

El derecho de acceso a la información pública documental. Una propuesta de transparencia para la democratización*

MARTÍN LUQUE RÁZURI

SUMARIO

- I. LA INFORMACIÓN COMO PERSPECTIVA DE ANÁLISIS
- II. LA BRECHA ENTRE PODER FÁCTICO Y PODER FORMAL COMO PROBLEMA INFORMATIVO
- III. LA VISIBILIDAD COMO PRESUPUESTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO
- IV. DEMOCRACIA REAL Y FORMAL
- V. UNA CONSECUENCIA DE LA BRECHA ENTRE EL PODER FORMAL Y EL PODER REAL: EL GOBIERNO O PODER INVISIBLE
- VI. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RELACIÓN PODER-INFORMACIÓN: DEL *ARCANANA IMPERII* A LA TRANSPARENCIA
- VII. LA PROPUESTA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO POTENCIAL DEMOCRATIZADOR DE LAS DECISIONES QUE AFECTAN A LA ESFERA PÚBLICA
- VIII. DECISIONES PÚBLICAS E INFORMACIÓN
- IX. PRINCIPIO DE TRANSFERENCIA Y DEFINICIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DOCUMENTAL (DAIPD)
- X. CONTENIDO DEL DAIPD
- XI. INFORMÁTICA Y ACCESO
- XII. LÍMITES AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: EL SECRETO COMO EXCEPCIÓN
- XIII. DAIP EN EL CONTEXTO PERUANO: LA CONSTITUCIÓN DE 1993
- XIV. DECRETO SUPREMO N° 018-2001-PCM
- XV. BALANCE PRELIMINAR Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

I. LA INFORMACIÓN COMO PERSPECTIVA DE ANÁLISIS

La información, como tema de análisis para el Derecho constitucional resulta sin duda, un campo fructífero; si este estudia las instituciones políticas desde una perspectiva jurídica y propone su racionalización; y, por otra parte, admitimos que uno de los factores (cada vez más importantes por cierto) en la configuración del poder (no solo político) es la información entonces resulta imposible obviarlo, en la medida en que se puede establecer entre ambos un número importante de relaciones

* El presente texto es el resumen de la tesis «El derecho de acceso a la información pública documental y sus excepciones», sustentada por el autor el 27 de setiembre de 2000 para optar por el grado de Magister en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De esas múltiples relaciones algunas han sido más estudiadas; las más conocidas han dado lugar a extensos trabajos sobre derecho a la información en general, libertad de expresión y de información, democracia y medios de comunicación, derecho a la información y vida privada, etc.; todos temas trascendentales sin duda, pero distintos al que intentamos desarrollar. Nuestro tema concreto de análisis y nuestra hipótesis central es, en principio, bastante simple: un derecho de cualquier persona a conocer los documentos que contienen información de carácter público (DAIPD) resulta absolutamente necesario como mecanismo de control y participación en cualquier régimen democrático. Es un tema cuya importancia, lamentablemente, ha comenzado a entenderse tardíamente aun en los países con gran tradición democrática, en los cuales se ha tomado conciencia de la necesidad de un público bien informado como requisito indispensable para el funcionamiento de un sistema que se basa en la adopción de decisiones por consenso. Un público bien informado conlleva y contiene dentro de sí la posibilidad de un elector, un usuario de un servicio público, un consumidor, un juez, o un político (por citar algunos ejemplos); capaces de tomar decisiones realmente libres porque toda decisión supone optar y ello no es posible si no se conoce todas las opciones y el contenido de cada una de ellas. Por otro lado un sistema que afirma como fuente de legitimidad al pueblo debería tener la obligación mínima de informar y de permitir que se informen permanentemente sus mandantes sobre el resultado de su gestión.

Para el orden jurídico de los estados democráticos esos objetivos constituyen lo que Norberto Bobbio denomina una de sus promesas incumplidas porque tienen aún la tarea pendiente de creación de los mecanismos que ayuden al logro de ese objetivo después de haber entendido que la mera libertad de expresión y la libertad de prensa han devenido en instituciones indispensables pero insuficientes para solucionar ese problema. Y aunque no se puede negar el rol de los *mass media* en los sistemas democráticos como maquinaria difusora e intermediaria entre la clase gobernante y las mayorías, tampoco se puede soslayar de otro lado, la necesidad del acceso como paso previo, porque lógica y cronológicamente para que haya difusión primero debe haber acceso.

La comprensión de este problema, bastante razonable sobre el papel, no ha sido sin embargo producto de un impecable razonamiento jurídico sino de hechos concretos a lo largo de este siglo que han puesto en evidencia la existencia de aspectos oscuros en el manejo de temas de

interés público y en la actuación política de los gobernantes, aun de los estados considerados más democráticos que han marcado el siglo XX: magnicidios irresueltos, crímenes cometidos por las fuerzas policiales o militares, corrupción de funcionarios de alto nivel, influencia ilegítima de *lobbys*, etc. Todos ellos son indicativos que revelan fallos del sistema, bolsones de poder fuera de cualquier control, la posible existencia de estructuras de poder paralelas actuando sin respeto por los derechos fundamentales de sus propios ciudadanos, etc.

II. LA BRECHA ENTRE PODER FÁCTICO Y PODER FORMAL COMO PROBLEMA INFORMATIVO

El tema informativo exige una doble perspectiva: jurídica y sociológica del poder, precisamente porque proponer acceso a la información parte de asumir que existe algo que no es visible para el orden jurídico, y para *ver* ese algo los instrumentos legales aún no han sido creados o han resultado insuficientes. Hemos considerado que, puesto que ambas disciplinas comparten el mismo objeto de estudio, no debemos separarlas de manera rígida sino que debe existir entre ellas puentes que las enriquezcan; un enfoque jurídico excesivamente positivista nos conduciría a un análisis de las instituciones formalmente constituidas y reconocidas por el orden legal, pero dejaría de lado los objetivos para los cuales existen tales instituciones y si tales objetivos se cumplen en la realidad.

¿Las instituciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder corresponden con la realidad del mismo en el contexto actual o existe una brecha entre ambas realidades? Si tal brecha existe, como creemos, debe ser una aspiración del sistema constitucional cerrar esa brecha utilizando los mecanismos jurídicos existentes o creando los que resulten adecuados. Uno de esos mecanismos es el acceso a la información, por varias razones: porque constituye en sí mismo un mecanismo de control político y un requisito previo para la participación política; porque al permitirnos conocer el funcionamiento del poder real puede permitir un control del poder real y no solo del poder formal. Sostenemos que nuestro sistema constitucional parte de algunos supuestos que no se ajustan a la realidad, y que para salvar esa distancia resulta necesario poner de manifiesto esas incongruencias para corregirlas; en tal sentido la transparencia o visibilidad es un elemento fundamental para lograrlo porque

sin información no será posible una retroalimentación y perfeccionamiento del sistema democrático.

III. LA VISIBILIDAD COMO PRESUPUESTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

El modelo político que recoge nuestra Constitución es básicamente el mismo que cualquier otra constitución democrático-liberal, y pretende ser la expresión jurídica de esas relaciones de poder que se dan en la sociedad real; vale decir que los gobernantes que ejercen realmente el poder al tomar las decisiones que afectan a los miembros de la sociedad, deben ser pasibles de control a través de los medios que esa misma Ley Fundamental crea.

Para que se cumpla esa finalidad el modelo parte de algunos presupuestos, que tienen una relación de necesidad lógica entre sí; eso significa que para que funcionen deben actuar conjuntamente; si eliminamos alguno (o algunos) de ellos el sistema tiende a distorsionarse.

El Perú se define como una república democrática (artículo 43 de la Constitución), señalando explícitamente que «el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» (artículo 45); por ello sus decisiones deben ser expresión del consenso de los miembros de la sociedad. Pero el término «democrático» no puede interpretarse de manera literal, sino que solo es tal, en cuanto requiere de un grado de participación de la sociedad en su inicio y (con variaciones de grado) en algunas decisiones importantes; sin embargo la casi totalidad de las decisiones no son tomadas por la mayoría de los individuos.

Según la teoría de la representación, el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación individual queda atenuado o más bien circunscrito al acto electoral, ya que si bien el pueblo tiene la capacidad de autodeterminarse, no expresa su voluntad sino a través de sus representantes en el Estado. Así, en el Parlamento los congresistas representan a todo el pueblo no solo como órgano colegiado sino cada uno individualmente. Ningún representante está sujeto a mandato imperativo, vale decir que no debe rendir cuentas de su actuación sino (en alguna medida) a la Nación en su conjunto.

Esta forma (y se verá la importancia de las formas en el sistema constitucional democrático) de tomar decisiones y elegir a los

detentadores del poder determina a su vez la existencia de un primer presupuesto consistente en la necesidad de que existan diferentes mecanismos para controlar el poder.

Es esa posibilidad de control, tal vez más que la participación misma del pueblo, la que determina la existencia o no de un Estado democrático Constitucional, «la existencia o ausencia de dichos controles, su eficacia y estabilidad, así como su ámbito e intensidad, caracterizan cada sistema político y permiten diferenciar un sistema político de otro, así pues sólo el análisis del mecanismo de vigilancia y control del poder, conduce a la comprensión del proceso político» dice Loewenstein.¹ Nuestra Constitución, señala por eso que «quienes lo ejercen [el poder] lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» (artículo 45).

Un segundo presupuesto del modelo constitucional es el que señala que las decisiones pueden ser tomadas exclusivamente por aquellos que están *investidos formalmente* del poder «que emana del pueblo», a través de los medios de la representación. El mecanismo por excelencia es el sufragio, ya que ninguna otra persona puede arrogarse el ejercicio de ese poder.

Un tercer presupuesto del sistema democrático se enlaza con los otros, y resulta especialmente importante para nosotros. Consiste en que las decisiones que toman los detentadores electos puedan, en la mayoría de los casos, ser conocidas, solo así es posible que puedan ser controladas. La democracia liberal requiere entonces de un elemento que podríamos llamar la *visibilidad* en el ejercicio del poder, tanto de quienes toman las decisiones como de las decisiones mismas. Pero tal presupuesto en la práctica no es de fácil cumplimiento, si no en la etapa final del mismo, en la manifestación pública del poder, porque, siguiendo a Loewenstein

es evidente que las decisiones políticas fundamentales serán iniciadas y confirmadas por un número relativamente pequeño de personas, [pero] aunque [sic] las decisiones políticas están frecuentemente inspiradas e influidas por *detentadores del poder invisibles*, su formulación y realización están en las manos de detentadores del poder legítimos, es decir el gobierno y en su caso el Parlamento.²

¹ LOEWENSTAIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, pp. 29-30.

² *Ib.*, p. 64.

IV. DEMOCRACIA REAL Y FORMAL

Esa necesaria visibilidad tanto de los decisores como de sus decisiones es el presupuesto jurídico que tomamos como punto de partida a confrontar con la dinámica real del poder, lo cual nos parece pertinente en vista de nuestra propuesta: el acceso a la información pretende reducir la distancia entre el modelo jurídico de organización del poder y el poder real, acceso a la información significa transparencia, visibilidad de la maquinaria política, más allá del texto constitucional. Para ello revisemos brevemente algunas incongruencias que contribuyen a la falta de transparencia en la actuación pública, problema central de nuestra propuesta sobre acceso a la información.

4.1. Estado democrático y elites

Hemos señalado que la democracia solo es gobierno del pueblo en el sentido de que la mayoría de ciudadanos tienen cierto grado de participación en la toma de decisiones, básicamente en la elección de autoridades; eso, dicho en otros términos significa que la mayoría no gobierna sino que es gobernada.

El tema del poder estatal como gobierno de minorías, ha sido ampliamente estudiado por la llamada *teoría de las elites* o *de la clase política*, a la cual recurrimos en nuestro análisis, siendo sus más reconocidos defensores Gaetano Mosca, quien utiliza el método del análisis histórico y así arriba a una de sus primeras conclusiones: «entre las tendencias y los hechos constantes que se encuentran en todos los organismos políticos, aparece uno cuya evidencia se le impone fácilmente a todo observador: En todas las sociedades existen dos clases de personas: La de los gobernantes y la de los gobernados [sic]». ³

Partiendo de aceptar este hecho (el elitismo), los problemas que se plantean quedan mejor delimitados: cómo se forman y organizan las elites y cuáles son las reglas de su relación con la mayoría. Estos elementos son los que van a determinar la forma en que se van a clasificar los distintos tipos de sociedades y estados. Porque si se puede aceptar la existencia de elites en todas las sociedades, estas no se forman siguien-

³ MOSCA, Gaetano. *La Clase Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 106.

do un mismo proceso. Mosca identifica dos principios que rigen la formación (aristocrático y democrático) y otros dos que rigen la organización (autocrático y liberal).

