones que operan en aproximadamente setenta países.

¹⁷² Esta necesidad, así como sus ventajas, son planteadas por Mariel Inés Farioli, en su Tesis “*La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en Argentina*”, (Tesis de Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Económicas. Maestría en Administración Pública, Santa Fe, Argentina, 2014).

¹⁷³ Transparencia Internacional o IT por sus siglas en inglés, es una organización no gubernamental fundada en Berlín, Alemania (donde hasta el día de hoy cuenta con su sede central), en el año 1993, a iniciativa de Peter Eigen, exdirector regional del Banco Mundial.

Esta organización se propuso publicar anualmente el denominado Índice de Percepción de Corrupción¹⁷⁴, el cual es una lista de corrupción a nivel mundial, creada en el año dos mil cinco, y actualmente es una de las medidas más utilizada para evaluar la corrupción en los países que son analizados.

Para las primeras evaluaciones eran realizadas encuestas de opinión, pero actualmente, de acuerdo a lo que la misma Organización difunde, son utilizados los análisis de expertos en la materia y se requiere que se disponga de por lo menos tres fuentes para que un país sea evaluado.

Por lo tanto, como ha sido referido por algunos críticos, esta forma de evaluación supone apreciaciones subjetivas por parte de las personas que realizan las evaluaciones. Recibiendo, diferentes críticas en los últimos años, entre estas, la dificultad de medir la corrupción que sucede de forma anónima o secreta; que los datos pueden variar considerablemente de país a país, dependiendo muchas veces de la percepción o la metodología utilizada; y que los datos no pueden ser comparables entre los años analizados.

En estas evaluaciones El Salvador en el año dos mil veinte ocupó el lugar treinta y seis, en el año dos mil diecinueve el lugar treinta y cuatro, mientras que en el año dos mil doce ocupaba el lugar treinta y ocho, por lo que si se toma en cuenta que el listado es elaborado desde el país percibido como más corrupto, hasta el que es percibido como menos corrupto, El Salvador no muestra avances claros en la lucha contra la corrupción.

¹⁷⁴ Este Índice de Percepción de Corrupción clasifica a los países según su prevalencia de corrupción. Constituye un listado de países ordenados de forma consecutiva desde el país percibido como más corrupto, hasta el país percibido como menos corrupto. En el año 2005, Transparencia Internacional comisiona a la Universidad de Passau elaborarla, con base en 16 en encuestas procedentes de 10 instituciones, Universidad de Columbia, Economist Intelligence Unit, Freedom House, Information International, International Institute for Management Development, Merchant International Group, Political and Economic Risk Consultancy, la Comisión Económica para África, el Foro Económico Mundial y el World Markets Research Centre. Y para el año 2007 se incluyeron 3 fuentes más, Clasificaciones de Evaluación del Desempeño Nacional del Banco Asiático de OI, Evaluaciones Institucionales y de las Políticas Nacionales del Banco Africano de Desarrollo y el Índice de Transformación de Bertelsmann.

Pero además de estas propuestas globales para medir de alguna forma el acceso a la información pública alrededor del mundo, algunos países de forma individual, han realizado esfuerzos por encontrar algún mecanismo adecuado para realizar este tipo de mediciones. En este sentido, en Argentina ha sido utilizado el denominado “Índice de transparencia y de Acceso a la Información Pública” (ITAI)¹⁷⁵, el cual está compuesto por dos componentes ¹⁷⁶; el primero de ellos hace referencia a la existencia o no de un marco normativo de acceso a la información pública y la calidad de este marco normativo, bajo parámetros mínimos considerados internacionalmente; y el segundo de ellos se refiere al flujo de información que las instituciones brindan a la sociedad y que deben encontrarse a disposición de todos, generalmente en sus portales Web oficiales.

Entonces, el ITAI comprende dos componentes y de estos, se desprenden diferentes variables con aspectos relevantes a analizar sobre los dos grandes rubros y que pueden ser relevadas por indicadores, que a su vez se subdividen en más indicadores.

Otros parámetros que han sido establecidos internacionalmente para medir o evaluar de alguna forma, qué tanto puede afirmarse que existe transparencia y acceso a la información, son los establecidos en la Convención del Consejo de Europa sobre el Acceso a Documentos Públicos¹⁷⁷, que contempla nueve

¹⁷⁵ Sistema planteado por Mariel Ines Farioli, en su Tesis “La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en Argentina” del año 2014, en el que hace un estudio detallado de los mecanismos de medición del acceso a la información pública en este país. Señalando además, los diferentes estudios que tomó como base para su planteamiento, entre estos: Access Info Europe, 2010; González, 2009; Ayllón y Gault, 2006; Gomez Gallardo, s.f.; Guerrero Gutiérrez. y Ramírez de Alba Leal, s.f.; IFAI, 2005; Nacif, Díaz Iturbe, y Egren, 2006; Nacif, Díaz Iturbe, y Egren, 2007; Page, 2010; Suaya, A., s.f.; Villanueva, 2003; Villanueva, 2005; Transparency Internacional, 2006; Transparency internacional España, 2010; Zorayda Barreda Vidal, 2006. Y además, para la construcción de este Índice se tomó en cuenta la metodología utilizada por Grandinetti (2014) en su Tesis Doctoral “Diseño de organizaciones públicas locales para la gestión de territorios complejos: Hacia una propuesta metodológica.

¹⁷⁶ Según la misma autora, Mariel Inés Farioli, estos dos componentes, no resultan comparables entre sí, sino que se entienden como dos elementos separados, que, en conjunto, permiten una aproximación más completa al problema de medir el nivel de apertura a la transparencia y al acceso a la información de las provincias argentinas.

¹⁷⁷ Documento suscrito por los miembros del Consejo de Europa en el año 2009, considerando la importancia de la transparencia de autoridades públicas en una sociedad democrática y pluralista y

principios que representan los estándares internacionales que los gobiernos deben respetar en las Normas de Acceso a la Información Pública y en la práctica: -El derecho a la información es un derecho de toda persona, -El libre acceso es la regla, el secreto la excepción, -El derecho de acceso se aplica a todas las entidades públicas, -Realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito, -Los funcionarios tienen la obligación de asistir a los solicitantes, -Las denegaciones de información deben estar debidamente justificada, -Toda persona tiene el derecho de recurrir las denegaciones de acceso o la no contestación a las solicitudes realizadas, -Las entidades públicas deben poner a disposición del público información sin que sea necesario realizar una solicitud, -El derecho de acceso a la información debe estar garantizado por un órgano independiente (regulador y de contralor).

Por su parte, en el caso de El Salvador, el IAIP también realiza mediciones que permiten establecer en todo el territorio nacional, las instituciones que se consideran presentan un mayor grado de cumplimiento al derecho humano de acceso a la información pública y cumplimiento de la LAIP.

Estas evaluaciones se enmarcan en lo que establece el Art. 58 letra “I” de la LAIP, y con estas se verifica el cumplimiento de las obligaciones de transparencia que contiene esta ley y los lineamientos que emite el IAIP, por parte de las instituciones públicas y las municipalidades; llevando a cabo procesos de evaluación desde el año dos mil quince, realizando dos procesos anuales, uno para municipalidades y otro para entes no municipales.

En la última Evaluación de Desempeño en Transparencia 2017-2019 ¹⁷⁸, la evaluación fue realizada a noventa y ocho instituciones y entes no municipales,

además, que todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos.

¹⁷⁸ Instituto de Acceso a la Información Pública. “Informe de evaluación de transparencia 2017-2019”. 2020. Consulta realizada el 01 de febrero de 2021 en: <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/iaip/documents/informes-exigidos-por-disposicion-legal>.

entre los meses de septiembre de dos mil diecinueve y enero de dos mil veinte. Y fue realizada utilizando el Instructivo para el proceso de evaluación de desempeño de entes obligados no municipales, que fue elaborado por la Unidad de Evaluación del IAIP y aprobado por el Pleno del mismo Instituto.

Como ya se mencionó antes, son diferentes los parámetros utilizados alrededor del mundo, para medir el cumplimiento del DAIP; en el caso de El Salvador, de acuerdo al IAIP los parámetros utilizados son los siguientes: a) publicación de información oficiosa, generada por cada institución; y b) gestión documental y archivos, es decir, el nivel de avance del ente en la implementación de un sistema de gestión documental y archivos.

Y es así, como una vez fue practicada esta evaluación, conforme a dichos parámetros, los resultados de la evaluación fueron medidos a través de calificaciones, cuya nota mayor fue diez. Siendo el resultado de la misma, reflejado en un cuadro diseñado de la siguiente manera:

Cuadro de calificaciones por institución pública

Posición	ENTE	GLOBAL	TA	GDA
1	ISBM	8.57	7.98	9.15
2	CNR	8.21	8.37	8.05
3	FSV	7.78	8.01	7.55
4	FOSALUD	7.64	7.83	7.45
5	DC	7.54	8.07	7.00
6	BCR	7.40	6.54	8.25
7	FOPROLYD	7.36	6.05	8.67
8	IPSFA	7.29	6.65	7.92
9	ISDEM	7.14	7.26	7.02
10	CSJ	7.03	6.33	7.73
11	FISDL/FINET	6.93	7.25	6.62
12	ANDA	6.82	7.20	6.43
13	INSAFORP	6.72	4.94	8.50
14	MTPS	6.66	6.10	7.21
15	ISSS	6.62	8.28	4.95

16	LNB	6.45	5.60	7.30
17	SIGET	6.40	5.30	7.50
18	CAJA MINED	6.38	8.55	4.20
19	AAC	6.25	6.24	6.25
20	INPEP	6.19	4.87	7.51
21	MINEC	6.17	6.40	5.94
22	MINEDUCYT	6.00	4.21	7.78
23	AMP	5.98	5.19	6.77
24	FOSAFFI	5.97	5.44	6.50
25	DNM	5.97	3.78	8.15
26	PROESA	5.92	6.43	5.40
27	CEFAFA	5.89	4.67	7.10
28	MAG	5.88	6.70	5.05
29	ISNA	5.82	6.63	5.00
30	ILP	5.78	4.86	6.70
31	MRREE	5.72	4.18	7.25
32	CORSAIN	5.70	4.77	6.62
33	CNJ	5.68	5.15	6.20
34	ANSP	5.57	5.01	6.12
35	BANDESAL	5.53	3.30	7.75
36	FOSEP	5.52	5.34	5.70
37	SC	5.45	4.80	6.10
38	MH	5.44	4.79	6.08
39	INJUVE	5.41	4.74	6.07
40	CONAIPD	5.40	5.80	5.00
41	DGCP	5.38	3.92	6.85
42	MINSAL	5.36	6.49	4.23
43	CEPA	5.33	4.87	5.79
44	MOPT	5.27	6.49	4.05
45	CSC	5.26	6.73	3.78
46	CONSAA	5.14	5.67	4.60
47	IEESFORD	5.24	5.57	4.63
48	CONNA	5.10	3.97	6.22
49	SSF	5.05	4.43	5.67
50	PR	5.04	5.49	4.58
51	CNE	5.01	4.92	5.10
52	PDDH	4.92	6.41	3.42
53	ENA	4.80	8.14	1.45
54	CONAMYPE	4.79	6.43	3.15
55	MARN	4.77	4.89	4.65
56	CENTA	4.76	3.44	6.07
57	ISDEMU	4.74	4.78	4.70
58	FONAT	4.71	5.01	4.40

59	OPAMSS	4.70	3.38	6.02
60	FONAVIPO	4.64	3.23	6.05
61	RNPN	4.63	5.66	3.60
62	UTE	4.61	7.02	2.20
63	TEG	4.56	2.86	6.26
64	IGD	4.52	5.03	4.00
65	CCR	4.45	3.89	5.00
66	MITUR	4.40	3.29	5.50
67	ISRI	4.34	2.93	5.75
68	MICULTURA	4.27	4.12	4.42
69	DGME	4.26	2.92	5.60
70	CEL	4.23	3.49	4.97
71	INDES	4.14	5.22	3.05
72	FGR	3.93	4.09	3.77
73	FOSOFAMILIA	3.82	3.07	4.57
74	TSE	3.82	5.39	2.25
75	INSAFOCOOP	3.57	3.79	3.35
76	FONAES	3.57	2.84	4.30
77	CSSP	3.52	3.89	3.15
78	PGR	3.44	6.87	0.00
79	UES	3.26	2.95	3.57
80	MJSP	2.97	1.93	4.01
81	FOVIAL	2.97	3.13	2.80
82	ISTA	2.77	5.53	0.00
83	CNC	2.69	4.22	1.15
84	AL	2.67	2.46	2.87
85	CIFCO	2.57	5.14	0.00
86	VMT	2.55	5.09	0.00
87	CONAB	2.23	3.35	1.10
88	TSC	2.21	1.77	2.65
89	PNC	2.15	1.75	2.56
90	CVPCPA	2.08	2.43	1.72
91	MIGOBDT	1.95	3.89	0.00
92	MDN	1.72	3.43	0.00
93	ISTU	1.70	3.40	0.00
94	CORSATUR	1.42	0.07	2.77
95	IGSP	1.38	0.00	2.75
96	FANTEL	1.27	0.33	2.20
97	INFOD	0.17	0.33	0.00

En esta Evaluación, puede advertirse que aún persisten problemas en la implementación de la LAIP, ya que fue señalado lo siguiente: “De los resultados obtenidos se observa que luego de 3 procesos de evaluación, aún hay instituciones que son renuentes al cumplimiento de las obligaciones de transparencia que establece la LAIP, no solo en el componente de publicación de información oficiosa, sino en el tema de gestión documental y archivos”¹⁷⁹.

Y con esta evaluación, el IAIP llegó a las siguientes conclusiones: “Las obligaciones de transparencia deben ser cumplidas por las instituciones públicas con la periodicidad que establece la LAIP y los lineamientos emitidos por el IAIP, no solo en períodos previos a una evaluación del desempeño; con ello, se garantiza el derecho de acceso a la información de la población. -En los portales de transparencia, se debe mantener a disposición de la ciudadanía la información que se genera periódicamente por la institución, la cual debe estar completa según los elementos requeridos por cada tipo de información, y en los formatos exigidos, permitiendo su procesamiento a los usuarios. -En gestión documental y archivos, las instituciones deben adoptar las medidas necesarias para subsanar las observaciones realizadas por el IAIP a través de todos los procesos de evaluación llevados a cabo. (...). -Es indispensable que los titulares, Oficiales de Información, Oficiales de Gestión Documental y Archivos, y encargados de las unidades generadoras, identifiquen cuáles son sus funciones dentro de la institución en el tema de transparencia, y se adquiera el compromiso institucional que permita mejorar el nivel de cumplimiento de este tema. -Finalmente, a casi nueve años de la entrada en vigencia de la ley, aún hay instituciones renuentes al cumplimiento de las obligaciones de transparencia, inclusive cuando han sido parte de los entes evaluados en más de una ocasión. -Es urgente que las autoridades tomen cartas en el asunto y se realicen las acciones necesarias para mejorar esta situación, no

¹⁷⁹ Instituto de Acceso a la Información Pública. “Informe de evaluación de transparencia 2017-2019”. 2020. Consulta realizada el 01 de febrero de 2021 en <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/iaip/documents/informes-exigidos-por-disposicion-legal>

solo por el tema de la calificación de la evaluación, sino para no vulnerar el derecho de acceso a la información de la ciudadanía”¹⁸⁰.

Una de las novedades señaladas en esta evaluación fue la posibilidad de reportar infracciones cometidas por parte de los entes evaluados, que fueran descubiertas durante la evaluación, con el fin de iniciar los procedimientos sancionadores correspondientes.

Entonces, como puede observarse, existen muchos aspectos concordantes, al momento de realizar evaluaciones en cualquier lugar del mundo, con respecto al respeto que en cada país o región se brinda al DAIP, constituyendo probablemente, un reto mayor que su reconocimiento legal, las medidas que de forma concreta vuelvan efectivo el ejercicio de este derecho por parte de todos los habitantes de un país.

Podemos concluir entonces, que los resultados de cualquier tipo de evaluación o análisis nunca reflejará totalmente el grado de cumplimiento de las normas regulatorias del DAIP, sino que constituyen una aproximación al compromiso de los distintos países o diferentes instituciones con el correcto ejercicio del derecho de acceso a la información pública en función de los estándares internacionales.

Sin embargo, estas mediciones, tanto internacionales, como nacionales, o locales, permiten establecer parámetros de mejoras para las instituciones, con respecto al nivel de cumplimiento de las leyes, y para los países, del nivel de compromiso que existe con respecto a la transparencia y por ende, el combate a la corrupción.

¹⁸⁰ Estas conclusiones, señaladas en el mismo “Informe de evaluación de transparencia 2017-2019. Instituto de Acceso a la Información Pública”, permiten confirmar que aún con la creación de la Ley de Acceso a la Información Pública, es necesario que las instituciones públicas adquieran un compromiso serio para el cumplimiento de las obligaciones plasmadas en dicha ley, pues muchas de ellas aún no cumplen cabalmente con las mismas.

3.6 CORRUPCION EN EL SALVADOR

Siendo la corrupción, un fenómeno mundial, que afecta a diferentes esferas en casi la totalidad de países del mundo, El Salvador no es la excepción, ya que, al realizar un breve repaso por nuestra historia, puede observarse abuso de las facultades de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, para obtener un beneficio personal.

