

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública



ISSN: 2215-3624

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

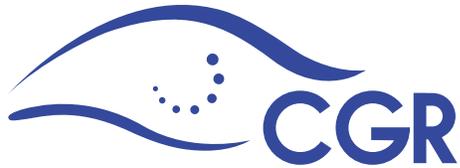


Estudios —

Crónicas —

Consultas Relevantes —

Vol V. 2015



Consejo Editorial

Revista de Derecho de la Hacienda Pública
Contraloría General de la República

Consejo Editorial:

Sylvia Solís Mora
Luis Diego Ramírez González
Roberto Rodríguez Araica
Marcela Aragón Sandoval

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Editor:

Roberto Rodríguez Araica

Revisión Filológica:

Olga Patricia Arce Cascante

Artículos:

- Principio de transparencia en la contratación administrativa: el caso de las compras públicas electrónicas.
- El rol de la Contraloría General de la República ante la declaratoria de confidencialidad de la información de empresas públicas en competencia.
- Transparencia Presupuestaria: Sistema de Planes y Presupuestos Públicos (SIPP).

Correspondencia

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica.

Teléfono:

25018585

Fax:

22965713

Correo electrónico:

revista.juridica@cgr.go.cr

Sitio Web:

<http://revista.cgr.go.cr/>

Revista de Derecho de la Hacienda Pública /
Contraloría General de la República.

-Vol. 5. (2015)-. San José Costa Rica

Semestral
ISSN-2215-3624

Índice

Editorial	V
------------------------	----------

Estudios de Colaboradores Nacionales

Principio de transparencia en la contratación administrativa: el caso de las compras públicas electrónicas.....	3
El rol de la Contraloría General de la República ante la declaratoria de confidencialidad de la información de empresas públicas en competencia	25
Transparencia Presupuestaria: Sistema de Planes y Presupuestos Públicos (SIPP)	47

Estudios de Colaboradores Externos

Transparencia y Acceso a la Justicia: Progresión y Regresión.....	61
Regulación y Sistemas de Evaluación de la Transparencia en España	111

Crónicas

Crónica sobre la resolución N° 14-2014-I del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Primera, de las 8:00 horas del 12 de marzo de 2014.....	136
Crónica sobre la aplicación indebida de beneficios de Convención Colectiva a niveles gerenciales de una entidad pública (Resolución del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José No. 203-2012 de las 7:30 horas del 27 de enero de 2012).	137

Consultas relevantes

Consulta sobre la suspensión o no del pago del salario a un alcalde al que un juez penal le ha impuesto medidas cautelares que le impiden acercarse a la Municipalidad	140
--	-----

Índice

Se emite criterio sobre la procedencia de que un particular financie la elaboración del IFAS (Índice de Fragilidad Ambiental) requeridos para la elaboración de Planes Reguladores Costeros.	140
Se realizan una serie de preguntas en torno al salario de los alcaldes pensionados que opten por continuar percibiendo su pensión más un 50% por concepto gastos de representación.....	141
Se realizan una serie de consultas sobre las potestades de la auditoría interna, principalmente en relación con las sesiones de la Junta Directiva del Consejo y la posibilidad que tiene la Administración en intervenir en algunas de ellas.	142
Consulta sobre la posibilidad de que los sobrantes de los recursos asignados por ley a instituciones descentralizadas para su operación y financiamiento, puedan constituirse en un superávit específico	143
Se solicita criterio sobre la aplicación de los esquemas de control interno, manejo de presupuesto institucional, contratación administrativa, responsabilidad de los funcionarios, recaudación de cauciones, y otros similares, de la misma manera en que funciona para las municipalida	143
Consulta sobre la procedencia de las inversiones con recursos de distintos contratos de fideicomisos maneja el órgano, y que fueran refrendados por esta Contraloría General, que además actualmente se encuentran en etapa de ejecución. De la mano con lo anterior, se consulta si resulta o no necesario modificar los contratos de fideicomiso, y en caso afirmativo si se requeriría nuevamente el refrendo contralor. Adicionalmente, pregunta si se deben aprobar o no los Reglamentos de Política de Inversión que a la fecha se encuentran elaborados y conocidos por la Junta Administrativa	144
Emisión de criterio sobre la condición de parentesco que puede existir entre personas que procrearon hijos comunes, aun cuando no convivan en matrimonio o en unión de hecho	145

