

PROYECTO DE LEY

LEY PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Expediente N.º 20.103

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Nuestra Constitución Política garantiza el acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, sin diferenciar si estos departamentos son órganos unipersonales o colegiados, o si compiten en condiciones de libre competencia, o en función de sus competencias; y únicamente deja a salvo los asuntos que hayan sido declarados como secretos de Estado.

Y dado que nuestro país, es un territorio sin ejército ni grandes aparatos de seguridad, ha sido muy complicado encontrar materias cobijadas por el secreto de Estado, institución que se constituye así en una rara avis en nuestro régimen jurídico. De hecho, la última vez que se discutió esa figura fue en los años ochenta, cuando el Gobierno intentó aplicarla a un fallido programa agrícola. El experimento resultó fallido, y tan ridículo, que sufrió una rápida derrota en los tribunales. La resolución fue oportuna para ahondar sobre el carácter restringidísimo de esa categoría en nuestra sociedad, amante de la democracia y sediento de transparencia en la función pública.

No obstante lo anterior, y bajo el amparo del párrafo 1 del artículo 54 de la Ley General de la Administración Pública, así como otras normas especiales, se ha desarrollado la nada conveniente costumbre de hacer privadas las sesiones de las juntas directivas de los órganos colegiados, lo que se ha prestado para abusos y encubrimientos de manejos abusivos y administraciones cuestionables, que atentan contra el principio de transparencia en la función pública.

El máximo intérprete de la Carta Magna, sea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que en un principio fue tímida en sus resoluciones respecto al derecho de obtener información de carácter público, ha ido evolucionando, dándole forma y contenido a este derecho y fortaleciéndolo como elemento importante de la transparencia en la función pública.

Así, mediante sentencia 2005-12783, refiriéndose a la interpretación del artículo 30 de la Constitución dispuso:

IV.- TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público —entes públicos— están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación —publicación y notificación—, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.

V.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo la denominación más acertada debe ser la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De

este modo se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados —bases de datos ficheros—; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

VI.- TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra —fuera- y (b) ad intra —dentro— de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada —uti universi— y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico —uti singuli—. Si bien este último derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado “Del acceso al expediente y sus piezas”, Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274, no cabe la menor duda que tiene asidero en el ordinal 30 de la Constitución Política y, por ende, goza de los mecanismos de garantía, tutela y defensa previstos en el texto fundamental (artículo 48 de la Constitución Política) y desarrollados por la ley del rito de esta jurisdicción (ordinales 29 y siguientes). Este corolario se impone al reparar en el carácter claramente insuficiente, lento y engorroso del único mecanismo de protección, establecido a nivel infraconstitucional, del derecho de acceso a la información administrativa ad intra de un procedimiento administrativo. En efecto, el numeral 274 de

la Ley General de la Administración Pública dispone que contra la resolución que deniegue el conocimiento y acceso a una pieza de un expediente caben los recursos ordinarios previstos por ese cuerpo normativo, esto es, la revocatoria, la apelación y, eventualmente, de tratarse del jerarca, la reposición, sin preverse una vía expedita y célere cuando los recursos sean declarados sin lugar, con lo cual resulta claramente insuficiente al obligar al petente a acudir a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 49 de la Constitución Política), para pretender la nulidad de la resolución que le ha denegado el acceso al expediente administrativo, solución que supone un elevado costo económico y temporal para el agraviado y que resulta, a todas luces, tardía. El derecho de acceso ad extra es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional. La regulación de este derecho ha sido fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la Ley del Sistema Nacional de Archivos No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos —sujetos pasivos— que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal).

VII.- SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El sujeto activo del derecho consagrado en el artículo 30 de la Carta Magna lo es toda persona o todo administrado, por lo que el propósito del constituyente fue reducir a su mínima expresión el secreto administrativo y ampliar la transparencia y publicidad administrativas. Independientemente de lo anterior, el texto constitucional prevé, también, un acceso institucional privilegiado a la información administrativa como, por ejemplo, del que gozan las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política) para el ejercicio de su control político. Debe advertirse que el acceso institucional privilegiado es regulado por el ordenamiento legal o infraconstitucional para otras hipótesis tales como la Contraloría General de la República (artículos 13 de la Ley Orgánica No. 7428 del 26 de agosto de 1994; 20, párrafo 2º, de la sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 del 17 de junio de 1983 y sus reformas), la Defensoría de los Habitantes (artículo 12, párrafo 2º, de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 y sus reformas), las comisiones para Promover la Competencia y Nacional del Consumidor (artículo 64 de la Ley No. 7274 del 20 de diciembre de 1994), la administración tributaria (artículos 105, 106, y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), etc.. En lo tocante a los sujetos