En este país, como en el resto del mundo, conjuntamente con la evolución del Estado Democrático, las prácticas de corrupción cometidas por las personas que en determinado momento acceden al poder, es algo que no solamente es visto como natural, sino también inevitable para el desarrollo normal de las instituciones desde las que se ejerce el poder público¹⁸¹.

En muchas ocasiones, estos abusos se encuentran vinculados a la falta de información por parte de las distintas instituciones y que la mantienen en secreto para evitar ser parte del escrutinio público, situación que genera la desconfianza de la población en general, tanto en las instituciones públicas, como en las figuras que representan las mismas.

En El Salvador a lo largo de la historia, la corrupción arraigada a las personas de turno en el poder, ha recorrido diferentes etapas; como la época de la dictadura militar, en la que corrupción, fraudes electorales y el uso instrumental del Estado eran la regla general;¹⁸² el conflicto armado, en el que la profunda corrupción era solo una de las múltiples violaciones a derechos humanos producida; y con posterioridad a la firma de los Acuerdos de Paz, que propicia la aspiración a un

¹⁸¹ Diferentes estudios realizados por organizaciones no gubernamentales, artículos periodísticos y más, señalan el grave problema de la corrupción en el país, algunos ejemplos encontrados en: <https://www.dw.com/es/corrupci%C3%B3n-en-el-salvador-avances-y-retrocesos/a-43611310>; <https://www.ujmd.edu.sv/investigacion-sobre-la-percepcion-de-la-corrupcion-en-el-salvador/>; https://elfaro.net/es/201705/ef_academico/20428/El-Salvador-caso-ejemplar-para-el-an%C3%A1lisis-de-la-corrupci%C3%B3n.htm; entre muchos otros. Consultas realizadas el 01 de febrero de 2021.

¹⁸² Oscar Martínez Peñate, *“El Salvador del Conflicto Armado a la Negociación”*, (San Salvador: Editorial Nuevo Enfoque, 1997), 110.

verdadero Estado democrático y representativo, cobrando mayor fuerza el tema de la corrupción, con la publicación y discusión en los medios de comunicación de ciertos casos de funcionarios públicos y como estos no se sometían a la acción de la justicia¹⁸³.

Sumado a esto se comienza a dar relevancia a los índices de percepción de la corrupción, elaborados por Transparencia Internacional¹⁸⁴, en los cuales El Salvador nunca ha sido bien evaluado¹⁸⁵. Encontrando diferentes reproches en estos Informes Anticorrupción, pero entre los principales se encuentran, la necesidad de prestar mayor atención al régimen de sanciones y las excepciones al principio de acceso a la información pública.

Durante muchos años la población de El Salvador ha sido testigo de la falta de información pública que permita evidenciar y también investigar posibles hechos delictivos, vinculados con la corrupción, por parte de funcionarios públicos; y que se da a conocer muchos años después, lo cual provoca dificultades al momento de recolectar las pruebas necesarias para que estos casos sean conocidos por el sistema de justicia.

Se plantea por ejemplo, que en El Salvador han operado diferentes mecanismos de secretividad en la Administración Pública, operando precisamente en el plano de la delincuencia económica, con diferentes niveles de profundidad y con un

¹⁸³ Por ejemplo, la denominada partida de gastos secretos o reservados, que fue una costumbre administrativa generalizada durante muchos períodos presidenciales, además que todo compromiso presupuestario se acompañaba de un “devengo” que suplía la documentación de respaldo; al no existir marco legal regulatorio específico, costumbre que se adquirió durante diferentes períodos presidenciales.

¹⁸⁴ Transparencia Internacional es una organización no gubernamental, con sede en Berlín, Alemania, que promueve medidas contra crímenes corporativos y corrupción política en el ámbito internacional. Fue fundada en 1993 y publica anualmente el Índice de Percepción de Corrupción, una lista corporativa de corrupción a nivel mundial.

¹⁸⁵ Diversas evaluaciones internacionales, entre estas las realizadas por parte de Transparencia Internacional, que en el año 2015 ubicaba a El Salvador en el lugar número 72, permiten observar que la percepción en cuanto a los niveles de corrupción no arroja buenos resultados para los funcionarios públicos salvadoreños.

doble propósito: posibilitar el manejo irregular de los fondos y evitar la revelación de estos hechos.

Y en este panorama es que se produce el uso ilegal de la clasificación de gastos reservados, que generó gran polémica y discusión jurídica en su momento, al aplicarla a erogaciones que no corresponden a ciertas actividades estatales; y la opacidad en el manejo presupuestario, que se expresa por medio de la ausencia de un crédito presupuestario propio de gastos reservados, para ocultar el destino de las asignaciones para este tipo de erogaciones.

Continuando también, con controles viciados por la Corte de Cuentas, por ejemplo, y el silencio del sistema financiero, en el uso de cuentas bancarias y la movilización de dinero en efectivo para extraer fondos de la Presidencia.

Con lo que se puede observar, que precisamente la secretividad, o la falta de mecanismos eficaces de acceso a la información pública, en conjunto con una red organizada de criminalidad económica, realizando actos de corrupción, propiciaron en el país, graves consecuencias, las cuales hasta la actualidad continúan desarrollándose, bajo distintas formas de actuar,

Entonces, encontrándonos ante esta problemática ya más reconocida por los ciudadanos de El Salvador, se empieza a entender que lo opuesto al mal uso del poder para conseguir una ventaja ilegítima, mediante acciones realizadas fuera del escrutinio público, era el buen uso de la transparencia, concebida como uno de los pilares fundamentales del reconocimiento del DAIP.

Pues en una democracia participativa, se entiende que los titulares del poder público son los ciudadanos y que la información pública es también un bien público, por lo que los ciudadanos tienen derecho a acceder a ella, y el libre acceso a la información, es un requisito necesario para la misma. Y esto significa

que solo una ciudadanía que está bien informada sobre las intenciones y acciones de sus funcionarios electos o designados puede contribuir en forma efectiva al proceso de toma de decisiones que afecta su futuro.

Por otro lado, El Salvador ha ratificado diferentes tratados de carácter internacional sobre corrupción, en los cuales se precisan las obligaciones que deben asumirse con relación a este tema. Y de esta forma, se inicia el verdadero reconocimiento en este país de la necesidad de acceder a la información pública, hasta que en el año dos mil ocho se presenta ante la Asamblea Legislativa el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, logrando la aprobación de una normativa especial en la materia, hasta el año dos mil once¹⁸⁶.

Se determina de esta forma entonces que el acceso a la información sobre la función pública es una forma de potenciar formas de prevención técnica de la corrupción. Por lo que “actualmente se tiende a pensar que el derecho penal es el medio más adecuado para controlar la corrupción. Sin embargo, el escaso efecto de la acción del sistema de justicia penal en este campo revela sus limitaciones y la necesidad de convencer a la legislatura que deje producir una prevención basada exclusivamente en normas, tipos penales y sanciones, y potenciar otros medios, quizá mucho más efectivos, de combatir la corrupción. Entre estos medios de prevención técnica puede mencionarse, por supuesto, una promoción amplia en la cultura de la Administración Pública del derecho a la libertad de información”¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Ley de acceso a la información pública. Decreto N, 534. Diario Oficial N. 70. Tomo N. 391. Fecha: 8 de abril de 2011.

¹⁸⁷ Alfredo Chirinos Sánchez, “Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa para la Prevención de la Corrupción”, Sistema Interamericano de Información Jurídica Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica. Consultoría elaborada para la OEA; 24 de septiembre del 2000.

CAPITULO 4

LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SALVADOR

Sumario: 4.1 Límites del acceso a la información pública. 4.2 Criterios doctrinarios de los límites del acceso a la información pública. 4.2.1. Carácter prevalente del derecho de acceso. 4.2.2. Acreditación de los daños derivada de la difusión de la información. Motivación. 4.2.3. Riesgo de perjuicio real y concreto. 4.2.4. Ponderación de intereses. 4.2.5 Test del daño y test del interés público. 4.2.6 Forma de interpretación. 4.2.7 Factor temporal. 4.3 Papel de las unidades de acceso a la información y oficiales de información. 4.4. Derecho de acceso a la información pública frente a otros derechos subjetivos. 4.4.1. Límites previstos para intereses económicos y comerciales. 4.4.2 Autodeterminación informativa. Habeas data. 4.5 Información reservada. 4.5.1 Aspectos generales. 4.5.2 Seguridad nacional. 4.5.3 Tiempo de reserva. 4.5.4 Sanciones por publicación de información reservada. 4.6 Límites del acceso a la información pública a nivel internacional. 4.7 Mecanismos de control. Inadmisión de solicitud. 4.8 Mecanismos de control ante la negativa de acceso a la información pública. 4.9 Control jurisdiccional de los límites del acceso a la información pública.

4.1 LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho de acceso a la información pública casi siempre es asociado con dos temas, el primero, la transparencia, como una obligación por parte de los servidores públicos de dar a conocer los actos y documentos de su administración, especialmente el uso del dinero público, para prevenir la corrupción; y el segundo, la protección de datos, como una de las obligaciones de los Estados frente a sus habitantes.

Y frente a estos dos puntos señalados, debe precisarse que ninguna normativa reguladora de transparencia y acceso a información pública, debería establecer un carácter ilimitado al derecho de acceso a la información pública, ya que si así fuera, podrían verse afectados otros derechos. Y por estas razones, con el surgiendo de la normativa particular de cada país, se plantean también, los límites legales de dicho derecho¹⁸⁸.

¹⁸⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresó en la Sentencia del Caso Claude Reyes vs. Chile, que estimaba que el Art. 13 de la CADH, al estipular expresamente que “los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar

Sin embargo, estos límites, no operan tampoco de forma automática, sino que deben ser aplicados de acuerdo con ciertas reglas y elementos de ponderación establecidos previamente por la misma ley; de tal forma que así como el acceso a la información pública transita por un ejercicio intelectual del ente obligado a brindarla, en ningún caso se podrá prever una exclusión automática del derecho a la información, y por el contrario, siempre deberá justificarse porqué son aplicados.

Entonces, debido a que el acceso que tienen los ciudadanos a la información contenida en las instituciones públicas no es absoluto, antes de acceder a esta, es importante responder dos cuestionamientos directamente relacionados. Primero, ¿qué instituciones quedarán sujetas al escrutinio público? y segundo ¿qué circunstancias justificarán que una institución sujeta a hacer pública su información se abstenga?

En relación al punto sobre las instituciones que quedarán sujetas a la ley de acceso a la información; tradicionalmente las leyes de acceso a la información incluyen a todas las organizaciones públicas, pero no a las privadas. Sin embargo, esta regla ha presentado excepciones, pues algunos países han excluido de esta obligación a ciertas instituciones o empresas pertenecientes al Estado, que desempeñan actividades comerciales; por argumentar que se encuentran sometidas a la disciplina del mercado y una exigencia de mayor transparencia podría colocarlas en una situación de desventaja comercial. Pero estas posiciones son discutidas, debido a la posibilidad que acciones inherentes al Estado sean encubiertas por aparentes principios de confidencialidad comercial, por lo que también se ha propuesto la inclusión de estas empresas, con el objeto de evitar abusos de poder.

el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención”, por lo que siendo uno de los antecedentes más remotos del reconocimiento de este derecho, ya establece limitaciones a este derecho.

En el caso de El Salvador, la LAIP establece en el Art. 7 los entes obligados a brindar información pública, señalando expresamente entre estos, las Sociedades de Economía Mixta¹⁸⁹ y las personas naturales o jurídicas que manejen recursos o información pública, estableciendo que su obligación recae únicamente en la información relacionada con la administración de fondos públicos o relacionada con la función conferida.

En cuanto al segundo punto, sobre las circunstancias que justifican que un ente sujeto a hacer pública su información, se abstenga de dicha obligación; es prácticamente unánime el señalamiento que todas las leyes reguladoras del DAIP prevén ciertas excepciones y limitan el derecho de acceso a la información.

Y además, existe cierto consenso en cuanto a la definición de las excepciones, para el caso de conflicto entre el DAIP y el derecho a la privacidad, la intimidad y la confidencialidad comercial; no así en el caso de las excepciones relativas a los intereses del Estado, que son los que generan más polémica, ya que algunos autores¹⁹⁰ sostienen que ciertas excepciones son tan amplias que permiten a los gobiernos evadir la responsabilidad y socavan la competencia de los ciudadanos para ejercer sus derechos de participación política; generando mayores conflictos el tratamiento que se le da a la información referente a las deliberaciones internas de las políticas de gobierno o del manejo de las instituciones públicas, por citar algunos ejemplos.

¹⁸⁹ Las Sociedades por Acciones de Economía Mixta, son Sociedades Anónimas en las que participan el Estado, el municipio o las instituciones oficiales autónomas en concurrencia con particulares, y su objeto es la explotación o la prestación de un servicio público. Estas surgen con la Ley sobre la Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta, por Decreto Legislativo publicado en el Diario Oficial No. 43, Tomo No. 174, de fecha 4 de marzo de 1957.

¹⁹⁰ En el libro editado por la Dra. Laura Neuman, "*Acceso a la Información, la llave para la democracia*", (Estados Unidos de Norte América, noviembre de 2002), que constituye un esfuerzo del Centro Carter, por recopilar experiencias y capacidades de muchas personas, para combatir la corrupción y aumentar la confianza pública en los gobiernos; se señalan algunos aspectos problemáticos en la región latinoamericana, al momento de establecer límites del derecho de acceso a la información pública.

En conclusión, las excepciones del acceso a la información pública constituyen límites a un derecho humano, ya que restringe su ejercicio, y si bien todos los derechos humanos deben de tener límites para que no trasgredan otros derechos humanos o bienes básicos de los ciudadanos, estos deben de ser solamente los estrictamente necesarios para la sana convivencia de todos.

Por lo que sí resulta necesario que existan límites del acceso a la información pública, pero estos deben cumplir con todos los parámetros necesarios, basados en los siguientes aspectos, expuestos por Ernesto Villanueva:

“a) Los sujetos que deben informar son administradores de la información de la sociedad que hace las veces de proveedor informativo. Gran parte de la información en poder de las entidades públicas proviene de la propia sociedad a la que gobierna.

b) Los sujetos que deben informar son retribuidos íntegramente con cargo a las contribuciones de las personas. Todo lo que hace el Estado es en nombre y por cuenta de las personas que representa. Por esta razón, las personas que fungen como proveedores informativos y económicos tienen derecho a saber lo que pasa con sus recursos pecuniarios e informativos, para ejercer un adecuado control de fiscalización ciudadana.

c) Es legítimo que, por excepción, algunos registros públicos permanezcan en secreto durante un período de tiempo determinado, o bajo modalidades especiales de acceso, a efecto de proteger los propios intereses legítimos de la sociedad, de sectores de ella, o de sus miembros individuales”¹⁹¹.

Además, a CIDH ha sentado ya postura al respecto, explicando que las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad

¹⁹¹ Ernesto Villanueva, “*Derecho de la Información, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*”. (Quito, Ecuador: Editorial Quipus CIESPAL, Cuarta Edición, 2008), 130.

democrática, lo que depende que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo y que la carga de la prueba de las posibles restricciones a este derecho se encuentra en manos del Estado, por lo que toda limitación que impida a los ciudadanos ejercer su derecho de acceso a la información debe sujetarse a un control debidamente establecido¹⁹².

Por su parte, el IAIP, también se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, respecto a los límites de este derecho, señalando que el DAIP no es ilimitado, sometándose a restricciones fundadas en una disposición legal anterior, de interpretación restrictiva, bajo razones justificadas que respondan a un interés superior o a un posible perjuicio directo o inminente para el Estado, persona o personas determinadas, y sujeta a reserva.

También, ha señalado que la limitación o restricción de un derecho implica la modificación de su objeto o sujetos, lo cual resulta en una obstaculización o impedimento para su ejercicio con una finalidad justificada, desde un punto de vista constitucional. Esta a su vez, solo es susceptible de ser realizada por la propia Constitución o por una ley en sentido formal; es decir, por una fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa¹⁹³.

Por lo que queda claro que la limitación de este derecho solo puede darse, al cumplirse con el supuesto de reserva legal y bajo parámetros definidos expresamente y con anterioridad, por una ley.

¹⁹² Diversas resoluciones de la CIDH hacen referencia a la necesidad de límites en el derecho de acceso a la información pública, entre estas: Caso Eduardo Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 54; Caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No.135, párr. 79; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 35; Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72.a).

¹⁹³ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 2-ADP-2017 de fecha 24 de marzo de 2017; Ref. 45-ADP-2017 de fecha 21 de septiembre de 2017; Ref. 2013-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017; y Ref. 54-ADP-2017 de fecha 29 de noviembre de 2017.

Y además, que el DAIP no es ilimitado, ya que si bien la fórmula normal de actuación de la Administración Pública debe tender a permitir el acceso a la información permanente, concreto y efectivo; cualquier limitación debe fundarse en una disposición legal anterior, de interpretación restrictiva, que especifique el tipo de información y la duración de la restricción y, que, desde luego, sea conforme a la Constitución; así como a razones justificadas que respondan a un interés superior o a un posible perjuicio directo o inminente para el Estado, persona o personas determinadas¹⁹⁴.