Editorial

La positiva acogida por parte de los lectores de la Revista, que aprovechamos para agradecer desde estas páginas, nos anima a proponer números especiales dedicados a los principales temas que interesan al país. Las ediciones anteriores permitieron publicar diversos temas vinculados con el Ordenamiento de Control y Fiscalización Superior de la Hacienda Pública, aportes que, como hemos insistido, pretenden abrir espacios de reflexión y coadyuvar en el fortalecimiento de una gestión pública más eficaz, eficiente y generadora de valor público en beneficio de la sociedad. Sin embargo, en esta ocasión nos planteamos innovar en su contenido.

Con la presente entrega, la Contraloría General de la República inaugura su primera publicación manteniendo un mismo eje temático dentro de toda la Revista, considerado de importancia medular para la gestión administrativa: la transparencia. En este sentido, no cabe duda de su relevancia como un medio para potenciar la rendición de cuentas y el aseguramiento de los principios del servicio público. Tema que valga mencionar, fue abordado por diferentes excelentes expositores nacionales e internacionales en el II Congreso Jurídico de la Hacienda Pública desarrollado el pasado mes de septiembre del año en curso. Disertaciones que pueden ser consultadas en nuestro blog: revista.cgr.go.cr

La importancia de realizar este número de carácter especial, radica en la necesidad que tiene el ordenamiento jurídico costarricense de un análisis doctrinal y práctico sobre la transparencia. Resulta pertinente el desarrollo de artículos monográficos que se ocupen de tratar dicho instituto desde diferentes perspectivas y visiones, de allí que tenemos la participación de autores extranjeros como ponentes nacionales.

Desde el punto de vista de los estudios de colaboradores nacionales, ofrecemos los siguientes: “Principio de transparencia en la contratación administrativa: el caso de las compras públicas electrónicas”, elaborado por el Elard Ortega Pérez. “El rol de la Contraloría General de la República ante la declaratoria de confidencialidad de la información de empresas públicas en competencia”, preparado en conjunto por Jennifer Arroyo Chacón y José Francisco Monge Fonseca. Y, la “Transparencia presupuestaria: Sistema de Planes y Presupuestos Públicos (SIPP)”, presentado por Jenny Cheung Chan y Jaime Mora Rojas.

En el marco del ámbito internacional, les invitamos a examinar el estudio titulado, la “Transparencia y acceso a la Justicia: Progresión y Regresión”, propuesto por el Dr. Allan R. Brewer-Carías. Del mismo modo, el artículo denominado, “Regulación y Sistemas de Evaluación de la Transparencia en España”, elaborado por el Máster Francisco Delgado Morales, el Lic. F. Javier López Carvajal y el Lic. Javier Sierra Rodríguez.

Como puede observarse, cada uno de los escritos se inserta en el contexto de la necesidad de un estudio de dicho instituto, instrumento que es transversal a toda la gestión pública, desde diversas dimensiones y perspectivas. Es una herramienta entendida como un vehículo para fortalecer la rendición de cuentas y asegurar los principios del servicio público. En definitiva, esta versión contiene aportes con énfasis en la transparencia. Por ello, esta presentación constituye una enorme satisfacción, cuyo objetivo es seguir enriqueciendo el debate académico en el plano teórico y práctico, poniendo a disposición de la comunidad en general estos trabajos de investigación.


Luis Diego Ramírez González
Gerente División Jurídica



**Estudios de
Colaboradores
Nacionales**

Principio de transparencia en la contratación administrativa: el caso de las compras públicas electrónicas.

Sumario

Elard Gonzalo Ortega Pérez¹

I. Introducción. II. El uso de sistemas electrónicos en la contratación administrativa. A. Transparencia e implementación de los sistemas electrónicos. B. El régimen recursivo bajo los esquemas electrónicos. C. Transparencia y pluralidad de sistemas electrónicos. III. Conclusiones

¹El autor es Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y egresado del Máster en Contratación Pública de la Universidad Castilla-La Mancha. Actualmente ocupa el cargo de Gerente Asociado en la División de Contratación Administrativa. En el ejercicio del cargo ha coordinado procesos de apoyo en la materia de compras públicas al Ministerio de Comercio Exterior en varios tratados de libre comercio (Unión Europea, Singapur, Perú, Panamá, entre otros) y en el proceso de consulta e invitación para ingreso de Costa Rica a la OCDE. Se ha desempeñado como facilitador en programas presenciales y virtuales de contratación administrativa en la Contraloría General de la República y presenciales en el Colegio de Abogados de Costa Rica. Colaboró en la redacción de contenido de los cursos virtuales de contratación administrativa que imparte la Contraloría General de la República y anteriormente fungió como Gerente Coordinador del Proyecto.