Elites y democracia no son conceptos necesariamente contradictorios, salvo que entendamos por democracia el ejercicio directo del poder directamente por el pueblo. Comprender que los grupos humanos están regidos por elites nos ayudará a entender mejor el funcionamiento del sistema democrático, que nos alejará de las propuestas de democracia radical y ayudará a darle un enfoque realista a nuestro análisis y nuestras conclusiones. Si partimos de la premisa: es una elite (o más de una) la que gobierna, el problema del Derecho constitucional pasa a ser el control de los elementos que constituyen el poder político de dicha elite, porque podemos añadir que otra diferencia entre las elites, no señalada por Mosca, es la calidad y cantidad de derechos que le reconocen a las mayorías, y uno de los más importantes es el acceso a la información, porque la información privilegiada es uno de los elementos que sirve de base para estructurar una relación de poder.

4.2. Sociedad de grupos y Estado de individuos

Señalamos antes que el Estado ha pretendido históricamente ser la única forma organizada del poder; pero esta visión nunca se ha ajustado a la realidad, ni antes ni después de la culminación de su proceso de formación, en el cual hubo poderes paralelos contra los que el Estado debió de lidiar, como en el caso de los Feudos y los gremios y, más claramente de la Iglesia Católica.

Actualmente, dentro de cualquier Estado existen otras formas organizadas de poder paralelas, que salen de la relación Estado-ciudadano, organizadas unas mejor que otras. Es lógico que su propia dinámica las lleve a tratar de penetrar el poder del Estado, en la medida en que tratan de conseguir sus objetivos e influir sobre el resto de la sociedad.

En relación a los grupos, hallamos una variedad que paulatinamente ha ido creciendo en la medida en que surge la sociedad de masas con su complejidad que escapa a esquemas dualistas. Dichos grupos pueden defender intereses aceptados como legítimos por el sistema jurídico, como es el caso de los empresarios, trabajadores, consumidores, profesionales, ecologistas, etc.; o ilegítimos (pero no por ello menos reales) como en el caso de las organizaciones delictivas.

Algunos de aquellos grupos han ido adquiriendo distintos grados de reconocimiento como ocurre con los sindicatos, asociaciones civiles y con mayor claridad con los partidos políticos que se han ido convirtiendo paulatinamente en los verdaderos protagonistas del sistema democrático.

He aquí una de las paradojas de la democracia moderna: el hecho de que a pesar de haberse fundado teóricamente a partir del individuo y sus intereses, tiene por actores reales a los grupos organizados; por eso Norberto Bobbio ha sostenido que el derecho más importante en la sociedad moderna es el derecho de asociación, ya que expresa la forma en la que el Estado canaliza los intereses sectoriales; el Estado es democrático en la medida que otorga libertad de organizarse y facilidades para participar a estos *corps intermédiaires* al decir de Tocqueville.⁴

En este contexto social, que se ha denominado *pluralismo*, las decisiones políticas expresadas en el sistema jurídico representan la capacidad de esos grupos de influir sobre las decisiones de los gobernantes, o dicho de un modo más benévolo, el compromiso entre los distintos grupos divergentes; pero tal compromiso nunca es explícito ni aparece «firmado» por sus protagonistas. Karl Loewenstein sostiene que en la democracia constitucional,

lo significativo es que los grupos pluralistas siguen careciendo, sin embargo, de una institucionalización legal que correspondiese a su enorme importancia en el proceso sociopolítico, y mucho menos de una incorporación a la Constitución. En ningún otro aspecto se ha mantenido tan viva la ideología del *laissez faire* clásico, con una anacrónica tenacidad, como en la relación entre los detentadores oficiales del poder y las fuerzas pluralistas extraconstitucionales, que guían y moldean incluso a los propios detentadores del poder.⁵

Así, nuestras constituciones han preferido mantener en sus textos la teoría política liberal de una sociedad de individuos, de una sola Nación en la cual todos son iguales, cada uno con intereses propios pero sin admitir la existencia de intereses sectoriales u otorgárseles un mecanismo jurídico de expresión o participación. Ello, naturalmente no evita que muchas de esas organizaciones actúen, por decirlo así «en la som-

⁴ BOBBIO, Norberto. «Democracia y Pluralismo». *Revista de Ciencia Política*, vol. 8, 1986, pp. 126 y ss.

⁵ LOEWENSTAIN, ob. cit., p. 424.

bra» o en los pasadizos. De manera semejante a lo que ocurre con los partidos políticos, tales organizaciones poseen eventualmente ideologías, órganos de funcionamiento y objetivos, pero a diferencia de ellos, no aspiran necesariamente a tomar un control directo del aparato estatal, sino a conseguir que el Estado haga suyos sus propios intereses y en lo posible aparezcan como intereses «públicos».

V. UNA CONSECUENCIA DE LA BRECHA ENTRE PODER FORMAL Y PODER REAL: EL GOBIERNO O *PODER INVISIBLE*

Esa estructura formal de poder demasiado distante de la dinámica real del poder, a la cual se podría agregar la habilidad de ocultar y engañar, convertidas en norma de conducta de los gobernantes —como puso de manifiesto y después estableció como norma el maquiavelismo—, han dado lugar al incubamiento de formas de ejercicio del poder que se perfeccionan y escapan casi por completo a cualquiera de los mecanismos tradicionales de control democrático.

Hemos señalado antes que uno de los presupuestos del sistema democrático es la visibilidad de las decisiones y de quienes las toman, pero mientras los detentadores oficiales del poder pueden ser identificados porque están jurídicamente determinados, descubrir a aquellos otros detentadores del poder no oficial, «exige en cada caso un análisis sociológico de la realidad del proceso del poder» dice Loewenstain;

la investigación que trata de localizarlos se asemeja frecuentemente al destapar de una de esas cajitas barnizadas chinas dentro de la cual se encuentra otra más pequeña, la cual contiene a su vez otra todavía más pequeña, produciéndose así una cadena infinita de ilusión y realidad. El *manipulador de los hilos* que entre bastidores mueve las marionetas en el escenario según su voluntad, es un fenómeno omnipresente del proceso del poder. La eminencia gris detrás del trono del poder aparece revestida de muchas formas [...].⁶

Para el detentador de poder es una ventaja el no ser visible; no aparecer en público antes que perjudicarlo lo beneficia. Tal vez quien pri-

⁶ Ib., p. 37.

mero percibió e ilustró este concepto fue Platón en la fábula del anillo de Gíges relatada en el segundo libro de *La República*. Se relata allí cómo un pastor al servicio del rey de Lidia encuentra un anillo de oro que le puede dar a aquel que lo usa el don de la invisibilidad, y que este hecho cambia completamente su vida porque «al tener este conocimiento se hizo poner entre los que iban como comisionados ante el Rey. Una vez que llegó (al palacio) sedujo a la reina y con su ayuda acometió y mató al rey y se hizo con el poder». Este cuento sirve a Platón para demostrar que cuando a un hombre cualquiera se le otorga un gran poder y es puesto en una situación fuera de todo control tenderá irremisiblemente a incrementar su poder y a actuar injustamente «si, pues, llegásemos a tener dos de estos anillos y el uno se lo pone el justo y el otro el injusto, ninguno llegaría a ser, al parecer, tan fuerte como para permanecer fiel a la justicia y no atreverse a apoderarse del bien del otro [...] al obrar de este modo, no obraría de modo distinto que el otro [el injusto], y los dos tendrían un mismo fin».⁷ La invisibilidad en sí misma aumenta el poder de quien lo posee pero simultáneamente le permite actuar impunemente porque está fuera de cualquier control.

Entre los estudiosos de la ciencia política que dedica interés a esta necesidad de visibilidad del poder y a la creciente fuerza de lo que él llama *el poder invisible* es Norberto Bobbio, quien se lamenta de la escasa importancia que le han dado otros autores. En el caso de Italia, dice Bobbio irónicamente, la presencia del poder invisible ha sido bastante visible en varias ocasiones, ello tomando los ejemplos de la mafia, la camorra, logias anómalas, servicios secretos incontrolados, etc. Lo mismo ocurre en el resto del mundo, ya sea a través de grupos de poder que encarnan intereses legalmente admitidos (la Iglesia, el Ejército, grupos de presión, etc.) o ilegales (organizaciones delictivas como el narcotráfico, etc.). Una posible explicación es precisamente lo inasible que resulta su estudio; el poder invisible es por definición difícil de conocer, los estudiosos irónicamente solo pueden conocerlo cuando se hace visible; el resto, como ocurre con los icebergs, podemos intuirlo o deducirlo, bajo grave riesgo de incurrir en las imprecisiones de la especulación porque el poder invisible, hay que reiterarlo, es básicamente un problema de falta de información.

⁷ PLATÓN. *La República*. Traducción directa del griego por Vicente López Soto. Barcelona: s.e., 1996, p. 58 y ss.

Desconocemos la existencia de un análisis sistemático del tema; trataremos de asomarnos en él. Para hacerlo debemos partir por precisar conceptos, qué entendemos por poder invisible y otros conceptos correlacionados.

El Derecho constituye un sistema de pensamiento y al igual que las ciencias, tiene un lenguaje propio. Dicho sistema es una posible lectura de la realidad traducida en conceptos jurídicos. Así, las instituciones del Derecho constitucional constituyen hechos o conductas a los que los órganos de creación del Derecho les han imputado una consecuencia; en palabras de Kelsen, «una acción humana no puede ser acto jurídico sino en tanto que es calificada por el Derecho como facultad o como deber jurídico».⁸

Desde este punto de vista el poder invisible sería invisible, solamente en cuanto el orden jurídico no lo ha regulado o tomado en consideración en cuanto elemento legitimado para tomar parte en las decisiones políticas (¿o tal vez no lo ha visto?); en conclusión, su invisibilidad es en primer lugar de carácter jurídico. Hay un fenómeno social no reconocido o no considerado relevante o simplemente no admitido legalmente: luego, para el Derecho ese fenómeno no existe.

Es evidente, sin embargo, que tales elementos no reconocidos por el ordenamiento jurídico existen y que tienen una influencia perceptible en las decisiones políticas y en su ejecución; a esos elementos podemos llamarlos *poder invisible*, término que no conlleva necesariamente una carga peyorativa, ya que el concepto que encierra resulta bastante amplio. Existen no uno sino varios poderes invisibles, por lo cual es conveniente hacer una distinción; nosotros encontramos tres contenidos diferentes para ese término.

En primer lugar, se ha usado el término para designar a las llamadas eminencias grises, cortesanos y favoritos o séquito de consejeros, expertos y hombres de confianza personal a los cuales debemos añadir a los tecnócratas que actualmente rodean a los gobernantes y tienen un peso real en la toma de decisiones, en algunos casos determinante. El nombre *eminencia gris* fue tomado del padre José, el consejero de Richelieu; de *poderes detrás del trono* también ha sido ejemplo pintoresco el monje Rasputín para el último zar de Rusia, por solo citar un

⁸ KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México D.F.: Editorial Universitaria, 1958, p. 82.

par de ejemplos. Son frecuentes en la historia los casos de hombres que han sido los detentadores reales del poder o cuya opinión, sin estar legitimada, ha sido determinante; pero aun así debemos aceptar que las decisiones son tomadas por los gobernantes formales: es el Congreso el que aprueba las leyes, y es el presidente de la República el que las promulga, y dicta, con aprobación de sus ministros, normas de menor rango.

Entre un proyecto y su conversión en norma media todo un proceso de carácter psicológico al interior de los detentadores de poder, en el cual entran en consideración sin duda la presión que ejercen grupos de interés, pero también consideraciones de tipo emocional y personal, preferencias de la más diversa índole. Pero ¿está en manos del ordenamiento jurídico controlar ese proceso? En nuestro concepto, básicamente no, porque debemos admitir que el gobernante debe decidir con criterio propio; la posibilidad de que el gobernante permita ser manipulado obedece más bien a una característica de su personalidad, no del sistema constitucional.

El criterio con el cual el gobernante escoge a sus consejeros constituye una de las facultades inherentes al poder de gobernar y es perfectamente entendible en un mundo cada vez más complejo, en el cual no hay gobernante que pueda ser un entendido en todos los temas que su función exige. Las posibilidades de controlar no solo son reducidas sino que podrían resultar contraproducentes, mudando el poder del gobernante al controlador. En tales casos es el gobernante mismo el que debe fijar los límites del poder que otorga a sus consejeros. El orden legal a lo más podría exigir que se hagan públicos los nombres de estos funcionarios y que reúnan determinados requisitos pero no podrá impedir que sus opiniones sean determinantes.