4.2 CRITERIOS DOCTRINARIOS DE LOS LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Como ya fue mencionado, doctrinariamente existe cierto consenso al momento de determinar los límites de acceso a la información pública, por lo que algunas cuestiones generales a considerar cuando se invocan los límites dirigidos a retener la información pública solicitada, son los siguientes:

4.2.1. Carácter prevalente del derecho de acceso

Una de las cuestiones generales a considerar es el carácter prevalente del derecho de acceso a la información y como este constituye la regla general ante una solicitud de información, puesto que la ley consagra la prevalencia del derecho subjetivo a obtener la información y correlativamente el deber de entregarla, salvo que concurran causas justificadas que limiten tal derecho.

En España, por ejemplo, se establece que “todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en la ley, de tal forma que los límites a tal acceso han de motivarse, interpretarse y aplicarse de modo razonado, y restrictivo, tomando en consideración el denominado test de daño, es

¹⁹⁴ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 196-A-2014 de fecha 25 de febrero de 2015; Ref. 194-A-2014 de fecha 09 de marzo de 2015.

decir, determinando el perjuicio que el acceso a determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la limitación”¹⁹⁵.

Entonces, siendo la información pública, propiedad de los ciudadanos, pero en poder de los sujetos obligados a informar por disposición de ley, es excepcionalmente que se puede admitir que haya registros públicos, de manera temporal, fuera del conocimiento de la sociedad. Por tanto, el acceso a la información siempre será la regla general, configurado de manera amplia, y los límites, la excepción.

4.2.2. Acreditación de los daños derivada de la difusión de la información. Motivación.

Como ya se mencionó, la posibilidad de limitar el DAIP no constituye una potestad discrecional por parte de la entidad a la que se le solicita información, pues se trata de un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos por la ley. Por lo que los límites no deben operar cuando quien los invoca no justifica los motivos por los que facilitar la información solicitada puede suponer un perjuicio específico.

Es decir, que lo primero que debe abordarse, al establecer límites de este derecho, es la acreditación de daños derivados de la difusión de la información, lo que significa que en caso de duda acerca de la existencia de un obstáculo, se impone la exigencia de acreditación que el acceso a la información supone un perjuicio, así como que la existencia de los mismos debe ser acreditada de forma que se constate la derivación del consecuente perjuicio.

¹⁹⁵ Red de Entidades Locales por la Transparencia y participación ciudadana. Federación Española de Municipios y Provincias. “*Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*”, (Navarra, España: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2017), 49.

Como ejemplo, en España encontramos que la aplicación de los límites se articula como un proceso argumentativo que se despliega en tres fases que son las siguientes:

“En primer término, debe constatarse que los contenidos o documentos a los que se quiere acceder inciden realmente en la materia definitoria del límite en cuestión; acto seguido, ha de identificarse el riesgo de un perjuicio concreto, definido y evaluable en el supuesto de concederse el acceso, así como argumentarse la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada; y finalmente, una vez superado este test, aún habría de determinarse, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si los beneficios derivados de la evitación del perjuicio han de prevalecer sobre los intereses públicos o privados que pueda conllevar la difusión de la información”¹⁹⁶.

En el caso de nuestra legislación, la LAIP señala en su Art. 21 que al momento de clasificar una información como reservada, es decir, sometida a uno de los límites del DAIP, debe motivarse la resolución acreditando cada uno de los aspectos que llevaron a esa conclusión, y sobre todo, los posibles daños a ocasionarse si se llegara a divulgar la información.

4.2.3. Riesgo de perjuicio real y concreto

Debe identificarse al momento de clasificar determinada información pública como reservada, que el riesgo de cualquier perjuicio que se argumenta sea concreto, definido y evaluable, en el supuesto de concederse el acceso a la información solicitada, así como analizar si existe una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Estas fases fueron establecidas por el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, España, (CTPDA), en Resolución 81/2016, del 3 de agosto de 2016. Consulta realizada el 29 de abril de 2021 en <https://www.ctpdandalucia.es-files-res-081-2016>

¹⁹⁷ Red de Entidades Locales por la Transparencia y participación ciudadana. “*Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*”, 52.

Razón por la que al hablar de un posible perjuicio si se accede a proporcionar cierta información, al momento de argumentarse el mismo, este debe ser señalado de tal forma, que sea razonablemente previsible y no se trate solo de un riesgo hipotético.

4.2.4. Ponderación de intereses

Tal como lo explica Luis Castro Vizcarra: “las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo y que la carga de la prueba de las posibles restricciones a este derecho se encuentra en manos del Estado. En otras palabras, toda limitación que impida a los ciudadanos ejercer su derecho de acceso a la información debía sujetarse a un control en el marco del test de proporcionalidad”¹⁹⁸

La aplicación de los límites debe ser justificada y proporcional a su objeto y finalidad de protección, atendiendo las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que los justifique.

Deben ponderarse los intereses concurrentes en una situación determinada, es decir, los intereses a los que favorecería la divulgación de los documentos de que se trate, por una parte, y los que esa divulgación amenazaría, por otra¹⁹⁹. De tal forma que la decisión adoptada sobre una solicitud de acceso a esos documentos depende de cuál es el interés que debe prevalecer en cada caso concreto.

Sobre este punto, el IAIP ha señalado que para sus valoraciones debe buscarse una armonización de derechos o un saludable equilibrio mediante un sistema de

¹⁹⁸ Luis Carlos Castro Vizcarra, en *“El derecho humano de acceso a la información pública. Caso Baja California”*, (México: Tirant lo Blanch, 2021), 120.

¹⁹⁹ Existe doctrina y jurisprudencia que sostiene el test de proporcionalidad como una técnica, para definir si los límites a los derechos humanos establecidos por la ley, son compatibles con la Constitución y Tratados internacionales.

interpretación constitucional que garantice el balance entre derechos, y que esta labor de delimitar la colisión entre dos derechos en conflicto, debe efectuarse con criterio restrictivo y analizando cada caso concreto²⁰⁰.

Expresando también el IAIP que antes de hacer del conocimiento público cierta información, debe realizarse un examen de ponderación que determine hasta qué punto es razonable entregar la información, o hasta qué punto esta debe ser objeto de reserva.

Este test de proporcionalidad²⁰¹ que ha sido señalado, se refiere al principio doctrinario que nos dice que un límite a un derecho humano debe de cumplir con tres pruebas: “1. Que la restricción sea legítima, es decir constitucional; 2. Que sea racional, es decir que sea posible; y 3. Que pondere los derechos humanos, es decir que de todas las medidas que puede tomar la autoridad esta sea la que menos sacrifique el derecho en cuestión”²⁰².

4.2.5 Test del Daño y Test del Interés Público

Doctrinariamente se habla de los denominados test del daño y test del interés público, como elementos indispensables a ser evaluados en el contexto de una petición de información pública, siendo necesario establecer lo que debe entenderse por cada uno de estos²⁰³.

²⁰⁰ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resolución Ref. 051-A-2013 de fecha 24 de enero de 2014.

²⁰¹ La proporcionalidad pasó a transformarse en un principio de protección de derechos fundamentales, en virtud que con él se prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas, y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites, por ende, se trata esencialmente de un principio destinado a proteger los derechos y libertades.

²⁰² Estos son abordados con mayor profundidad por Luis Carlos Castro Vizcarra, en *“El derecho humano de acceso a la información pública. Caso Baja California”*, (Tirant lo Blanch, México, 2021), 46.

²⁰³ Para realizar un examen correcto de la existencia o no de una limitante al momento de proporcionar información pública deben realizarse los tres test, de proporcionalidad, de daño y de interés público.

Primero, el test del daño obliga a realizar una labor de ponderación, examinando su aplicación e interpretación, por la conexión del límite, con prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.

Esta ponderación opera decantando el proceso de toma de decisión en ambas direcciones, concediendo, en unos casos, y denegando en otros el acceso a la información, en función de las circunstancias concurrentes y en relación con el daño al bien jurídico protegido que pueda causar su revelación Examen por el que debe pasar toda reserva de información²⁰⁴.

Con este test se pretende garantizar el principio de máxima publicidad sin desproteger aquellos intereses y derechos en virtud de los cuales es válido restringir el acceso a la información pública, exigiéndole al funcionario el análisis y valoración de los tres elementos señalados en el Art. 21 de la LAIP, y obligando a fundamentar y motivar adecuadamente las decisiones y resoluciones en base a la ley.

En segundo lugar, una vez realizado el test del daño al caso concreto, se procede a aplicar el test del interés público, analizando si en cada caso existe un interés superior que, aun produciéndose el mencionado perjuicio, justifique el acceso a la información.

En otras palabras, la aplicación de una excepción del DAIP corresponde a un balance entre el interés público y la necesidad de mantener en reserva una información, ponderación que siempre debe ser realizada por el ente obligado a brindar la información.

²⁰⁴ De acuerdo a lo establecido en la LAIP el ente obligado debe analizar al momento de ser presentada una solicitud de acceso a la información: que la información encuadra en alguna de las causales de excepción al acceso a la información; que el acceso a la información pueda amenazar efectivamente el interés jurídicamente protegido; y que el daño que pudiera producirse con el acceso a la información fuere mayor que el interés público por conocer la información.

En este sentido, debe observarse si el beneficio que produce al interés público, la liberación de determinada información solicitada, es mayor que un supuesto perjuicio debidamente comprobado; debiendo demostrarse que la difusión de dicha información ocasione un daño cierto, específico y actual o potencial al interés jurídicamente protegido con la reserva.²⁰⁵

Es decir, que si se demuestra que la divulgación de la información causaría un daño importante a un fin legítimo deberá procederse a ella siempre que entrañe un beneficio superior²⁰⁶.

4.2.6 Forma de interpretación

En términos generales, la interpretación restrictiva de una norma jurídica se produce, cuando la interpretación que se hace de la misma, tiende a reducir su campo de aplicación que, según la letra de la misma, abarca más allá de su verdadero contenido real; se atribuye a las palabras de la norma interpretada un alcance más reducido o restringido del que resulta inicialmente de las palabras empleadas²⁰⁷.

La forma en la que deben ser interpretadas las excepciones, en el ámbito del DAIP, siempre será de carácter restrictivo, de tal forma que se requiere, en primer lugar, que estas sean establecidas por una ley, evitando que su determinación quede a la libre discrecionalidad de las entidades obligadas, ya que la excepción debe ser expresa, y se debe considerar el interés público por conocer la información reservada.

²⁰⁵ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resolución Ref. 378-A-2016 de fecha 05 de junio de 2017.

²⁰⁶ Red de Entidades Locales por la Transparencia y participación ciudadana. Federación Española de Municipios y Provincias. *“Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública”*. (Navarra, España: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2017), 55.

²⁰⁷ Sergio Francisco de la Garza, *“Derecho Mexicano”*, (México: Editorial Porrúa, Vigésimo Sexta Edición, 2005), 66.

En este sentido, en la interpretación de las excepciones, no pueden ampliarse las causales de reserva por analogía ni por ninguna otra interpretación extensiva. Y tal como prevé el Art. 5 de la LAIP, en caso de duda sobre si la información está sujeta a una causal de reserva o de confidencialidad, debe prevalecer el criterio de publicidad.

El IAIP también se ha pronunciado al respecto, estableciendo que al aplicar la prueba de daño al interés público es necesario adoptar una interpretación restrictiva de la excepción, es decir, que “debe elegirse la opción de excepción que menos restrinja el derecho de acceso a la información pública, ya que esta debe: i) ser adecuada para el logro del objetivo; ii) ser proporcionada para el interés que la justifica, e iii) interferir lo menos posible con el ejercicio efectivo del derecho”²⁰⁸.

4.2.7 Factor Temporal

Como ya se mencionó, es excepcionalmente que alguna información pública determinada puede permanecer en secreto. Pero esto es aplicable únicamente por un período de tiempo determinado; así como también pueden producirse modalidades especiales de acceso a dicha información, con el fin de proteger intereses legítimos de la sociedad en general, de una parte de ellos, o de individuos particulares.

Debe tomarse en cuenta además, que al momento de determinarse una posible existencia de limitación del acceso a la información pública, es necesario evaluar la fase administrativa o procesal en la que se encuentre determinado asunto; con el fin de evitar posibles perjuicios en el bien jurídico a proteger en cada caso.

²⁰⁸ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 008-A-2013 de fecha 19 de junio de 2013; Ref. 005-A-2013 de fecha 26 de junio de 2013; Ref. 022-A-2013 de fecha 09 de septiembre de 2013; Ref. 139-A-2014 de fecha 05 de febrero de 2015; Ref. 378-A-2016 de fecha 05 de junio de 2017; Ref. 67, 68, 69 y 70-A-2017 de fecha 14 de agosto de 2017; Ref. 184-A-2017 de fecha 06 de diciembre de 2017.

En este sentido, la jurisprudencia española señala la no aplicación del límite, cuando la concesión del acceso a la información solicitada pueda afectar el desarrollo de las funciones, en los siguientes supuestos²⁰⁹:

“a) Cuando la investigación estuviera a punto de comenzar o en pleno proceso, sin que se hubiese tomado todavía una decisión final en base a los indicios o pruebas encontrados en la misma, de tal manera que el objetivo final de sancionar los ilícitos cometidos se vea impedido.

b) Cuando el objeto de inspección no haya finalizado. En estos supuestos, solo podrá aplicarse el límite cuando la información solicitada fuera esencial para el desarrollo de las facultades de investigación.

c) Cuando las facultades de inspección puedan verse comprometidas en procesos en curso o futuros al poder desvelar comportamientos o prácticas llevadas a cabo en las investigaciones desarrolladas por el organismo de que se trate”.

Por otra parte, en nuestra legislación, el Art. 20 de la LAIP señala que la información que sea declarada bajo reserva, solo puede permanecer así, por un periodo de siete años, que podrá ampliarse cinco años más; y que dicho período puede ser más corto, cuando las causas de la reserva desaparezcan.

Así también, se señala en el Art. 19 de la LAIP, que constituye información reservada, la que contenga opiniones o recomendaciones que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, es decir, que en los procesos de toma de decisión, el funcionario público responsable o el órgano colegiado debe hacer un ejercicio de interpretación de la norma y de argumentación que justifique y fundamente su

²⁰⁹ Las Resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España (CTBG): 208/2015, de 1 de octubre de 2015; 10/2015, de 6 de mayo de 2015 y 31/2015, de 19 de junio de 2015; señalan algunos supuestos en los que el acceso a la información pública pueda afectar otro tipo de funciones.

conclusión final, por lo que es posible que exista una fase o periodo de tiempo en el cual se vea la necesidad de intervención de asesores, correspondencia interna, etc. y mientras el proceso de toma de decisión se encuentre en esta fase, no es posible entregar esta información, aunque fuera solicitada, sino únicamente con posterioridad a la toma de la decisión, puesto que durante la deliberación interna se debe evitar la intervención de agentes externos que puedan determinar la conclusión de un proceso²¹⁰.

4.3 PAPEL DE LAS UNIDADES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y OFICIALES DE INFORMACION

Dentro de las figuras novedosas y parte indispensable del desarrollo de todo el proceso para tener acceso a información pública específica, se encuentran las Unidad de Acceso a la Información Pública y los Oficiales de Información, como sujetos de derecho que están en la obligación de suministrar información pública a los ciudadanos, en concordancia con el Principio de Publicidad

Las Unidades de Acceso a la Información Pública, señaladas en el Art. 48 de la LAIP constituyen los departamentos o entes organizacionales que deben ser creados en cada uno de los entes obligados de acuerdo a la LAIP, para manejar las solicitudes de información.

Mientras que Oficial de Información es el ente obligado que genera y administra la información solicitada, con la obligación de instruir a las unidades que resguardan la documentación para que se pueda otorgar una respuesta efectiva. Es decir que es la persona que transmitirá la solicitud a la unidad administrativa que tenga o

²¹⁰ En el mismo sentido, la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, de España (LTAIBG) exige que las causas de inadmisión, tiene la finalidad de evitar que se deniegue información que tenga relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano. Entendiendo que la exclusión del acceso a la información contenida en documentos preparatorios de la actuación administrativa tiene una doble razón de ser: por un lado, garantizar el buen funcionamiento de los servicios administrativos; por otro lado, el acceso a este tipo de documentos internos podría tener efectos perjudiciales para los procesos de toma de decisiones.

pueda poseer la información, con objeto que esta la localice, verifique su clasificación y, en su caso, le comunique la manera en que se encuentra disponible.

El Art. 50 de la LAIP enumera una serie de funciones que deben desempeñar los Oficiales de Información, entre las cuales se encuentra la de instruir a los servidores públicos de la dependencia o entidad que sean necesarios para recibir y dar trámite a las solicitudes de acceso a la información. Además, de coordinar y supervisar las acciones de las dependencias o entidades correspondientes con el objeto de proporcionar la información prevista en la ley. De tal forma que deben desempeñar una labor activa y no simplemente limitarse al traspaso de documentos, sino que debe ser una guía efectiva para las unidades administrativas²¹¹.

Ahora bien, es importante señalar que las actuaciones de los Oficiales de Información deben ser consideradas con la seriedad del caso, ya que de acuerdo al IAIP no cumplir con el mandato de designar a este servidor público, por parte del funcionario correspondiente, acarrea responsabilidad civil por dicha omisión²¹².