I. Introducción

La utilización de los sistemas electrónicos para implementar las compras públicas es quizás uno de los temas más actuales, no solo por las ventajas que genera en cuanto a los ahorros, sino porque existe acuerdo en las garantías de transparencia y rendición de cuentas. Es por ello, que se ha estimado oportuno realizar algunas observaciones sobre cómo se ha desarrollado el uso de los sistemas en nuestro país, enfocándola desde una lectura muy sencilla como lo es el abordaje de lo que se considera expediente administrativo; entendiendo que el principio de transparencia se realiza en el acceso a todas las actuaciones del proceso de compras.

De esa forma, se plantea una lectura crítica sobre el acceso real que brindan las plataformas existentes, desde la complejidad que representa el análisis del expediente y lo actuado por la Administración para todos los interesados y quiénes deben fiscalizar los procedimientos de compra. De igual forma, bajo el cuestionamiento al uso de formatos que representan una limitación a dicho acceso.

Finalmente se hacen algunos cuestionamientos sobre la toma de decisiones y la dualidad histórica de sistemas de compras electrónicos, sobre todo a partir de la emisión de una normativa reglamentaria reciente.

II. El uso de sistemas electrónicos en la contratación administrativa

La relevancia de los montos invertidos en general en la contratación administrativa y la necesidad de la rendición de cuentas propia de los Estados democráticos, vincula en forma indispensable las compras públicas con el principio de transparencia como se ha venido señalando. Como bien afirma PINTOS SANTIAGO, la transparencia se encuentra ineludiblemente ligada a los otros principios de la contratación pública y desde luego reduce los riesgos de la corrupción en la contratación pública².

Desde luego, con la evolución de la tecnología se presentan nuevas oportunidades para aprovechar y generar espacios que permitan un mayor acceso a la información relevante, que no es otra que aquella asociada a qué se compra, cómo se compra y para qué se compra, en cuánto tiempo se compra, a quiénes se compra, etc. Las respuestas a tales interrogantes deben estar disponibles para cualquier interesado independientemente del medio, pero sin lugar a dudas permite una mayor divulgación cuando se pone disponible en medios electrónicos susceptibles de ser utilizados por diversos interesados. Por lo demás, hoy

² Al respecto señala el profesor PINTOS SANTIAGO: "La transparencia guarda una estrecha relación con los principios de igualdad, publicidad, concurrencia, no discriminación y prohibición de la arbitrariedad de la Administración contratante, fomentando una mayor participación de licitadores y la mejora de sus ofertas. Constituye asimismo una herramienta imprescindible en la lucha contra la corrupción y es, sin duda, una de las exigencias centrales para disponer de calidad institucional. Mayor transparencia es igual a instituciones fuertes y con mayor legitimidad. Así, la existencia de procedimientos contractuales claros e iguales para todos o la ausencia de ambigüedad en las cláusulas contractuales, son argumentos en apoyo del establecimiento de condiciones estrictas de participación en los contratos públicos, con rigurosos sistemas procedimentales y de control de la contratación pública." PINTOS SANTIAGO, JAIME, "La transparencia de los contratos administrativos en la nueva Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno", Aletheia: Cuadernos Críticos de Derecho, número 1-2013, pp. 36-37.

en día vivimos en sociedad global que bajo el paradigma de las redes sociales y del acceso a la información en forma simultánea a los hechos, se ha hecho más exigente y que pide más explicaciones de la forma en que se invierten los recursos públicos, pero sobretodo que se atiendan las necesidades públicas³.

Así entonces, es indiscutible que en la actualidad no se puede desligar las compras públicas de las ventajas que generan los medios electrónicos, de forma que independientemente de si la apuesta se hace por los mecanismos y procedimientos electrónicos o por la utilización de los expedientes electrónicos, es ineludible el impacto de las tecnologías de información en la contratación administrativa, lo que implica no solo una lectura reposada de la decisión sino del mecanismo para implementarlo⁴ y la forma en cómo su utilización permitirá realizar las garantías que se pretende materializar.