En segundo lugar, podemos designar como poder invisible un fenómeno distinto, que se presenta cuando ya no es una eminencia gris la que influye de manera creciente en las decisiones, sino toda una maquinaria organizada casi como un gobierno paralelo creado para mantener una forma política determinada o para perpetuar ciertos intereses o individuos en el poder.

Alan Wolfe, analista norteamericano, escribió desde un punto de vista sin duda polémico, un trabajo pionero sobre el tema del gobierno invisible a fines de los años setenta, *The limits of legitimacy*, en el cual planteó la existencia de un Estado dual creado en su país a fines de la Segunda Guerra Mundial. Vale la pena reseñar algunas de sus ideas no

solo porque constituye posiblemente el primer trabajo sobre este tema sino porque pueden darnos algún hilo conductor del cual tomar algunas pautas.

La idea de dos estados coexistiendo pero sirviendo a diferentes necesidades, señala, tiene diversidad de raíces, por ejemplo en el concepto augustano de las dos ciudades, en la distinción entre Estado y sociedad que emerge del absolutismo burocrático de los Hohenzollern, en la distinción general entre *Machtsstaat* y *Rechtsstaat*. Sostiene Wolf, que entre la concepción liberal y la concepción democrática de la sociedad se dan tensiones generadas por la existencia de los principios contradictorios que las rigen; la primera apunta prioritariamente a la acumulación de capital, la segunda a la participación de las mayorías. Desde el ascenso de la burguesía industrial al poder no ha existido una sola clase de Estado sino en apariencia, al contrario, se han buscado una serie de modelos como soluciones temporales a este problema.

A fines del siglo XIX, con la aparición de las grandes masas trabajadoras en las ciudades inglesas —producto del industrialismo— que deseaban participar en la vida cívica, se generó un problema inédito en la historia, ya que las mismas constituían una amenaza al orden existente. Los intelectuales de la época trataron de dar soluciones. Walter Bagehot, creó una curiosa teoría basada en la distinción entre las partes «honrables» del gobierno, aquellas que capturan la atención pública y las partes «eficientes», menos publicitadas, que son las que toman las decisiones: «la solución a la paranoia democrático liberal y al aparente peligro de la irrupción de las masas, se convierte como consecuencia de este razonamiento, en la creación de un gobierno bicéfalo, con una cabeza eficiente y serena para la elite y otra teatral y espectacular para las masas».⁹

Según la teoría de Wolf, Estados Unidos habría asumido esta forma política de un doble Estado, un rostro democrático debajo del cual se ocultan los hombres que toman las decisiones importantes. El Estado dual fue construido en un periodo largo que se inicia en 1944 y culmina su última etapa aproximadamente en 1976, fecha hasta donde llega su estudio.

El objetivo habría sido crear una aparente situación de «crisis permanente». Los ideólogos de este proyecto a través de mecanismos de

⁹ WOLF, Alan. *The Limits of the Legitimacy. Political contradictions of Contemporary Capitalism*. New York: The Free Press, 1977, p. 177.

propaganda difundieron una nueva moralidad en la cual el valor supremo ya no fue el individuo sino la «seguridad nacional»; todo lo que se hiciera para contribuir a dicho objetivo estaba justificado en la medida que diera resultados, la idea de la razón de Estado había adquirido un nuevo seudónimo.

El siguiente paso habría sido un cambio en la estructura estatal: «el énfasis del siglo XVIII en el balance armonioso y reducción [del Estado] habían resultado en una estructura de gobierno que los teóricos del Estado dual hallaron incómoda». Ello se logró haciendo que los Poderes Legislativo y Judicial, cedieran poder en favor del Ejecutivo y paralelamente este incrementó su injerencia en asuntos internos. La Ley de Seguridad Nacional fue aprobada después de largos años de debate, en 1947, unificando las Fuerzas Armadas, institucionalizó la Oficina de Comando Conjunto (JCS) y el Consejo Nacional de Seguridad (NSC) y dando origen además a lo que más adelante sería la Agencia Central de Inteligencia.

En los años sesenta ya era perceptible por varios analistas la evidencia de aquella dualidad. Un libro escrito en 1964 (*El Gobierno Invisible*) empezaba con estas palabras: «Hay dos gobiernos en los Estados Unidos de hoy. Uno es visible. El otro invisible. El primero es aquél del cual los ciudadanos leen en sus periódicos y los niños estudian en sus textos. El segundo es la maquinaria entramada y oculta que conduce la política de los Estados Unidos en la Guerra Fría».¹⁰

El Estado dual entró en crisis con el escándalo Watergate, en los años setenta. Una de las causas del mismo fueron los enfrentamientos entre el presidente Nixon y el FBI: «tales manipulaciones condujeron a que una serie de agentes filtraran importante información a periodistas del *Washington Post*, sin la cual la historia completa del encubrimiento jamás hubiera sido conocida».¹¹ Los hombres que rodeaban al Presidente consiguieron su objetivo inmediato, la reelección de Nixon, pero no pudieron impedir el descrédito y la caída del Estado dual.

El caso Watergate, dice Wolf, no fue un simple incidente, solo es comprensible como parte de un problema mayor, el ascenso y la caída del Estado dual, y ese problema es estructural, envuelve a fuerzas socia-

¹⁰ Ib., p. 182.

¹¹ WOODWARD y BERNSTEIN. *Todos Los Hombres del Persidente*. Bogotá: Editorial Oveja Negra, 1976, p. 208.

les que lo hicieron necesario. Neil Sheehan, periodista norteamericano del *New York Times* encargado de escribir los reportes sobre el escándalo de «los papeles del Pentágono» escribió: «Un Estado centralizado más poderoso que cualquier otro, para el cual el enemigo no es sólo el comunismo sino [...] su propia prensa, su propio poder Judicial [...] no funciona necesariamente para el beneficio de la República sino para sus propios fines, su propia preservación [...] *el secreto* fue la vía para protegerse a sí mismo [...]».¹²

Si bien podemos no estar de acuerdo con toda la teoría que Wolf plantea, separando lo anecdótico de lo esencial, creemos que tiene a su favor hechos confirmatorios de los que se pueden extraer conclusiones importantes y aplicables a cualquier país. Por esa razón no coincidimos con él cuando establece que el Estado dual es un fenómeno episódico y norteamericano, sino que ha existido con variaciones de grado, de manera permanente y que posiblemente se ha ido perfeccionando con la evolución de los estados.

Sintetizando, esta posibilidad de la formación de una estructura de poder paralela a la establecida en la Constitución constituye una segunda acepción para lo que se llama poder invisible. Lo más grave del Gobierno de Nixon y que constituye materia rescatable para este trabajo, tal vez no haya sido el delito cometido por el presidente norteamericano, sino la utilización del Servicio de Inteligencia para actos ilícitos así como la existencia de un sistema de espionaje paralelo utilizado con propósitos también ilícitos; significa un intento, aparentemente frustrado, de crear una estructura de poder paralela a la reconocida por el ordenamiento constitucional. En realidad aquí hay dos variantes: en una se trata de crear una estructura paralela; en otra se utiliza una estructura ya existente con propósitos distintos e incluso ilícitos.

Otras variantes son las que se pueden dar por las relaciones que se podrían dar entre gobierno visible y gobierno invisible (en el segundo sentido), en un caso el primero crea el segundo para su provecho, en otro caso el poder real reside en el segundo, el visible es solo una figura títere.

La idea de jugar con dos imágenes, no es nueva. Ya Maquiavelo en sus *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio* recomendaba que en las reformas constitucionales debía mantenerse la apariencia de las

¹² WOLF, ob. cit., p.186.

antiguas instituciones, solo en el caso de que se tratara de reformar un Estado, no así cuando se fundara una tiranía; en tal caso debía hacerse todo de nuevo.¹³ Frederick Meinecke cita como casos clásicos en los cuales se cambia la estructura de poder aparentemente sin cambiarla, «la posición al parecer soberana, de los dogos en Venecia y la del Senado en la época imperial romana. El máximo ejemplo de ello aportado por el siglo XVII en Alemania fue la manera como los soberanos absolutos conservaron el exterior y socavaron simultáneamente las formas estamentales».¹⁴ Caso contrario a lo que se ha llamado el *gatopardismo político*, en el que se trata de mantener una estructura de poder haciendo cambios aparentes.

Bobbio habla además de una variante que denomina *criptogobierno* definiéndolo como «el conjunto de los hechos o acciones realizados por fuerzas políticas eversivas que actúan en la sombra en conexión con los servicios secretos, con una parte de éstos o, por lo menos, no son obstaculizados por los mismos».¹⁵ Cita como ejemplo de su accionar episodios de terrorismo cuyos autores jamás fueron descubiertos. Esta definición es bastante genérica, no deja en clara su conexión con los detentadores legítimos del poder, pero se puede deducir que si el criptogobierno actúa sin ser descubierto, cuenta por lo menos con la tolerancia de los gobernantes. No estamos ya frente al elitismo clásico sino ante formas muy sofisticadas de organización cada vez más concentradas en grupos especializados y con escaso control. Hay que añadir que además en esta definición de poder invisible hallamos *decisiones invisibles*, naturalmente nunca puestas por escrito, ni menos publicadas.

Un tercer sentido en el cual se habla de poder invisible, lo constituyen los diversos grupos de presión o *lobbys*, que inevitablemente siempre están detrás de cada decisión política. Dichos grupos, como ya señalamos, pueden en unos casos constituir organizaciones perfectamente legales y en otros casos organizaciones oscuras (como en el caso de las sociedades secretas) y aun absolutamente ilícitas (caso de la influencia de la mafia, organizaciones racistas, etc.).

¹³ MEINECKE, Frederick. *La Idea de la Razón de Estado en los Tiempos Modernos*, Madrid: Centro de estudios Constitucionales. 1983, p. 78.

¹⁴ *Ib.*, p. 136.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Barcelona: Plaza & Janés Editores, 1985, p. 10.

De las tres formas de poder invisible es la segunda la que preocupa como un fenómeno creciente y fuera de control constitucional, porque llevado al extremo puede producir formas políticas que aniquilan la libertad individual. Hannah Arendt, que puso de manifiesto el fenómeno de ruptura que llama *totalitarismo*, como una de las tragedias de los tiempos modernos, cree hallar en el creciente secreto del poder de estos estados una de las características esenciales de su funcionamiento. Curioso fenómeno es que en los totalitarismos se desarrollen de manera paralela el excesivo secreto de la esfera pública y la intromisión sistemática en la vida privada de los individuos. Porque históricamente se ha dado primero el fenómeno de los *arcana* y solo en tiempos recientes han aparecido los gobiernos cuyos ojos y oídos pretenden ingresar en lo más recóndito de la vida de sus ciudadanos.

Otro fenómeno utilizado primero por los totalitarismos, aunque no solo por ellos, ha sido el uso sistemático y cínico de la mentira, que es también una forma de ocultar información tanto o más eficiente que el secreto. Ello se ha logrado mejor cuando la mentira se repite una y otra vez utilizando maquinarias de propaganda con suficiente conocimiento de la psicología de las masas.

Por eso el derecho a la información aparece en el sistema arendtiano como fundamental ya que no escapa a su percepción cómo el control y la distorsión de la información es un pilar de los sistemas totalitarios: «una de las notas características del totalitarismo es la negación *ex parte principis* de la transparencia de la esfera pública y del principio de la publicidad, ya sea a través de la estructura burocrática en forma de cebolla, o bien a través de la mentira y la manipulación ideológica [...]».¹⁶

La dinámica del totalitarismo, tiene según el análisis arendtiano una de sus bases en la ocultación y el secreto, eso explica la importancia de la policía secreta. En sus palabras, en el Estado totalitario «el verdadero poder comienza donde comienza el secreto». Su modelo supremo de sociedad semeja el panóptico de Bentham, una prisión de cristal en la que el celador puede ver siempre al prisionero pero nunca ser visto o como la imaginaria Oceanía, el Estado de la novela de Orwell donde a través de una telepantalla el ciudadano es permanentemente vigilado

¹⁶ LAFE, Celso. *La Reconstrucción de los Derechos Humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. México: Fondo de Cultura económica, 1974, p. 272.

hasta en sus más mínimos movimientos por una policía del pensamiento que informa al Hermano Mayor, el gobernante al cual nadie ha visto nunca. Esa relación entre secreto y totalitarismo excede sin duda la relación secreto-poder invisible pero sin duda ambas transitan por un mismo derrotero.

Finalmente, sin información tampoco es posible escribir una historia auténtica, sino solamente una historia oficial —de aquella que gusta tanto a los autócratas— o especulativa, a partir de supuestos imaginarios; por eso se ha encontrado a la caída de tales regímenes la alteración y falsificación de los documentos históricos como una forma de alteración del pasado para hacerlo concordar con el presente, borrando acontecimientos o personas indeseables o agregando otras.

