



## **Boletín Informativo**

**La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 25 de noviembre del 2011. Nº 11**

**Opinión Jurídica : 082 - J del 11/09/2008**

**OJ-082-2008**

**11 de setiembre, 2008**

**Señor**

**Federico Tinoco Carmona**

**Presidente de la Comisión Permanente de Narcotráfico**

**Asamblea Legislativa**

**Estimado señor Diputado:**

Por encargo y con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, Ana Lorena Brenes Esquivel, me es grato responder a su atento oficio número CEN-26-06-08 de 19 de junio de 2008, mediante el cual se solicita el criterio de este Órgano Consultivo, respecto al proyecto de ley denominado **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública**; expediente legislativo Nº 16.198.

**I.-**

**Consideraciones previas:**

Tal y como es de su estimable conocimiento, en vista de que la gestión formulada, no se ajusta al procedimiento de solicitud de dictámenes, establecido en el artículo 4º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los comentarios siguientes no obligan al órgano consultante. En consecuencia, este pronunciamiento es una mera opinión jurídica, que emana de este Órgano Asesor como una colaboración, atendiendo a la importante labor a su cargo.

## II.-

### **Sobre la transparencia y el acceso a la información pública:**

La transparencia y la publicidad son principios constitucionales implícitos, que deben guiar toda actuación de las dependencias del Estado en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En este sentido y de forma reiterada, la Sala Constitucional ha sostenido que los entes públicos están llamados a ser verdaderas casas de cristal, en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar todos los administrados; y además ha sido enfática, en cuanto al deber que tienen las dependencias del Estado, de crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados [\[1\]](#).

Dentro de este engranaje, el respeto y la garantía del ejercicio del derecho de acceso a la información pública se presenta como una de las herramientas más preciadas, para lograr mayores niveles de transparencia administrativa; en tanto, se trata de un derecho, que al reconocer a toda persona la posibilidad de solicitar, acceder y recibir información pública, permite a los ciudadanos conocer la información sobre la función administrativa, facilita el control del poder público en manos de los administrados y promueve la rendición de cuentas [\[2\]](#).

Respecto a la trascendencia que tiene acceso a la información pública [\[3\]](#), como mecanismo de combate de la corrupción, se ha pronunciado Transparencia Internacional, indicando:

¶6 ) Si se ha de restaurar la confianza en las instituciones públicas y privadas, se deberá garantizar el acceso a la información para promover la transparencia, y ésta quizás sea el arma más poderosa contra la corrupción. Sólo al hacer hincapié en el acceso a la información y en una mayor transparencia en todas las esferas de la sociedad, desde lo local hasta lo intergubernamental, podrán la sociedad civil, el sector privado y el gobierno razonablemente intentar detener y exponer la corrupción y así asegurar que los corruptos ya no tengan sitios en donde esconderse.+ Informe Global de la Corrupción de Transparencia Internacional, 2003, p.6.

Además, se le ha reconocido al acceso a la información pública, efectos positivos en la lucha por la injusticia socioeconómica:

¶7. Como lo sostuvo la Oficina del Relator Especial en el informe del año pasado sobre la Libertad de Expresión y la Pobreza, el acceso a la información es también una herramienta vital en el alivio de la injusticia socioeconómica. Los pobres con frecuencia adolecen de falta de acceso a la información sobre los propios servicios que el gobierno ofrece para ayudarlos a sobrevivir. Los grupos marginados necesitan el acceso a la información sobre estos servicios y sobre muchas otras decisiones del gobierno y de los organismos privados que afectan profundamente sus vidas.+ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 70 rev.2, 29 de diciembre de 2003.

Como se desprende de lo expuesto, no cabe duda de que, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública constituye uno de los principales instrumentos que garantizan la transparencia de la función pública, que promueve la rendición de cuentas y que ayuda en el combate de la corrupción.

En nuestro ordenamiento jurídico, este derecho, a pesar de encontrar fundamento en los principales instrumentos de derechos humanos suscritos por Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13.1) [\[4\]](#) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), así como en el artículo 30 de nuestra Constitución Política, el cual garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público [\[5\]](#); y tener un amplio desarrollo jurisprudencial; carece de una normativa secundaria que regule los principales aspectos relacionados con ese derecho, deficiencia señalada en el Undécimo Informe del Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, correspondiente al año 2005, que indicó:

Los principales vacíos de la legislación costarricense en la materia aquí analizada incluyen, en primer lugar, la necesidad de una ley general de acceso a la información de interés público. El artículo 30 constitucional, referido a este tema, no cuenta con normativa secundaria que lo reglamente, por lo que el ejercicio de este derecho se ha garantizado en la práctica desde la creación de la Sala Constitucional, en octubre de 1989, a partir de su jurisprudencia. <sup>6</sup>