pasivos del derecho de acceso a la información administrativa, debe tomarse en consideración que el numeral 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos”, con lo que serán sujetos pasivos todos los entes públicos y sus órganos, tanto de la Administración Central —Estado o ente público mayor— como de la Administración Descentralizada institucional o por servicios —la mayoría de las instituciones autónomas—, territorial —municipalidades— y corporativa —colegios profesionales, corporaciones productivas o industriales como la Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar, el Instituto del Café, la Junta del Tabaco, la Corporación Arrocera, las Corporaciones Ganadera y Hortícola Nacional, etc.—. El derecho de acceso debe hacerse extensivo, pasivamente, a las empresas públicas que asuman formas de organización colectivas del derecho privado a través de las cuales alguna administración pública ejerce una actividad empresarial, industrial o comercial e interviene en la economía y el mercado, tales como la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), Radiográfica de Costa Rica Sociedad Anónima (RACSA), Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (EPSH), etc., sobre todo, cuando poseen información de interés público. Por último, las personas privadas que ejercen de forma permanente o transitoria una potestad o competencia pública en virtud de habilitación legal o contractual (munera publica), tales como los concesionarios de servicios u obras públicas, los gestores interesados, los notarios, contadores públicos, ingenieros, arquitectos, topógrafos, etc. pueden, eventualmente, convertirse en sujetos pasivos cuando manejan o poseen información —documentos— de un claro interés público.

VIII.- OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El texto constitucional en su numeral 30 se refiere al libre acceso a los “departamentos administrativos”, siendo que el acceso irrestricto a las instalaciones físicas de las dependencias u oficinas administrativas sería inútil e insuficiente para lograr el fin de tener administrados informados y conocedores de la gestión administrativa. Consecuentemente, una hermenéutica finalista o axiológica de la norma constitucional, nos debe conducir a concluir que los administrados o las personas pueden acceder cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte, sea documental —expedientes, registros, archivos, ficheros—, electrónico o informático —bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, diskettes, discos compactos—, audiovisual, magnetofónico, etc..

IX.- LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. En lo relativo a los límites intrínsecos al contenido esencial del derecho de acceso a la

información administrativa, tenemos, los siguientes: 1) El fin del derecho que es la “información sobre asuntos de interés público”, de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse “Quedan a salvo los secretos de Estado”. El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley (artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), empero, han transcurrido más de cincuenta años desde la vigencia de la Constitución y todavía persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas. Esta laguna legislativa, obviamente, ha provocado una grave incertidumbre y ha propiciado la costumbre contra legem del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de estado. Tocante el ámbito, extensión y alcances del secreto de Estado, la doctrina es pacífica en aceptar que comprende aspectos tales como la seguridad nacional (interna o externa), la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía e independencia del Estado y las relaciones exteriores concertadas entre éste y el resto de los sujetos del Derecho Internacional Público (vid. artículo 284 del Código Penal, al tipificar el delito de “revelación de secretos”). No está por demás distinguir entre el secreto por razones objetivas y materiales (*ratione materiae*), referido a los tres aspectos anteriormente indicados (seguridad, defensa nacionales y relaciones exteriores) y el secreto impuesto a los funcionarios o servidores públicos (*ratione personae*) quienes por motivo del ejercicio de sus funciones conocen cierto tipo de información, respecto de la cual deben guardar un deber de sigilo y reserva (vid. artículo 337 del Código Penal al tipificar y sancionar el delito de “divulgación de secretos). El secreto de estado se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa (v. gr. Ley General de Policía No. 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado —artículo 16—; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil —artículo 303—, etc.). El secreto de Estado en cuanto constituye una excepción a los principios o valores constitucionales de la transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva. En lo concerniente a las limitaciones o límites extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa tenemos los siguientes: 1) El artículo 28 de la Constitución Política establece como límite extrínseco del cualquier derecho la moral y el orden público tal y como han sido definidos sus contornos por esta Sala en los Votos números 1635-90 de las 17:00 horas del 14 de noviembre de 1990, 1420-91 de las 09:00 horas del 24 de julio de 1991, 3550-92 de las 16:00

horas del 24 de noviembre de 1992, 3004-92 de las 14:30 horas del 9 de octubre de 1992, 0138-93 de las 15:55 horas minutos del 12 de enero de 1993 y 3173-93 de las 14:57 horas con del 6 de julio de 1993, entre otros.