VI. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RELACIÓN PODER-INFORMACIÓN: DEL *ARCANA IMPERII* A LA TRANSPARENCIA

Si hacemos una revisión histórica de la relación entre poder e información hallamos que en la concepción antigua, el poder no debe ni tiene que ser visible porque no surge de una relación del gobernante con el pueblo; al contrario, el poder encuentra su justificación en la sola voluntad del soberano o en su misteriosa relación con la divinidad, a la cual no pueden acceder los demás. El poder real debería más bien semejarse al más perfecto de todos los poderes, el poder divino expresado en un detentador que puede vernos a todos en todo momento pero al cual ninguno ha podido ver. El tema del poder y la necesidad de develar el misterio que envuelve su ejercicio y su dinámica interna, solo se convierte en un problema a resolver con el surgimiento de las corrientes liberales y democráticas, antes pudo ser hasta un tema estudio pero no un dilema.

En Grecia clásica encontramos tanto en Sócrates como en Platón, paralelamente a la crítica de la democracia (y como consecuencia lógica de ello), una defensa la reserva de la información para una elite e incluso una justificación de la mentira. Así por ejemplo en el libro III de *La República*: «Pues si a algunos les conviene mentir, [es] a los gobernantes de la ciudad para poder engañar a los enemigos o a los ciudadanos en interés del Estado; más si un particular miente a los gobernantes

lo declararemos más culpable que al enfermo que engaña a su médico [...]».¹⁷

En el Renacimiento italiano, reviven muchos conceptos griegos y latinos tomados de Livio, Aristóteles, Jenofonte y Tácito. Particularmente en Maquiavelo, hallamos desarrollado un breve análisis de la importancia de saber engañar, encubrir lo que se piensa como una forma ventajosa en su relación con otros poderosos. Así leemos en *El Príncipe*: «Pero es necesario saber bien encubrir este artificioso natural (saber engañar) y tener habilidad para fingir y disimular. Los hombres son tan simples y se sujetan en tanto grado a la necesidad, que el que engaña con arte halla siempre gentes que se dejan engañar».¹⁸

La posesión del conocimiento (información) es percibido por el Florentino como una gran ventaja política, reservada a pocos: «Los hombres en general, juzgan más por los ojos que por las manos, y si pertenece a todos el ver, no está más que a un cierto número el tocar. Cada uno ve lo que parece ser, pero *pocos* comprenden lo que eres realmente».¹⁹

Esta es una tendencia que hallaremos en toda una serie de discípulos de Maquiavelo, en lo que el historiador alemán Frederick Meinecke ha llamado la *literatura de la razón de Estado*. Así, en la obra de Boccacini, *La Bilancia Política*, que contiene comentarios sobre Tácito, cuya fascinación por el tema de los misterios del poder le plantea la pregunta que recorre todo nuestro trabajo: «¿Deberían hacerse accesible a todos las gafas construidas por Tácito, debería darse a conocer al pueblo entero la verdad sobre los príncipes y las Cortes?». Las *gafas de Tácito* es una metáfora de los medios para conocer los secretos en el manejo del poder. Su respuesta es obviamente negativa, si *las gafas de Tácito* llegaran al pueblo este podría volverse revolucionario e inmanejable. Boccacini recomienda por ello que solo los secretarios y consejeros de los príncipes debían tenerlas a su disposición.

La literatura de la razón de Estado se volvió particularmente abundante en Italia del siglo XVII produciendo otros autores notables como Botero, Paolo Sarpi y Gabriel Naudé, quien en sus *Considerations politiques sur le coup d'État* escribe: «No hay ningún príncipe tan débil y carente de sentido como para llegar hasta el punto de someter a juicio

¹⁷ Citado por BOBBIO. *El Futuro de la democracia*, p. 110.

¹⁸ MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1965, p. 91.

¹⁹ *Ib.*, p. 93.

del público lo que a duras penas permanece en secreto si se confía al oído de un ministro o de un favorito».²⁰

En Alemania encontramos el texto del profesor Arnold Clapmarius, *De Arcanis Rerum Publicarum Livri IV* (1605), que constituye tal vez el primer tratado dedicado a los *arcana imperii*. Según reseña Carl Schmitt, el autor comienza explicando que cada ciencia tiene sus *arcana* y lo mismo ocurre con el manejo del poder del Estado. Existen distintas clases de *arcana*. Los *simulacra* son ciertas manifestaciones que susciten apariencia de libertad para poder tranquilizar al pueblo.

Dentro de los *arcana* se distingue entre los *arcana imperii* y los *arcana dominationis*, refiriéndose los primeros al Estado, a los secretos para mantener una forma política (sea monarquía, aristocracia o democracia), Schmitt señala como ejemplo las formas parentes de participación política, la libertad de expresión y de imprenta «que permiten una participación ruidosa pero políticamente insignificante».²¹ Porque Clapmarius aconseja que a los súbditos que se les priva de verdaderos derechos, es preciso indemnizarlos dejando subsistentes apariencias de derecho y libertad, *jura inania*. Los *arcana dominationis*, se refieren más bien a la protección y defensa de las personas que ejercen la dominación durante acontecimientos que rompen la normalidad, revoluciones y las formas de solucionarlos; uno de esos *arcana* es la dictadura.

Otro de los escritores que analizó el tema a profundidad fue el holandés Johannes Curvinus. En su obra *Discursus de Arcanis Rerum Publicarum* recomendaba en las repúblicas aristocráticas utilizar aquellos medios «por los cuales la plebe es engañada, de tal manera, que piensa tener precisamente aquello que no tiene». A la monarquía recomendaba proceder de tal manera que pareciera procedían del pueblo las leyes, dejando en claro que cada forma política tiene arcanas propias.²²

En relación a Hobbes habría que señalar lo mismo; sin recurrir al concepto de la razón de Estado como idea base de manera explícita, llega a la misma conclusión por otro camino, si bien parte de una base individualista para construir su *Leviathan* y señala: «en deliberaciones que deben ser mantenidas en secreto (cosa que con frecuencia ocurre en los negocios públicos) los consejos de varios; y, en particular, en las

²⁰ MEINECKE, ob. cit., p. 137.

²¹ SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, p. 46.

²² Ib., p. 62.

grandes asambleas, necesitan confiar tales asuntos a grupos más reducidos, constituidos por las personas versadas y en cuya fidelidad se tiene más confianza».²³

Es la aparición del pensamiento liberal, especialmente en su vertiente democrática, al cual habría que sumar el aporte kantiano, los cuales aparecen en el mundo moderno como los soportes ideológicos de una necesidad de transparencia, solo a partir del reconocimiento de tales soportes, el tema del secreto se convierte en un dilema moral de difícil solución.

Spinoza concluye que si la naturaleza humana es una y la misma, resulta inevitable que quienes están excluidos del poder, se dejen guiar por sus pasiones. Por eso expresa una preferencia por la publicidad antes que por el secreto y percibió con notable precocidad la relación que existe entre el secreto y la pérdida de la libertad:

quienes pueden llevar en secreto los asuntos del Estado tienen a éste totalmente en sus manos, y tienden acechanzas a los ciudadanos, lo mismo que a los enemigos en la guerra. Nadie puede negar que el silencio es con frecuencia útil al Estado; pero nadie probará jamás que dicho Estado no pueda subsistir sin él: en cambio, confiar a alguien el Estado sin condición alguna y, al mismo tiempo, conseguir la libertad, es totalmente imposible [...] Ahora bien, ésta es la única cantinela de quienes desean para sí el Estado absoluto: que es del máximo interés para la sociedad que sus asuntos se lleven en secreto [...] las cuales [sic] cuanto más se encubren con la apariencia de la utilidad más bruscamente estallan en la más dura esclavitud.²⁴

Norberto Bobbio señala que la publicidad entendida como visibilidad que da la posibilidad de control es una categoría típica del Iluminismo, «en cuanto que representa bien uno de los aspectos de la batalla de quien se considera llamado a derrotar el reino de las tinieblas: donde quiera que se haya extendido su propio dominio, la metáfora de la luz y el esclarecimiento (de la *Aufklärung* o de la *Enlightenment*) se adecua bien al contraste entre poder visible y poder invisible»; es evidente que la luz es contraria al secreto, lo oculto y la oscuridad.²⁵

²³ HOBBS, Thomas. *Leviathan, o la materiaforma y poder de una República Eclesiástica y Civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 147.

²⁴ SPINOZA, Baruch. *Tratado Político*. Madrid: Alianza editorial, 1986, p. 160.

²⁵ BOBBIO, *El futuro de la democracia*, p. 114.

Así, el punto de partida de todo discurso sobre la necesidad de visibilidad de poder lo encuentra en la filosofía de Immanuel Kant. En primer lugar en su ensayo «¿Qué es la Ilustración?». Tal necesidad se deduce cuando afirma que el Iluminismo requiere de la más inofensiva de todas las libertades, la del uso público de la razón privada (*sapere aude*), exponer la opinión sobre los asuntos públicos requiere la publicidad de los actos del soberano.

Para que la Ilustración sea posible se necesita libertad, una en particular, «la más inocente entre las que llevan ese nombre, a saber: libertad de hacer uso público de su razón íntegramente [la que] [...] le debe estar permitido a todo el mundo y esto es lo único que puede traer ilustración a los hombres [...]. Entiendo por uso público aquel que, en calidad de maestro se puede hacer de la propia razón ante el gran público del mundo de lectores [...]».²⁶

Más explícitamente lo dice Kant en su pequeño opúsculo denominado *La paz perpetua*, proyecto de organización internacional que pretende limitar e incluso eliminar los conflictos bélicos. En la sección primera establece como artículo preliminar: «No debe considerarse válido tratado de paz que se haya celebrado con la reserva secreta sobre alguna guerra en el futuro».

En el segundo apéndice titulado «De la armonía de la política con la moral según el concepto trascendental del Derecho Público», muy agudamente distingue entre la forma y el contenido de las leyes:

Si en el Derecho Público, como suelen concebirlo los juristas prescindido de toda materia [...] aún me queda la forma de la publicidad, cuya posibilidad está contenida en toda pretensión jurídica, ya que sin ella no habría justicia (que sólo puede ser pensada como públicamente manifiesta) ni habría tampoco derecho, que sólo se otorga desde la justicia. Toda pretensión jurídica debe poseer esta posibilidad de ser publicada y la publicidad puede, por ello suministrar un criterio *a priori* de la razón, de fácil utilización, para conocer inmediatamente, como por un experimento de la razón pura, la falsedad de la pretensión (antijuricidad) en el caso que no se dé la publicidad [...]. Después de prescindir de todo lo empírico que contiene el concepto de derecho político y de gentes [...] se puede denominar fórmula trascendental del derecho público a la siguiente proposición: «Son injustas todas las

²⁶ KANT, Immanuel. «¿Qué es la Ilustración?». En: Íd. *Filosofía de la Historia*. Trad. IMAS, Eugenio. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, pp. 25 y ss.

acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados». No hay que considerar a este principio como un mero principio ético [...] sino que hay que considerarlo también como un principio jurídico (que afecta el derecho de los hombres).²⁷

Cuando una acción es injusta es evidente que su publicidad suscita-ría tal reacción en los demás que impediría su realización; sin embargo para que este principio pudiera funcionar sin ninguna excepción, agrega Kant, deberían aceptarlo todas las naciones.

El advenimiento del moderno Estado democrático liberal hace inevitable que resulte contradictorio hablar por un lado de *arcana imperii* y por otro lado de gobierno del pueblo. El concepto de *representación*, que hizo posible esta forma de Estado, en la cual siendo a la vez gobierno del pueblo, fuera ejercido por una minoría, conlleva la necesidad de publicidad de modo intrínseco. Carl Schmitt en su teoría de la Constitución y en su análisis de la democracia parlamentaria, señala que los parlamentos surgen como un medio para luchar con el antiguo régimen y sus políticas ocultas, porque «la representación puede tener lugar sólo en la esfera de lo público. No hay ninguna representación que se desarrolle en secreto a solas».²⁸

Las ideas filosóficas de la Ilustración y Spinoza no han tenido aún una concreción en un modelo político real, solamente han conocido victorias parciales, porque si bien se han establecido formas de dar publicidad a las decisiones públicas, en la práctica se ha mantenido gran parte del proceso decisional totalmente oculto, demostrando los límites de la democracia representativa.

VII. LA PROPUESTA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO POTENCIAL FACTOR DEMOCRATIZADOR DE LAS DECISIONES QUE AFECTAN LA ESFERA PÚBLICA

Las razones que nos impulsan a proponer un mayor acceso a la información, al fin se pueden resumir en la pregunta: ¿para qué puede

²⁷ Íd. *La Paz Perpetua*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, p. 25 y ss.