Pero aún más grave resulta el hecho que el Oficial de Información ya designado incumpla con las funciones establecidas, puesto que incumplir una orden de entrega de información emitida por el IAIP constituye una violación grave, pues el IAIP es el máximo intérprete de la LAIP y por lo tanto los entes obligados deben acatar las resoluciones pronunciadas y no emitir consideraciones contrarias a las mismas²¹³.

²¹¹ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones: Ref. 124-A-2017 de fecha 16 de octubre de 2017; Ref. 034-A-2017 de fecha 29 de mayo de 2017; Ref. 193-A-2017 de fecha 11 de diciembre de 2017; Ref. 193-A-2017 de fecha 11 de diciembre de 2017.

²¹² Instituto de Acceso a la Información Pública. Resolución Ref. 1-O-2013 de fecha 17 de julio de 2013.

²¹³ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resolución Ref. 3-D-2014 de fecha 28 de julio de 2014.

Y el incumplir con la decisión emanada del IAIP además de ser una segunda denegatoria de la información, podría tratarse de una denegatoria intencionada que trae como consecuencia la imposibilidad que el ciudadano utilice la información requerida para los fines que considere pertinente²¹⁴.

Debiendo recordar también, que ante el incumplimiento reiterado de brindar la información pública solicitada, el ciudadano puede iniciar el proceso administrativo pertinente en la jurisdicción contenciosa administrativa, de conformidad a la LPA.

Sin embargo, aún no se incluye en el Código Penal o en otra ley especial, una posible responsabilidad penal, por parte del Oficial de Información, ante la denegatoria que se realice de forma intencional y con el fin de evitar proporcionar información que pueda servir como prueba en las investigaciones correspondientes, sobre todo en aquellas en las que los mismos servidores públicos puedan verse involucrados, como en los casos de delitos de corrupción.

4.4. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA FRENTE A OTROS DERECHOS SUBJETIVOS

En nuestro país, el IAIP reconoce la existencia de límites a la entrega de información, y divide esta información, en reservada y confidencial. Estableciendo que “la información reservada, es aquella cuyo acceso se restringe de manera expresa de conformidad con la ley, en razón de un interés general, durante un periodo determinado y por causas justificadas; y la confidencial por otro lado, consiste en información privada en poder del Estado, cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal

²¹⁴ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 23-D-2016 de fecha 12 de junio de 2017; Ref. 22-D-2016 de fecha 12 de julio de 2017.

jurídicamente protegido, como bien podrían ser el derecho a la intimidad personal, al honor o a la autodeterminación informativa”²¹⁵.

Entonces, bajo el parámetro de información confidencial, existen límites que tienen como base intereses particulares, es decir cuando el acceso a la información pública podría generar un perjuicio para un ciudadano en singular, por afectar derechos constitucionales ya consagrados previamente.

Pero cuando la información solicitada pudiera afectar derechos o intereses de terceros, estos pueden alegarlos, y plantear la aplicación de los límites por los daños que podrían derivarse de la difusión de la información.

En estos casos, la doctrina, al igual que nuestra legislación en el Art. 24 de la LAIP, señalan que debe hablarse de CONFIDENCIALIDAD²¹⁶ de la información, y que para tal efecto deben tomarse en cuenta ciertos aspectos:

“-Debe buscarse el necesario equilibrio de forma que ninguno de los derechos en conflicto se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario; -La información cuya confidencialidad se preserva, debe ceñirse a aquella proporcionada por el particular y expresamente calificada por este como confidencial; -La declaración de confidencialidad debe decidir qué partes de las mismas son verdaderamente confidenciales y cuales otras pueden ser revisadas; - Debe tenerse en cuenta que la materia genuinamente confidencial son los secretos técnicos o comerciales; -No son admisibles declaraciones de confidencialidad de carácter global, que alcancen a la totalidad, de manera indiscriminada.”²¹⁷.

²¹⁵ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resolución Ref. 265-A-2017 de fecha 30 de noviembre de 2017.

²¹⁶ En el Art. 6 literal f) de la Ley de Acceso a la Información Pública, se define como Información Confidencial, aquella información privada en poder del Estado cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal, en razón de un interés personal jurídicamente protegido.

²¹⁷ Parámetros señalados en el libro *“Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública”*, de la Red de Entidades Locales por la Transparencia y participación

De esta forma, la información confidencial es aquella que consiste en información privada en poder del Estado cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido, es decir los datos referentes a la intimidad personal y familiar, al honor y propia imagen, archivos médicos cuya divulgación constituiría una invasión a la privacidad de la persona²¹⁸.

4.4.1. Límites previstos para intereses económicos y comerciales

En algunas ocasiones, los intereses económicos o comerciales pueden verse afectados al momento de intentar acceder a algún tipo de información pública, por lo que normalmente existe un límite plasmado en las legislaciones, que se encuentra relacionado con el carácter sensible de la información objeto de la solicitud y cuando su difusión pueda suponer un perjuicio para intereses económicos o comerciales específicos.

Es así como, los intereses económicos y comerciales en los que se puede basar la negativa del acceso a la información pública, no son sólo los intereses propios de la concreta institución a la que se solicita la información, sino que también puede recurrirse a este límite en defensa de los intereses del sector privado.

Forman parte de este presupuesto, el secreto comercial²¹⁹, que incluso supone una manifestación fundamental de los intereses comerciales protegidos. Pero no es el único tipo de información que expresamente la LAIP señala como

ciudadana. Federación Española de Municipios y Provincias, (Editorial Aranzadi, S.A.U., Navarra, España, 2017), 60

²¹⁸ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 012-A-2017 de fecha 31 de enero de 2017; Ref. 376-A-2016 de fecha 09 de febrero de 2017; Ref. 325-A-2016 de fecha 20 de febrero de 2017; Ref. 104-A-2017 de fecha 05 de julio de 2017.

²¹⁹ Los secretos comerciales, de acuerdo a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), son aquellos derechos de propiedad intelectual sobre información confidencial que pueden ser vendidos o concedidos en licencia. Y para considerarse como tal, la información debe ser valiosa desde el punto de vista comercial puesto que es secreta, conocida únicamente por un número limitado de personas, y objeto de medidas razonables para mantenerla en secreto por parte de la persona que legítimamente la controla.

confidencial, ya que en el Art. 24 literal d) de la LAIP, se establecen este y otros diferentes tipos de información sometida a secretos, considerados de tal relevancia que ameritan que los mismos sean considerados información confidencial, tal como ha sido manifestado también en distintas resoluciones emitidas por la LAIP.

Dentro de esta información se encuentra, el secreto profesional, el secreto comercial, el secreto industrial, el secreto fiscal, el secreto bancario, el secreto fiduciario y la propiedad intelectual.

El IAIP ha establecido como requisitos para considerar confidencial la información, como secreto comercial, deben reunirse los siguientes requisitos: que la información genere ventaja competitiva; que se refiera a formas de distribución y comercialización; y que se hayan adoptado los medios o sistemas necesarios para su protección²²⁰.

La jurisprudencia española, por ejemplo, establece que el secreto comercial es en sí mismo un límite clásico en la regulación de la materia de transparencia, e incluso cita ejemplos de derecho comparado en la que aparece consagrado como una auténtica restricción autónoma²²¹.

²²⁰ Algunas resoluciones del Instituto de Acceso a la Información Pública que hacen referencia al secreto comercial y sus requisitos son: Ref. 010-A-2013 de fecha 19 de julio de 2013, Ref. 234/239/243-A-2016 de fecha 29 de noviembre de 2016, Ref. 345-A-2016 de fecha 02 de febrero de 2017. Estableciendo que deben constituirse ciertos requisitos para que se pueda tener por justificada la confidencialidad. Y También encontramos la regulación a este secreto, en la Ley de Propiedad Intelectual (Decreto Legislativo No. 604, de fecha 15 de julio de 1993).

²²¹ Esto es retomado por la Resolución del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, España, (CTPDA) 120/2016, de 14 de diciembre de 2016, de conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización, y revelación ilícitas, (retomados por otros textos europeos), en la que se establece que debe entenderse por secreto comercial, la información que reúna las siguientes características: a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) tener un valor comercial por su carácter secreto; c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control.

El secreto industrial se refiere a aquellos secretos relacionados con el sector técnico industrial y con el sector estrictamente comercial de una determinada empresa, es decir, con actividades de producción, fabricación de productos, lista de clientes, proveedores, cálculos de precios, creación de sistemas de ventas, creación de campañas de publicidad, condiciones de pago e información relativa a la comercialización, distribución y venta de productos industriales o servicios, que tengan un valor comercial, con carácter confidencial, y que le signifique al poseedor obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros²²².

Por otro lado, el secreto fiscal, tal como se sostuvo por el IAIP, es concebido como un instrumento de protección al contribuyente, consistente en la obligación de reserva por parte de las autoridades fiscales en todo lo relativo a su información tributaria, como lo son sus declaraciones y datos suministrados por el propio contribuyente o por terceros, así como los que obtenga la autoridad en el ejercicio de las facultades de comprobación²²³.

El secreto bancario²²⁴, de acuerdo a nuestra legislación, constituye aquella información sobre depósitos y captaciones que reciben los bancos, que podrá proporcionarse sólo a su titular, a quien lo represente o a la Dirección General de Impuestos Internos cuando lo requiera en procesos de fiscalización, y que solo podrá darse a conocer a las autoridades a que se refiere el artículo 201 de la misma Ley de Bancos. Señalando también que este secreto bancario no puede ser obstáculo para esclarecer delitos, para la fiscalización, determinación de

²²² Tal como aparece relacionado en las resoluciones del Instituto de Acceso a la Información Pública Ref. 81-A-2014 de fecha 23 de marzo de 2015 y Ref. 060-A-2016 de fecha 29 de junio de 2016 y Ref. 340-A-2016 de fecha 22 de mayo de 2017. Y puede ser vinculado con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual (Decreto Legislativo No. 604, de fecha 15 de julio de 1993), que en el Art. 177 de la mencionada Ley, se relaciona la información que debe considerarse como secreto industrial o comercial, por lo que deberá entenderse la distinción entre ambas, en relación al rubro en el cual es manejada dicha información.

²²³ Estos aspectos son relacionados en la resolución del Instituto de Acceso a la Información Pública Ref. 148-A-2016 de fecha 25 de julio de 2016.

²²⁴ El secreto bancario se encuentra regulado en la Ley de Bancos. Decreto Legislativo No. 697, de fecha 02 de septiembre de 1999.

impuestos o cobro de obligaciones tributarias, ni para impedir el embargo sobre bienes.

Mientras que, el secreto fiduciario tiene como fin proteger la información relacionada con las operaciones de crédito que los particulares realizan en el uso del sistema financiero. Es un mecanismo legal cuyo objetivo es proteger el derecho de los particulares de mantener en total confidencialidad los detalles y la información referente a las operaciones bancarias que surgen a raíz de un fideicomiso²²⁵.

Y al presentar la propiedad intelectual como información confidencial, se refiere a que esta es un derecho de propiedad cuyo objeto son creaciones originales, las interpretaciones de dichas creaciones y determinadas producciones literarias, artísticas o científicas²²⁶.

Es así como, se vuelve necesario conciliar la transparencia de la información pública con la reserva de la difusión de determinada información específica, aquella información que pueda afectar a los intereses económicos y comerciales de entes particulares, por tratarse de secretos técnicos o comerciales, o porque tengan, con arreglo a lo que estipulan las normas correspondientes, carácter confidencial, pues los datos empresariales constituyen un elemento esencial de la libertad de empresa.

²²⁵ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 340-A-2016 de fecha 22 de mayo de 2017; Ref. 77-A-2015 de fecha 09 de julio de 2015; Ref. 101 y 102-A-2015 de fecha 07 de septiembre de 2015.

²²⁶ Las resoluciones del Instituto de Acceso a la Información Pública que hacen referencia a la propiedad intelectual son Ref. 001-A-2013 de fecha 02 de mayo de 2013, Ref. 002-A-2013 de fecha 02 de mayo de 2013, Ref. 005-A-2016 de fecha 18 de agosto de 2016, en ellas se refiere lo que constituye la propiedad intelectual y que tiene como fundamento constitucional el Art. 103 Inc. 2º Cn., se encuentra regulada en la Ley de Propiedad Intelectual (Decreto Legislativo No. 604, de fecha 15 de julio de 1993) y el Reglamento de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual (Decreto Ejecutivo No. 35, de fecha 28 de septiembre de 1994). Y se encuentra protegida en diferentes Tratados Internacionales y en los Arts. 226, 227, 227-A, 227-B, Y 227-C del Código Penal.

4.4.2 Autodeterminación Informativa y Habeas Data

El derecho a la vida privada o a la intimidad personal es en principio, uno de los límites clásicos del derecho de acceso a la información pública, que será aplicable cuando no existan intereses de orden colectivo que justifiquen de manera legítima una intrusión en este derecho personalísimo.

Este derecho a la vida privada consiste en la “prerrogativa que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por ninguna persona o entidad, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. El bien jurídicamente protegido de este derecho está constituido por la necesidad social de asegurar la tranquilidad y la dignidad necesarias para el libre desarrollo de la personalidad humana, con miras a que cada uno pueda llevar a cabo su proyecto vital”²²⁷.

La gran mayoría de legislaciones alrededor del mundo, disponen como límite al DAIP, el derecho a la vida privada²²⁸, el cual, en nuestra LAIP, se encuentra protegido en el rubro de información confidencial, en el Art. 24.

De esta forma, el acceso a la información pública y la autodeterminación informativa constituyen derechos protegidos por el denominado Habeas Data, que garantiza el derecho de preservar la información privada, aquellos datos de carácter personal²²⁹. Mientras que con el derecho a la intimidad se protege el

²²⁷ Villanueva, “*Derecho de la información, doctrina, legislación, jurisprudencia*”, 130

²²⁸ Como ejemplo, la Constitución de Perú establece claramente la autodeterminación informativa, al señalar que “toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Es decir, que en el derecho peruano, el Hábeas Data es restringido en algunos aspectos, pues no permite la rectificación o supresión de datos personales, solo impide el suministro a terceras personas; pero es amplio en otros aspectos porque faculta obtención de información (personal o pública) a través este recurso constitucional.

²²⁹ Se entiende por DATOS PERSONALES, toda información privada relativa a una persona física identificada o que pueda ser identificada a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados, relativa a su nacionalidad, domicilio, patrimonio, dirección electrónica, número telefónico, u otra análoga. Y por DATOS SENSIBLES, aquella información que se considera relevante o trascendental, ya sea que esté relacionada con la noción de una expectativa razonable de

derecho que toda persona tiene a la vida privada, es decir que otorga la facultad de rechazar jurídicamente las intromisiones ilegítimas en la vida íntima de cada persona.

Según Enrique Falcon, se llama *habeas data*, a “un remedio urgente para que las personas puedan obtener: a) el conocimiento de los datos referidos a ellas y de su finalidad, que consisten en registros o bancos de datos públicos y privados; y b) en su caso exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos”²³⁰.

De esta forma, el *habeas data* y derecho de protección de datos personales tienen vinculación con el acceso a la información pública. Por un lado, se configuran como límite importante al acceso a la información pública; y por el otro lado, este derecho de autodeterminación informativa supone el derecho de controlar los datos de los que dispone la administración sobre cada una de las personas.

En este sentido, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos de datos y en caso afirmativo, obtener información sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado, debiendo poder verificar que autoridades públicas o que particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos.

El *habeas data* presenta perfiles diferentes en las diversas regiones del mundo, destacando la protección de la Unión Europea, con altos estándares internacionales para la protección de la privacidad, en relación con el tratamiento de datos de carácter personal.

privacidad; y son los que corresponden a una persona en lo referente al credo, religión, origen étnico, filiación o ideología política, preferencias sexuales, salud física y mental, situación moral o familiar y otro tipo de información íntima de similar naturaleza o que pudieran afectar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

²³⁰ Enrique M. Falcon, *“Hábeas Data, concepto y procedimiento”*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996), 23.

En la Unión Europea se establece: “1. Que el interesado tendrá derecho a recabar de la persona responsable, cuando así lo solicite, información relativa a los concretos datos de carácter personal objeto de tratamiento, así como al origen de dichos datos, a las finalidades de los correspondientes tratamientos y a los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comuniquen o pretendan comunicar dichos datos. 2. Que cualquier información que se proporcione al interesado deberá facilitarse de forma inteligible, empleando para ello un lenguaje claro y sencillo. 3. Que la legislación nacional aplicable podrá limitar el ejercicio reiterado de estos derechos, que obligaría a la persona responsable a responder múltiples solicitudes en intervalos cortos de tiempo, excepto en aquellos casos en los que el interesado haga constar en su solicitud un interés legítimo”²³¹.

