

César Augusto Orrego Azula (Perú)*

Principio de publicidad y el sistema de excepciones al derecho de acceso a la información pública en el Perú

RESUMEN

El derecho de acceso a la información pública hunde su fundamento en la imprescindible publicidad de los actos de la administración pública y la indispensable transparencia que debe sostener a toda república democrática. Los ciudadanos nos veríamos desvalidos en un contexto en el que no se pudieran escrutar las decisiones del poder. En consecuencia, la máxima publicidad de los actos gubernamentales se convierte en una privilegiada forma de control de cómo se utiliza el poder, que ha sido recientemente puesta en manos del pueblo. Sin embargo, existen algunas excepciones reguladas constitucionalmente que pueden ser contrarias a los ciudadanos —por ejemplo, la intimidad, las razones de seguridad nacional y otras situaciones previstas por la ley— y por lo tanto requieren ser escrutadas en su extensión y en su válida alegación para desterrar las peligrosas tentaciones del autoritarismo.

Palabras clave: democracia, Estado de derecho, acceso a la información pública, principio de publicidad, derecho a la intimidad, derechos fundamentales, jurisprudencia, Perú.

ZUSAMENFASSUNG

Das Recht auf Zugang zu öffentlichen Informationen stützt sich auf die unverzichtbare Öffentlichkeit der staatlichen Verwaltungsakte und die unabdingbare Transparenz, auf der jede demokratisch verfasste Republik beruht. In einem Umfeld, in dem die Entscheidungen der öffentlichen Gewalt nicht nachzuvollziehen wären, wären wir als Staatsbürger schutzlos. Demzufolge stellt die größtmögliche Öffentlichkeit der Regierungsakte, wie sie der Bevölkerung seit Kurzem zur Verfügung steht, eine privilegierte Form der Kontrolle von Machtausübung dar. Einige von der Verfassung vorgesehene Ausnahmeregelungen können jedoch gegen die Bürger verwendet werden - z. B. im Bereich des Schutzes der Privatsphäre, im Zusammenhang mit Fragen der nationalen Sicherheit sowie in anderen in dem Gesetz vorgesehenen Situationen - und müssen daher auf ihre Reichweite und die Stichhaltigkeit ihrer Begründung überprüft werden, um gefährlichen autoritären Tendenzen zu begegnen.

* Miembro de la Defensoría del Pueblo del Perú. Máster en Derecho por la Universidad de Piura. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica por la Universidad de Alcalá. Postítulo en Transparencia, Accountability y Lucha contra la Corrupción por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Docente colaborador de la Universidad de Piura. <corrego@defensoria.gob.pe>

Schlagwörter: Demokratie, Rechtsstaat, Zugang zu öffentlichen Informationen, Öffentlichkeitsgrundsatz, Recht auf Schutz der Privatsphäre, Grundrechte, Rechtsprechung, Peru.

ABSTRACT

The right of access to public information is based on the need for disclosure of the acts of public administration and the essential transparency which is the foundation of all democratic republics. In a society which did not allow scrutiny of the decisions made by those in power, citizens would be helpless. Therefore, an increased disclosure of government acts has become the best way of controlling how power is used, and is a new tool in the hands of civil society. However, some constitutional provisions establish exceptions (such as the right to privacy, reasons of national security and other situations defined by law) which may be adverse to citizens and which therefore must be closely examined with regard to their scope and applicability in order to eradicate the temptation of authoritarian measures.

Keywords: democracy, rule of law, access to public information, principle of disclosure, right to privacy, fundamental rights, jurisprudence, Peru.

1. Un Estado democrático exige el principio de publicidad y el acceso a la información

Acercarnos al principio de publicidad de la actuación de las autoridades públicas constituye un estacionamiento obligatorio inicial para entender al Estado democrático, pues hoy en día, asevera Fernández Ramos, es un lugar común afirmar que, mientras en un Estado autocrático la regla es por naturaleza el secreto, que asegura la arbitrariedad e incontrolabilidad del poder, en un Estado democrático la regla debe ser, por el contrario la transparencia de la acción de los poderes públicos, y el secreto la excepción.¹

Es importante relevar entonces el pensamiento de Kant, filósofo alemán del siglo XVIII. Para este pensador de la filosofía moderna, la publicidad es el criterio de justicia de las normas que pretendemos aplicar o imponer. Por ello argumenta: “Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”.²

Continúa alegando y consagra la publicidad como valor de principio no solo ético sino jurídico, cuando en su obra sostiene: “No hay que considerar este principio como un mero principio *ético* (perteneciente a la doctrina de la virtud) sino que hay que considerarlo también como un principio *jurídico* (que afecta al derecho de los hombres)”.

Por el contrario el secreto es un acto injusto y dramáticamente negativo, pues, como concluye Kant:

¹ Severiano Fernández Ramos: *El derecho de acceso a la información a los documentos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 311.

² Immanuel Kant: *Sobre la paz perpetua*, trad. de Joaquín Abellán, presentación de Antonio Truyol y Serra, Madrid: Tecnos, 6.ª ed., 1998, pp. 61-62.

Un principio que no pueda manifestarse *en alta voz* sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por lo tanto, debería permanecer *secreto* para poder prosperar y al que no puedo *confesar públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante solo puede obtener esta universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible *a priori*, por la injusticia con que amenaza a todos. Es, además, un principio *negativo*, es decir, solo sirve para conocer lo que *no es justo* con respecto a los otros.

Ha de aparecer entonces el Estado liberal, y tras de él luego el Estado democrático, para que la publicidad se vaya abriendo paso. Sostiene el profesor Cotino Hueso:

El Estado liberal, luego democrático, ha ido hurtando grandes espacios a la opacidad a favor de los múltiples frentes de la transparencia y, como se dirá, son muchos los estímulos favorables a la misma en los tiempos más recientes.³

En el Perú, el artículo 3.º de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información reconoce expresamente el principio de publicidad y lo establece como presunción jurídica cuando advierte que “toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por la presente Ley”. Se prevé así uno de los elementos centrales del sistema de protección del derecho de acceso a la información.⁴

El Tribunal Constitucional peruano lo ha argumentado del modo siguiente: “la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción”;⁵ “de ahí que este Tribunal haya señalado que la publicidad en la actuación de los poderes públicos debe necesariamente entenderse a modo de regla general, en tanto que el secreto o lo oculto es la excepción en los casos constitucionalmente tolerados”.⁶

En consecuencia, ante la duda razonable sobre si la información es pública o no lo es, debe presumirse que esta es pública, porque así se alinearán a las exigencias democráticas de escrutinio público y ayudará a revertir la tradición perversa de nuestras administraciones públicas, de presumir que la información debe ser reservada.

Afianzando su corriente jurisprudencial, el máximo intérprete de la Constitución expresa en reciente sentencia:

[...] lo establecido en el referido artículo⁷ representa una realidad de doble perspectiva, pues no solo constituye el reconocimiento de un derecho fundamental,

³ Lorenzo Cotino Hueso: *Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*, 2003, p. 8, <http://www.cotino.net/web/cotino_org/publicaciones/DEFINITIVO.PDF>.