³ Sobre el particular señalan JORDI ROMEU GRANADOS que: "La falta de transparencia, aplicada al ámbito público contractual, fomenta la proliferación de áreas oscuras, en las que los actores, amparándose en la opacidad, pueden llegar a desarrollar actividades de carácter irregular, desde poco éticas hasta manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico. Algunas voces, como Transparency International, destacan las correlaciones existentes entre la falta de transparencia y los problemas de corrupción. En otras ocasiones, se pone de relieve el papel de la transparencia como instrumento de medida de la confianza de los inversores⁵. / Asimismo, la aplicación de los principios de publicidad y transparencia al ámbito contractual público facilita la igualdad de trato a todas las personas físicas o jurídicas que participan en cada uno de los procedimientos de selección del contratista-adjudicatario de una obra, un servicio o un suministro. De igual modo, permite remover los obstáculos o amenazas que impiden el libre acceso a las licitaciones públicas. / Sin embargo, las consecuencias de la posible falta de transparencia no se circunscriben únicamente al ámbito de las relaciones entre la administración y los posibles licitadores y/o adjudicatarios de un contrato público. El principio de transparencia tiene una proyección mucho mayor, pues se sitúa en la nueva cultura de las relaciones entre el ciudadano y la administración (García Macho, 2010). Con la transparencia se facilita el accountability de la actividad pública, lo que refuerza la confianza del ciudadano en el sistema democrático (García Macho, 2010), alejando el fantasma de la desafección y consolidando el regular funcionamiento de las instituciones." ROMEU GRANADOS, JORDI y Otros, "La contratación pública electrónica: hacia la efectiva transparencia administrativa", en Congreso Internacional de Open Government, Valencia, España, 21 y 22 de noviembre 2013. Tomado de: http://www.researchgate.net/publication/270960445_La_contratacion_publica_electronica_hacia_la_efectiva_transparencia_administrativa

⁴ Al respecto Manuel Caño explica para el caso europeo que: "Los objetivos típicos o más usuales, a la hora de plantear la transición a la contratación pública electrónica son los siguientes: / - Eficiencia, conseguir que la administración pública utilice el formato electrónica en sus tramitaciones internas, y alcance un rendimiento mejor. / - Transparencia, permitir que sea posible el análisis del gasto y la trazabilidad de las transacciones y relaciones con el mercado que se producen en la contratación pública. / - Ayuda al tejido productivo, implementar la licitación electrónica, para que los proveedores puedan acceder a mercados más amplios y puedan reducir los costes actuales que conlleva la relación entre la administración y los proveedores en las fases de licitación y ejecución basadas en papel. / - Ahorro, es manejar la información de la contratación pública para obtener un ahorro en el gasto, tanto por la gestión del gasto (análisis del gasto) y su control como por la gestión de los proveedores (menor precio por concurrencia) y la agregación de la demanda (menor precio por volumen de compra) / - Obligatoriedad. Se centrará, casi con toda seguridad, en los aspectos que permiten generar un mercado único de contratación pública paneuropea, asequible e interoperable: publicación, licitación electrónica e identificación de empresas y de apoderados, junto con la capacidad de proporcionar los elementos que verifican los criterios de selección de los concursos en formato electrónico. / De todos ellos el que contribuye de forma directa y notable a la reducción del déficit es el objetivo marcado como ahorro (reducción del gasto a través de su análisis y la reducción de precios) junto con la ayuda al tejido productivo (aumento de los ingresos por la competitividad de "mi" tejido productivo). Para que no haya confusión, el objetivo que persigue con más ahínco la Unión Europea es el objetivo definido como Obligatoriedad y Ayuda al tejido productivo, o lo que es lo mismo la relación electrónica estándar e interoperable para acceder al mercado único de la contratación pública europea. / Pues bien, centrándonos en el objetivo de la reducción del déficit a través del ahorro (reducción de los gastos a través de su control) y ayuda al tejido productivo (aumento de ingresos), vamos a establecer cuales son los pasos que debemos de dar de forma coherente para alcanzar el objetivo y verificarlo en función de las métricas que se hayan propuesto dentro del rango que nos marcan las experiencias previas. / EL AHORRO / El ahorro se produce siempre a través de dos factores: reducir el precio de bien o servicio comprado a través de la concurrencia, o bien evitar o retrasar la compra. / Para reducir el precio de los bienes y servicios adquiridos, la fórmula es combinar un aumento de concurrencia con la capacidad de negociación con los proveedores, y la agregación de la demanda." CAÑO GÓMEZ, MANUEL, "Reducción del déficit a través de la Contratación Pública", pp.8-9. Tomado de: Blog CPe: www.contratacion-publica-electronica.es. Sobre