Mientras que en El Salvador, la Sala de Constitucional, en la resolución de Amparo Ref. 934-2007 ²³² ha señalado ciertos aspectos importantes sobre el Habeas Data, entre estos, que “la especial función que el derecho a la autodeterminación informativa está llamado a desempeñar como

²³¹ Estos reconocimientos, son parte del texto de la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, celebrada el 5 noviembre de 2009, en Madrid España; como consecuencia del Derecho a la Intimidad, plasmada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

²³² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Proceso de Amparo Ref. 934-2007, de fecha cuatro de marzo de 2011, iniciado mediante demanda presentada el 10 de diciembre de 2007, por el señor Boris Rubén Solórzano, actuando en calidad de Presidente y Representante Legal de la Asociación Salvadoreña para la Protección de Datos e Internet (INDATA), contra actuaciones y omisiones de INFORNET S.A. DE C.V., por considerarlas lesivas al derecho constitucional a la autodeterminación informativa. En este fueron postulados tres tipos de afectaciones al derecho a la autodeterminación informativa: (i) la recopilación y comercialización de los datos personales sin el consentimiento del titular, (ii) que se impide el acceso a dicha información respecto de quien es titular, y (iii) la falta de justificación de la obtención lícita de los datos personales. Y la Sala de lo Constitucional falló entre otras cosas: -Declarar ha lugar al amparo solicitado, en virtud de un interés difuso o colectivo, por violación al derecho a la autodeterminación informativa de los titulares de los datos cuyo uso y tratamiento realiza INFORNET, S.A. de C.V.; -Ordenar a la sociedad INFORNET, S.A. de C.V. que permita a los particulares interesados el acceso a la base de datos que tiene en su poder, con el objeto de que puedan actualizar, rectificar o anular aquellos datos estrictamente personales que no constan en registros públicos –y de los que por ley tengan el carácter de reservados–; o que, constando en dichos registros, no estén actualizados; -Se abstenga INFORNET, S.A. de C.V. de utilizar y transferir a cualquier título y destino, la información que consta en su base, referida a los datos estrictamente personales, a menos que en cada caso, tenga la autorización o el consentimiento expreso de su titular, so pena de incurrir en la responsabilidad legal correspondiente.

autodeterminación y control, no solo desemboca en un ejercicio individual y privatista; las facetas o manifestaciones inconmensurables de su afectación, también generan la expectativa difusa y colectiva, y ante ello, es posible que las asociaciones o grupos de individuos puedan solicitar su protección, especialmente si la finalidad de la persona jurídica está delimitada así en sus estatutos”.

También, la misma Sala señala la necesidad que el derecho a la protección de datos cuente con un marco adecuado de normas protectoras que permitan una rápida reacción estatal ante el accionar ilegítimo, el que debe desarrollarse en dos dimensiones de control: la administrativa –principalmente– y la jurisdiccional –subsidiariamente–. Y dentro de ésta, la ordinaria primero y la constitucional después. Situación que hasta el momento no ha sido abordado por el órgano estatal encargado de la creación de una legislación al respecto.

Otros puntos abordados en la resolución mencionada son, la obligación de “no hacer” por parte del Estado y/o los particulares, en el sentido de dejar de obstaculizar el acceso a la información o dejar de divulgar la información confidencial sin consentimiento del titular; y por otro lado la obligación de “hacer” por parte del Estado y/o los particulares, frente al titular del derecho, por lo que la vulneración generará la tutela de los derechos conculcados, ordenando la realización de acciones que permitan reparar el daño ocasionado.

4.5 INFORMACIÓN RESERVADA

4.5.1 Aspectos Generales

Al hablar de los límites del derecho de acceso a la información pública, nos referimos a la limitación de un derecho fundamental²³³, y en tal sentido, existe la

²³³ Sala de lo Constitucional, en la Sentencia Inc. 60-2005, de fecha 21 de septiembre de dos mil doce; en la que la Sala se ha pronunciado al respecto, señalando que la limitación o restricción de un derecho implica la modificación de su objeto o sujetos de forma que impide o dificulta el ejercicio de las acciones, propiedades o situaciones habilitadas por el derecho afectado.

necesidad de una ley formal que contribuya a la seguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho y respecto a las facultades del Estado para restringirlo, de modo que deben prohibirse la creación arbitraria de barreras al acceso informativo mediante decisiones estatales distintas a las leyes emitidas por el Legislativo²³⁴.

Es decir, que en el caso de los límites del derecho de acceso a la información pública, se exige reserva de ley, y esta implica en principio, la prohibición de que órganos distintos a la Asamblea produzcan normas sobre la materia reservada²³⁵.

Por lo tanto, solamente la ley y ninguna otra fuente de derecho pueden determinar qué debe entenderse por información reservada y cuáles son los supuestos en que se puede proceder a dicha clasificación. Y la reserva como límite al DAIP exclusivamente puede darse bajo los supuestos que únicamente la ley puede establecer, cuyas causas deben suponer una afectación real y objetiva que vaya más allá de las personas directamente involucradas y se conecten con intereses colectivos o universalizables.

Respecto a este tipo de información, encontramos en la jurisprudencia de la CIDH un análisis respecto a la clasificación de información, en este caso ante investigaciones de delitos, “el tribunal sostuvo que cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y negar su entrega, o la de determinar si la documentación existe,

²³⁴ Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 13-2012, de fecha 05 de diciembre de 2012.

²³⁵ Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 60-2005, de fecha 21 de septiembre de 2012. En esta resolución se hace referencia a los criterios que autorizan al legislador para limitar derechos y que esta solo puede realizarse con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional. Y sólo es susceptible de ser realizada por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa, por lo que surge la reserva de ley, como una técnica de distribución de potestades normativas a favor de la Asamblea Legislativa, en relación con ciertos ámbitos de especial interés para los ciudadanos.

jamás puede depender exclusivamente del órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito”²³⁶.

En nuestra legislación, los capítulos II y III del Título II de la LAIP se refieren a las causales de restricción al acceso a la información pública, dividiendo las causales de restricción en dos tipos, que a su vez nos llevan a crear dos clasificaciones de la información pública: información reservada y confidencial²³⁷, constituyendo una de las principales diferencias, que a diferencia de la información confidencial, la reservada requiere de un acto que la declare como tal, fundamentado, motivado y sujeto a un plazo.

También, se admite que pueden existir otras causas de reserva expresas en otros cuerpos normativos, pues la LAIP lo reconoce en su artículo 110, en el que se hace una derogatoria general de toda norma que contraríe la LAIP, pero conserva en vigencia reservas legítimas como las del Código Penal, leyes procesales, etc. No obstante, las causales de reserva son taxativas y deben constar en una ley previa.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta, que la reserva de información no necesariamente abarca la totalidad de un registro público, sino puede ser que se declare reserva solo una parte, pequeña o grande, de la información en cuestión.

Y de esta forma, la segregación de información reservada constituye una herramienta adicional para acotar el alcance de la reserva a los datos y registros específicamente previstos para ese efecto, dejando fuera porciones informativas de interés público que no tienen por qué estar también reservados por el sólo

²³⁶ Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, “Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”, (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, México, 2014), 330.

²³⁷ Para esta clasificación se adoptó el modelo de la legislación mexicana que a su vez encuentra eco en otras legislaciones regionales y mundiales.

hecho de formar parte de un expediente o documento donde se encuentra la información reservada²³⁸.

Es por ello que, en principio, un rechazo de revelar la información no es justificado y, para poder denegar el pedido, deberían observarse tres condiciones: a) la información denegada debe relacionarse con un objetivo legítimo catalogado en la norma; b) el descubrimiento de dicha información debe amenazar con causar un daño sustancial a aquel objetivo; c) el daño al objetivo debe ser mayor que el interés público en contar con la información²³⁹.

En consecuencia, no toda la información en posesión de los sujetos obligados puede considerarse totalmente pública, y ello se debe básicamente a la sensibilidad de algunos datos contenidos en la información.

Y más allá que la regla fundamental sobre la publicidad de la información de naturaleza pública, el derecho a requerirla no siempre es absoluto, ya que necesariamente debe articularse con otros derechos, valores o intereses que por el bien común, también deben tutelarse.

Podemos encontrar ejemplos de los indicadores que pueden ser analizados para que cierta información se someta a reserva por parte de los entes públicos, señalados en los textos, son los siguientes:

“Información de seguridad, secreto de mercado, confidencial, estabilidad, secreto profesional; Información que contenga opiniones y/o recomendaciones producidas como parte del proceso previo al dictado de un acto o a la toma de una decisión; datos personales de carácter sensible, cuya publicidad constituya una vulneración

²³⁸ Ernesto Villanueva, *“Derecho de la información, doctrina, legislación, jurisprudencia”*, (Quito, Ecuador: Editorial Quipus CIESPAL, Cuarta Edición, 2008), 132.

²³⁹ Mariel Inés Farioli. Tesis *“La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en Argentina”*. Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Económicas. Maestría en Administración Pública. Santa Fe, Argentina, 2014), 106.

del derecho a la intimidad y/o al honor; Información que pueda poner en riesgo la vida y/o seguridad y/o salud de cualquier persona; la que pueda generar una ventaja indebida; Información que pueda causar un serio perjuicio a las actividades de verificación de cumplimiento de las leyes; Información que pueda causar un serio perjuicio a la prevención o persecución de los delitos; a la recaudación de las contribuciones; o a la impartición de justicia”²⁴⁰; entre otros.

4.5.2 Seguridad nacional

La excepción más polémica al derecho de acceso a la información pública es la relativa a las materias que pueden afectar la seguridad nacional, resultando incluso en muchas ocasiones complicado, definir lo que debe entenderse por seguridad nacional, siendo un concepto jurídico indeterminado que significa cosas distintas dependiendo del tipo de Estado que se trate.

En nuestra legislación, el Art. 4 de la Ley de la Defensa Nacional²⁴¹ establece que debe entenderse por Seguridad Nacional, “aquel conjunto de acciones permanentes que el Estado propicia para crear las condiciones que superan situaciones de conflictos internacionales, perturbaciones a la tranquilidad pública, catástrofes naturales y aquellas vulnerabilidades que limiten el desarrollo nacional y pongan en peligro el logro de los objetivos nacionales”. Como podrá observarse, es una definición bastante amplia.

Entonces, es válido preguntarse, cómo lograr que en nombre de la seguridad nacional no se lesionen derechos humanos, derechos de terceros o se confunda con la seguridad del gobierno de turno; y qué hacer para delimitar los alcances de

²⁴⁰ Estos indicadores son algunos de los señalados para ser utilizados en su índice de medición, por Mariel Inés Farioli en la Tesis “*La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en Argentina*”, Tesis de Maestría, Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Económicas. Maestría en Administración Pública. Santa Fe, Argentina, 2014.

²⁴¹ Decreto Legislativo No. 948, del 15 de agosto de 2002, publicado en el Diario Oficial No.184, Tomo 356, del 3 de octubre de 2002.

la idea de seguridad nacional, haciéndolos compatibles con un Estado democrático de derecho.

Y es ante estas interrogantes, y distintos problemas observados en atención a esta excepción del DAIP, que en mil novecientos noventa y cinco un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos, elaboró un modelo internacional denominado Principios de Johannesburgo sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información ²⁴², documento de consulta que ha sido retomado por la ONU en distintos informes y se pretende sea observado al momento de introducir en el sistema legal de los distintos países, normas sobre el acceso a la información y seguridad nacional, estableciendo directrices atendibles de técnica legislativa al momento de elaborar un proyecto de ley en materia de excepciones, como algunas bases que se deben considerar al momento de traducir en norma legal la idea de seguridad nacional.

En este documento, los principios 1.2 y 1.3 se centran en el asunto de seguridad nacional y establecen que toda restricción sobre información y expresiones que el gobierno considere que incurre en el campo de la seguridad nacional debe tener el genuino propósito y efecto demostrable de proteger un asunto legítimo de interés de seguridad nacional. Por lo que resulta indispensable su estudio y revisión al momento de tomar la decisión de declarar que cierta información pertenece al rubro de seguridad nacional.

²⁴² Estos principios fueron planteados el 1 de octubre de 1995 por un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos convocada por ARTICLE 19, Centro Internacional contra la Censura, en colaboración con el Centro de Estudios Legales Aplicados de la Universidad de Witwatersrand, en Johannesburgo; tomando como base el derecho internacional y normas relativas a la protección de los derechos humanos, y los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones. Estos Principios fueron aprobados por el Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, en sus informes a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, haciendo referencia a ellos en sus resoluciones anuales sobre la libertad de expresión todos los años desde 1996. Estos Principios, constituyen pautas que la Comisión, al igual que otros órganos internacionales, consideran para proporcionar una orientación autorizada que permita interpretar y aplicar el derecho a la libertad de expresión en diferentes situaciones.

4.5.3 Tiempo de reserva

La información reservada se encuentra delimitada con un tiempo máximo derivado de los plazos y/o eventos determinados. En las diferentes legislaciones alrededor del mundo, se puede observar que los plazos de reserva se establecen normalmente desde los cinco hasta los treinta años, sujetos a que dentro de esos plazos la información pueda revelarse si dejan de existir las condiciones particulares que motivan la reserva de la información, o por el contrario puedan solicitarse nuevos plazos de reserva si permanecen las mismas causas que originaron la clasificación.

En El Salvador la información declarada como reservada, puede permanecer así, durante siete años, de acuerdo a lo señalado en el Art. 20 de la LAIP, tiempo que puede aumentar por cinco años más o volverse más corto por la modificación de sus causas²⁴³.

4.5.4 Sanciones por publicación de información reservada

En el marco del DAIP también deben establecerse sanciones para los sujetos derecho que realizan conductas contrarias a las establecidas como debidas por la norma jurídica. Y en esto casos, son sujetos de derecho, el servidor público que tiene primariamente un deber de informar o de retener la información legal y legítimamente considerada como reservada.

Esto quiere decir que a los sujetos obligados, señalados en nuestra legislación en los Art. 7 y 8 de la LAIP, se encuentran obligados, tanto a brindar toda información pública, como a no brindar la que se encuentra dentro de los límites señalados.

²⁴³ Durante el período de reserva, el ente competente podrá reevaluar, a solicitud de parte, la información clasificada como reservada para determinar la existencia de la causal, pues al cambiar las causas de la clasificación de la información como reservada, esta vuelve a adquirir el carácter de pública y por lo tanto, debe ser entregada al solicitante.

La ley sanciona entonces, a la persona que proporciona información reservada, no a quien publica información reservada, pues en el momento en que la información sale de la esfera de control interno de la entidad y de los servidores públicos o personas encargadas de su debida custodia se convierte en información pública, pero esto únicamente si existe un interés público que justifique su difusión.

Cuadro resumen de causas de reserva de la información pública en la LAIP

Causa	Descripción
a. Planes militares secretos y negociaciones políticas del Art. 168 N. 7 Cn.	Referencia a una disposición constitucional que permite el secreto. En cuanto a la obligación del Presidente de la República de brindar información a la Asamblea Legislativa, esta puede exceptuarse cuando se trate de planes militares secretos y negociaciones políticas realizadas en sesiones secretas declaradas de tal forma anticipadamente.
b. La que perjudique o ponga en riesgo la defensa nacional y la seguridad pública.	Remitiendo a las nociones de seguridad nacional y defensa nacional que establece la Ley de la Defensa Nacional.
c. La que menoscabe las relaciones internacionales o negociaciones diplomáticas del país.	Las relaciones diplomáticas requieren en ciertos casos que las partes involucradas guarden reserva de la información para lograr acuerdos. Si la contraparte en estas negociaciones conoce toda la información, puede lograrse un acuerdo menos ventajoso para el país.

<p>d. La que ponga en peligro evidente la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona.</p>	<p>Ejemplo de este tipo de información son: información sobre testigos protegidos, que de ser revelados podrían poner en peligro a una persona; información sobre sistemas de seguridad en espacios públicos que al darlos a conocer podrían anular su efectividad y poner en riesgo a la población, etc.</p> <p>Ante un riesgo real de los derechos mencionados, la información puede ser reservada mientras el riesgo permanezca vigente.</p>
<p>e. Opiniones o recomendaciones que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, mientras no se adopte una decisión definitiva.</p>	<p>Al momento de tomar una decisión, el funcionario público responsable, debe hacer un ejercicio de interpretación de la norma y de argumentación para justificar dicha decisión, por lo que la información relativa a opiniones, correspondencia, etc. relativa a este proceso, solo puede solicitarse con posterioridad a la toma de la decisión.</p>
<p>f. La que causare un serio perjuicio en la prevención, investigación o persecución de actos ilícitos, en la administración de justicia o en la verificación del cumplimiento de las leyes.</p>	<p>Las instituciones encargadas de la prevención, investigación o persecución de actos ilícitos, pueden negar la información cuando revelarla implique un perjuicio serio, severo, grave, y capaz de invalidar la investigación o el proceso.</p>

g. La que comprometiére estrategias y funciones estatales en procedimientos judiciales o administrativos en curso.	Se refiere a aquellas argumentaciones o estrategias para asegurar éxito en los procedimientos judiciales, en la fase procesal.
h. La que pueda generar una ventaja indebida a una persona en perjuicio de un tercero.	Por ejemplo, aquella información que pueda generar ventaja de un participante sobre otro en una licitación.

4.6 LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A NIVEL INTERNACIONAL

A nivel internacional, producto de diversos estudios, encontramos muchos planteamientos similares, con respecto a aspectos básicos relacionados con los límites del acceso a la información pública.

Como ejemplo, el Convenio N.º 205 del Consejo de Europa Sobre el Acceso a Documentos Públicos²⁴⁴, considerado un estándar europeo en la materia de acceso a la información pública, en su preámbulo manifiesta que todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos.