En cuanto a la necesidad y conveniencia para el país, de contar con normativa en el sentido apuntado, el Mecanismo de Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), al analizar durante la Primera Ronda los mecanismos para el acceso a la información con que cuenta nuestro país, sostuvo que Costa Rica podría beneficiarse con la promulgación y sistematización en un solo cuerpo normativo, de todas las disposiciones en torno al acceso a la información pública, porque esta medida facilitaría el entendimiento y aplicación del derecho por parte del ciudadano y del servidor público. A partir de lo anterior, el MESICIC recomienda:

2.1. Instituir normas jurídicas y medidas que apoyen el acceso a la información pública. Para cumplir con esta recomendación, la República de Costa Rica podría considerar las siguientes medidas:

a) Asegurar, a través de programas de capacitación y actualización, que los funcionarios públicos tengan conocimiento y puedan aplicar, debida y oportunamente, las normas y disposiciones que protegen el acceso a la información pública y conozcan las consecuencias, tanto para la Administración como para el propio servidor público, cuando injustificadamente niegue ese acceso.

b) Contemplar la conveniencia de integrar y sistematizar en un solo cuerpo normativo las disposiciones que garantizan el acceso a la información pública.

c) <sup>7</sup>

d) Fortalecer los mecanismos que garanticen el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, de manera tal que el mismo no pueda ser negado por causales diferentes a las que determine la ley o con base en criterios diferentes a los que en ella se establezcan. Previendo con ese fin, entre otros aspectos los siguientes: i) procedimientos para la recepción de solicitudes y para responder a éstas oportunamente; ii) requisitos de admisibilidad y la consecuencia si no se cumple con ellos; iii) razones por las cuales puede rechazarse una solicitud; iv) forma de comunicación al administrado; v) recursos expeditos y especializados que posibiliten, en vía administrativa recurrir la decisión del servidor público que indebidamente niegue el acceso a la información que se le solicita; y vi) aumento en el número de las sanciones existentes, a fin de cubrir un espectro más amplio de supuestos que podrían entorpecer, retardar o imposibilitar el ejercicio de este derecho y que envuelvan la conducta del servidor público. <sup>8</sup> Informe Final de Costa Rica, Primera Ronda de Análisis, MESICIC, julio 2004.

En virtud de lo expuesto anteriormente, este Órgano Consultivo manifiesta que comparte plenamente los objetivos perseguidos por el presente proyecto de ley, y celebra la iniciativa de tomar medidas legislativas dirigidas a fomentar la transparencia en el ejercicio de la función pública y garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Asimismo, señala que apoya la propuesta sometida a su consideración, y precisamente con el propósito de contribuir con ella, procede a efectuar algunos comentarios sobre su contenido .

### III. Sobre el proyecto de ley consultado:

a) Materia de regulación:

Tal y como se desprende de los artículos 1 y 5, la propuesta de ley resulta ambiciosa en cuanto a los objetivos que persigue, de ahí que encontremos si bien algún énfasis respecto al desarrollo legislativo del derecho de acceso a la

información pública, otras materias de regulación como es el caso de los datos personales, mecanismos de participación ciudadana, y códigos de ética para el ejercicio de la función pública.

Coincide este Despacho, en la importancia y necesidad que existe, para efectos de promover y garantizar la transparencia en la función pública, de legislar sobre todas y cada una de las materias incluidas en el proyecto; no obstante, observa que, a excepción del derecho de acceso a la información, el proyecto presenta una propuesta de regulación insuficiente de los aspectos apuntados.

En cuanto a los datos personales, vemos que el proyecto hace mención a datos de carácter personal en el artículo 2, dentro de la definición del término ~~la~~ información confidencial; y enuncia el derecho de toda persona de acceso, modificación, rectificación, actualización y cancelación de los datos en poder de la Administración. Pero, teniendo en cuenta que nuestro país no cuenta con un régimen que asegure su protección y que defina el tratamiento que le debe dar la Administración a este tipo de información; estima esta Procuraduría, que el proyecto debe entrar a definir, por lo menos, las obligaciones primarias de la Administración en materia de protección y tratamiento de datos personales, y el procedimiento a seguir por parte del ciudadano que garantice el efectivo ejercicio de su derecho de acceso, modificación, rectificación, actualización y cancelación de datos personales.

Respecto a la propuesta de regulación de los mecanismos de participación ciudadana, encontramos que se limita a establecer la obligación de las dependencias del Estado de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la Administración Pública que puedan afectar los intereses y derecho de grupos de ciudadanos, y a definir las modalidades de participación ciudadana. No especifica la propuesta, los supuestos que permitirían la participación en cada modalidad, ni los alcances de esta participación; aspectos que resultan fundamentales, para garantizar el efectivo ejercicio de la potestad por parte de los ciudadanos, y la adecuada implementación de los mecanismos por parte de la Administración.