En el caso de Costa Rica, se optó por la implementación de soluciones sobre sistemas electrónicos, en las cuales articular los procedimientos de contratación, con sustento en una redacción muy flexible que se incorporó en el artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa, pero sustentada en reglas de seguridad. De ahí entonces que, como es bien conocido surgió una pugna de varios años entre dos soluciones bajo tecnologías y enfoques diferentes: Merlink⁵ y Comprared⁶; pero con la intención de permitir el acceso a la información de las compras bajo una sistematización de las diversas etapas del procedimiento de compra.

En el caso de Costa Rica, pareciera que con la emisión del Decreto Ejecutivo No. 38830-H-MICITT, finalmente se ha superado la discusión entre Merlink y Comprared, para tomar la decisión de optar por un esquema único de compras electrónicas, una decisión que se esperaba por diversos actores sociales y de control relacionados con la contratación administrativa, como la Contraloría General de la República que había emitido varios informes sobre el tema⁷.

De esa forma, ha prevalecido la plataforma que utilizaba Merlink como sistema electrónico bajo una nueva nomenclatura que se conoce como Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP). A los efectos de su desarrollo se han definido una serie de plazos para la migración de la información y para su posterior implementación en todas las Administraciones que compran actualmente en CompraRed y las incorporadas a Merlink. Es por ello, que podría decirse –al menos por ahora-, que en Costa Rica se ha optado por aprovechar las economías de escala de unificar sus compras en el mediano plazo, aunque existen retos pendientes como es el hecho de que el sistema no es vinculante para todo el Sector Público y que existen varias entidades que restan por integrar otros sistemas existentes⁸.

estos mismos temas puede verse el proyecto e-Sens relacionado con la interoperabilidad de los sistemas: <http://www.esens.eu>

⁵ Decreto Ejecutivo No. 36242-MP-PLAN mediante el cual se emitió el Reglamento para la Utilización del Sistema Electrónico de Compras Públicas Mercado en Línea “Mer-Link”

⁶ Decreto Ejecutivo No. 32717 mediante el cual se emitió el Reglamento para la Utilización del Sistema de Compras Gubernamentales CompraRED

⁷ Entre ellos, interesa destacar el Informe No. DFOE-IFR-IF-5-2012 del 21 de junio de 2012, denominado “Informe sobre las iniciativas que impulsan el desarrollo del Gobierno Digital y de una Sociedad Basada en la Información y el conocimiento en Costa Rica” la Contraloría General indicó sobre este tema que: “4. Conclusiones. / [...]Por su parte, la necesidad de contar con un sistema eficiente de compras públicas electrónicas en Costa Rica cada vez es mayor, debido al creciente volumen de transacciones que se efectúan hoy en día y al nivel de exigencia de la sociedad actual. Sin embargo, para ello es necesaria la implementación de cambios importantes para hacer más eficientes los procesos relacionados al mismo tiempo que se procura su simplificación e integración bajo un marco legal básico, orientado a la utilización de medios electrónicos digitales. / Es pertinente mencionar que durante las negociaciones para un tratado de libre comercio con Singapur⁸¹, los personeros de ese país, advirtieron la necesidad de que las compras públicas se realizaran mediante de un solo sistema o canal. Sin embargo, Costa Rica a la fecha cuenta con varias plataformas de compras públicas electrónicas. / Lo más grave de esta situación es que se incurre en duplicidad de esfuerzos y en la inversión de varias soluciones para necesidades similares, lo que representa un uso no óptimo de recursos en momentos en que el país se encuentra en una época de restricción del gasto; además de que implica que al desagregar el proceso de compras en múltiples sistemas, se pierde la oportunidad que tiene el Estado, como demandante, de controlar lo que está comprando, procurar economías de escala y obtener mejores condiciones en el proceso de adquisición. Para el sector empresarial esto puede implicar limitar su posibilidad de participación y ello conlleva a una afectación de la competitividad país. [...]”. En igual sentido puede verse el Informe No. DFOE-SAF-13-2008 del 1 de diciembre de 2008.