También, de conformidad a lo establecido en el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como norma imprescindible para el abordaje del DAIP en la región, los límites al derecho al acceso a la información deben tener una finalidad legítima y deben ser establecidos por ley en forma clara y precisa, debiendo ser interpretados de manera restrictiva y estar sujetos a control judicial amplio y estricto.

²⁴⁴ Convenio del Consejo de Europa, adoptado en Tromsø, Noruega, el 18 de junio de 2009, que fue adoptado, considerando la importancia de la transparencia de autoridades públicas en una sociedad democrática y pluralista. También que el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos, proporciona una fuente de información para el público, ayuda al público a formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas, y fomenta la integridad, la eficacia, la eficiencia y la responsabilidad de autoridades públicas, ayudando así a que se afirme su legitimidad; entre otros.

Mientras que el Principio No. 8 de los Principios de Lima²⁴⁵ introdujo toda una serie de requisitos a las excepciones al acceso a la información, en la línea de lo afirmado internacionalmente, y sobre todo lo previsto en el Art. 13 de la CIDH, en relación a la necesidad, proporcionalidad, limitación en el tiempo, evitar conceptos amplios de seguridad nacional y motivación de las excepciones. Afirmando también, que las leyes limitativas deben ser claras y limitadas y que la carga de la prueba para justificar la negativa de acceso a la información debe recaer en el órgano ante el cual la información fue solicitada. Y sobre todo la necesidad de motivación de la decisión²⁴⁶.

Por su parte, en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, del año dos mil diez²⁴⁷, precisamente como modelo a seguir por los países de América, presenta en los Arts. 40 y 41, las excepciones totales o parciales a la divulgación de la información pública.

²⁴⁵ Principios de Lima, de fecha 16 de noviembre de 2000. Es un documento que es producto de un esfuerzo conjunto entre sociedad civil, organismos internacionales, expertos y otros, basados en otros documentos sobre la materia, como la Declaración de Chapultepec (1994), los Principios de Johannesburgo (1996), entre otros; al cual posteriormente se adhirieron los relatores para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU y la OEA. Consigna como Principio 8: "Excepciones al acceso a la información: Solo por normas legítimas de nivel constitucional o con rango de ley acordes con los principios que orientan una sociedad democrática, se regularán las excepciones al acceso a la información en forma limitada y siempre que sean necesarias para la protección de la seguridad nacional y/o el derecho legítimo del individuo a la intimidad. Las personas o funcionarios que no den acceso a la información solicitada deberán justificar su negativa por escrito y demostrar que ella está comprendida en el régimen restringido de excepciones. Si es requerida por el solicitante, una autoridad judicial imparcial y competente podrá revisar la validez de dicha negativa y disponer la entrega de la información. Es inaceptable que bajo un concepto amplio e impreciso de seguridad nacional se mantenga el secreto de la información. Las restricciones por motivos de seguridad nacional solo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto".

²⁴⁶ Estos mismos puntos son también abordados en las Resoluciones emitidas por la CIDH, como el Caso Claude Reyes Otros vs. Chile, de 19 septiembre 2006, que aborda como requisitos el principio de máxima divulgación; y del Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil de 24 de noviembre de 2010, que reitera la necesidad de motivar los límites de acceso a la información pública.

²⁴⁷ Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, bajo resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010. Documento preparado por un grupo de expertos provenientes de los órganos de la OEA, de los Estados miembros y de la sociedad civil, que refleja estándares internacionales y buenas prácticas del acceso a la información pública

En el Art. 40 de esta Ley Modelo, se señalan como circunstancias necesarias para estas excepciones: el daño a intereses privados (como intereses comerciales legítimos, derechos de autor y secretos comerciales, etc.); cuando el acceso genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a intereses públicos (seguridad pública, defensa nacional, elaboración o desarrollo efectivo de políticas públicas, relaciones internacionales e intergubernamentales, ejecución de la ley, prevención, investigación y persecución de delitos, elaboración o desarrollo efectivo de políticas públicas, relaciones internacionales e intergubernamentales, ejecución de la ley, prevención, investigación y persecución de delitos, procesos de examen y de auditoría, etc.); cuando permitir el acceso constituyere una violación a las comunicaciones confidenciales, incluida la información legal que debe ser considerada privilegiada. Circunstancias que en su mayoría se encuentran previstas en las legislaciones de la región.

En el caso de la jurisprudencia colombiana, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, desarrolló principios en los que se sustenta la determinación de los límites al derecho de acceso, destacando aspectos claves en el desarrollo del tema, como “la necesidad que las leyes que establezcan las limitaciones sean claras y precisas y no vagas o genéricas²⁴⁸; y la necesidad de realizar un juicio de proporcionalidad estricto cuando se invoque el carácter reservado de la información ²⁴⁹ (utilizando el marco de protección que brinda el

²⁴⁸ En la resolución Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-491/07. Bogotá, Colombia, 27 de junio de 2007 también el tribunal consideró que una ley de ese tipo “debe ser precisa y clara al definir qué tipo de información puede ser objeto de reserva y qué autoridades pueden establecer dicha reserva.”, por lo que la ley debe establecer con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla y los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas.

²⁴⁹ Tema abordado por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1025/07. Bogotá. 3 de diciembre de 2007). La Corte Constitucional, en la que se establece: (1) que al tratarse del derecho de acceso a la información debía aplicarse un *test* estricto de constitucionalidad, esto es, al momento de restringir el derecho, el Estado debía aportar razones suficientemente claras y contundentes para demostrar que la reserva era útil, absolutamente necesaria y estrictamente proporcionada para el logro de una finalidad legítima; (2) que en algunos casos la reserva del nombre de personas sí podía cumplir estos requisitos, como por ejemplo, cuando pudiera vulnerar sus derechos a la vida e integridad. En el presente caso, el tribunal entendió que la reserva no era proporcionada y necesaria.

sistema interamericano e internacional de derechos humanos a través del Art. 13 de la Convención Americana).

También se considera que “sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública -o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información- cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información”²⁵⁰.

Mientras tanto, en México se hace referencia al deber de demostrar los requisitos de causalidad y acreditación del daño para invocar el carácter reservado de un acto de trámite.²⁵¹

²⁵⁰ Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-491/07. Bogotá, Colombia, 27 de junio de 2007. Fundamento jurídico 12. Consulta realizada el 19 de abril de 2021, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-491-07>.

²⁵¹ Resolución del Consejo para la Transparencia de México, en Amparo A79-09, de fecha 18 de agosto de 2009. Consulta realizada el 19 de abril de 2021, en: http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20090706/asocfile/20090706202325/a79_09

Y en Chile, el Consejo para la Transparencia de Chile realizó un importante aporte para determinar las circunstancias bajo las cuales un antecedente o deliberación previa a una resolución, medida o política pública debía tener carácter reservado.²⁵²

4.7 MECANISMOS DE CONTROL. INADMISION DE SOLICITUD

Las causas de inadmisión de solicitudes de acceso a la información son restricciones de un derecho constitucional que deben interpretarse restrictivamente y con especial cautela, puesto que su aplicación priva de un derecho humano.

Por esta razón, la inadmisión de una solicitud de acceso a la información debe abordarse como una restricción, que precisa ser motivada de manera clara y precisa para cada supuesto concreto y evitar de esta forma violentar derechos fundamentales de los habitantes de cada país.

En el caso de España, la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, de este país, establece como causas de inadmisión a trámite de las solicitudes de acceso a la información pública las siguientes:

“1. Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general. b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas. c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de

²⁵² El 18 de agosto de 2009, el Consejo para la Transparencia de Chile En ese sentido, determinó que las autoridades que deseen invocar la causal de información reservada referente a un antecedente o deliberación previa una resolución, medida o política; tienen la obligación de demostrar que se cumplen dos requisitos: (1) causalidad entre el antecedente o deliberación previa, y la resolución, medida o política final; y (2) acreditación de un daño en sus funciones debido a la difusión de la información solicitada

reelaboración. d) Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente. e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley”²⁵³.

Por su parte, el Convenio N.º 205 del Consejo de Europa, en el Art. 5, restringe las causas de inadmisión a dos situaciones muy concretas, una petición para acceder a un documento oficial puede ser rechazada únicamente cuando, a pesar de la ayuda de la autoridad pública, la petición siga siendo demasiado vaga para permitir que el documento oficial sea identificado; o cuando la petición es manifiestamente irrazonable.

Mientras que, en El Salvador, en el Art. 74 de la LAIP se encuentran establecidas las causales de inadmisión de acceso a la información, o como se señala en dicha norma, las excepciones a la obligación de dar trámite a solicitudes de información, siendo estas las siguientes: a. Cuando éstas sean ofensivas o indecorosas; b. Cuando la información se encuentre disponible públicamente. En este caso, deberán indicar al solicitante el lugar donde se encuentra la información; c. Cuando la solicitud sea manifiestamente irrazonable.

El IAIP ha establecido también, que debe existir un control liminar de las solicitudes de información pública, un examen de admisibilidad con el propósito de determinar si estas cumplen con los requisitos establecidos en la LAIP, que debe realizarse por parte de los Oficiales de Información Pública, ante las solicitudes presentadas, con el objeto de realizar las observaciones pertinentes ante las deficiencias que puedan subsanarse, sobre todo cuando se trate de requisitos de forma²⁵⁴.

²⁵³ En el Art. 18 de la Ley 19/2013, Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, de España (LTAIBG), de 2013, se regula el procedimiento de ejercicio de este derecho, establece las causas de inadmisión a trámite de las solicitudes de acceso a la información pública.

²⁵⁴ Esta posición aparece reflejada en la Resolución Ref. 071-A-2013, de fecha 31 de octubre de 2014, del Instituto de Acceso a la Información Pública, según la cual advertir posibles irregularidades forma parte del deber de los Oficiales de Información de auxiliar a los particulares

4.8 MECANISMOS DE CONTROL ANTE LA NEGATIVA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En El Salvador, una vez presentada alguna solicitud de acceso a información pública, tal como disponen los Arts. 82 y siguientes de la LAIP, los entes obligados, a través de los oficiales de información, en las Unidades de Acceso a la Información Pública, pueden sustentar una decisión en carácter negativo.

Pero cuando el solicitante no se encuentra de acuerdo con esta negativa, estará facultado para interponer el recurso de apelación correspondiente ante el IAIP, el que según lo dispuesto en el Art. 58 de la LAIP, cuenta entre sus atribuciones con la de resolver controversias en relación a la clasificación y desclasificación de información reservada²⁵⁵.

De esta forma, al IAIP le corresponde la defensa o reacción ante la trasgresión del referido derecho, pues tiene potestad para conocer de los recursos de apelación que los interesados planteen, entre otros, por la denegación o retardación de la entrega de la información o los datos solicitados; además debe resolver las controversias relacionadas con la clasificación y desclasificación de información reservada, e imponer, si procede, las sanciones pertinentes a los servidores públicos que incurran en una infracción prevista en la referida ley.

Por otro lado, siendo el DAIP y su regulación a través de la LAIP, de data reciente, en relación con otros derechos, no se cuenta con un desarrollo demasiado extenso sobre la materia; sin embargo, se han establecido ya, aspectos básicos respecto a los límites del acceso a la información pública, como los siguientes:

en la elaboración de solicitudes, consagrado en el Art. 50 letra "c" de la LAIP. Y en resolución Ref. 4-FR-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, en el que se señala que los Oficiales de Información Pública, se encuentra obligados a realizar un examen de admisibilidad de dichas solicitudes, con el propósito de determinar si estas cumplen con los requisitos establecidos

²⁵⁵ En el Capítulo Único del Título IX de la LAIP se desarrolla el procedimiento a seguir ante el IAIP respecto a la interposición de un recurso de apelación, con cada uno de los requisitos y plazos a cumplir y se encuentra graficado en el Capítulo 2 de este trabajo de investigación.

Como todos los derechos, el DAIP tiene límites que se encuentran determinados por requisitos de contenido y formales, por lo que la denegatoria al acceso a la información deberá estar fundamentada de manera suficiente, tal como corresponde en las actuaciones de la administración pública encaminados a restringir derechos de los ciudadanos²⁵⁶.

Sin embargo, estos límites no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar previamente establecidos por el legislador, de esta manera se previene que la Administración Pública utilice discrecionalmente argumentos encaminados a negar información y que, por eso, la LAIP establece tres categorías de información: pública, reservada y confidencial²⁵⁷.

Se señala también, que las limitaciones deben obedecer a un principio de razonabilidad, y deben estar claramente definidas y delimitadas por la ley, sin que sea aceptable el establecimiento de restricciones genéricas y abstractas, debiendo imperar el principio de máxima publicidad que tiene su límite cuando existe una disposición legal anterior de interpretación restrictiva y que, conforme a la Constitución, esté justificada en razones que respondan a un interés superior o a un posible perjuicio directo o inminente para el Estado, persona o personas determinadas.

El IAIP ha delimitado que las causas que podrían limitar el DAIP deben ser objeto de un pronunciamiento fundado y singular al respecto, ya que no puede haber negativas o restricciones genéricas, sino solo referidas a casos concretos y a necesidades puntuales, bajo circunstancias muy precisas y delimitadas, tal es el caso de la información reservada, que es información pública, pero que por las

²⁵⁶ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resolución Ref. 334-A-2016 de fecha 25 de julio de 2017.

²⁵⁷ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 98-A-2014 de fecha 01 de septiembre de 2014; Ref. 200-A-2014 de fecha 03 de junio de 2015; Ref. 268-A-2015 de fecha 16 de marzo de 2016; Ref. 90-A-2016 de fecha 20 de septiembre de 2016; Ref. 369-A-2016 de fecha 06 de septiembre de 2017; Ref. 115-A-2017 de fecha 06 de diciembre de 2017.

causales taxativas contenidas en la LAIP, es posible restringir su divulgación por un plazo máximo de 7 años²⁵⁸.

Estos señalamientos, ratifican la interpretación por parte de IAIP, acorde con lo previamente señalado en Tratados Internacionales en la materia, y lo previsto por la CIDH en diversas resoluciones, sobre todo en lo relativo a la interpretación restrictiva de las disposiciones legales previas, en las que se fundamente la limitación del acceso a la información pública, que debe especificar en cuanto al tipo de información y la duración de la restricción²⁵⁹.

Por lo que puede concluirse que este derecho no es absoluto, puesto que debe ser ejercido dentro del marco del respeto de otros derechos tales como el derecho a la intimidad, autodeterminación informativa y honor, entre otros, así como en respeto a los secretos profesional, comercial, industrial, fiscal y bancario, y otros²⁶⁰.

4.9 CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS LÍMITES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Primero, es necesario señalar que en cuanto a la fuerza vinculante de las resoluciones del IAIP, se puede afirmar, que este representa un organismo de control de toda la Administración Pública, incluyendo a los tres órganos fundamentales del Estado, especialmente en lo que atañe a la transparencia de su gestión y el acceso a la información que generan, administran o tienen en su

²⁵⁸ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 013-A-2013 de fecha 16 de agosto de 2013; Ref. 015-A-2013 de fecha 09 de septiembre de 2013; Ref. 111-A-2014 de fecha 16 de octubre de 2014; Ref. 139-A-2014 de fecha 05 de febrero de 2015; Ref. 11-ADP-2016 de fecha 27 de enero de 2017; Ref. 019-A-2017 de fecha 05 de julio de 2017.

²⁵⁹ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 001-A-2013 de fecha 02 de mayo de 2013; Ref. 005-A-2013 de fecha 26 de junio de 2013; Ref. 022-A-2013 de fecha 09 de septiembre de 2013.

²⁶⁰ Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Ref. 157-A-2014 de fecha 04 de mayo de 2015; Ref. 208-A-2015 de fecha 21 de enero de 2016; Ref. 119 y 120-A-2016 de fecha 21 de julio de 2016; Ref. 10/11 y 12-ADP-2017 de fecha 17 de mayo de 2017.

poder, estimulado por medio del ejercicio democrático de la participación ciudadana en los asuntos de interés público.

Y de esta forma, de acuerdo a lo establecido por el mismo IAIP, debe reconocerse no solo la fuerza vinculante de las resoluciones que emite el mismo Instituto, sino el carácter mediático de ellas que deberían ayudar a formar una opinión pública que contribuye a establecer un Estado democrático de derecho²⁶¹.

Como se ha establecido antes, la reserva de información y la consecuente negación del acceso a ella constituye una limitación al ejercicio del DAIP y, como tal, debe ser debatida y aprobada por los representantes de quienes serán afectados por ella, en un procedimiento que precisamente debe ser público y transparente.

Para esto, ya el sistema interamericano de derechos humanos ha establecido en relación al DAIP, la necesidad de la existencia de controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas²⁶².

Posición que tiene su antecedente en lo establecido en la resolución de la CIDH del Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile, señalando que el Estado siempre debe garantizar que, ante la denegatoria de información bajo el control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita que se determine si se

²⁶¹ Fundamento en Resoluciones del IAIP: Ref. 067-A-2013 de fecha 28 de febrero de 2014.