²⁸ BOBBIO, *El futuro de la democracia*, p. 112.

servir el derecho a la información? Básicamente sostenemos que la información es un elemento del poder en general y del poder político en particular: concentrarlo en pocas manos, puede significar centralizar poder; distribuirlo, puede ayudar a democratizar la sociedad y el Estado.

Solo a partir del reconocimiento de la existencia de una esfera pública y compartida es posible una propuesta de participación de quienes forman parte de una sociedad que se autoproclama democrática.

Arendt distingue dos significados de lo público, dice «en primer lugar significa que todo *lo que aparece en público puede verlo y oírlo todo el mundo y tiene la más amplia publicidad posible [...]*».²⁹

En segundo lugar, considera que lo público puede ser entendido «como el propio mundo, en cuanto es *común* a todos nosotros y diferenciado de nuestro lugar poseído privadamente en él».³⁰ Este mundo común y compartido está formado por la naturaleza, pero también por los objetos fabricados por las manos del hombre, así como por los asuntos de quienes habitan juntos en ese mundo hecho por el hombre; vivir juntos significa que hay todo otro mundo de cosas entre quienes son parte de esa comunidad.

El problema a resolver es la delimitación de tal espacio público, lo cual será también un producto de las circunstancias sociales y políticas de cada momento. Lo cierto es que tal espacio, más allá de sus dimensiones debe ser indudablemente visible y asequible al conocimiento de todos. Gran parte de ese espacio público está constituido por las decisiones que afectan al conjunto de la sociedad o a los distintos grupos que interactúan en ella.

VIII. DECISIONES PÚBLICAS E INFORMACIÓN

El proceso de creación de derecho puede ser estudiado a partir de los órganos de creación formalmente reconocidos por el mismo orden (Congreso, Poder Judicial, etc.); sin embargo, esta no es la única perspectiva posible, otro enfoque podría consistir en entender el mismo no como un conjunto estático de normas sino como una estructura dinámica, es decir en movimiento, y como producto final de un proceso previo.

²⁹ LAPE, ob. cit., p. 73.

³⁰ Ib., p. 77.

En toda sociedad como señalamos al inicio existen elites gobernantes, la mayoría (que a su vez está dividida en distintos grupos de interés, unos mejor organizados que otros) presenta demandas a la elite para que tome una decisión cualquiera; dicha decisión constituye una elección entre más de una alternativa y toma la forma de una norma general o una decisión particular (administrativa o judicial). Naturalmente la demanda de un grupo lleva implícita la defensa de sus propios intereses, los cuales pueden colisionar con los de otros sectores; el sistema legal se presenta en tal perspectiva como un instrumento utilizado por distintos grupos para imponer decisiones con la anuencia o incluso la oposición de los restantes.

En una comunidad cualquiera podemos dividir el proceso decisional en tres etapas: i) los grupos o los individuos aspiran a que el Estado defienda sus intereses particulares, para lo cual debe recurrir a los sujetos legitimados para decidir (jueces, representantes al Congreso, etc.); ii) estos evalúan el pedido y deciden a través de: iii) sentencias o de normas que, teóricamente son neutrales y representan el interés público. Se propone que no solo las decisiones finales sino las dos etapas previas deban ser racionalizadas, haciéndolas públicas a través de mecanismos legales que permitan conocer todo el proceso.

Hemos señalado antes la existencia de algunas incongruencias entre el orden social y el orden jurídico; por una parte hemos hecho alusión a un orden jurídico de individuos y una sociedad de grupos y por otra parte a una democracia de masas pero elitizada. Partiendo de esas premisas debemos admitir que, de ser inevitable que las decisiones de interés público sean producto de la presión que ejercen sobre los grupos de interés, tal presión debería darse en un marco de *transparencia*. Ella no garantiza necesariamente una decisión justa, equitativa y que agrade a todos sino la posibilidad de conocer las bases de la decisión aun parcializada, para que así pueda ser susceptible de cualquier cuestionamiento.

La transparencia constituye además un requisito para cualquier clase de participación; no puede haber una decisión consciente del electorado si no existe un conocimiento previo y lo más perfecto posible de los asuntos públicos, ni de la actuación de los detentadores del poder; no se puede decidir si se desconoce sobre qué se está decidiendo.

Finalmente la posibilidad de acceder a información pública es en sí misma un mecanismo de control constitucional no institucionalizado,

aunque no por ello se pueda decir que sea inefectivo. Al hacerse pública una decisión o simplemente un hecho, el mismo queda expuesto a la opinión pública cuya influencia puede ser determinante. Sin embargo es claro que en este caso el control tiene un carácter político y moral, salvo que el hecho publicitado configure una conducta ilícita que permita la aplicación de sanciones establecidas en el sistema jurídico.

IX. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y DEFINICIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DOCUMENTAL (DAIPD)

El derecho a información documental y el deber de mantener un público informado, constituyen conceptos abstractos, un género a partir del cual debemos desmembrar una serie de obligaciones y derechos mucho más específicos los cuales constituyen propiamente su contenido. Este contenido debe partir de un reconocimiento del llamado *principio de transparencia*, usando la metáfora de Desbasch. Las entidades públicas deberían ser idealmente como una casa de cristal a través del cual todos podamos ver lo que ocurre adentro. Esa posibilidad de ver no implica que todos deseen hacerlo sino que tal posibilidad exista, como, haciendo otro símil, una puerta abierta, por la cual pueda entrar quien así lo desee.³¹

La transparencia resulta entonces no ser solo un principio general sino que, del mismo se desprende un derecho en particular, *el derecho a la transparencia*, el cual implica no solo una actitud del poder público o una idea general orientadora, sino, como contrapartida del principio, un derecho, es decir la posibilidad de exigir legalmente un modo de actuar transparente, de conocer la verdad sobre el manejo de las entidades públicas. El derecho a la transparencia, sigue siendo sin embargo, un género bastante amplio que tiene como referente toda la información actividad de las entidades públicas, aún difícil de precisar en sus manifestaciones concretas, por eso hay quienes han cuestionado su sola existencia. Por lo tanto nos parece más propio considerarlo más bien

³¹ DESBASCH, C. En: *La transparence informative en Europe*. Citado por: MESTRE DELGADO, Juan Francisco. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 27.

como un principio, un concepto amplio, a partir del cual debemos desmembrar una serie de obligaciones que contienen no uno sino varios derechos mucho más específicos.

Pero, ¿cuáles actividades de las entidades públicas son aquellas que deben ser públicas? El actuar político y administrativo comprende una serie de hechos y actos que ocurren en un tiempo y lugar, por eso la transparencia podría comprender una gran diversidad de derechos, entre los cuales se hallan por ejemplo, el derecho de ingreso a lugares públicos así como el derecho a concurrir a las sesiones del Congreso o de los procesos judiciales, entre otros muchos. Uno de esos derechos es el de acceso a la información pública documental (DAIPD), pero es claro que no agota todas las manifestaciones del principio.

Partiendo de esta perspectiva, toca la tarea de definir propiamente lo que es el DAIPD. En una primera aproximación podemos definir este derecho como aquel que tiene cualquier persona de acceder al conocimiento de la *información* que consta en documentos, cualquiera sea el soporte que se haya utilizado, y que por su propia naturaleza sea información de interés público, y que esté en poder de entidades públicas ya sean estatales, o aun privadas o particulares que desempeñen una función o presten un servicio público, utilizando para este fin distintos medios como el contacto directo con los archivos e índices, la posibilidad de preguntar sobre la información existente y la solicitud de reproducciones exactas teniendo como contrapartida un deber de colaboración de los sujetos a cuyo cargo se encuentra dicha información.

X. CONTENIDO DEL DAIPD

Las enumeraciones no suelen agotar todas las posibilidades; por esta razón, cualquier intento de establecer una lista de formas de acceso, debería partir de establecer, además del derecho genérico que hemos definido a grandes rasgos, una obligación general mediante el cual se establezca que los poseedores directos y los que tengan bajo su cargo de la información documental pública deberían hacer todo aquello que permita el acceso a las mismas bajo responsabilidad (administrativa, civil y penal en su caso), no solo a solicitud del interesado sino, en ciertos casos haciéndola pública sin solicitud previa, evitando en todo caso el ocultamiento doloso de información de interés público.

10.1. Las publicaciones previas al requerimiento y su relación con el DAIPD

Una primera forma de acceso a la información es aquella a la cual accedemos mediante la publicidad, definida en primera instancia como el «conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos».³² La publicidad definida por su elemento esencial, la difusión, no es solo una de las vías de acceso a la información sino que puede ser un requisito previo para otros derechos.

El acceso a la información pública implica no solo proporcionar información frente a una solicitud sino (siempre dentro de una visión de transparencia activa de las entidades poseedoras de información pública y especialmente las estatales) incluso el facilitarla cuando todavía no se la haya pedido. Si las entidades poseedoras de esta información, se abstienen de hacerlo, cuando exista la obligación, estamos frente a una forma de secreto aun más severo que cuando se clasifica un documento como secreto, porque al desconocerse la sola existencia de un documento, resulta imposible solicitarlo. Paradójicamente para llegar a la información se requiere más información; por ello resulta necesario difundir la existencia de determinada información que permita la identificación de material, y en algunos casos ponga en conocimiento del público datos que de otro modo sería imposible conocer. Se trata concretamente de la publicación tanto de las normas como de toda la publicidad necesaria para la contratación del Estado como en cualquier otra forma en que el Estado establezca relaciones jurídicas con particulares.

10.2. Publicación de las normas legales

Es pertinente poner énfasis en la necesidad de publicidad de las normas para su validez, ya que resulta un requisito necesario no solo para su cumplimiento sino también porque de otro modo las decisiones que contienen no serían susceptibles de control. La publicidad tratándose de materias que exijan reserva puede limitarse o sesgarse pero en modo alguno puede soslayarse por completo. Vale la pena hacer esta digresión porque ha trascendido la existencia en nuestro país, de nor-

³² Definición tomada simplemente del Diccionario de la Real Academia Española. Madrid: Espasa Calpe, 1984, p. 1117.

mas dictadas por el Poder Ejecutivo que nunca han sido publicadas. Naturalmente el argumento justificante es el ya conocido de la seguridad nacional. En nuestro concepto, existe en tal situación, como parte del DAIPD el derecho a preguntar a los organismos gubernamentales competentes, si existen normas no publicadas, el averiguar qué normas existen sobre determinados aspectos, y eventualmente, si tal ocultación no está justificada, el derecho a solicitar copia de la norma no publicada, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de aquellos que han ocultado la información.

Cabe anotar cómo la Constitución peruana de 1993, solamente establece en la parte referente a la formación y promulgación de las leyes, artículo 109, que: «La ley es vigente desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial». Inexplicablemente se ha omitido la norma que existía en el artículo 87, segundo párrafo, de la Carta Constitucional derogada «La publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado. La ley señala la forma de publicación y los medios de su difusión oficial». Frente a esto, en primer término podría interpretarse que la norma vigente solamente exige la publicación de las leyes pero no de otras normas (como los decretos supremos), lo que en nuestro concepto sería un error.

En segundo término, podría entenderse que la publicación de una norma solo tiene por finalidad la exigencia de su cumplimiento. Esto podría llevar a la conclusión de que una norma cuyo cumplimiento solo compete a un número reducido de personas pueda librarse de la exigencia de la publicación. Este, sin duda, es otro error. La publicidad de las normas no tiene por único objetivo el cumplimiento de parte de aquellos que están obligados directamente por ella, sino que apunta a los mismos objetivos de la transparencia en general.

10.3. Publicidad previa al surgimiento de las relaciones jurídicas Estado-particulares

El Estado, aun en la perspectiva más liberal imaginable y aunque hubiera privatizado todos los servicios públicos, siempre será el administrador de grandes recursos. No es cierto que el Estado solo sea un espectador en la economía. Incluso ahora que, en numerosos países se ha dejado de propiciar un rol empresarial para el Estado, este cumple una importante tarea en la asignación y distribución de muchos recur-

sos, tal como ocurre en las modernas sociedades mercantiles en las cuales no es el dueño del capital sino los administradores quienes tienen el verdadero poder. El Estado, para comenzar, es un gran contratante, por ejemplo en lo referido a las diversas contrataciones que efectúa con los particulares cuando adquiere bienes o servicios, cuando otorga concesiones para la explotación de servicios públicos, cuando capta y selecciona personal, etc.; también cuando pone en práctica programas de asistencia social como aquellos que implican labores de apoyo al desarrollo de las zonas marginales, o la realización de prestaciones de salud, etc.