⁴ Toby Mendel: “Consideraciones sobre el estado de las cosas a nivel mundial en materia de acceso a la información”, en *Derecho Comparado de la Información*, n.º 8, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, y Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 9.

⁵ Expediente 2579-2003-HD/TC, de 16 de abril de 2004, FJ 05.

⁶ Expediente 1219-2003-HD/TC, de 21 de enero de 2004, FJ 05.

⁷ Se refiere al artículo 2 inciso 5) de la Constitución Política del Perú.

sino el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente. En esa medida, el secreto o lo oculto frente a la información de interés público resulta una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional.⁸

Los mandatarios deben su función a los mandantes en todo Estado democrático de derecho. Por esta razón, la información en poder de los sujetos (mandatarios) obligados a informar por disposición de una ley es propiedad —en última instancia— del público (mandantes), por lo que solo excepcionalmente se puede admitir que haya registros públicos de manera temporal fuera del conocimiento de la sociedad. Por lo tanto, la regla general es la publicidad de la información en poder de las administraciones públicas.

A nivel constitucional el principio de publicidad, en interpretación de su máximo garante, ha sido derivado de la caracterización del Estado peruano que hace nuestra carta, como república⁹ social¹⁰ y democrática:¹¹

Asimismo es de señalar que un Estado social y democrático de derecho¹² se basa en el principio de publicidad (artículo 39.º y 40.º de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. Excepcionalmente el acceso a dicha información puede ser restringido siempre que se trate de tutelar otros bienes constitucionales, pero ello debe ser realizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.¹³

⁸ Expediente 0959-2004-HD/TC, de 16 de agosto de 2005, FJ 04.

⁹ “La organización del Estado peruano es una República, es uno de los acuerdos más firmes en la historia de nuestras asambleas constituyentes [...]”, en Carlos Hakansson Nieto: *Curso de Derecho constitucional*, Lima: Palestra, 2009, p.109.

¹⁰ *Ibidem*, p.109: “Tiene una vocación social, por el reconocimiento de un modelo estatal que nació en el período conocido como de entreguerras, nos estamos refiriendo al llamado Estado Social de Derecho, el cual se antepone a la tradición liberal para responder ante las diferentes necesidades de la sociedad que empezaron a ser concebidas como responsabilidades de todo estado moderno”.

¹¹ *Ibidem*: “Los artículos 3 y 43 de la Constitución peruana establecen que el estado peruano es una república democrática con autoridades elegidas por sufragio popular en una contienda pluralista y bajo los principios rectores de un Estado de Derecho”.

¹² Expediente 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, FJ 10: “El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3.º y 43.º de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado”. Asimismo el expediente n.º 06089-2006-PA/TC, del 6 de abril de 2007, FJ 11: “El Estado Social y Democrático de Derecho se configura sobre la base de dos aspectos básicos: a) La exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y *con una participación activa de los ciudadanos* en el quehacer estatal; y b) La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculos para su desarrollo social”.

¹³ Expediente 5812-2006-HD/TC, del 18 de abril de 2007, FJ 04.

La CIDH ha reforzado el principio publicidad y lo ha expresado de la manera siguiente:

[...] el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.¹⁴

En similares términos se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia:

[...] el principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública [...].¹⁵

[Asimismo] el principio de publicidad se realiza mediante el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad a conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan con total sometimiento a la ley.¹⁶

Resulta interesante hacer mención al ordenamiento jurídico español, donde el principio de publicidad “deriva como consecuencia necesaria del principio de control pleno de la actuación administrativa”.¹⁷ Por lo menos así lo ha afirmado su Tribunal Constitucional cuando estableció:

[...] la publicidad de la actividad parlamentaria, que es una exigencia del carácter representativo de las Asambleas en un Estado democrático mediante la cual se hace posible el control político de los elegidos por los electores, ofrece dos vertientes: una la publicidad de las sesiones; otra, la publicación de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados.¹⁸

¹⁴ Caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, § 86.

¹⁵ Sentencia T-705/07, FJ 05 (cita a la C-641/02).

¹⁶ Sentencia T-686/07, FJ 23.6.

¹⁷ Juan Francisco Mestre Delgado: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos: análisis del artículo 105.b de la Constitución*, Madrid: Civitas, 2.^a ed. amp., 1998, p. 52.

¹⁸ STC 136/1989, de 09 de julio de 1989, FJ 02.

2. Aproximación doctrinal y jurisprudencial a los límites del derecho de acceso a la información

2.1. La intimidad personal y familiar

En el Perú el derecho a la intimidad se encuentra recogido en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución Política,¹⁹ en el artículo 14 del Código Civil, e internacionalmente en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,²⁰ el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²¹ Menos amplio es el reconocimiento mostrado en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se restringe a señalar que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su vida privada y familiar.²²

Por lo tanto, es importante iniciar una aproximación a la relación de estos dos derechos constitucionales: acceso a la información pública e intimidad. La Asamblea General de la OEA aprobó el 8 de junio del 2004 una resolución en la cual reafirma la importancia del acceso a la información pública para el funcionamiento de la democracia; sin embargo:

[...] la meta de lograr una ciudadanía informada debe compatibilizarse con otros objetivos de bien común, tales como la seguridad nacional, el orden público y la protección de la privacidad de las personas, conforme a las leyes adoptadas a tal efecto.²³

El profesor Mesías Ramírez nos aproxima al entendimiento de la privacidad cuando sostiene que esta categoría abarca esencialmente dos aspectos: “el derecho a no ser perturbado cuando se está solo y el derecho a que no se ponga en conocimiento de terceros datos o hechos de la vida de una persona que podrían perjudicarla”.²⁴

Eguiguren Praeli comparte el primero de los ámbitos reseñados, aunque disiente del hecho de que se necesite perjuicio de la persona:

[...] por la sola intromisión externa o perturbación no autorizada en áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como la

¹⁹ Establece el artículo constitucional: “Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”.

²⁰ Por su parte, la norma internacional expresa: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección contra tales injerencias o ataques”.

²¹ Inciso 2: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, en su correspondencia, ni ataques ilegales en su honra y reputación”.

²² “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, reputación y a su vida privada y familiar.”

²³ § 10.

²⁴ Carlos Mesía Ramírez: *Derechos de la persona: dogmática constitucional*, Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004, p. 118.

divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular. Por lo que son estas acciones las que configuran la violación del derecho, sin necesidad que con ellas se produzca ningún daño o perjuicio adicional a la persona afectada, bastando la simple molestia ocasionada por la intromisión en la esfera íntima o privada, o por la comunicación no deseada ni autorizada a terceros de aspectos que forman parte de ésta y que su titular desea mantener en reserva.²⁵

El primer deber que engendra cualquier derecho, del tipo que sea, es el de respetarlo, satisfaciendo o cumpliendo la exacta deuda en la cual propiamente consiste. Aplicando lo anterior al derecho a la reserva de la vida privada, “lo primero que este derecho exige es el respeto, el cumplimiento de la deuda, que aquí se concreta en la no injerencia, en un abstenerse de agredirlo”.²⁶

El derecho a la vida privada se debe entender como la prerrogativa que tenemos las personas para no ser interferidas por otras personas o entidad alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente decidimos excluir del conocimiento público.