Finalmente en relación con lo dispuesto sobre códigos de ética, rescatar que algunos de los aspectos enunciados en el artículo 27 del proyecto, como es el caso de las prohibiciones, los impedimentos por incompatibilidades de funciones y sanciones, son más bien propios de códigos de normas de conductas; en los cuales, vale señalar, se busca la uniformidad y el carácter legal de sus disposiciones. En cuanto a este último punto, es pertinente plantear la posibilidad de que se presenten roces de constitucionalidad, si la normativa emitida por las dependencias estatales no encuentra fundamento una norma legal.

b) De la propuesta de regulación del derecho de acceso la información pública:

Una de las principales garantías del ejercicio del derecho en cuestión, consideramos que radica en el hecho de que exista claridad en cuanto a los alcances y los límites que tiene el derecho. No obstante, luego del análisis de la propuesta sometida a consideración de esta Procuraduría, nos queda la impresión de que el proyecto queda debiendo en este aspecto.

En este sentido cabe señalar, que la iniciativa de ley resulta imprecisa al definir en qué consiste el derecho de acceso a la información y qué se debe entender por información pública, puntos que indiscutiblemente resultan claves en un proyecto que pretende establecer un régimen de acceso a la información pública. En el articulado propuesto, encontramos varias normas que pareciera pretenden definir el derecho, pero la denominación utilizada y los alcances difieren entre sí; como se desprende, de la definiciones contenidas en el artículo segundo de los términos ~~el~~ derecho de libertad a la información+ y ~~el~~ principio de acceso público+, y lo dispuesto en el artículo 6 del proyecto. De igual manera

sucede con la regulación de la información pública, en cuyo caso encontramos dos términos: %aformación pública+ e %aformación de acceso libre+, utilizados indistintamente en el cuerpo del proyecto; y una indeterminación en el contenido dado, que se comprueba al confrontar la definición de %aformación de acceso libre+, con otras también descritas en ese numeral, como la del %derecho de libertad de información+. Además, respecto a la definición de %aformación de acceso libre+cabe apuntar, que deja por fuera la información pública que esté en poder de personas físicas o jurídicas privadas en relación con el uso de recursos públicos o con la prestación de un servicio público; y no especifica a qué tipo de restricción se refiere, lo que no resulta lo más adecuado para efectos de garantizar el ejercicio del derecho.

En cuanto a la regulación de los límites del derecho de acceso a la información, si bien cabe apuntar, que la propuesta del artículo 23 del proyecto resulta acertada por su completitud y especificidad, debe también señalarse, que pierde claridad al ser confrontada con las definiciones del artículo 2 de los términos %aformación confidencial+e %aformación de acceso restringido+. En relación con lo anterior, es pertinente indicar, que cuando de límites al acceso a la información pública se trata, lo que debe quedar bien definido, es que únicamente operan aquellos previstos por la ley y la Constitución, y del contenido de las definiciones apuntadas, fácilmente se puede entender que existe un grado de discrecionalidad de la Administración, para definir la información a la que da acceso.

Otra importante garantía para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, sin duda alguna, la brinda el procedimiento legal previsto para la presentación y trámite de las solicitudes de acceso a la información; en tanto cumple con una doble función, le permite conocer mejor al ciudadano cómo puede ejercer su derecho y vincula a la Administración, al momento de tramitar y dar respuesta a la gestión.

Ahora bien, visto el procedimiento propuesto por el proyecto, se observa que regula los principales aspectos, y que en general, lo hace de una forma adecuada; no obstante, hemos identificado algunos desaciertos que pasamos a comentar. Primeramente, que no reconoce la posibilidad de efectuar el requerimiento de información de forma verbal, lo que constituye un instrumento valioso para el ciudadano, que le facilita el acceso a la información y, muchas veces, de forma más oportuna. Por otra parte, que como requisito de la solicitud se exige la justificación de la solicitud de información pública, lo que resulta ser una limitación inaceptable. El ejercicio del derecho de acceso a la información pública no debe condicionarse a la demostración de un interés específico en la información solicitada, porque la legitimación para su ejercicio, no proviene de ese interés, sino de la posibilidad que tiene todo ciudadano en un Estado Social de Derecho de participar en las tareas públicas y en la toma de decisiones que afecta a la colectividad. Finalmente, cabe señalar que el proyecto no contempla un régimen de impugnación como parte del procedimiento para la solicitud de información, lo que a nuestro criterio es importante para garantizar mejor el ejercicio del derecho de acceso a la información; porque le brinda al ciudadano una vía para plantear directamente a la Administración, el su inconformidad por el rechazo.