El Estado, a diferencia de los particulares, no tiene una libertad absoluta de contratar, pues está obligado a contratar mediante procesos de selección en los cuales no exista ninguna clase de discriminación o favoritismos. Para que ello sea posible, debe existir una difusión masiva, de tal modo que ningún contratante potencial sea excluido por desinformación. Así lo establece además la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado.

Pero no solo para contratar, sino que en toda clase de relaciones jurídicas de los particulares con el Estado, este está obligado a actuar de manera democrática, no discriminatoria y a tomar decisiones racionalmente fundamentadas. Para eso resulta necesaria la posibilidad de conocer los documentos en que los que constan toda clase de actos jurídicos celebrados por el Estado así como los fundamentos de los mismos.

Por otro lado, la sola información que posee el Estado, o mejor dicho, los funcionarios públicos constituye un recurso valioso. En la moderna economía se sostiene que el valor más importante no son los bienes materiales sino el bien intangible, información: cómo se distribuye y que se distribuya de manera equitativa es una tarea pendiente. Los funcionarios públicos tienen acceso permanente a información privilegiada y también a información no privilegiada, asequible al público, el DAIPD debe servir para evitar que la información pública se convierta en privilegiada.

10.4. Derecho de ingreso directo a los archivos y a las consultas genéricas

El acceso a información puede requerir en algunos casos una intervención directa y diligente del interesado a los archivos, entendiendo este concepto de manera general como el lugar donde se encuentren los

documentos públicos, sean o no reconocidos oficialmente como archivos. De esta manera se evitaría que al trasladar la información se vuelva inaccesible. La hipotética ley que regule el DAIPD debe permitir el ingreso del solicitante sin que ello estorbe el funcionamiento de la dependencia pública. Esta alternativa, constituye también una forma de impedir que se evada el espíritu de la ley, lo cual podría ocurrir cuando se entregara solo la información que fuera conveniente para el organismo público requerido, reservándose aquella que por cualquier razón resultara perjudicial para sus propios intereses.

La consulta previa puede ser indispensable, para ello podría ser necesario implementar salas de lectura o ambientes adecuados para revisar material en formas no escritas.

Por otra parte sería conveniente dotar a tales archivos de una organización en base a un índice disponible a todo peticionario, lo cual facilitaría enormemente la identificación de lo que se busca. En cualquier caso las facilidades de orden técnico deberían ser determinadas por un reglamento que contemple no solo aspectos de orden jurídico sino de orden técnico- archivístico.

El funcionario que recibe una solicitud tiene la necesidad de que exista un grado de precisión; sin embargo, la satisfacción de dichos requerimientos no puede ser absoluta porque tal exigencia podría hacer inalcanzable el derecho. Como no existe una solución matemática, lo que convendría exigir sería solo una descripción razonable del documento.

En otros casos el interesado podría desconocer la existencia del documento, es decir que no busca un documento específico sino que podría desear investigar sobre un tema cualquiera, y buscar todo lo relacionado con el mismo. Para enterarse debía tener ambas alternativas, la posibilidad de presentar una solicitud que describa el tema o bien ingresar directamente a elección suya. En el primer caso el requerido estaría en la obligación de contestar haciendo una descripción general de todo el material disponible sobre el tema y que tenga en su poder.

10.5. Derecho a solicitar reproducciones fidedignas de los documentos públicos

Entendemos por esta facultad, la posibilidad de pedir la entrega de copias fieles de cualquier documento público, se trate de escritos, imágenes, documentos visuales o audibles o perceptibles por cualquier otro

medio, que consten en cualquier soporte o sistema de almacenamiento de datos a los que pueda accederse directamente o mediante instrumentos técnicos.

Las copias podrían ser hechas en el mismo soporte en que se ha creado el documento original o en otro distinto a solicitud del interesado y ser entregadas dentro de un plazo que debe precisar la ley, razonable y exacto, y sin más costo que el valor exacto que demande su reproducción.

10.6. Penalización por ocultamiento de información

Consideramos pertinente que en determinados casos, la denegatoria de información debería ser pasible de una sanción penal. Ello podría ocurrir en caso de que la conducta del funcionario responsable hubiera sido dolosa o que del mismo derivara un beneficio indebido para él, o cuando la denegatoria tuviera por finalidad encubrir un delito o un acto contrario a la Constitución y las leyes.

En principio esta conducta sería asimilable a la tipificada por el artículo 377 del Código Penal, actualmente vigente, cuando dice que: «El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido [...]». Sin embargo sería pertinente un tipo penal específico.

Solo quedaría señalar que no debe existir este delito únicamente para funcionarios públicos; la negativa de información, podría ser ejecutada también por particulares, como ocurre en el caso de entidades privadas que prestan servicios públicos o, en el de particulares que cumplen una función pública.

10.7. Acceso irrestricto a sujetos «privilegiados»

El tema de las necesarias restricciones a la transparencia informativa para la generalidad de los ciudadanos, es decir la necesidad del secreto, será abordado más adelante. Por ahora debemos señalar que partiendo de esa necesidad, el problema a resolver es ¿quiénes tienen derecho a conocer esa información secreta? En nuestro concepto, en primer lugar debe ser concedido a los ciudadanos representantes de todos los que son excluidos del DAIPD. Así está reconocido además por la Constitución para los congresistas y también debe entenderse que existe para el

presidente de la República por razones obvias, en cuanto funcionario de máximo rango elegido por sufragio universal. El problema surge del número importante de miembros que tiene normalmente el Parlamento, y cabe preguntarse si podemos esperar realista y razonablemente que el secreto sea guardado por cualquier parlamentario sin ceder a la tentación de usarlo políticamente, o sin que se filtre a los medios de comunicación y a la comunidad en general.

El secreto por definición, va unido al concepto de elite, de grupo reducido, y si partimos de la necesidad de su existencia, debemos aceptar también que no puede haber secreto cuando son muchos los que pueden acceder a él. Una fórmula que podría funcionar sería la que ha seguido la legislación española, que básicamente consiste en un acceso ilimitado a toda clase de información solo para los representantes elegidos de los grupos parlamentarios que podrían constituir una comisión especial, permitiéndose un acceso menos amplio a todos los demás.³³

Adicionalmente el acceso debe darse en función de las necesidades que tengan los funcionarios públicos para el desempeño de su trabajo. Necesariamente debería incluirse dentro de ellos a los ministros en relación al sector que les corresponde y también al contralor general de la República sobre los documentos referidos a manejo de fondos. Por supuesto que no todo documento necesita del mismo grado de confidencialidad; existen documentos que pueden ser conocidos por un mayor o menor número de personas, esto depende, como dijimos, de las necesidades de trabajo.

También debería tener acceso ilimitado a información un funcionario que no sea parte del sector o partido gobernante, de tal modo que se eviten los abusos con mutua complicidad. El funcionario idóneo para esta tarea sería el defensor del pueblo, por su condición de funcionario elegido por consenso. Llama la atención por eso que su ley orgánica lo haya limitado en ese aspecto, ya que en el artículo 16 establece la obligación de los funcionarios de todos los organismos públicos de proporcionarle informaciones pero en el siguiente artículo 17 se señala como límites el secreto judicial y «el interés superior del Estado».

³³ Así ocurre en la legislación española por ejemplo, como señala COUSIDO GONZALES, Pilar. *Secretos Oficiales, Comentarios a su ley y reglamento*. Barcelona: Bosch, Casa editorial, 1995.

También se señala que la decisión de negar cierta información al defensor debe ser acordada por el jefe del sector en concordancia con los ministros de Defensa, del Interior o de Relaciones Internacionales. En nuestro concepto esta excepción carece de fundamento; sería peligroso que la información se entregue a cualquier ciudadano pero el hecho que un funcionario como el defensor conozca ciertos documentos no afectaría en nada nuestra seguridad nacional, siempre que se hiciera con el compromiso de no hacerlos públicos; por ser una sola la persona que accedería sería muy difícil que la difunda y muy fácil saber si lo hizo.

XI. INFORMÁTICA Y ACCESO

Es pertinente señalar que nuestro esquema de razonamiento ha partido originalmente de un concepto de documento en su soporte más común, es decir el papel y otros afines; pero si bien el contenido de los documentos es básicamente el mismo, los soportes evolucionan de acuerdo a las posibilidades de la ciencia y las necesidades sociales.

El avance de la informática facilita actualmente el objetivo del acceso a la información porque ha multiplicado los medios para «capturar» la realidad. Hemos pasado de las formas de lenguaje hablado a las formas escritas y gráficas, pero en soportes electrónicos, lo cual además ha alterado la forma de transportar y difundir la información a mayor velocidad y simultáneamente; un ejemplo de ello son los bancos de datos informatizados. Las nuevas posibilidades que ofrece la tecnología actual modifican de facto lo que debemos entender por acceso a la información.

Por lo tanto, tratándose de información que existe en archivos informatizados, el desarrollo actual de la telemática —es decir de aquella disciplina que aplica la informática a las telecomunicaciones— rompe muchos esquemas con los que estamos habituados a pensar. En particular parece claro que al impulsar la informatización de las bases de datos paralelamente se está abriendo paso a una nueva posibilidad para el DAIPD: el acceso directo, que podría eliminar la necesidad de un procedimiento administrativo de solicitud de información. Teóricamente si todos los documentos públicos constaran en una gran base de datos a la cual se pudiera acceder a través de redes, el problema estaría solucionado, al menos para quienes tuvieran la posibilidad de acceder a la

red; pero tal esquema aparece aún lejano, estamos al inicio o tal vez a la mitad de un proceso, y por eso las vías de acceso a la información deben combinar lo tradicional con lo moderno.

XII. LÍMITES AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: EL SECRETO COMO EXCEPCIÓN

Establecer los límites al DAIPD equivale a plantear una polémica mucho más amplia sobre cuáles son los límites de los derechos individuales en general y cuál es el rango en particular que le corresponde a este derecho dentro de una escala de valores jurídicamente protegidos. Esos límites no son fijos, provienen de los dos ámbitos ya reiteradas veces señalados, el derecho de los demás individuos porque «la libertad de uno termina donde comienza la libertad de los demás», y del otro lado, el interés público, el derecho que es común a todos.

Tales excepciones, llamadas también *reservas de información*, ocurren en las dos clases de información (pública y privada) en poder de las entidades públicas o privadas, y la justificación en las dos clases es distinta.

Tratándose de la información propiamente pública, un primer fundamento para la reserva obedece a razones de interés también público, ya que el mismo que justifica la transparencia puede también justificar la reserva, cuando la divulgación puede contradecir las razones mismas que la justifican, se corre el peligro de desnaturalizarla, de ir contra sus propios fines. La democracia y la transparencia son medios, formas de organizar la sociedad para su bienestar; cuando, en casos extremos, la divulgación de información pone en peligro al cuerpo social entonces la reserva puede estar justificada.

Un segundo fundamento para la reserva radica en la importancia del eficaz funcionamiento de las entidades públicas. En ciertos casos el secreto resulta esencial para el objetivo que se busca y cuando ese objetivo es socialmente más valioso que la transparencia en ese momento, el secreto resulta aceptable. Este argumento como detallaremos más adelante tiene múltiples variantes según la materia de que se trate.

En la segunda clase de información, la reserva tiene otra explicación. Se trata de documentos que, pese a estar en poder de entidades públicas, incluso estatales, no son de interés público y su divulgación

puede afectar derechos fundamentales de la persona. Las entidades públicas y privadas tienen en su poder mucha información sobre los particulares y exige no solo cada vez más, sino que cuenta con medios más sofisticados para manejarla.

Tampoco debe perderse de vista que estamos frente a excepciones, ni que existe la tendencia de los funcionarios públicos o privados a ocultar la información. Esto ocurre por una serie de factores. En primer lugar, existe una actitud psicológica de incomodidad frente a quien solicita información; el que posee la información normalmente se siente cuestionado en su actuación, y equipara una solicitud de información a una investigación. No es lo mismo un derecho en abstracto que su aplicación; teóricamente quien pide información puede pedirla porque sí, pero en realidad existe alguna clase de interés y utilidad que espera obtener de ella. El funcionario requerido se interrogará entonces si tal interés no colisionará con los suyos o le perjudicará de alguna forma.