El bien jurídicamente protegido que subyace a este derecho está constituido por la necesidad de la sociedad 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.

El Tribunal Constitucional peruano tuvo ocasión de aproximarse al concepto de la vida privada, cuando sostuvo:

Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño.²⁷

Dicha aproximación fue aplicada en un hábeas data, por una solicitud de información denegada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respecto a datos contenidos en la sección primera del formato de declaración jurada de ingresos y rentas de altos funcionarios públicos, pues se alegaba que estos contenían información que correspondían al ámbito de la vida privada del funcionario y de su familia.

La información se refería a los ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones del funcionario y de su familia, sus bienes muebles e inmuebles, ingresos del sector público y del sector privado. Se declaró en parte fundada la demanda, otorgándole información en cuanto a los bienes muebles e inmuebles que hayan sido objeto de inscripción en los registros públicos, pues estos gozan de por sí ya de publicidad registral, y

²⁵ Francisco Eguiguren Praeli: *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*, Lima: Palestra, 2004, p. 116.

²⁶ Fernando M. Toller: *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires: La Ley, 1999, pp. 183 ss.

²⁷ Expediente 6712-2005-HC/TC, del 17 de octubre de 2005, FJ 38.

sobre los ingresos de fuente pública. En cambio, los ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones, bienes muebles no registrables e ingresos de fuente privada encuentran respaldo en el derecho a la intimidad.²⁸

A pesar de ello, el tribunal peruano se preguntó si estas informaciones podrían ser restringidas proporcionalmente, con la finalidad de obtener fines legítimos, como la lucha contra la corrupción, la transparencia en la gestión pública y el acceso a la información, para lo cual aplicó el test de proporcionalidad, mediante los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El primero de ellos fue tempranamente cumplido, pues la divulgación de la información en cuestión permitiría cumplir eficazmente con los fines legítimos de luchar contra la corrupción, la transparencia en la gestión pública y el acceso a la información.

Sin embargo, el segundo de los subprincipios, el de necesidad, no fue salvado, con base en dos argumentos. El primero es que la información está destinada al conocimiento de la Contraloría General de la República, la que tiene como función el control del buen uso de los recursos públicos y la transparencia de la gestión pública, pero sobre todo porque “otorgar publicidad información tan detallada de los funcionarios públicos y sus cónyuges constituye una pretensión que se distanciaría del interés público, para pasar al ámbito de la mera curiosidad, la misma que no encuentra en modo alguno respaldo constitucional”.²⁹

Disiento del tribunal peruano en la utilización del principio de necesidad, que viene siendo asumido por este órgano jurisdiccional como la limitación necesaria para alcanzar el fin en la medida en que cualquier otra opción supondría una carga mayor sobre el derecho afectado, o, en otras palabras, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida cuestionada resultará inconstitucional. Sin embargo, no se hace ningún esfuerzo argumentativo para explicitar si existe otra medida menos gravosa al derecho a la privacidad o intimidad del funcionario público, que permita alcanzar los fines legítimos de luchar contra la corrupción, la transparencia en la gestión pública y el acceso a la información.

En la jurisprudencia comparada, el Tribunal Constitucional español ha declarado:

[...] el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimiento intrusiva como a la divulgación ilegítima de esos datos.³⁰

Es por ello que debemos tener presente, como bien afirma el profesor Ernesto Villanueva:

²⁸ Expediente 4407-2007-HD/TC, del 14 de septiembre de 2009, FJ 22 y 23. El antecedente de este proceso se produjo ante similar pedido al Ministerio de Defensa. Expediente 9944-2005-HC/TC, del 23 de febrero de 2006, FJ 05.

²⁹ Expediente 4407-2007-HD/TC, FJ 34.

³⁰ STC 142/1993, del 22 de abril de 1993, FJ 04.

[...] el derecho a la vida privada se materializa al momento de proteger del conocimiento ajeno el hogar, la oficina o el ámbito laboral, los expedientes médicos, legales y personales, las conversaciones y reuniones privadas, la correspondencia por cualquier medio, la intimidad sexual, la convivencia familiar o afectiva y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público.³¹

Asimismo, Luque Razuri, quien ha intentado aproximarse al entendimiento de lo que se considera intimidad personal, lo expone en los siguientes términos:

La intimidad personal puede entenderse como un concepto estrictamente individual, aquella que concierne a la relación introspectiva de la persona, es un concepto que surge de la naturaleza misma del hombre que siendo un ser social, posee una interioridad que resulta impenetrable para cualquier otro, la posibilidad de trascender su entorno para ensimismarse [...]. Es claro que también debe ser protegido el ámbito de las relaciones familiares de ese individuo con sus seres más cercanos, la familia, pero es importante la distinción de ambos conceptos.³²

Lo que hasta aquí venimos alegando son las formas como se entiende el derecho a la intimidad personal. No cabe duda de que es un derecho trascendente para todo ser humano y, en consecuencia, se aplica como excepción al derecho de acceso a la información pública. Por ello, el fundamento que subyace a la comprensión de esta excepción, se encuentra en que “no puede formar parte del contenido constitucional de un derecho la facultad de afectar —amenazar o violar— otro derecho constitucional”.³³

La Constitución peruana recoge expresamente la excepción respecto a la intimidad personal, y no la intimidad familiar; sin embargo, es necesario precisar que son dos realidades complementarias que deben ser protegidas a los seres humanos. Aunque no está prevista esta última, comparto con el profesor Castillo que tampoco se puede acceder a información que afecte a la intimidad familiar, porque todos tenemos derecho, y con rango constitucional, no solo a la intimidad personal sino también a la intimidad familiar, y —como ya se ha argumentado— no puede formar parte del contenido constitucional de un derecho la facultad de vulnerar otros derechos también constitucionales.³⁴

Es relevante presentar algunos pronunciamientos de la jurisdicción constitucional, ámbito en que se tramitó un proceso de hábeas data presentado por Franco Mora contra el jefe del Centro de Salud Miraflores, con objeto de que se le proporcione copia

³¹ Ernesto Villanueva Villanueva y Marcos Navas Alvear: *Hacia una América Latina transparente. Las experiencias de Ecuador y México*, vol. 2, Quito y México: PUCE y UNAM, 2004, p. 52.

³² Martín Luque Razuri: *Acceso a la información pública documental y la regulación de la información secreta*, Lima: ARA, 2002, p. 178.

³³ Luis Castillo Córdova: “El contenido constitucional del derecho de acceso a la información en entidades públicas en el ordenamiento constitucional peruano”, en *Derecho de acceso a la información pública: Seminario internacional*, Piura: Defensoría del Pueblo, 2005, p. 34.

³⁴ *Ibidem*.

certificada de la historia clínica 04523, perteneciente a DNAS. A juicio del demandante, esa historia contenía información relevante para demostrar su inocencia en un proceso penal, en el que eventualmente se lo podría privar de su libertad hasta por cinco años.