²⁶² Principios del CJI. CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08). Principios sobre el derecho de acceso a la información (CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08). Documento elaborado en el año 2008, por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) como uno de los Órganos principales de la OEA. Cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos encargado de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y de estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los países del Continente. El Principio N. 8, afirma la garantía de recurso administrativo y, ulteriormente, judicial. "Todo individuo debe tener el derecho de recurrir cualquier negativa u obstrucción de acceso a la información ante una instancia administrativa. También debe existir el derecho de apelar las decisiones de este órgano administrativo ante los tribunales de justicia".

produjo una vulneración del derecho del solicitante de información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la información.²⁶³

En El Salvador, el diseño procesal de acceso a la información pública implica, como lo señala la LAIP, que aún bajo la premisa de la obligatoriedad de cumplimiento impuesta en la resolución de brindar cierta información, por parte del IAIP, si esta no es acatada por el ente obligado y persiste la negativa de brindar dicha información, es posible iniciar el proceso respectivo en la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo competente²⁶⁴.

Por lo que la disposición del Art. 101 de la LAIP que prevé que los particulares podrán impugnar las resoluciones negativas a sus pretensiones ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se ve derogada por lo previsto en el Art. 163 de la LPA.

En esta norma se señala que la LPA será de aplicación en todos los procedimientos administrativos, quedando derogados expresamente todas las disposiciones contenidas en Leyes Generales o Especiales que la contraríen y conforme a lo señalado en el Art. 131 de la LPA que señala que la vía administrativa se entenderá agotada, según el caso, con el acto que pone fin al procedimiento respectivo o con el acto que resuelva el recurso de apelación, independientemente de que el mismo deba ser conocido por el superior jerárquico o por otro órgano previsto por el legislador; o con el que resuelva cualquier medio impugnativo que inicialmente deba resolver el superior jerárquico, cuando dichos recursos sean previstos en Leyes Especiales.

²⁶³ Caso Claude Reyes y otros vs Chile, Sentencia de la CIDH, de fecha 19 de septiembre de 2006, en el que se considera que para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control.

²⁶⁴ Tribunales creados mediante D.L. 761. D.O. 219 Tomo 417 del 09-11-2017. Y cuya entrada en vigencia se encontraba prevista para el 31 de enero del año 2018.

Ahora bien, a lo largo de los últimos años, y frente a una discusión más abierta en relación al DAIP, por parte de particulares, organizaciones y diversos sectores del país, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, también se ha pronunciado sobre aspectos relevantes, en relación al ejercicio de este derecho, en atención a procesos de amparo e inconstitucionalidades sometidos a su conocimiento, sobre conflictos particulares o reformas legislativas realizadas por la Asamblea Legislativa, con respecto a la LAIP, y su Reglamento.

Entre estos encontramos, la resolución de Inconstitucionalidad 13-2012 ²⁶⁵, de fecha cinco de diciembre de 2012, en la que se declara la inconstitucionalidad de los Arts. 29, 73 y 75 del Reglamento de la LAIP, los cuales establecían limitaciones al DAIP que no estaban comprendidas en una ley formal, violando los Arts. 86 inc. 1°, 131 ord. 5° y 168 ord. 14° Cn. Declarando también inconstitucional por conexión, el Art. 2 del Reglamento de la LAIP, en sus definiciones de “Seguridad Nacional” y “Seguridad Política”, porque ellas se limitan a concretar o facilitar la aplicación de restricciones al DAIP que no están comprendidas en una ley formal, lo que infringe los mismos artículos antes mencionados.

Así también, durante los últimos años, se producen otros hechos que han llamado la atención pública, y han sido resueltos por la misma Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador; como el proceso de Amparo 356-2012 ²⁶⁶, contra el Presidente de la República, iniciado por la vulneración del DAIP y a la desprotección al no nombrar a los comisionados del IAIP en tiempo.

Resolución en la que fue resuelto por parte de la Sala de lo Constitucional, declarar ha lugar el amparo solicitado, contra el Presidente de la República, por existir vulneración a derechos a la protección no jurisdiccional y de acceso a la

²⁶⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Órgano Judicial, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 13-2012, de fecha 05 de diciembre de 2012.

²⁶⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Órgano Judicial, República de El Salvador. Amparo 356-2012, de fecha diecisiete de enero de 2014. En este proceso se determinó que el Presidente de la República, no cumplió con el plazo legal señalado para nombrar a los Comisionados del IAIP y que esto conllevó a una desprotección del derecho fundamental de acceso a la información pública.

información pública; y deja incluso, expedita la promoción de un proceso, por los daños materiales y/o morales ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales declarada en esta sentencia, directamente en contra del Presidente de la República.

Estos son sólo algunos ejemplos en los que se establece la importancia del DAIP y la necesidad indispensable de su reconocimiento, para la aspiración democrática en el país, por parte de los entes encargados de impartir justicia.

Ahora bien, a pesar de todo lo anteriormente expuesto, y si bien se reconoce que se han producido importantes avances en cuanto al acceso a la información pública desde la entrada en vigencia de la LAIP; existe una creciente preocupación entre las personas que de manera independiente, como periodistas o miembros de organizaciones de sociedad civil solicitan información pública a los entes obligados, y es que se percibe un creciente abuso en la aplicación de las causales de reserva por parte de las entidades obligadas por LAIP, agregando la práctica continua de declarar información como inexistente, como un mecanismo para evadir la entrega de la información²⁶⁷. Opinión que es compartida en otros artículos periodísticos y se repite cada día con mayor frecuencia.

Otro ejemplo, se encuentra en el estudio realizado por la Fundación Nacional para el Desarrollo en 2018, denominado “Manejo de los gastos reservados de la Presidencia: Hallazgos y Propuestas”²⁶⁸, en el que se hace un recuento de las irregularidades que han sido reveladas sobre la administración de fondos en la

²⁶⁷ Esta circunstancia es señalada por la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, FUSADES, “Límites al derecho de acceso a la información pública. Parte I”. Revista Análisis Legal e Institucional. No. 173 (mayo de 2015), 3. Consulta realizada el 29 de abril de 2021 en <http://fusades.org/publicaciones/LC3ADmites20al20Derecho20de20Acceso20a20la20Inforacion>. En este también se señala que de 30 apelaciones presentadas ante el IAIP por inexistencia de información, en 7 ocasiones resultó que la información sí estaba en poder de las entidades públicas.

²⁶⁸ Estudio realizado por la Fundación Nacional para el Desarrollo, FUNDE, denominado “Manejo de los gastos reservados de la Presidencia: Hallazgos y Propuestas”. Capítulo nacional de Transparencia Internacional, en agosto, 2018, elaborado por Jaime López, Rommel Rodríguez y Jessica Estrada. Consulta realizada el 29 de abril de 2021 en: www.repo.funde.org/1472/

Presidencia de la República, y por las cuales incluso ex mandatarios están siendo procesados penalmente, presentando una explicación acerca de los mecanismos que han llevado a graves irregularidades en la toma de decisiones y en la aplicación de los controles sobre la administración de gastos reservados en Casa Presidencial.

También, en diferentes artículos publicados por la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), se señalan preocupación sobre los criterios del IAIP, pues afirman que estos no son siempre consistentes, admitiendo en ciertos casos que se den prácticas abusivas²⁶⁹.

En dicho artículo se señala entre otras cosas, que el IAIP declaró como información pública, la relativa a viajes del Fiscal General de la República durante los años de 2013 y 2014, en la que se había alegado motivos de seguridad nacional, aun cuando se trataba de viajes ya culminados, pero que también, en el mismo sentido, se declaró los viajes de la Presidencia reservados, modificando de esta forma, la postura que ya había sido tomada sobre este tipo de información pública.

Siendo otro punto importante a discutir, la información de la que se dispone en la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia y de qué forma, conforme al artículo 240 de la Constitución, a esta le corresponde comprobar la veracidad de las declaraciones patrimoniales de los funcionarios públicos, establecer sanciones por no presentar las declaraciones a tiempo e informar de la existencia de indicios de enriquecimiento sin justa causa.

²⁶⁹ Temas abordados por la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, FUSADES, en artículos como el denominado “Graves retrocesos para el derecho de acceso a la información” de septiembre de 2020. Consulta realizada el 29 de abril de 2021 en <https://fusades.org/contenido/graves-retrocesos-para-el-derecho-de-acceso-a-la-informacion>

Conforme a la Ley Orgánica Judicial, a la Sección de Probidad le corresponde el manejo de información de gran importancia e interés para la ciudadanía, y para la investigación de posibles hechos delictivos, a saber, las declaraciones patrimoniales de los funcionarios a que se refiere al artículo 3 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito²⁷⁰.

De esta forma, a esta Sección le corresponde realizar una labor de carácter investigativo previo, para la probable comisión de hechos delictivos de corrupción. Circunstancia que permitió incluso el procesamiento penal de figuras importantes del quehacer político del país.

Sin embargo, y a pesar que en el 2010 la Sala de lo Constitucional estableció que es el deber del Estado de garantizar la transparencia en la actuación de los funcionarios públicos, así como la publicidad en la administración y destino de los recursos y fondos públicos; esta prerrogativa se vio afectada con la decisión adoptada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en junio de 2017, al declarar como información reservada los informes de las investigaciones de presuntos actos de corrupción de funcionarios y ex funcionarios, bajo una interpretación restrictiva de los Arts. 6 y 85 de la Constitución de la República, así como del 31 de la LAIP. Por lo que sigue pendiente la tarea de conseguir que este organismo sea capaz de cumplir con su función constitucional de manera correcta.

Es así, como todos estos aspectos señalados, y muchos otros, deberían ser discutidos jurídicamente en El Salvador, pues solo marcan el principio del camino de El Salvador, ante el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, sufriendo a lo largo de los años una serie de altibajos, que se han visto reflejados en diversas problemáticas en la aplicación de la ley, sobre todo al verse tan interrelacionada con la prevención e investigación de la corrupción en el país.

²⁷⁰ A la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia le corresponde: a) recibir las declaraciones patrimoniales de los funcionarios a que se refiere al artículo 3 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito, b) archivar las declaraciones, c) e informar a la Corte Suprema de Justicia cuando aparecen indicios de enriquecimiento ilícito de algún funcionario público.

CONCLUSIONES

1. El derecho de acceso a la información pública, ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia internacional, como un derecho fundamental y por lo tanto debe protegerse, garantizarse, respetarse y promoverse, y es así como distintas Constituciones de países latinoamericanos reconocen expresamente este derecho. Pero en el caso de El Salvador no existe disposición constitucional expresa que lo reconozca; y a pesar que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, reconoce el rango constitucional del derecho de acceso a la información pública, por vía de interpretación constitucional, de los Artículos 6 y 18 de nuestra Constitución, es decir, brindándole el reconocimiento jurisprudencial como derecho fundamental; este reconocimiento podría revertirse por la misma vía, ante una nueva interpretación de la Sala de lo Constitucional. Por lo tanto, es necesaria una reforma constitucional que de forma expresa plasme en el texto de la Constitución de El Salvador, el derecho fundamental de acceso a la información pública y de esta forma se establezcan más mecanismos para su protección.

2. Todos los derechos fundamentales deben tener límites, para que no trasgredir otros derechos fundamentales, sin embargo, estos deben ser solamente los estrictamente necesarios y bajo parámetros muy específicos. Por lo que clasificar cierta información pública como reservada o confidencial, constituye una restricción necesaria para proteger intereses legítimos de la sociedad en general, de un grupo, o de individuos particulares. Sin embargo, en El Salvador, a pesar de los avances conseguidos con la Ley de Acceso a la Información Pública, existe un problema de unificación de criterios de clasificación por parte de los entes obligados a brindar esta información, ya que, al no presentarse planteamientos más específicos sobre los límites, en la misma Ley, los entes obligados pueden declarar información reservada, bajo ciertos criterios discrecionales, volviendo posible en la práctica que mucha información pública no sea proporcionada.

3. Un aspecto importante para medir los avances de un país en relación a la transparencia, es la satisfacción de los ciudadanos al momento de solicitar y acceder a la información pública. Razón por la cual deben practicarse mecanismos de medición, evaluaciones eficaces, e imponerse medidas sancionatorias efectivas, tanto al Oficial de Información, como al Ente Obligado de acuerdo a la Ley de Acceso a la Información Pública. Y en el caso de El Salvador, los mecanismos previstos para el fiel cumplimiento de esta ley, resultan ser insuficientes para los fines previstos, lo que se evidencia en las evaluaciones internas y externas sobre el tema.

4. El Código Penal salvadoreño no establece un tipo penal específico de omisión por parte del Oficial de Información que se niegue a brindar la información pública que le sea requerida, y que de acuerdo a la Ley se encuentre obligado a proporcionar, así como al superior jerárquico que ordene no proporcionarla. Por lo que es necesaria una reforma legislativa para regular y sancionar las conductas relativas a las personas que se desempeñen como Oficiales de Información y las personas que teniendo las facultades para hacerlo, se nieguen a proporcionar información de importancia para la investigación de delitos graves, como los de corrupción.

5. El derecho a la vida privada o a la intimidad personal, constituye uno de los límites indispensables del derecho de acceso a la información pública, y al no existir una ley de protección de datos personales en El Salvador, esto repercute directamente en el ejercicio de este derecho fundamental, ya que representa problemas, tanto al momento de establecer claramente el límite entre información confidencial e información pública, como al momento de establecer la información personal correspondiente a funcionarios públicos que será clasificada como pública. Volviéndose necesario que la Asamblea Legislativa apruebe una ley de protección de datos personales, con el objeto de clarificar estos límites.

6. Considerando que existe una amplia gama de delitos económicos, que son producto de la corrupción como modalidad de la delincuencia económica, entre estos, delitos fiscales, delitos bancarios, delitos contra la seguridad social, competencia desleal, delitos contra el medio ambiente, entre otros; es de gran importancia que dentro de la Política Criminal de un país, se establezcan parámetros claros, en relación con el derecho de acceso a la información pública, para una eficaz lucha contra la corrupción, desde el ámbito de la prevención de esta, como manifestación de la delincuencia económica.

RECOMENDACIONES

1. Es necesaria una reforma constitucional que de forma expresa plasme en la Constitución de El Salvador, el derecho de acceso a la información pública, con las respectivas facultades de investigar, recibir y divulgar información, estableciendo también términos claros para la clasificación de información reservada y confidencial; ya que este derecho constituye un instrumento clave de participación democrática que contribuye a la formación de una opinión pública informada.
2. Es necesario unificar criterios de clasificación de la información, para que los entes obligados a brindar información pública pueden declarar cierta información como reservada o confidencial. Pues si se busca la apertura informativa, la transparencia y la rendición de cuentas, las causales en la norma que limiten el acceso a la información, debe ser reducida, pues con un menor número de causales de clasificación, mayor será el avance democrático del país.
3. Deben imponerse medidas sancionatorias efectivas, tanto al Oficial de Información que se niegue a brindar información pública, al funcionario público que ordene no brindarla, y al ente obligado de acuerdo a la Ley de Acceso a la Información Pública. Ya que de poco sirve tener sólidos documentos normativos si éstos no resultan ser efectivos para los fines previstos.
4. Deben establecerse en el Código Penal salvadoreño un tipo penal específico de omisión por parte de los Oficiales de Información y las personas que teniendo las facultades para hacerlo, se nieguen a proporcionar información que sea requerida de acuerdo a la ley.

5. Es necesario que la Asamblea Legislativa de El Salvador apruebe una ley de protección de datos personales, con el objeto de clarificar los límites de acceso a la información pública y señale aspectos específicos sobre la información personal de los funcionarios públicos.

6. Es necesario desarrollar en la Política de Persecución Penal de El Salvador, políticas criminales eficientes, que se enmarquen también en la prevención de la criminalidad empresarial frente a la delincuencia económica, debiendo establecer entre estas, medidas que permitan una eficacia real del derecho de acceso a la información pública, permitiendo el máximo aprovechamiento de todas las posibilidades preventivas en el marco del Derecho Penal Económico.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

A) LIBROS

1. Alcaraz Lamana, Carlos. *La investigación de los delitos económicos y relacionados con la corrupción*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2016.
2. Álvarez Undurraga, Gabriel. *Metodología de la Investigación Jurídica. Hacia una nueva perspectiva*. Santiago, Chile: Universidad Central de Chile, 2002.
3. Baena Olave, Paloma y Juan Cruz Vyera. *El acceso a la información como herramienta para prevenir y controlar la corrupción*. Santo Domingo, República Dominicana: Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública, 2010.
4. Bertoni, Eduardo y Carlos J. Zelada. *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2014.
5. Boza, Beatriz. *Acceso a la información del Estado, Marco Legal y Buenas Prácticas*. Lima, Perú: Konrad-Adenauer-Stiftunge, 2004.
6. Campos de Rivas, Yaneth Rubidia, Alicia Abigail Ríos-Lazo de Cubías, Eder Evelio Quintanilla, José Walter Polío González, Joaquín Amílcar Cárdenas Martínez. *Criterios Resolutivos del Instituto de Acceso a la Información Pública. 2013-2017*. San Miguel, El Salvador: Editorial Universidad Gerardo Barrios, 2018.
7. Cancado Trindade, Antonio Augusto. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

8. Castro Moreno, Abraham y Pilar Otero González. *El abuso de la información privilegiada en la función pública*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2006.
9. Castro Vizcarra, Luis Carlos. *El derecho humano de acceso a la información pública. Caso Baja California*. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2021.
10. Chiavenato, Idalberto. *Introducción a la Teoría General de la Administración*. México: Editorial Mc Graw Hill Interamericana, Séptima Edición, 2006.
11. Chirinos Sánchez, Alfredo. “*Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa para la Prevención de la Corrupción*”. Sistema Interamericano de Información Jurídica Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica. Consultoría elaborada para la OEA, 24 de septiembre del 2000.
12. De la Garza, Sergio Francisco. *Derecho Mexicano*. México: Editorial Porrúa, Vigésimo Sexta Edición, 2005.
13. Droguett González, Carmen Gloria. *El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2019.
14. Escobar, Guillermo. *Transparencia e Información Pública*. Madrid, España: Federación Iberoamericana de Ombudsman. XIII Informe sobre Derechos Humanos. Trama Editorial, 2015.
15. Falcon, Enrique. *Hábeas Data, concepto y procedimiento*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 1996.
16. Fernández Areal, Manuel. *Introducción al Derecho a la Información*. Barcelona, España: Editorial A.T.E., 1977.