⁸ Sobre el particular se indicó en el documento elaborado por el BID, OEA y la RICG, denominado Integración del Sistema Nacional de Compras Públicas: “**Otras plataformas:** Existen otras plataformas en desarrollo o en uso por parte de distintas instituciones autónomas donde realizan su gestión de compras públicas. La mayoría representan soluciones individuales. En algunos casos, como RECOPE operan con SAP y aunque no tienen interés en cambiar su sistema han manifestado interés en acceder un solo registro de proveedores o un solo registro de productos. Otras como el ICE, el INS y el INA tiene sistemas propios pero ya iniciaron su migración a Mer-link. Sólo Mer-link y

En el caso, interesa realizar algunas observaciones prácticas del funcionamiento de las plataformas y cómo deben resolverse ciertos temas para lograr materializar los principios y garantías que se pretende alcanzar con la utilización de los sistemas para la contratación administrativa electrónica. De esa forma, se pretende plantear algunas reflexiones puntuales sobre la implementación de sistemas electrónicos de compras públicas desde el principio de transparencia que se ha venido desarrollando. En concreto, interesa hacer énfasis en el acceso al expediente como reflejo mismo de todo lo actuado por la Administración y en la medida que, se constituye como insumo para el ejercicio del control ciudadano, así como del órgano contralor en su condición de jerarca impropio en la materia.

a. Transparencia e implementación de los sistemas electrónicos

Como se indicó, el Poder Ejecutivo tomó una decisión sobre el uso de sistemas de compras electrónicas, lo cual necesariamente constituye un primer paso para dimensionar el acceso debido a la información de la contratación administrativa y la transparencia en cómo se invierten los recursos por las diversas instituciones; toda vez que se empezó a sentar la base de consolidar esfuerzos en un sistema que permita paulatinamente ir agrupando a todo el Sector Público.

De ahí entonces, que en esta incipiente etapa de consolidación del SICOP, pareciera oportuno llamar la atención sobre ciertos temas relevantes como las opciones tecnológicas y cómo se permite el acceso a la información pública, la afectación que puede presentarse por la utilización de expedientes físicos y electrónicos, la relación con el principio de neutralidad tecnológica y la necesidad de consolidar el sistema único.

i. ¿Acceso real al expediente electrónico?

Un elemento fundamental de la contratación pública es el acceso a los expedientes administrativos, no solo como garantía al principio de transparencia⁹, sino como bien afirma

CompraRed están pensadas para servir a todo el Estado. / La coexistencia de dos plataformas que buscan alcance nacional no ha permitido la construcción de un sistema nacional óptimo de contratación pública. En particular, ha generado algunas dificultades y confusión tanto en las instituciones usuarios de la administración pública como en los proveedores del Estado. Esto puede dificultar la sostenibilidad de las mismas en el mediano plazo, seguir retrasando el proceso de adopción y, en ausencia de los necesarios mecanismos de coordinación, y baja eficiencia en la contratación pública aumentado por ende los costos de transacción. / Hoy los principales mercados CompraRed y Mer-link se han desarrollado en forma paralela y han ocupado espacios de la contratación pública.” ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y RED INTERAMERICANA DE COMPRAS GUBERNAMENTALES, “Integración del Sistema Nacional de Compras Públicas: Asistencia Técnica a Costa Rica”, Junio 2012, p.8. Tomado de: http://www.hacienda.go.cr/docs/51dc72f8b02c7_Integracion_del_Sistema_Nacional_de_Compras_Public-DGABCA.pdf

⁹Sobre el tema ha indicado la Sala Constitucional: “**I.- TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS.** En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). (...) **II.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.** (...) El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa

JINESTA LOBO en el tanto resulta indispensable frente a la rendición de cuentas a la sociedad civil¹⁰; de tal suerte que sea factible determinar por qué se optó por una determinada solución frente al objeto contractual, o bien, por qué se decidió adjudicar a un determinado oferente en detrimento de otro; sin que resulte menos relevante conocer las condiciones del contrato, el estado de la ejecución contractual y su debido cumplimiento en tiempo y de forma satisfactoria.