El tribunal consideró que uno de los límites a los cuales se encuentra sujeto el derecho de acceso a la información lo constituyen aquellas informaciones que afectan la intimidad personal:

[...] en efecto, el derecho de acceso a la información registrada en cualquier ente estatal no comprende aquella información que forma parte de la vida privada de terceros. Y la información relativa a la salud de una persona, como se establece en el inciso 5) del artículo 17.º del TUO de la Ley N.º 27806 [...], se encuentra comprendida dentro del derecho a la intimidad personal.³⁵

En este caso, resulta a toda luz evidente que la información solicitada por el ciudadano era de carácter privado y no público, por lo que la judicatura acertó en no permitir el acceso a la referida información, pues de lo contrario se habría atentado contra el derecho a la intimidad del paciente.

En reciente pronunciamiento se analizó una solicitud de información —ante la dirección de la morgue de Lima— de la relación de los nombres y apellidos de los fallecidos en un accidente de tránsito, sus direcciones y los datos de aquellas personas que reclamaron los cadáveres, con el objeto de una asesoría a los deudos. Se pronunció desestimando el pedido, pues: “por sus alcances, podría repercutir en la esfera íntima y privada de estos últimos,³⁶ cuyos datos no pueden ser puestos en conocimiento de nadie sin su libre y voluntario consentimiento”.³⁷

Es por ello relevante citar al argentino Fernando Toller, quien precisa que toda información debe tener algún interés público.

Algunas la tienen en grado sumo, como es la información relativa al gobierno, a la actividad política, a las grandes corrientes sociales relativas a la historia, la filosofía, la cultura, etc. En cambio, al revés de lo que ocurre con la información sobre asuntos públicos, la regla general en la información atinente a las cuestiones privadas es que el público no tiene derecho a conocerlas. El derecho a la intimidad tutela lo privado, lo que por definición queda fuera de lo público y de la publicidad, y cuyo general conocimiento no está requerido por el interés general.³⁸

Es preciso recordar qué se debe entender por información pública:

³⁵ Expediente 1480-2003-HD/TC, del 29 de marzo de 2004, FJ 03.

³⁶ Se refiere a los familiares.

³⁷ Expediente 5379-2006-HD/TC, del 23 de octubre de 2007, FJ 04.

³⁸ Toller: o. cit., p. 222.

Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como “información pública”, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva.

En consecuencia, se requieren dos parámetros: la posesión por las reparticiones públicas y el uso de la información, que debe estar relacionada con la adopción de una decisión administrativa.

Me permito analizar brevemente si la decisión del Tribunal Constitucional en el caso propuesto por Arévalo Hernández contra la Comandancia General de la Marina es acorde a sus propios pronunciamientos, según surge de las actas de la junta de selección para el ascenso del grado de contraalmirante al de vicealmirante. El accionante había participado en el proceso y deseó contar con todos los resultados, incluidos los de los otros postulantes, pero solo se le entregó lo correspondiente a sus propios resultados. Se debe precisar que la información de las actas contenía el puntaje como resultado de la evaluación de su hoja de vida, el puntaje respectivo que le asignó la junta de selección y la suma de ambos. El Tribunal Constitucional denegó el pedido en cuanto a la información de los otros postulantes alegando que con ello se violaría el derecho a la intimidad. Argumentó:

[...] esta información se encuentra protegida por el derecho a la intimidad, por tratarse de resultados reservados al conocimiento de cada oficial que postuló al proceso de ascensos, por lo que el pedido [...] debe ser desestimado.³⁹

Se desconoce entonces su propio fallo, pues no ha manifestado fundamento alguno en torno a si la información de la evaluación de un proceso de ascensos militares —que debe ser público— contiene información que corresponda a la intimidad de los oficiales.

El baremo lo anunciamos antes: la información de las actas sí se encuentran en posesión del Estado, y además esta información fue el requisito para la evaluación de ascensos militares, que es una función eminentemente pública; por lo tanto, esta información goza de esa misma publicidad. Asimismo el referido pedido de información guarda relación con la comprobación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones de un órgano estatal.

Actualmente se encuentra vigente la ley 29108, que establece un principio de transparencia en los ascensos, en el artículo 3, inciso c:

Los resultados serán publicados después de la evaluación de cada Junta, en la página web de cada institución, *excepto* para los casos de oficiales generales y almirantes.

³⁹ Expediente 4573-2007-HD/TC, del 15 de octubre de 2007, FJ 17.

Esta norma no termina de implementar la transparencia en esta función eminentemente estatal y pública, y no existe ningún criterio razonable para que no se obligue a transparentar los resultados relativos a los altos rangos militares, cuando debe ser todo lo contrario. ¿Será que solo los altos mandos militares tienen derecho a la intimidad?

Complementando la postura de desacuerdo con este pronunciamiento del tribunal peruano, traemos a la discusión otro derecho que estaría en cuestión en el fallo: el referido al debido proceso. En ese sentido citaremos a la propia CIDH, cuando precisa que la negativa a proveer acceso a la información pública que no está fundamentada, que no explica con claridad los motivos y normas en que se basa, también constituye una violación del derecho al debido proceso protegido por el artículo 8.1 de la Convención, puesto que las decisiones adoptadas por las autoridades que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente justificadas; de lo contrario son decisiones arbitrarias.⁴⁰

Otro espacio en que se ha manejado un secretismo muy marcado es la ratificación judicial; sin embargo, nuestro guardián de la Constitución conoció la demanda de hábeas data presentada por Arellano Serquén, que no fue ratificada por el Consejo Nacional de la Magistratura, con la finalidad de tener acceso a los siguientes documentos: a) copia del informe de la comisión permanente de evaluación y ratificación sobre su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía; b) copia de su entrevista personal, y c) copia del acta del pleno que contiene la decisión de no ratificarla en su cargo. Se le respondió que no puede acceder a dicha información porque el artículo 28.º de la ley n.º 26397 no lo permite, debido a que la norma prescribe la reserva respecto a las informaciones y deliberaciones que efectúen los miembros de dicho organismo.⁴¹

Para este alto tribunal, la restricción prevista en esa ley tiene por objeto preservar el derecho a la intimidad personal y familiar del sometido a un proceso de ratificación; es decir, impedir que terceros accedan a determinado tipo de información de interés exclusivo de la persona sometida al proceso de ratificación.⁴² Sin embargo, el error cometido es negarle la información a una persona a la que la información pertenece, pues quien petitionó la entrega de información fue la propia persona sometida al proceso de ratificación.

En el 2005, el Tribunal Constitucional peruano resolvió, en concordancia con su precedente:

Ni la constitución ni la ley que desarrolla dicho derecho constitucional [...] excluyen al Consejo Nacional de la Magistratura de la obligación de proporcionar, sin mayores restricciones que las establecidas por la propia Constitución, los documentos que los propios evaluados puedan solicitar.⁴³

⁴⁰ Caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, § 120.

⁴¹ Actualmente la referida disposición ha sido modificada por la ley 28489, publicada el 12 de abril del 2005, cuyo tenor establece: “El Consejo garantizará a la ciudadanía en general, a través de su portal web, el acceso a información del registro, con las reservas del derecho de los postulantes y magistrados al honor, a su buena reputación y a su intimidad personal y familiar, conforme a ley”.

⁴² Expediente 2579-2003-HD/TC, del 16 de abril de 2004, FJ 15.

⁴³ Expediente 4600-2005-PHD/TC, del 14 de diciembre de 2005, FJ 05.