17. Fuenmayor, Alejandro. *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*. San José, Costa Rica: UNESCO, 2004.
18. González Amuchastegui, Jesús. *Corrupción, Democracia y Responsabilidad Política*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
19. González Llaca, Edmundo. *La Corrupción, Patología Colectiva*. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2007.
20. Guevara Quintanilla, Miguel Antonio. *El derecho de acceso a la información pública y su relación con la cultura de paz*. San Salvador: Impresora Panamericana, 2017.
21. Guichot Reina, Emilio. *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2014.
22. Gutiérrez Jiménez, Paulina. *El derecho de acceso a la información pública. Una herramienta para el ejercicio de los derechos fundamentales*. México: Instituto de Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, 2008.
23. López-Ayllón, Sergio. *Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: UNAM, 2006.
24. López, Jaime. *Normas y políticas internacionales contra la corrupción*. El Salvador: Editorial Probidad, 2003.
25. Martínez Peñate, Oscar. *El Salvador del Conflicto Armado a la Negociación*. San Salvador: Editorial Nuevo Enfoque, 1997.

26. Mendel, Toby. *El derecho a la información en América Latina. Comparación Jurídica*. Quito, Ecuador: UNESCO, 2009.

27. Montoya Vivanco, Yvan, Julio Rodríguez Vásquez, Ricardo Santayana y Yvana Novoa Curich. *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

28. Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

29. Neuman, Laura. *Acceso a la Información, la llave para la democracia*. Estados Unidos de Norte América: Centro Carter, 2002.

30. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Tipologías de Corrupción*. Colombia: UNODC y Alcaldía Mayor de Bogotá, 2015.

31. Organización de Estados Americanos. *“Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa”*, Herramientas de Cooperación Jurídica. Serie: Legislaciones Modelo. Secretaria de Asuntos Jurídicos. Departamento de Cooperación Jurídica. 2000.

32. Perrine, Canavaggio, *El acceso a la información pública en el mundo. Un derecho humano emergente*. Río de Janeiro, Brasil: 7º Seminario Internacional de Archivos de Tradición Ibérica, 2011.

33. Red de Entidades Locales por la Transparencia y participación ciudadana. Federación Española de Municipios y Provincias. *Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2017.

34. Reyes Díaz, Carlos Humberto y Abril Uscanga Barardas. *Visiones contemporáneas del derecho a la información*. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch México, 2020.
35. Rico, José María y Luis Salas. *La corrupción pública en América Latina: Manifestaciones y mecanismos de control*. Miami, Florida: Universidad Internacional de la Florida, 1996.
36. Romero-Pérez, Jorge Enrique. *El derecho a la información estatal. El caso de Costa Rica*. Costa Rica: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 2006.
37. Sánchez de Diego Fernández de la Riva, Manuel. *El derecho de acceso a la información Pública*. Madrid, España: CERSA Madrid, 2008.
38. Sánchez Montenegro, Diego Marcelo. *El derecho de acceso a la información pública y su vinculación a las nuevas tecnologías de la información y comunicación*. Quito, Ecuador: Universidad del Pacífico, Ediciones Legales, 2004.
39. Sánchez Vanderkast, Egbert John. *El acceso a la información gubernamental: experiencia y expectativas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
40. Sanz Salguero, Francisco Javier. *Relación entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública dentro del marco del derecho comparado*. Chile: Universidad de Talca, Chile, 2016.
41. Soriano, Ramón. *La corrupción política: tipos causas y remedios*. Sevilla, España: Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2011.

42. Soto Gama, Daniel. *Principios generales del derecho a la información*. Toluca, México: Instituto de transparencia y acceso a la información pública del Estado de México y sus municipios, 2010.

43. Soto Lostal, Salvador. *El derecho de acceso a la información*. España: Tirant lo Blanch, 2011.

44. Szelubski, Jorge Marcelo. *La corrupción: embate a la democracia latinoamericana. Un enfoque transdisciplinario*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Belgrano, 2009.

45. Villanueva, Ernesto. *Derecho de acceso a la información en el mundo*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2006.

46. Villanueva, Ernesto. *Derecho de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica, Estudio Introductorio y Compilación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

47. Villanueva, Ernesto. *Derecho de la Información, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. Quito, Ecuador: Editorial Quipus CIESPAL, Cuarta Edición, 2008.

B) REVISTAS

1. Abramovich, Víctor y Christian Courtis. "Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público". *Cuadernos de Análisis Jurídico N°10, Serie de Publicaciones Especiales*. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, (2000): 197-203.

2. Corte de Cuentas de la República de El Salvador. "Conferencia sobre corrupción y blanqueo de capitales. Una mirada a través del jurista español Rafael Rebollo". *Revista Corte de Cuentas de la Republica de El Salvador*, N. 7 (2015): 13-23.

3. Estrella Gutiérrez, David. "Derecho de acceso a la información pública". *Revista en cultura de la legalidad*. Universidad Carlos III de Madrid. No. 6. (2014): 186-196.
4. Flores-Trejo, Eduardo. "Derecho de acceso a la información: de la fase normativa a la valoración de su impacto". *Revista del CLAD, Reforma y Democracia*, N. 35. Caracas, Venezuela. (2006): 40-97.
5. Jiménez de Arechaga, Eduardo. "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno". *Boletín de la sociedad brasileña de derecho internacional*, (1987-1989): 69-71.
6. López Eguizábal, Fidel Arturo. "Acceso a la información pública en El Salvador. ¿Derecho o Libertad de Información?". *Diálogos. Revista Académica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social*, N. 87, (2013): 1-24.
7. Peña, Saúl. "Conferencia Magistral. Reflexiones sobre la Corrupción, Patología Mental, Social, Política y Ética". *Revista de Investigación en Psicología, UNMSM*, Vol. 10, N. 1, (2007): 163-171.
8. Robles Hernández, José Guadalupe. "Corrupción y derecho acceso a la información". *Revista Ra Ximhai. Sinaloa*. México: Universidad Autónoma Indígena de México, Vol. 2, N. 3, (2006): 581-609.
9. Rowland, Michel. "Visión contemporánea de la corrupción". *Revista La hora de la transparencia en América Latina. El manual anticorrupción en la función pública*. Argentina, Granica/Ciedla, (1998): 31-42.

10. Terradillos Basoco, Juan María. “Revista Derecho Penal Económico. Lineamientos de Política Penal”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. A.C. IUS*, Vol. IX, No. 35, enero – junio, (2015): 7-36.

11. Universidad Nacional Autónoma de México. “Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana”. *Revista Mexicana de Sociología* 78, Núm. 1, México, (2016): 103-134.

12. Vera Martínez, Martín Cutberto. “El modelo de gobierno abierto en América Latina. Paralelismo de las políticas públicas de transparencia y corrupción”. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. N. 1. (2015): 85-103.

C) TESIS

1. Farioli, Mariel Inés. “La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en Argentina”. Tesis de Maestría. Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Económicas. Maestría en Administración Pública, Santa Fe, Argentina, 2014.

2. Fernández Areal, Manuel. “Introducción al derecho de la información”. Tesis Doctoral. A.T.E., Barcelona, España, 1977.

3. Hernández Godínez, Alfonso. “El acceso a la información pública Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación”. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, España, 2010.

D) LEGISLACION

NACIONAL

1. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Diario Oficial N. 234. Fecha: 15 de diciembre de 1983.

2. CODIGO PENAL DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo N. 1030. Diario Oficial N. 105. Fecha: 10 de junio de 1997.

3. DECRETO DE CREACIÓN DE LOS JUZGADOS Y CÁMARA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Decreto Legislativo N. 761. Diario Oficial N. 219. Fecha: 09 de noviembre de 2017.

4. LEY DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA. Decreto Legislativo N. 534. Diario Oficial N. 70. Fecha: 8 de abril de 2011.

5. LEY DE BANCOS. Decreto Legislativo N. 697. Diario Oficial N. 181. Fecha: 02 de septiembre de 1999.

6. LEY DE ETICA GUBERNAMENTAL. Decreto Legislativo N. 873. Diario Oficial N. 229. Fecha: 13 de octubre de 2011.

7. LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. Decreto Legislativo N. 760. Diario Oficial N. 219. Fecha: 9 de noviembre de 2017.

8. LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. Decreto Legislativo N. 856. Diario Oficial N. 30. Fecha: 13 de febrero de 2018.

9. LEY SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS. Decreto Legislativo N. 2833. Diario Oficial N. 87. Fecha: 24 de abril de 1959.

10. LEY SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES POR ACCIONES DE ECONOMÍA MIXTA. Decreto Legislativo 2336. Diario Oficial N. 43. Fecha: 4 de marzo de 1957.

11. REGLAMENTO DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA. Decreto Ejecutivo N. 136. Fecha: 01 de septiembre de 2011.

INTERNACIONAL

1. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. UE. 2000.

2. CARTA DE SANTO DOMINGO POR EL LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. OEA. 2002.

3. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION. ONU. 2004.

4. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. (PACTO DE SAN JOSÉ). OEA. 1969.

5. CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA. UE. 2009.

6. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. ONU. 1948.

7. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. ONU. 1966.

8. PRINCIPIOS DE LIMA. OEA. 2000.

E) JURISPRUDENCIA

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Claude Reyes y otros vs Chile. De fecha 19 de septiembre de 2006.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Gomes-Lund (Guerilha do Araguaia). De fecha 24 de noviembre de 2010.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Ricardo Canese. De fecha 2 de julio de 2004.

4. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1025/07. Bogotá. De fecha 3 de diciembre de 2007.

5. Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España (CTBG). Resolución, 208/2015, de 1 de octubre de 2015, Resolución 10/2015, de 6 de mayo de 2015 y Resolución 31/2015, de 19 de junio de 2015; y 147/2015, de 15 de septiembre de 2015.

6. Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, España, (CTPDA). Resolución 81/2016, del 3 de agosto de 2016.

7. Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, España, (CTPDA). Resolución 120/2016, de 14 de diciembre de 2016.

8-Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Año 2013. (Ref. 008-A-2013 de fecha 19 de junio de 2013; Ref. 005-A-2013 de fecha 26 de junio de 2013; Ref. 022-A-2013 de fecha 09 de septiembre de 2013; Ref. 010-A-2013 de fecha 19 de julio de 2013; Ref. 001-A-2013 de fecha 02 de mayo de 2013, Ref. 013-A-2013 de fecha 16 de agosto de 2013; Ref. 015-A-2013 de fecha 09 de septiembre de 2013; Ref. 001-A-2013 de fecha 02 de mayo de 2013; Ref. 005-A-2013 de fecha 26 de junio de 2013; Ref. 022-A-2013 de fecha 09 de septiembre de 2013)

9-Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Año 2014. (Ref. 117-A-2014 de fecha 18 de diciembre de 2014; Ref. 3-D-2014 de fecha 28 de julio de 2014; Ref. 98-A-2014 de fecha 01 de septiembre de 2014; Ref. 111-A-2014 de fecha 16 de octubre de 2014)

10-Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Año 2015 (Ref. 196-A-2014 de fecha 25 de febrero de 2015; Ref. 194-A-2014 de fecha 09 de marzo de 2015; 117-A-2014 de fecha 18 de agosto de 2015; Ref. 139-A-2014 de fecha 05 de febrero de 2015; Ref. 81-A-2014 de fecha 23 de marzo de 2015; Ref. 77-A-2015 de fecha 09 de julio de 2015; Ref. 200-A-2014 de fecha 03 de junio de 2015; Ref. 157-A-2014 de fecha 04 de mayo de 2015)

11-Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Año 2016 (Ref. 060-A-2016 de fecha 29 de junio de 2016; Ref. 148-A-2016 de fecha 25 de julio de 2016; Ref. 005-A-2016 de fecha 18 de agosto de 2016; Ref. 268-A-2015 de fecha 16 de marzo de 2016; Ref. 90-A-2016 de fecha 20 de septiembre de 2016; Ref. 208-A-2015 de fecha 21 de enero de 2016; Ref. 119 y 120-A-2016 de fecha 21 de julio de 2016)

12-Instituto de Acceso a la Información Pública. Resoluciones Año 2017 (Ref. 2-ADP-2017 de fecha 24 de marzo de 2017; Ref. 45-ADP-2017 de fecha 21 de septiembre de 2017; Ref. 54-ADP-2017 de fecha 29 de noviembre de 2017; Ref. 378-A-2016 de fecha 05 de junio de 2017; Ref. 124-A-2017 de fecha 16 de octubre de 2017; Ref. 034-A-2017 de fecha 29 de mayo de 2017; Ref. 193-A-2017 de fecha 11 de diciembre de 2017; Ref. 23-D-2016 de fecha 12 de junio de 2017; Ref. 265-A-2017 de fecha 30 de noviembre de 2017; Ref. 012-A-2017 de fecha 31 de enero de 2017; Ref. 376-A-2016 de fecha 09 de febrero de 2017; Ref. 325-A-2016 de fecha 20 de febrero de 2017; Ref. 104-A-2017 de fecha 05 de julio de 2017; Ref. 345-A-2016 de fecha 02 de febrero de 2017; Ref. 340-A-2016 de fecha 22 de mayo de 2017; Ref. 334-A-2016 de fecha 25 de julio de 2017; Ref. 369-A-2016 de fecha 06 de septiembre de 2017; Ref. 115-A-2017 de fecha 06 de diciembre de 2017; Ref. 11-ADP-2016 de fecha 27 de enero de 2017; Ref. 019-A-2017 de fecha 05 de julio de 2017).

13. Resolución del Consejo para la Transparencia de México, en Amparo A79-09, de fecha 18 de agosto de 2009.

14. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Amparo 41-M-96, de fecha 04 junio de 1997.

15. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Amparo 356-2012, de fecha 17 de enero de 2014.

16. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Amparo 934-2007, de fecha 04 de marzo de 2011.

17. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 13-2012, de fecha 05 de diciembre de 2012.

18. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 60-2005, de fecha 21 de septiembre de 2012.

19. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 91-2007, de fecha 24 de septiembre de 2010.

20. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 146-2014/107-2017, de fecha 28 de mayo de 2018.

21. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador. Inconstitucionalidad 1-2010/27-2010/28-2010, de fecha 25 de agosto de 2010.

22. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Exp. 04-010480-0007-CO. Res. 2005-00774. De fecha 28 de enero de 2005.

23. Sala Plena de la Corte Constitucional. Bogotá, Colombia. Sentencia C-491/07, de fecha 27 de junio de 2007.

24. Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-473/92. 14 de julio de 1992. Consideración A.

25. Tribunal Constitucional de Perú. Sentencias 30 STC 017-2011-AI, fundamentos 25, 28 y 29. 31 Cf. STC 010-2002-AI/TC; STC 2758-2004-HC/TC y STC 012-2006-AI/TC.

26. Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia Caso Wilo Rodriguez contra el ex presidente Valentín Paniagua. Exp. 1797-2002-HD/TC, publicada el 22 de octubre de 2003.

27. Tribunal Constitucional de Perú. Exp. N.º 04912-2008-PHD/TC, de fecha 18 de agosto de 2009.

F) OTROS:

1. ANCON. “El acceso a la información como derecho fundamental”. México: Instituto Chihuahuense para la transparencia y Acceso a la Información Pública, 2009. https://www.ichitaip.org/infoweb/archivos/ensayos/ai_derecho_fundamental

2. Bateria, Marcela. “El derecho de acceso a la Información Pública, Análisis del Proyecto de Ley Federal”. Argentina: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2010. <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/01-Bateria>

3. Instituto de Acceso a la Información Pública. <https://www.iaip.gob.sv/>

4. Instituto de Acceso a la Información Pública. “Informe de evaluación de transparencia 2017-2019”. 2020.

<https://www.transparencia.gob.sv/institutions/iaip/documents/informes-exigidos-por-disposicion-legal>

5. López, Jaime, Rommel Rodríguez y Jessica Estrada. “Manejo de los gastos reservados de la Presidencia: Hallazgos y Propuestas”. Estudio realizado por Fundación Nacional para el Desarrollo. 2018. www.repo.funde.org/1472/

6. Mora Cantor, Marta Oyhanarte. “Poder Ciudadano. Capítulo VII. El derecho de acceso a la información pública en Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad”. 2015.

https://poderciudadano.org/wpcontent/uploads/2016/04/Libro_PoderCiudadano_CapVII-Acceso-a-la-informacion-publica

7. Transparencia Internacional. www.transparency.org