El acceso efectivo a los expedientes de los procedimientos de compra como garantía de transparencia, empieza por cumplir el mandato de que el expediente pueda encontrarse disponible al público, que esté completo y consten todas las actuaciones del procedimiento y que sea susceptible de ser revisado integralmente por cualquier interesado. Estas reglas son precisamente las que dispone el artículo 11 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa¹¹.

desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública." Sala Constitucional, resolución No. 2003-00136, de las quince horas con veintidós minutos del quince de enero del dos mil tres.-

¹⁰ Al respecto señala el reconocido autor nacional: "En el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho la Transparencia Administrativa es una obligación de toda Administración Pública. Tal obligación se traduce en el deber de las Administraciones Públicas de informar a los administrados de los diversos aspectos de la gestión administrativa y en los derechos correlativos de los administrados a ser informados, por parte de las Administraciones Públicas, veraz y objetivamente y a buscar información en éstas. (...) La búsqueda de Transparencia en todos los sectores y actividades obedece a la ideología de la información y la comunicación propia de la sociedad digital, por ello se habla de "sociedad de la información", "cultura informática" y "revolución informática". El enemigo de esa nueva ideología es la entropía, el hermetismo, el secreto, la opacidad, la complejidad y el caos, la forma de combatirlo es con el intercambio fluido de información vertical (hacia los administrados) y horizontal (entre los órganos y entes). El principio de Transparencia hace referencia a la obligación de las Administraciones Públicas de abrir canales permanentes y fluidos de información y comunicación con los administrados y al derecho correlativo de éstos de saber, conocer, entender y fiscalizar los pormenores de la organización y función administrativas. Este principio demanda un replanteamiento de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los administrados, sustituyendo los principios de autoridad, jerarquía, supremacía y subordinación por el de negociación o concertación de tal modo que los segundos sean vistos como socios, clientes o consumidores de las primeras. Debe reivindicarse el principio de la supremacía del individuo o la persona como eje rector del Derecho Administrativo. / La Transparencia Administrativa es un instrumento para la realización efectiva de otros principios y valores constitucionales y derechos al permitir la existencia y fortalecimiento del sistema democrático, la diversificación de los controles de la función administrativa, la participación política y administrativa directa, real y efectiva en el manejo asuntos públicos, también fortalece la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica, la eficacia de la función administrativa, los derechos a comunicar y recibir libremente información veraz y objetiva y a la formación de una opinión pública madura y crítica. / La Transparencia Administrativa tiene por objeto no solo la información contenida en archivos, registros, expedientes y documentos sino toda la relativa al entero desenvolvimiento de la actuación y gestión administrativas (función, competencias, procedimientos, esquemas organizacionales, recursos humanos, financieros y materiales)." JINESTA LOBO, ERNESTO, "Transparencia Administrativa y Derecho de Acceso a la Información Administrativa", *En Corrupción una visión desde la sociedad civil*, San José, Transparencia Internacional de Costa Rica, 2004, p2-4. Tomado de: <http://www.ernestojinesta.com/REVISTAS/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVA%20Y%20DERECHO%20DE%20ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20ADMINISTRATIVA%20-%202004.PDF>

¹¹ "Una vez tramitada la decisión inicial, se conformará un expediente por la Proveeduría como unidad encargada de su custodia. Dicho expediente deberá estar debidamente foliado y contendrá los documentos en el mismo orden en que se presentan por los oferentes o interesados, o según se produzcan por las unidades administrativas internas. Los borradores no podrán formar parte de dicho expediente."

Siendo una disposición normativa que refleja principios constitucionales de publicidad, acceso al expediente y transparencia; es claro que esas reglas deben cumplirse cuando se trata de expedientes electrónicos de los procedimientos de contratación. Esto significa que no basta con garantizar la integridad de la información, es decir, que la información sea confiable, inmodificable y se encuentre debidamente almacenada; sino que también se requiere sea susceptible de ser consultada en una forma razonable por cualquier usuario promedio al momento de ingresar a una plataforma electrónica de compras.

De una lectura de los artículos 40 de la Ley de Contratación Administrativa y 140 de su Reglamento, parece existir una mayor preocupación por la integridad del documento y las seguridades propias que deben tener estos medios en cuanto a la calidad de la información, sus emisores y respaldos, dejando de lado la necesidad de que la información también sea susceptible de encontrarse con facilidad por los usuarios bajo una diligencia media¹². Esto significa que un sistema de compras cuya información genera dificultad a los usuarios a la hora de consultarse, no atiende el mandato normativo referido, ni realiza los principios de publicidad y transparencia.