Es cada vez más frecuente que las instituciones públicas obtengan y almacenen dentro de su acervo documentario información privada de las personas, protegida por la intimidad personal y familiar; no obstante, como lo ha admitido el Tribunal Constitucional, “esta información no es pública, es decir, no debe ser de dominio público, [...] lo que puede generar es un atentado contra el derecho reconocido en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución peruana [...]”⁴⁴

Por esta necesidad de preservar información en poder del Estado que se enmarque en los ámbitos de la intimidad personal se hace ineludible la protección a través de una excepción al principio general de máxima divulgación. Así lo tiene expresado el Tribunal Constitucional peruano:

[...] pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2.º de la Constitución.⁴⁵

Acuña Llamas afirma:

Los datos personales que guarda el Estado en sus cajones y armarios representan uno de los asuntos más delicados de sus responsabilidades; el síndrome de la apertura informativa, encuentra una excepción en el manejo y resguardo de ciertos datos personales de los habitantes, que posee el Estado en sus archivos, los datos más sensibles sobre las personas.⁴⁶

En el Perú se ha desarrollado la restricción de acceso a la información en el TUO de la ley 27806, que establece:

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: [...] 5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, solo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.⁴⁷

⁴⁴ Expediente 2579-2003-HD/TC, del 16 de abril de 2004, FJ 12.

⁴⁵ Expediente 004-2004-AI/TC y otros acumulados, del 21 de setiembre de 2004, FJ 36.

⁴⁶ Francisco Javier Acuña Llamas: “Dos caminos hacia la protección integral de los datos personales en México”, en Ernesto Villanueva Villanueva e Issa Luna Pla (comps.): *Derecho de acceso a la información pública: valoraciones iniciales*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 6.

⁴⁷ DS. 043-2003-PCM, artículo 17.

Como corolario se debe advertir que en otras latitudes de Latinoamérica existen pronunciamientos jurisdiccionales que nos acercan al contenido del derecho a la intimidad. Es el caso de la Corte Constitucional colombiana, que se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad. Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer “erga omnes”, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada.⁴⁸

Por lo tanto,

[...] la protección de la vida privada y la protección de la intimidad son necesarias como estructura del orden jurídico y como garantía de respeto de la dignidad personal.⁴⁹

2.2. La seguridad nacional

La excepción que produce más controversia es aquella información pública relativa a las materias que pueden afectar la seguridad nacional. Y es que pocas cosas son tan difíciles de conceptualizar como la seguridad nacional, sobre todo si se trata de elaborar un enunciado normativo.

Nos enfrentamos a un concepto jurídico indeterminado, que significa cosas distintas, según se trate de un Estado democrático de derecho o de uno que no lo es. Sea como fuere, lo cierto es que esta expresión aparece en cuanta ley de acceso a la información pública existe en el mundo.⁵⁰

Hay una relación inversamente proporcional entre la conceptualización de seguridad nacional y la restricción del acceso a la información, pues cuanto más laxa o difusa sea la definición de seguridad nacional, más simple será caer en la tentación de abusar de ella y restringir el derecho constitucional de acceder a información, lo que se materializa a través del método de clasificar la información como secreta o restringida, o más bien justificando negativas de acceso a información.

⁴⁸ S. T-414-92, expediente T-534, del 16 de junio de 1992.

⁴⁹ Fernando Escalante Gonzalbo: *El derecho a la privacidad*, México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, Cuaderno de Transparencia 02, 2004, p. 42.

⁵⁰ En el Perú el artículo 15 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información dispone: “[...] el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que se sustente en razones de seguridad nacional”.

¿Cómo lograr que en nombre de la seguridad nacional no se avasallen los derechos humanos, los derechos de terceros o se confundan con la seguridad del gobierno en turno? ¿Qué hacer para limitar los alcances de la idea de seguridad nacional, haciéndolos compatibles con un Estado democrático de Derecho? ¿Cómo garantizar que la Ley de Acceso a la Información se convierta en un instrumento que amplíe las libertades de expresión e información y no, por el contrario, las pueda vulnerar?⁵¹

La seguridad nacional se ve amenazada cuando existe una situación de fuerza que perturba gravemente la existencia misma del Estado, lo que genera asimismo la vulneración de los derechos de las personas, ya que es justamente el Estado el garante más importante de estos derechos, según la Constitución y los tratados de derechos humanos. Por lo tanto, se lo debe entender como un bien público que garantiza la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Así lo deja expresado órgano supremo de interpretación de la constitucionalidad:

Sin seguridad no hay desarrollo, ni ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales. Ambos (seguridad y desarrollo), son necesarios para alcanzar el bienestar. De ahí que el artículo 163.^o de la Constitución establezca, como una de las tareas fundamentales del Estado peruano, la de garantizar la seguridad de la Nación, a través de un Sistema de Defensa Nacional.⁵²

En algunas ocasiones se han confundido los conceptos de seguridad nacional y la seguridad ciudadana, pues cuentan ambos con un objetivo común de repeler las vulneraciones o amenazas a los derechos fundamentales de las personas. La distinción entre ambas radica en que la primera enfrenta situaciones gravosas que pueden desestabilizar las bases mismas del Estado y del sistema democrático, mientras que la segunda trata de neutralizar acciones que afectan los derechos de las personas pero con las cuales no se pretende derribar el orden político y social establecido. Tal distinción es abordada por el Tribunal Constitucional peruano cuando expresa:

[...] el concepto de seguridad nacional no debe confundirse con el de seguridad ciudadana. Aquélla implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático.⁵³

Al respecto, los Principios de Lima sustentan:

⁵¹ Ernesto Villanueva Villanueva: *Derecho de acceso a la información y ética periodística*, Asunción: Instituto Prensa y Libertad, 2004, p. 81.

⁵² Expediente 017-2003-HD/TC, del 16 de marzo de 2004, FJ 29.

⁵³ Expediente 0005-2001-AI/TC, del 17 de noviembre de 2001, FJ 02.

[...] 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.⁵⁴

En el Perú, la seguridad nacional es concebida como un bien jurídico de relevancia constitucional, es decir, se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución,⁵⁵ y es improbable que el contenido constitucional del derecho de acceso a la información abarque la facultad de agredir un bien jurídico constitucional. Menos aún si este bien jurídico sustenta la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de un país.

La ley 28664, del Sistema de Inteligencia Nacional y de la Dirección Nacional de Inteligencia, reglamentado por el DS 025-2006-PCM, ha merecido el rechazo de instituciones públicas y privadas en el Perú, , entre otras razones, a que incrementa desproporcionadamente los plazos de clasificación de la información.⁵⁶ Por lo tanto, cambia sustancialmente el plazo previsto por la ley 27806, que es de cinco años para la información secreta, susceptible de ser ampliado por un período adicional cuando ello se justifique.

Asimismo, se incorpora un concepto de seguridad nacional⁵⁷ bastante amplio y ambiguo, por lo que, tratándose de una excepción, su marcada imprecisión suscita interpretaciones que llevan a negar el derecho de acceso a la información pública. Finalmente se puede constatar, en el artículo 31 de la norma comentada, que se prevén directivas secretas; esto atentaría frontalmente con la obligatoriedad de publicidad de las normas jurídicas, requisito esencial de eficacia de toda norma y de su correspondiente obligatoriedad.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de encuadrar hechos en la excepción seguridad nacional, los mismos que se enmarcan dentro de una declaratoria de emergencia decretada por el Ejecutivo en el año 2003, y en los que se solicita, entre otras informaciones, las siguientes: a) qué acciones militares se han realizado en los

⁵⁴ Principios de Lima, principio n.º 8.