En segundo lugar, la información es fuente de poder para el que la posee y normalmente no desea perderla. Ya Max Weber analizó este fenómeno al que denominó «dominación burocrática», «toda burocracia», señala, «procura incrementar esta superioridad del saber profesional por medio del secreto de sus conocimientos e intenciones. El gobierno burocrático es por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad [...] el concepto de «secreto» del cargo es su descubrimiento específico [...]».³⁴

Una tercera razón por la cual el péndulo normalmente se inclina hacia el secreto son las pautas político-culturales de determinadas sociedades como la nuestra —dentro de la cual está inmerso nuestro Estado—, en la que no ha existido mayor tradición democrática y por regla general las entidades (todas) públicas y privadas no funcionan democráticamente. En el caso de las públicas, a las que se les puede exigir con mayor fundamento un actuar democrático, no se sienten en la obligación de informar, ni tampoco los ciudadanos se sienten con el derecho de exigir transparencia o de participar en las decisiones que les afectan.

³⁴ WEBER, Max. *Economía y sociedad*. T. II. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, p. 716 y ss. Citado por: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente». *Revista de Administración Pública*, n° 171, 1995.

12.1. Caracteres

Ahora veamos el fundamento del secreto de Estado para tener en cuenta que en base a sus finalidades reviste ciertas características que tienen que ser tomadas en cuenta.

- a) En primer lugar y por definición *el secreto es siempre relativo*; en otras palabras, *secreto* significa que solo un grupo reducido de individuos dentro de una comunidad mayor puede conocer cierta información. El secreto será conocido siempre por una elite (aquí hallamos una curiosa relación entre el secreto y el elitismo al que nos referimos antes), ya se trate de una elite política, burocrática, técnica, etc.
- b) El carácter de secreto puede afectar a algunos documentos total o parcialmente.
- c) Que el secreto es un concepto *relativo* es cierto no solo porque supone que algunos conozcan su contenido sino también en el *ámbito temporal*. Esto tiene dos dimensiones:
 - 1) Existe información que normalmente debe permanecer en secreto; sin embargo con el paso del tiempo el bien jurídico protegido ya no se verá afectado con la revelación del secreto; esto implica regular la información reservada.
 - 2) Otra información que normalmente no debería ser secreta se convierte en tal por las circunstancias: en estado de emergencia, por ejemplo, o de sitio, cuando existe relación entre la causa que determina el estado de excepción y la clase de información que se mantiene en reserva.
- d) La clasificación de documentos exigiría que se «rotule» todo documento secreto y se informe de los niveles de clasificación a todas las personas que puedan entrar en contacto con ello. También podría tenerse áreas reservadas para ellos con un acceso limitado; es claro que para poder saber si se está en contacto con información secreta no puede ser secreta su calidad de tal, de otro modo sería imposible pedir una consideración especial con la misma.
- e) El «secreto público», *debe sustentarse en el interés público*. No resulta fácil definirlo porque como hemos señalado antes, el Estado con frecuencia es expresión de intereses sectoriales, entre ellos el interés del grupo que gobierna. No debería confundirse los intereses políticos con los intereses del Estado. Aquí estamos frente a una de las paradojas de cualquier sistema político: quien decide qué es

interés del Estado es, normalmente, quien ejerce el poder, y por lógica política sus decisiones tenderán a confundir su propio interés con el del Estado. Solo podrá evitarse esta paradoja haciendo que sea un tercero quien decida en caso de discrepancia, y ese tercero debería ser una instancia jurisdiccional, teóricamente, la más neutral y moralmente apta para esa labor, y que por lo menos sea capaz de aplicar una racionalidad más jurídica que política.

- f) El secreto no puede servir para amparar la comisión de actos violatorios de la Constitución y las leyes del Perú. En caso que esto ocurriera debe desaparecer la exigencia de mantener en secreto tal información.
- g) La información que ha sido clasificada como secreta no debe destruirse sin hacerla pública previamente. Esta es una garantía de revisión a futuro, cuando las causas que determinaron el ocultamiento hayan desaparecido y porque «no hay documento más secreto que aquél que ha sido destruido».³⁵ Destruir documentos debe ser, por regla general, una decisión rodeada de muchas garantías porque al hacerlo se pierde de manera inevitable la posibilidad de conocer determinados acontecimientos que pueden tener una utilidad inmediata o ser de utilidad para los académicos, en especial historiadores.
- h) No debe tratarse de información genérica, sino de información que por su tecnicismo o especificidad resulte peligroso divulgar.

12.2. Requisitos

La reserva de la información pública es una excepción. En consecuencia no puede utilizarse para destruir el espíritu de un derecho de acceso a la información. Existen ciertas *requisitos* que debe reunir la clasificación para que pueda oponerse el secreto a una solicitud de información; entre ellos tenemos los siguientes:

- a) Ponderación de intereses: La reserva solo se justificará cuando la divulgación se enfrentara a intereses superiores o igualmente protegidos a los que ya hicimos referencia. En tal caso, el funcionario que decide no divulgar la información, o más adelante el juez, deberá hacer un análisis hipotético de la divulgación de la informa-

³⁵ SAINZ MORENO, Fernando. En: *Estudios en Homenaje a Jesús Gonzales Pérez*. Madrid: s.e., 1994, p. 2947.

ción. Tal análisis deberá hacerse lógicamente en el contexto actual, porque como hemos reiterado la necesidad del secreto siempre es relativa a un momento dado.

- b) Determinación precisa: Los casos de secreto son *numerus clausus*; no puede crearse excepciones nuevas a las que existen por ley. A falta de norma expresa que ordene una excepción, debe aplicarse el principio de publicidad; no se puede extender una excepción a casos no previstos expresamente por ley, lo cual claro está, no evita la interpretación judicial.
- c) El Estado o la entidad poseedora de la información tiene la carga de la prueba para demostrar que cierta información debe mantenerse en secreto:
- d) Enumeración cerrada de las excepciones. Básicamente serían dos: las que afectan a la seguridad nacional y a los derechos individuales referidos a la vida privada y la intimidad.

XIII. DAIPD EN EL CONTEXTO PERUANO: LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Una de las pocas novedades que trajo la Constitución actual en relación a la precedente fue la recogida en el artículo 2, inciso 5: «Toda persona tiene derecho: [...] A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional».

Al respecto, resulta pertinente hacer algunos comentarios: en primer lugar los términos *solicitar* y *recibir* no podemos entenderlos en sentido restrictivo como equivalentes a entregar copias impresas de un documento. Solicitar información puede implicar como ya señaláramos antes, la posibilidad de ingresar directamente a los archivos o lugares donde existe esa información. Más aun el artículo, al no referirse a documentos sino a información en general, abre la puerta a una interpretación más amplia.

En segundo lugar el pedido es «sin expresión de causa», no se tiene por qué amparar el pedido en la necesidad de defender cualquier otro derecho, porque si así fuera, la entrega de la información quedaría suje-

ta a la prueba de esa necesidad y a criterio del funcionario competente de la entidad pública o del juez. Es evidente que cuando se solicita información, en la mayoría de los casos se necesita para utilizarla con alguna finalidad; por ejemplo, el constructor necesita ver todos los documentos sobre el proceso de licitación para pedir su nulidad en un proceso judicial; el ecologista quiere probar que una fábrica está causando daño a la salud pública; el consumidor probablemente va a demandar a la empresa que le ha vendido un producto defectuoso. Pero a la entidad emplazada no se le ha otorgado la facultad de determinar si esos documentos son una prueba pertinente en ese proceso o si realmente van a ser útiles para esa finalidad. El juzgador o el funcionario debe hacer abstracción de las razones que han motivado la solicitud.

En tercer lugar en relación al plazo legal y costo, es necesario que estos aspectos no constituyan en la práctica un obstáculo al DAIPD. Con el uso de las nuevas tecnologías en materia de almacenamiento y envío de información, el plazo puede ser reducido drásticamente hasta casi desaparecer porque si la información llegara a estar disponible en redes informáticas no hará falta ninguna solicitud, cargo de recepción y contestación, sino que surgirá un contacto inmediato con la información y así los costos también pueden ser reducidos a largo plazo. El monto que se cobre debe reflejar estrictamente el valor de la reproducción; no debe convertirse en un tributo indirecto o dejar utilidades para los entes públicos.

Finalmente, en relación a las exclusiones, constituye un error de este artículo dejar la puerta abierta a la ley para establecer excepciones distintas de aquellas que afecten la intimidad personal y la seguridad nacional. Lo mejor hubiera sido dejar a la jurisprudencia esa labor de determinación cuando estamos frente a una colisión con otros derechos, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso del secreto comercial o industrial.

Otra de las novedades que aparece en nuestra Constitución es la inclusión de la garantía constitucional denominada hábeas data; pero, ¿era necesario? En nuestro concepto debemos hacer una distinción: Resulta una novedad que se haya reconocido de manera explícita el derecho sustantivo del artículo 2, inciso 5; si así no se hubiera hecho resultaría difícil que se interpongan acciones pidiendo información como ya viene ocurriendo; tal vez podría haberse demandado en base a la sola libertad de expresión o en el derecho de participación, pero lo cierto es que en nuestra historia jurisprudencial no son frecuentes las interpreta-

ciones extensivas o criterios amplios; al contrario los jueces no conceden sino aquello que aparece explícito en una norma. Pero resulta difícil afirmar lo mismo sobre el hábeas data. En realidad el DAIPD tiene algunas pocas peculiaridades que generan algunos problemas de aplicación directa de la Ley de Hábeas Corpus y amparo, pero somos de la opinión que esas diferencias no eran suficientes para crear el hábeas data; tal vez lo mejor hubiera sido solamente adecuar la acción de amparo, modificando la ley en aspectos muy puntuales.

XIV. DECRETO SUPREMO N° 018-2001- PCM

La promulgación de esta norma constituye sin duda un paso concreto en la posibilidad de una apertura informativa real; la misma se ha dictado en medio del contexto político posterior a la caída del Gobierno de Fujimori, cuyo detonante fuera precisamente un escándalo informativo: la divulgación de un documento, un video, que mostraba el momento mismo en que se producía un caso de corrupción política. Sin embargo esa sería solamente la punta del iceberg completo, el cual se haría visible al descubrirse la existencia de miles de videos que contenían innumerables casos de corrupción y que además pondrían en evidencia la existencia de un gobierno invisible. Adicionalmente, la suscripción de la Declaración de Principios de Chapultepec por el Gobierno transitorio, genera obligaciones para nuestro país. El artículo 3 de la misma declara que «las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público [...]». Los aspectos principales que contempla son: primero, se trata de una norma de carácter administrativo que obliga a las entidades del sector público a incorporar en sus Texto Unicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), «un procedimiento que posibilite el acceso de las personas a la información que posean o produzcan».

Este mandato resulta curiosamente necesario porque, a pesar de que existen normas vigentes y de mayor jerarquía que regulan el DAIPD, entre esas normas y su aplicación práctica ha existido un «vacío». Las comillas vienen porque no se trata de un vacío jurídico en sentido estricto. Existen normas de procedimientos generales que establecen plazos y mecanismos, pero lo cierto es que en general, las entidades estatales no están familiarizados con ellas. No debe olvidarse quiénes son los

primeros aplicadores de este derecho, los poseedores de la información, que no son políticos ni constitucionalistas sino funcionarios públicos, los que normalmente conocen mejor que la propia Carta Constitucional, sus normas procedimentales especiales y se ciñen a ellas; por eso desconocen también que el público tenga derecho a pedirles información. En esto radica la importancia de obligarlas a dictarse a ellas mismas e incorporar en sus textos un procedimiento. Este decreto supremo constituye en sí mismo no tanto una aporte novedoso sino una forma de *difusión* y de incorporación del DAIPD en la conciencia colectiva.

Adicionalmente establece un procedimiento marco para todas las entidades del sector público en la medida en que se entiende que muchas entidades tienen peculiaridades que no se pueden contemplar íntegramente en una sola norma.

En segundo lugar, hace referencia al acceso a documentos no solo por escrito sino por «otros medios físicos, medios electrónicos o magnéticos de acuerdo a lo solicitado y a la capacidad de la dependencia». Aparentemente utiliza la palabra *medio* no como canal de transmisión de la información sino como soporte, porque un documento puede ser escrito y al mismo tiempo estar sobre un soporte electromagnético; no son conceptos excluyentes.

El medio, no puede ser la escritura, es la vía a través de la cual se traslada el documento; puede haber acceso a documentos a través de distintos medios: el medio físico (la entrega manual en una ventanilla) o a través de fax, correo electrónico, etc.

A continuación agrega que a falta de precisión se entregará el documento por escrito. La escritura es una forma de representación de las ideas mediante signos pero no una forma de reproducción válida para cualquier documento, así por ejemplo si el documento es una fotografía o un dibujo, no puede ser entregada por escrito. Nuevamente se deben estar refiriendo al soporte es decir al papel como sinónimo de escrito.

En tercer lugar, resulta interesante que se contemple la posibilidad de un acceso directo a los archivos aunque solamente «cuando la reproducción de la información fuera imposible en razón de restricciones de carácter tecnológico», debiendo en tal caso, si así lo solicitan, entregar una transcripción certificada.