#### c) Sobre el régimen sancionatorio:

La tipificación de conductas, para efectos de responsabilidad administrativa, debe cumplir con una serie de exigencias derivadas de plexo constitucional, siendo una de las principales, la descripción clara, precisa y completa de la conducta típica y de la sanción.

Ahora bien, a través del análisis de lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Proyecto, hemos identificado algunas deficiencias en relación con la exigencia apuntada anteriormente. En este sentido, conviene mencionar que existe una reiteración en cuanto a la tipificación de la denegación o sustanciación indebida de las solicitudes de información. Por otra parte, que falta claridad respecto a la sanción que corresponde a las causales previstas en el artículo 31, porque no se dispone en forma expresa, que las sanciones descritas en el numeral 32 son las de aplicación.

En cuanto a la propuesta sancionatoria, cabe además señalar, que echa de menos esta Procuraduría, algunos supuestos de responsabilidad, que posibiliten castigar al funcionario que entregue, divulgue o permita el acceso a información de carácter confidencial.

d) Comentarios sobre otros aspectos:

De la iniciativa de ley planteada, nos parece además necesario llamar la atención respecto al apartado contenido en el artículo 2 y lo dispuesto en el numeral 3 del proyecto. Se entiende, que a través de una delimitación conceptual se pretende brindar una mayor claridad en cuanto al significado que tendrían ciertos términos, dentro de un determinado cuerpo normativo, y facilitar la interpretación del resto del articulado; objetivo que, a criterio de este Despacho, no se alcanza en el caso concreto, debido a las deficiencias tanto en contenido como en forma, que se observan en la propuesta efectuada.

En relación con lo dispuesto en el Título III, y la obligación de publicitar información, comentar sobre la importancia de que se establezca un mecanismo que asegure el cumplimiento del deber de actualización previsto en el artículo 13 del proyecto, como podría ser la definición de una figura institucional responsable; porque de la actualización depende, que este instrumento sirva, no sólo para facilitar el acceso a la información general sobre la entidad, sino para permitir un control más oportuno y efectivo de la función pública, por parte de los ciudadanos.

Finalmente, y siendo los secretos de estado uno de los límites para el acceso a la información pública, hacer hincapié en el vacío que existe en nuestro Ordenamiento Jurídico, de normativa secundaria que defina el procedimiento a seguir para la declaratoria correspondiente, incluido el plazo por el que opera; y en que el proyecto sometido a consideración de este Despacho, no presenta una propuesta de regulación al respecto.

De esta manera, evacuamos la consulta formulada, esperando que los comentarios efectuados enriquezcan la iniciativa de ley sometida a consideración de este Órgano Consultivo.

De Usted, atentamente,

M.Sc. Tatiana Gutiérrez Delgado

Procuradora

TGD/laa

---

[1] Ver: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2003-2120 de las 13:30 horas del 14 de marzo de 2003. En igual sentido: sentencia número 2003-136 de 15:22 horas del 15 de enero de 2003.

[2] 13. (õ ) El acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite contar con un debate público sólido e informado. De esta manera, el acceso a la información habilita a las personas para asumir un papel activo en el gobierno, condición necesaria para el mantenimiento de una democracia sana.+ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 70 rev.2, 29 de diciembre de 2003.

[3] 18. El ejercicio efectivo del acceso a la información también ayuda a combatir la corrupción. Que ha sido identificada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) como un problema que requiere especial atención en las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno reconocieron la necesidad de respaldar iniciativas que permitan una mayor transparencia para garantizar la protección de los intereses del público y que los gobiernos se vean alentados a utilizar sus recursos efectivamente para el bien colectivo. La corrupción sólo puede controlarse a través de un esfuerzo conjunto encaminado a fomentar el nivel de transparencia en la acción del gobierno. La transparencia de la acción de gobierno puede fomentarse creando un sistema jurídico que permita que la sociedad tenga acceso a la información y que elimine o restrinja la resistencia de los gobiernos a divulgar información, los atrasos en los trámites para otorgar la información solicitada y la imposición de tarifas no razonables a ese acceso.+ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 70 rev.2, 29 de diciembre de 2003.

[4] 28. (õ ) El artículo 13 de la Convención Americana, (õ ), protege explícitamente la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole+ Dado que la libertad de recibir información debe impedir que las autoridades interrumpan el flujo de información hacia los ciudadanos, la palabra buscar, lógicamente, implicaría un derecho adicional+ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 70 rev.2, 29 de diciembre de 2003.

[5] [5] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia , sentencia número 2003-2120 de las 13:30 horas del 14 de marzo de 2003.

[6] Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Undécimo Informe del Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, 2005, p. 305.