⁵⁵ Constitución Política del Perú, artículos 2, 5, 70, 72 y 163-175.

⁵⁶ El artículo 17.1 establece: "La desclasificación de información clasificada, producida por el Sistema de Inteligencia Nacional —SINA—, relativa a la seguridad nacional, procede conforme a los siguientes plazos: a) Información confidencial a los diez (10) años de clasificada. b) Información reservada a los quince (15) años de clasificada. c) Información secreta a los veinte (20) de clasificada.

⁵⁷ Así se dispone en la primera disposición complementaria de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional —SINA— y de la Dirección Nacional de Inteligencia —DINI—, que define la Seguridad Nacional como "Condición de viabilidad, estabilidad, continuidad y bienestar del Estado y la Nación, a través de políticas públicas especializadas sectoriales de defensa y orden interno, inteligencia y en campos o dominios no militares; para protegerlo y ponerlo fuera de peligro, ante situaciones de amenaza, daño potencial o riesgo".

departamentos, que el día de la presentación de la solicitud de información ante la entidad demandada no se encontraban en estado de emergencia, según resolución suprema 181-2003-DE y decreto supremo 063-2003-PCM, y b) la cantidad de efectivos de las Fuerzas Armadas que fueron desplegados a cada región, durante la vigencia del estado de emergencia, para hacer frente a los hechos que la motivaron.

Sobre este particular se sostuvo:

Estas dos citadas pretensiones se encuentran enmarcadas dentro de los supuestos de la ley 27806, artículo 15 y 15A⁵⁸ porque estas facilitarían conocer las estrategias desplegadas a fin de reestablecer la perturbación del normal ejercicio y desarrollo de las actividades de la comunidad. Por ello, la revelación del plan estratégico diseñado para los fines antes señalados, así como el movimiento de efectivos para enfrentarse a las contingencias de un estado de emergencia, podrían tener una seria incidencia en la estrategia del estado para reestablecer la paz interna, ya que se pondrían sobre aviso aquellos grupos que efectivamente se encuentran perturbando el normal desarrollo de las actividades de la comunidad.⁵⁹

2.3. Información excluida por ley

Hasta ahora viene quedando establecido este derecho constitucional no es un derecho absoluto. Es por ello que se han previsto excepciones a su ejercicio, que pueden estar referidas a informaciones que afectan la intimidad personal, la seguridad nacional, el secreto bancario, la reserva tributaria y las que expresamente se excluyen por ley.

Anota con acierto nuestro Tribunal Constitucional:

Ni siquiera la condición de libertad preferida de la que goza el derecho de acceso a la información hace de ella un derecho constitucional que no pueda ser objeto de limitaciones. Como se encarga de recordar el propio inciso 5) del artículo 2.º de nuestra Ley Fundamental, su ejercicio no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que se pueden derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (v. gr. derecho a la intimidad personal), o bien por la necesidad de salvaguardar bienes

⁵⁸ “Artículo 15. Excepciones al ejercicio del derecho. El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que se sustente en razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163 de la Constitución Política del Perú, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia del CNI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley. En consecuencia la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

”1. Información clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente interno como externo:

”a) Planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados, logísticos, de reserva y movilización y de operaciones especiales así como oficios y comunicaciones internas que hagan referencia expresa a los mismos.”

⁵⁹ Expediente 1805-2007-HD/TC, del 31 de agosto de 2009, FJ 17.

constitucionalmente relevantes (v. gr. la seguridad nacional), y siempre que éstas hayan sido expresamente previstas por ley.⁶⁰

Sostenemos entonces que solo a través de una ley —nunca de un reglamento— pueden establecerse las excepciones legítimas al derecho de acceso a la información pública. Después de la Constitución Política, anota el profesor Castillo:

[...] la ley [es] la expresión normativa más democrática y que ocupa el segundo nivel en el rango normativo. La ley, entendida como manifestación de la voluntad popular en la medida que es aprobada a través de mecanismos democráticos (mayorías) por los representantes de los ciudadanos, es la forma jurídica más idónea para desarrollar los distintos preceptos constitucionales.⁶¹

De ahí que se haya admitido la existencia de una reserva de ley cuando se trata del desarrollo de las normas constitucionales que reconocen derechos. Para empezar,

[...] cuando se estatuye una reserva legal⁶² sobre una materia determinada, esa reserva implicará que solo el Parlamento tendrá iniciativa sobre la referida materia, limitándose el Ejecutivo únicamente a complementarlas con posterioridad y según lo establecido en la ley que desarrolla el precepto constitucional.⁶³

El garante de la Constitución se ha pronunciado sobre la reserva legal y su relación con los derechos fundamentales en los siguientes términos:

El principio de reserva de ley impone que cualquier disposición que tenga por objeto directo la regulación de derechos constitucionales o que, aun cuando de manera indirecta, incida en ella, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley, mas no de fuentes normativas de jerarquía inferior.⁶⁴

El principio de reserva de ley cumple “una función de garantía individual, al fijar un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos [...]”⁶⁵ “por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la

⁶⁰ Expediente 1219-2003-HD/TC, del 22 de marzo de 2004, FJ 17.

⁶¹ Castillo Córdoba: “El contenido...”, o. cit., p. 38.

⁶² Luis Villacorta Mancebo: *Reserva de ley y Constitución*, Madrid: Dykinson, 1994, p. 32. Afirma el autor: “[...] con el concepto reserva de ley se definen sectores y materias que están reservados exclusiva y completamente a la ley —aspecto positivo—, esto es, excluidas de una regulación por parte de la Administración, de las fuentes subordinadas, al menos de una regulación autónoma —aspecto negativo—”.

⁶³ Luis Castillo Córdoba: *Los derechos constitucionales. Elementos de una teoría general*, Lima: Palestra, 2005, p. 487.

⁶⁴ Expediente 1429-2002-HC/TC, del 11 de febrero de 2003, FJ 16.

⁶⁵ Expediente 0918-2002-AA/TC, del 25 de marzo de 2003, FJ 05.

necesidad de que se observe el principio de reserva de ley”.⁶⁶ Así lo ha sustentado el guardián de la Constitución.

A juicio de este tribunal, es importante resaltar la protección de los derechos fundamentales frente al poder reglamentario del Estado, puesto que la sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad constituye garantía normativa con la que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción pueda establecer restricciones a su ejercicio.⁶⁷

Es importante realizar un recorrido por los pronunciamientos internacionales en materia de reserva legal, el que se produce cuando el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, mediante comunicación del 14 de agosto de 1985, somete a la CIDH una solicitud de opinión consultiva acerca del alcance del término *leyes* empleado por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶⁸ Al respecto la Corte se pronunció en la OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, en los términos siguientes:

Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.⁶⁹

Continúa el pronunciamiento sosteniendo:

[...] la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad.⁷⁰

Precisa entonces la Corte:

⁶⁶ Expediente 2868-2004-AA/TC, del 07 de febrero de 2005, FJ 15.