2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio. En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy, probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios. Habrá situaciones en que la información de un particular que posea un ente u órgano público puede tener, sobre todo considerada en conjunto con la de otros particulares, tiene una clara dimensión y vocación pública, circunstancias que deben ser progresiva y casuísticamente identificadas por este Tribunal Constitucional.

3) La averiguación de los delitos, cuando se trata de investigaciones criminales efectuadas por cuerpos policiales administrativos o el judicial, con el propósito de garantizar el acierto y éxito de la investigación y, ante todo, para respetar la presunción de inocencia, el honor y la intimidad de las personas involucradas”.

En concordancia con la cita jurisprudencial anteriormente transcrita, podemos afirmar que la legislación costarricense muestra ejemplos de transparencia en la función pública, tales como el artículo 41 del Código Municipal, el artículo 117 de la Constitución Política y los artículos 60 y 75 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, que señalan con total claridad que las sesiones de los órganos colegiados ahí regulados son públicas, sin que existan recriminaciones o acusaciones de mal funcionamiento por tal circunstancia.

El proyecto que a continuación se propone, además de estar en plena armonía con la jurisprudencia sobre transparencia y rendición de cuentas derivadas de nuestra Carta Magna, también se circunscribe dentro de los

compromisos adquiridos por Costa Rica cuando se decidió a formar parte de la Alianza para el Gobierno Abierto.

Recordemos que en enero de 2012, decidimos unirnos a la Alianza para el Gobierno Abierto (Open Government Partnership, por su nombre en inglés), conscientes de que esa membresía ayudaría al país a consolidar los esfuerzos históricos efectuados en términos de transparencia, acceso a la información y lucha contra la corrupción.

En la materia específica de transparencia y acceso a la información, nuestro gobierno se comprometió en el Plan de Acción Costa Rica 2012-2013, a aumentar el número de instituciones públicas que apuestan por la apertura de datos y la actualización de los mismos, a coordinar para que cada institución del sector público logre definir e implementar su propia estrategia de apertura de datos; y a emitir una directriz a las instituciones del Estado para que en forma obligatoria publiquen las actas de sus órganos colegiados en las páginas web de manera que sean accesibles en línea por los ciudadanos.

Dado que estos esfuerzos no han sido suficientes, ni tienen la fuerza de una norma jurídica de rango legal, presento a la consideración de las señoras diputadas y los señores diputados para su aprobación el texto que a continuación se cita.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

**LEY PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LOS
ÓRGANOS COLEGIADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

ARTÍCULO 1.- Refórmense los párrafos uno y dos del artículo 54 de la Ley General de la Administración Pública, N.º 6227, de 30 de mayo de 1978, cuyos textos dirán:

“Artículo 54.-

1.- Las sesiones del órgano serán siempre públicas y transmitidas en tiempo real por cualquiera de los medios tecnológicos que se dispongan, pero el órgano podrá determinar, acordándolo así por unanimidad de sus integrantes presentes, que la sesión sea privada cuando se tengan que discutir asuntos que hayan sido previamente declarados confidenciales por tratarse de secretos industriales o comerciales de conformidad con las competencias del órgano.

2.- Tendrán derecho a asistir con voz pero sin voto los representantes ejecutivos del ente a que pertenezca el órgano colegiado, salvo que este disponga lo contrario, o bien otras personas, concediéndoles o no el derecho de participar en las deliberaciones también con voz pero sin voto...”

ARTÍCULO 2.- Adiciónese un artículo 4 bis a la Ley General de la Administración Pública, N.º 6227, de 30 de mayo de 1978, cuyo texto dirá:

“Artículo 4 bis.- La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta además, a los principios fundamentales de transparencia y acceso a la información pública. Para garantizar el cumplimiento de estos principios, los entes públicos deberán publicar toda la información de carácter público que obtengan a través de cualquiera de los medios tecnológicos que se dispongan y de manera gratuita.”

Rige a partir de su publicación.

Epsy Alejandra Campbell Barr

Ottón Solís Fallas

Michael Jake Arce Sancho

Marlene Madrigal Flores

Aracelli Segura Retana

Nidia María Jiménez Vásquez

Ronny Monge Salas

Javier Francisco Cambronero Arguedas

Marcela Guerrero Campos

Edgardo Vinicio Araya Sibaja

Rosibel Ramos Madrigal

Otto Guevara Guth

Ana Patricia Mora Castellanos

DIPUTADAS Y DIPUTADOS

27 de setiembre de 2016.

NOTA: Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración.

1 vez.—O. C. N° 26002.—(2016074505).