En cuarto lugar, se fijan dos plazos: uno de siete días para que se apruebe o desapruebe el pedido, y otro para que se entregue la información. El primer plazo está sujeto a silencio positivo, vale decir que a

falta de respuesta se deberá considerar aprobado. Si aun así no se entrega la información se puede recurrir en queja ante el superior del funcionario renuente a cumplir.

En caso de denegatoria se aplican los plazos de la Ley General de Procedimientos Administrativos. Si la denegatoria se fundamenta en la carencia de tal información debe en lo posible, indicarse la ubicación de la misma.

En quinto lugar, se deja a salvo el derecho a seguir la vía judicial con cualquiera de las siguientes alternativas: el hábeas data en caso de denegatoria o la Acción de Cumplimiento en caso de no entrega (si se ha aprobado la solicitud) o en cualquiera de los dos casos, la acción contencioso-administrativa.

Finalmente, cabe mencionar que la Quinta Disposición Transitoria libera de la obligación de entrega cuando la información aparece en páginas *web* o portales de Internet gratuitos, lo cual resulta discutible no solo porque es limitativo sino porque esa información carece de fe pública, es decir, no tiene el valor ni los efectos de un documento público.

Por otro lado, la Sexta Disposición Transitoria, establece para los organismos del Poder Ejecutivo una obligación de poner información en Internet, de acuerdo a su disponibilidad presupuestal, pero no precisa qué clase de información. Puede entenderse como una página *web* con sumarios de temas o, directamente la información misma que produce o posee la entidad, lo cual requeriría el escaneo previo de la mayoría de archivos, que constan en papel.

XV. BALANCE PRELIMINAR Y PROPUESTAS

El análisis basado en la información existente nos lleva a afirmar que hasta el momento aún no existe una legislación ordenada, adecuada y suficiente sobre DAIPD y menos aun una legislación que asuma la transparencia como concepto guía, antes que un problema de regulación. No existe aún una clara conciencia de la existencia de este derecho, de su necesidad y de la posibilidad de exigir su cumplimiento, tanto a nivel de la población como de los funcionarios públicos y de las autoridades políticas. Tampoco existe una regulación o mecanismos de control idóneos sobre la información reservada; existe un vacío absoluto sobre el manejo de información reservada.

15.1. Requisitos previos y objetivos claros

Cualquier propuesta de legislación debe partir de una sincera voluntad política de los gobernantes y de una progresiva internalización en la sociedad de la importancia de lo que los anglosajones llaman *Open Government*, hemos visto por eso cómo las tímidas propuestas que hemos revisado en este último capítulo no han tenido mayor eco o han sido traicionadas, en algunos casos por sus propios autores.

Un segundo paso sobre todo en un país con las características del Perú debe consistir en partir de lo menos a lo más ambicioso. Si se pretende comenzar por una difusión de la información relacionada directa e inmediatamente con el juego político del momento en que se solicita, lo más probable es que resulte frustrante. Si Juan Pérez pide información sobre los criterios de zonificación que tiene la municipalidad del distrito en que vive para permitir el establecimiento de una discoteca en la calle en que vive tendrá más posibilidades de éxito que si quiere saber cómo se maneja el Servicio de Inteligencia, y si bien esta información puede ser políticamente más relevante para la opinión pública que aquella, es probable que para aquel anónimo ciudadano la primera tenga más relevancia en su vida personal.

El tercer paso, debe consistir en tener claros cuáles son los objetivos, porque partiendo de estos objetivos se debe adecuar los mecanismos legales para lograrlos. En nuestro concepto ellos deberían ser los siguientes:

- a) Servir de mecanismo de control constitucional así como de control sobre la Administración: funcionarios públicos, autoridades y en general, sobre aquellos que prestan servicios públicos o cumplen función pública. G. Braibant señala que «el derecho a saber» es una nueva forma de control permanente sobre la Administración «ejercido independientemente de un litigio o de una denuncia».³⁶
- b) Permitir un mayor grado de participación de la ciudadanía en dos niveles: a nivel político y al nivel de la Administración Pública. Posiblemente el mecanismo más adecuado sería el de las sesiones públicas en las que exista la obligación de levantar actas de las opiniones previas así como de las decisiones que finalmente se toman,

³⁶ MESTRE DELGADO, ob. cit., p. 27.

dichas actas pasan a ser documentos accesibles para cualquiera que lo solicite.

Este mecanismo nos lleva directamente al tema de la importancia del momento de accesibilidad de la información en concordancia con los objetivos planteados. Si uno de los objetivos es la participación, como venimos planteando (y es claro que se trata de un requisito para la participación en las decisiones políticas o administrativas), la información debe estar disponible previa a la toma de decisiones; en caso contrario ya no es posible la participación; eventualmente podrá ser útil para un control a posteriori o si el tiempo de acceso se prolonga, tendrá solamente un valor histórico de interés académico.

Partiendo de esta premisa podemos saber qué grado de participación se quiere tener. Evidentemente si no existe la voluntad política del legislador, la información será asequible lo más tarde posible, y el objetivo de que nos ocupamos aquí no será parte de la norma.

- c) Lucha contra la corrupción y la arbitrariedad en las decisiones públicas. Una mayor transparencia tendrá como efectos un manejo más imparcial de los bienes públicos. Ello sería más notorio en la contratación de las entidades del Estado así como en la información en poder de la Contraloría General de la República.
- d) Permitir una mejor labor de la prensa. Por obvias razones uno de los sectores más beneficiados con el DAIPD debería ser la prensa. Si bien no se puede afirmar categóricamente que la transparencia garantice una prensa libre, el DAIPD, como hemos señalado antes, debería ser una puerta abierta a esa finalidad, y un instrumento indispensable, especialmente tratándose del periodismo de investigación. No es casualidad que los mayores problemas por acceso a la información pública hayan tenido por principales contendores del Gobierno a los medios de comunicación de prestigio, particularmente a los periódicos. Pero el periodismo necesita de los documentos como herramienta elemental de denuncia; sin los documentos (como por ejemplo las cintas grabadas de las conversaciones de Nixon) el caso Watergate no hubiera sido posible. Los grandes reportajes de periodismo de investigación han dejado entrever dos hechos: primero, que los gobiernos ocultan información a los ciudadanos; y segundo, que el argumento de peligro a la seguridad nacional es un fundamento poco sólido en los casos concretos y que debe justificarse de manera concreta y en cada caso.

- e) La preservación de documentos de valor histórico. La historia en sentido estricto solo es posible a partir de la invención de la escritura, es decir de la existencia de documentos. Sin la existencia de ellos solo queda la memoria de los hombres que además de ser efímera, no es un elemento objetivo para el investigador. Por eso al no existir archivos o al destruir los que existen se priva de manera permanente a las generaciones siguientes de conocer los acontecimientos pasados. Por eso, aun ahora podríamos cuestionar si la versión de muchos acontecimientos históricos que manejamos es real y cuánta es simplemente especulación o nunca llegó a nosotros. Este objetivo, si bien no es el más importante para el DAIPD, merece ser considerado. Una norma de acceso deberá por ello poner especial énfasis en las garantías que deben existir cuando se procede a la incineración o eliminación de documentos en general.

15.2. Aspectos que podrían considerarse en una hipotética legislación

El último paso, la propuesta legislativa, parece menos complejo. Una legislación sistematizada y detallada y adecuadamente difundida puede ayudar mucho, pero reiteramos que, lanzadas al vacío serían de poca utilidad. Las normas reguladoras, en nuestro concepto, no pueden obviar los siguientes aspectos:

- 1) La necesidad de establecer en una norma constitucional el principio de transparencia de toda la actividad pública, así como de documentación de las decisiones de toda la actividad pública. Tales principios pueden existir de manera implícita sin duda, pero no ha sido frecuente en nuestra historia jurisprudencial o administrativa la creatividad o el rescate de lo implícito, sino la aplicación literal de los derechos recogidos en normas expresas.
- 2) La delimitación de un extenso ámbito de aplicación de este derecho debería considerar los siguientes temas:
 - a) La necesidad de preexistencia de documentos, es decir que exista una regla general que obligue a que los actos jurídicos de naturaleza pública consten en un soporte que puede ser escrito, grabado, electromagnético, etc., a partir del cual se pueda determinar quién fue el autor de determinada decisión, cuándo se tomó, etc. Este es un presupuesto del derecho porque si no exis-

ten documentos, no existe nada a qué acceder: si el demandado por información simplemente contesta que tales documentos no existen, no hay forma de exigirselos, salvo que exista la obligación de que existan.

- b) Que se establezca una sistematización previa de los archivos públicos de tal manera que la información esté organizada. Este proceso se facilita con la modernización de los sistemas de almacenamiento de datos, la cual viene produciéndose de manera inevitable, ya que no es necesariamente voluntaria, a través de la informatización en diversas entidades públicas estatales y particulares.
- c) El ámbito de aplicación de la ley debería en principio ser determinado por la naturaleza del documento y no por el poseedor del mismo. Es decir, que debe existir acceso general a documentos públicos en poder del Estado y además, de entidades corporativas e incluso particulares, los que prestan servicios públicos o cumplen una función pública. Pero en este caso solo respecto de los documentos relacionados con el servicio o función pública correspondientes.

Esta necesidad se hace más notoria a medida que se desarrolla un proceso acelerado de privatización de servicios y funciones públicas, pero tenemos que tener claro que la privatización de los servicios o funciones públicas no convierte el interés público (que existe en relación a su funcionamiento) en un interés particular, ni la información pública en privada. Existe determinada información que era pública antes de la privatización y lo seguirá siendo después porque el interés que existía en ella no ha variado.

- d) Que exista acceso ilimitado para determinadas autoridades. Una de ellas podría ser el Defensor del Pueblo, y aunque teóricamente, la misma facultad la tienen todos los congresistas, lo ideal sería que se otorgue esa facultad solo a algunos de ellos, es decir a una comisión, pero de manera efectiva, ya que en la práctica los representantes no acceden a determinada información por una razón tan lógica como sencilla: resultaría muy difícil que un grupo numeroso (es decir ciento veinte personas) y plural en cuanto a ideas e intereses mantengan la reserva absoluta de dicha información.

- e) Que se tipifique como conducta delictiva la ocultación maliciosa de información, tanto de aquella que es pública como de aquella que es secreta en relación a los que tienen derecho a ella. Esta conducta se configuraría cuando el poseedor de la información conociendo determinada información negara su existencia o, cuando le atribuyera carácter secreto siendo evidente que no lo es.
- f) Que se delimite el ámbito de la información reservada a través de una ley de secretos oficiales en la cual estarían considerados otros aspectos que no comprenden solo el DAIPD, como es el acceso a información no documental.

Entre otros aspectos se debería establecer un plazo razonable para la caducidad de la calificación de un documento como secreto. En cualquier época resulta difícil señalar cuánto tiempo es el razonable, pero en una época en la cual los cambios son acelerados (en parte y paradójicamente también por la velocidad con la que se crea y circula la información) ese plazo bien puede acortarse. Podríamos partir de un plazo de treinta años como tope para la reserva, aunque sin duda la mayor parte de la información deja de tener valor político mucho antes. Difundir esta clase de información tiene principalmente un valor histórico, los académicos deberían ser el principal grupo de interés en estos documentos.

Una Ley de Secretos Oficiales también implica determinar qué funcionarios van a tener acceso a información clasificada, que es al mismo tiempo una escala del grado de poder que se va a dar a todos los funcionarios y políticos en general.

- g) Que sea una instancia jurisdiccional la que decida finalmente cuál información será reservada y cuál pública; lo cual implica que los magistrados en determinadas instancias tengan acceso a información clasificada. Tal acceso puede resultar necesario precisamente para saber si esa información requiere o no de la reserva, pero lo conveniente sería que planteado el problema no cualquier juez pueda hacer esa ponderación sino que suba a una instancia superior, en la cual, de ser efectivamente información que amerita reserva, pueda garantizarse ese estatus de reserva. Esa instancia podría ser el Tribunal Constitucional.

- h) Que se establezca la publicación obligatoria de todas las decisiones administrativas y políticas trascendentes, es decir de las leyes y actos administrativos, estableciendo las limitaciones que correspondan en casos de excepción ya señalados.
- i) Que se difunda masivamente la existencia de este derecho. Paradójicamente, el DAIPD no puede funcionar si previamente no se da más información de su existencia; en última instancia el derecho no nace con la aprobación de una ley sino con la asimilación por la conciencia colectiva de su existencia. Las posibilidades de éxito para este como para cualquier derecho siempre dependerán de una toma de conciencia progresiva de todos sus destinatarios.