⁶⁷ Expediente 2868-2004-AA/TC, FJ15.

⁶⁸ El artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

⁶⁹ Opinión consultiva OC-6/86, ítem 22.

⁷⁰ Opinión consultiva OC-6/86, ítem 24.

[...] las leyes a que se refiere el artículo 30 [Convención Americana sobre Derechos Humanos]⁷¹ son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.⁷²

Con tan clara argumentación en torno a la reserva legal, es razonable preguntarse si en el ordenamiento peruano también se podría utilizar todas las normas con rango de ley para regular el derecho de acceso a la información pública.

Castillo Córdova analiza lo referente a los decretos legislativos y basa su posición en lo enunciado por el Tribunal Constitucional, el cual prevé:

El principio de reserva legal en general para la regulación de cualquiera de los derechos constitucionales que se encuentren sujetos a dicho principio, o que no estándolo, se encuentren dentro del ámbito del principio de legalidad (artículo 2.º, inciso 24), a), no puede entenderse como una reserva a cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley, como puede ser el caso de la Ordenanza Municipal, sino como una reserva de acto legislativo, por virtud del cual las restricciones y límites de los derechos constitucionales tengan que contar necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, bien sea para que éste directamente los regule (a través de una ley ordinaria, o de exigirlo la Constitución, por una ley orgánica) o bien para que dentro de un ámbito bastante preciso, previsto en la ley autoritativa, confiera por delegación la facultad de regularlos.⁷³

Prosigue con su argumentación fundándola en otras dos razones:

Primero, en uno y otro caso existe la intervención del Parlamento, en uno directamente (en la ley), indirectamente en el otro (decreto legislativo). El Parlamento perfectamente puede delegar al Ejecutivo —por ejemplo— la facultad de legislar sobre una materia referida a la seguridad nacional e incluso habilitarlo para que decida qué información dentro de un contexto de amenaza de la seguridad nacional debe permanecer lejos del alcance de los particulares. Y la ley autoritativa no será una ley inconstitucional porque la seguridad nacional no es una materia cuya delegación haya sido prohibida por el actual texto constitucional.

Y un segundo argumento esgrimido por Castillo Córdova es que el Parlamento mantiene la potestad de legislar, de modo que puede emitir una ley que derogue o

⁷¹ Se agregó la norma jurídica a la que se hace referencia en el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷² Opinión consultiva OC-6/86, ítem 35.

⁷³ Expediente 1115-1999-AA/TC, del 17 de mayo de 2000, FJ 06.

modifique aquellos decretos legislativos que a su entender se han excedido de las facultades delegadas; labor de control que en segunda instancia puede ser desarrollada por el Poder Judicial en referencia a casos concretos, utilizando el control difuso, “o por el Tribunal Constitucional que analice en abstracto la constitucionalidad de los decretos legislativos a través de una demanda de inconstitucionalidad o llamado también el control concentrado”.⁷⁴

El propio pronunciamiento de la CIDH al que hemos hecho referencia también se refiere a la posibilidad de delegaciones legislativas, pero las condiciona a que estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.⁷⁵

Sin dejar de reconocer lo convincente de los argumentos, debo disentir de esa postura interpretativa y, por el contrario, advertir que, para el caso peruano, el legislador ha desarrollado esta exigencia constitucional a través del inciso 6 del artículo 17.º y del primer párrafo del artículo 18.º del TUO de la ley n.º 27806.

El primero señala que no podrá ser ejercido el derecho de acceso a la información respecto de “aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una ley aprobada por el Congreso de la República”. Por lo tanto, para el caso del Perú, ha sometido las excepciones al derecho de acceso a la información pública al principio de legalidad formal. El primer párrafo del artículo 15-C de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública se encarga de asegurar esta garantía de legalidad formal: “no se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley”.⁷⁶

Mucho más clara es la posición para rechazar el hecho de que mediante normas con rango legal del ámbito de los gobiernos regionales y locales se pueda exceptuar información, pues además se puede precisar que la prohibición de limitar o establecer excepciones al derecho de acceso a la información no es de su competencia. Asimismo, recuérdese lo que, con base en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional,⁷⁷ se argumentaba líneas arriba. Pues bien, en el supuesto de que se admitiese que los gobiernos regionales y locales puedan tener competencia en la regulación de este derecho a través de ordenanzas regionales o municipales, se debe entonces también admitir la posibilidad de diversos niveles de protección, dependiendo del órgano regulador, lo que es inviable jurídicamente.

Por otro lado, comparto la justificación del profesor Castillo:

[Lo realmente importante es que] se trate de una exclusión razonable y que, por tanto, se ajuste plenamente al principio de proporcionalidad [...] ni el

⁷⁴ Castillo Córdova: *Los derechos...*, o. cit., p. 40.

⁷⁵ Opinión consultiva OC-6/86, ítem 36.

⁷⁶ Informe defensorial n.º 96, *Dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2003-2004*, Defensoría del Pueblo, noviembre de 2005, pp. 150-151.

⁷⁷ Expediente 1115-1999-AA/TC, FJ 06.

Parlamento ni ningún otro órgano constitucional está habilitado para vulnerar la Constitución. Muy por el contrario, la Constitución es una norma jurídica —y además fundamental— que vincula de manera efectiva a sus destinatarios, al poder político en general y al legislador en particular.⁷⁸

No es por tanto una carta blanca al Parlamento nacional. Parece bastante razonable sustentar que, aun siendo el Legislativo el único poder del Estado habilitado a regular el contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública y, por tanto, para establecer las informaciones que pueden y que no pueden ser objeto de acceso, no se encuentra autorizado a disponer lo que sea y a incorporar arbitrariamente cualquier información a la lista de informaciones no accesibles por los ciudadanos.

Solo a través de una previsión legislativa que se ajuste al principio de razonabilidad o de proporcionalidad se puede establecer legislativamente que una información no puede ser suministrada por la entidad administrativa, sin con ello vulnerar el contenido constitucional del derecho de acceso.⁷⁹

La ley, por tanto, no puede desconocer o desnaturalizar el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Para ello nos serviremos de García Macho, quien cita un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español que establece que se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.⁸⁰

Aunque aún existen escasos pronunciamientos sobre esta materia de la jurisdicción constitucional, resulta relevante hacer notar que las excepciones amparadas en ley expresa no pueden ser interpretadas de cualquier manera. Esto sucede en el caso de la Contraloría General de la República, que cuenta con la Ley del Sistema Nacional de Control, la cual, si bien prevé el principio de reserva en las acciones de control,⁸¹ dispone que estas deben ajustarse a lo expresamente previsto en la norma y no ampliarlo arbitrariamente:

Dado que la reserva se circunscribe al momento de la “Ejecución de control” y este ya ha concluido en el caso de autos, la información solicitada por el recurrente ya no se encuentra bajo el ámbito de la reserva, por lo que debe serle entregada.⁸²

⁷⁸ Castillo Córdova: *Los derechos...*, o. cit., pp. 40-41.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 41.

⁸⁰ Ricardo García Macho: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona: Ariel, 1988, p. 151.

⁸¹ Ley 27785, artículo 9, inciso n: “La reserva, por cuyo mérito se encuentra prohibido que durante la ejecución del control se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último”.

⁸² Expediente 1861-2008-HD/TC, del 23 de septiembre de 2009, FJ 05.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en el expediente instaurado por Roberto Ato del Avellanal contra la Municipalidad Provincial de Contraalmirante Villar.⁸³

3. Exigencia de las respuestas del Estado: presunción de inconstitucionalidad

Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional peruano en la década pasada exigía al Estado la obligación de fundar la restricción en motivos objetivos y razonables:

Que, en ese sentido, y como quiera que la entidad demandada no ha expresado razones objetivas y razonables para no proporcionar la información requerida, como consecuencia de que con ello se vaya a afectar el derecho a la intimidad, personal o familiar de terceros, ni una ley o razones de seguridad nacional impiden, en principio, que se proporcione la información que el demandante ha solicitado, este Tribunal Constitucional considera que se ha acreditado la violación.⁸⁴

Similar argumentación desplegó la Corte Suprema de Colombia en un fallo del 21 de agosto de 2008. Un periodista había solicitado información pública en sobre las condiciones en que murieron diez personas a quienes el Ejército señalaba como miembros de grupos armados al margen de la ley. La autoridad militar negó la información indicando que “por tratarse de asuntos relacionados con la estructura militar y concernientes con la Defensa y Seguridad Nacional, dichos datos solamente pueden ser suministrados en virtud de un mandato judicial proveniente de autoridad judicial competente”. La Corte Suprema arguyó:

Si bien es cierto que el artículo 12 de la ley 57 de 1985, consagró una restricción para consultar los documentos que contengan información relacionada con la defensa o la seguridad nacional, también es verdad que la entidad que se ampare en esta disposición, debe motivar su decisión y señalar concreta y puntualmente las razones en las que se apoya su negativa para responder la solicitud, requisito que no cumplió la autoridad acusada [...].⁸⁵

Nuestro máximo intérprete constitucional ha generado algunos requisitos que operan como garantías de legitimidad de las restricciones al derecho de acceso a la información pública. Así, se debe aplicar un control riguroso a todo acto o norma destinado a limitar el acceso a la información pública y por ende a establecer excepciones, el que debe someterse a la técnica —en palabras del máximo intérprete de la

⁸³ Expediente 3790-2007-HD/TC, del 17 de octubre de 2007, FJ 04.

⁸⁴ Expediente N.º 1071-98-HD/TC, del 02 de junio de 1999, FJ. 05.

⁸⁵ POMC, expediente 2008-00247-01, FJ 4.a.

constitución— de la “presunción de inconstitucionalidad”—.⁸⁶ Ello con la finalidad de hacer recaer la carga de la prueba en la entidad responsable de la limitación, no solo acerca de la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción, sino además —continúa fundamentando el tribunal— porque “existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que solo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica”.

Coincido por tanto con la Defensoría del Pueblo cuando afirma:

La invocación de cualquiera de ellas o el establecimiento de una nueva excepción a través de una ley, deberá ser el fruto de una decisión escrita y suficientemente motivada en los términos antes indicados. En ese sentido, quedan descartadas aquellas limitaciones carentes de motivación o los casos de motivación aparente donde no existe ninguna conexión lógico-jurídica entre la justificación expuesta y la causal invocada. [...] la mera ausencia de motivación o la comprobación de motivación aparente, confirma la presunción de inconstitucionalidad y por ende la invalidez de la excepción o limitación.⁸⁷

Sería útil precisar la procedencia de la presunción de inconstitucionalidad, con apoyo en la naturaleza del derecho de acceso a la información pública. Castillo Córdova la sustenta en:

1. La significación del derecho como derecho constitucional. Dentro de este supuesto existen dos razones: a) Por tratarse de un derecho constitucional, cuenta con una dimensión objetiva en su contenido constitucional, es decir, obliga al Estado a promover la plena vigencia de los derechos fundamentales. En consecuencia, el poder estatal debe justificar toda medida que suponga la limitación del derecho fundamental. b) Se aplica el principio *pro libertatis* o *pro homine*,⁸⁸ que anima a la vigencia e interpretación de las normas constitucionales con una opción favorecedora de los derechos constitucionales. Por consiguiente, el poder público debería fundamentar y probar que

⁸⁶ Expediente 1797-2002-HD/TC, FJ 11.

⁸⁷ Informe defensorial n.º 096, p. 157.

⁸⁸ Expediente 2005-2009-AA/TC, del 16 de octubre de 2009, FJ 33: “El principio *pro homine* es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC n.º 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos”. Cf. también la opinión consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, “en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio *pro homine*)”

determinado acto que niega el acceso a la información es un acto constitucional por ser razonable y proporcionado.

2. La finalidad del derecho de acceso a la información pública. Lo que define y caracteriza este derecho fundamental es permitir la transparencia en la actuación del Estado, de manera que las decisiones de los entes públicos sean conocidas y fiscalizadas por los ciudadanos. De este modo, la finalidad declarada del derecho de acceso a la información pública puede verse afectada si se permite que el mismo ente estatal establezca de manera arbitraria que determinada información debe ser negada a los ciudadanos. Por otro lado, es importante que reconozcamos que el principio de publicidad obliga a la entrega de la información, y solo se permite un acto secreto o confidencialidad como excepción.

Justifica y prueba quien alega la limitación del derecho. Los entes estatales que opten por denegar información a los ciudadanos deben probar el apremiante interés público de mantener en secreto la información solicitada; esto porque existe la regla de que quien alega, fundamenta y prueba lo que alega. Carolina Botero sostiene que la obligatoriedad de la carga de la prueba le corresponde a quien la alega la restricción, es decir, a la repartición estatal que es compelida a entregar información:

Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control, ha cumplido con los requisitos establecidos en la Convención —sentido en el cual se pronunció el Comité Jurídico Interamericano en su resolución sobre los “Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información”, al establecer que “la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada”.⁸⁹

Hay por tanto una obligación positiva del Estado⁹⁰ cuando se trata de fundamentar la negativa del derecho de acceso a la información pública. Así ha quedado expresado en una declaración conjunta de 2004 por órganos internacionales protectores de este derecho fundamental:

La autoridad pública que procure denegar el acceso debe demostrar que la información está amparada por el sistema de excepciones.⁹¹

⁸⁹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, vol. III, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, § 167.

⁹⁰ Helen Darbishire: “El derecho a la información en América Latina”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, junio 2006, p. 266.

⁹¹ Declaración Conjunta 2004 del relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el relator especial de la OEA para la Libertad de Expresión.

En el ámbito regional la CIDH ha implementado tres requisitos que debe cumplir una limitación al derecho de acceso a la información pública, los que a partir de ese momento deben tomar en cuenta los jueces en el Perú:

En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término deben estar previamente fijadas por ley⁹² como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse “por razones de interés general⁹³ y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.⁹⁴

⁹² La propia sentencia precisa: “En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión *leyes*, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general”.

⁹³ Continúa la sentencia: “El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático [...]”.

⁹⁴ Caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, FJ 89, 90, 91.