En este sentido, aunque pareciera que la regulación de medios electrónicos se encuentra en los numerales ya mencionados; no puede dejarse de lado que el artículo 11 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa regula lo concerniente al expediente de la contratación. Al respecto este último artículo dispone: *“Cuando se cuente con sistemas electrónicos implementados por la Administración que cumplan con las medidas de seguridades requeridas por la Ley de Contratación Administrativa Ley N° 7494 y sus reformas, la presente reglamentación, la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Ley N°8454 y su Reglamento, se utilizará el expediente electrónico a efecto de tenerlo a disposición de cualquier interesado en consultarlo.”* Como se puede ver, la utilización de medios electrónicos para los expedientes electrónicos debe considerar que el expediente electrónico se encuentre a disposición de cualquier interesado, lo que significa que la

¹² En un documento realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo sobre la medición de portales de compras públicas en América Latina, se indica sobre las variables de medición respecto del acceso a la información que: “Este tipo de funcionalidades tienen como propósito aumentar la transparencia del Sistema de Compras, aspecto central y que ha sido uno de los principales motivos por los cuales los países han adoptado estos sistemas. La publicación de todo el proceso de una adquisición con su documentación asociada, facilita el control no solo por las entidades especialmente responsables de ello como Contraloría, poder legislativo y otras, sino que también por el ciudadano común. Adicionalmente, se incorporaron en este grupo las funcionalidades relativas al registro, tanto de compradores como de proveedores, codificación de productos y el acceso a los reportes de desempeño del portal en forma de estadísticas de uso del sistema, ahorros, cobertura, etc. Para esta Dimensión se identificaron 10 Variables cuyos niveles de evolución se asociaron a los niveles de madurez del modelo. Son las siguientes: / - Portal de compras públicas / - Registro de Compradores / - Registro de Proveedores / - Nivel de uso real del Sistema por las entidades compradoras inscritas2. / - Motores de Búsqueda / - Soporte on line de usuarios / - Acceso on line de los proveedores a políticas y regulaciones / - Herramientas de seguimiento y gestión del desempeño / - Acceso público a las transacciones e información general. / -Codificación de productos” BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, BACKGROUND STUDY: THE STATUS OF EPROCUREMENT REFORMS IN CENTRAL AND SOUTH AMERICA: Reporte Final Resultados en la Medición de Madurez Portales de Compra de América Latina, enero 2008, p.10. Tomado de: http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Reporte_Final.pdf. Sobre el caso de Costa Rica se indicó en el documento respecto del acceso público de información general y de las transacciones que: “Se entregó la siguiente aclaración en esta parte: “En compraRED, se tiene detallada la información desde el inicio hasta el contrato; se ha desarrollado el sistema para mantener toda la información y los archivos; el expediente digital (datos generales del trámite, líneas, invitados, oferentes, documentos (carteles, aclaraciones, subsanes; datos de la ofertas y la oferta en si se hacen en línea recursos, resolución adjudicación; contrato entre otros, esto está relacionado con cada proveedor y también con la referencia de los últimos precios de compra” Dada la dificultad para acceder libremente a la información se optó por darle un nivel 3 en vez de 4 como se sugería.” (p.53).

utilización de un sistema electrónico no puede constituirse en un obstáculo para la consulta de toda la información que está contenida en el expediente electrónico.

En este sentido, el expediente electrónico de una contratación debe mantener todas las garantías que un expediente físico, como debe ser el orden y foliatura del expediente para que pueda reconocerse en forma cronológica las diversas actuaciones en el seno de la contratación. De igual forma, todos los documentos contenidos en el expediente deben ser de acceso integral y permitirse su reproducción, siempre y cuando no proceda declararlos confidenciales según la exclusión prevista en el párrafo tercero del artículo 11 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y leyes especiales¹³.

Este acceso al expediente puede tener dos posibilidades para abordarse, la primera de ellas bajo la lectura que ya hemos venido referenciando en cuanto que no se dificulte al usuario la ubicación de la información. La segunda que será referida más adelante es la interoperabilidad del sistema con las soluciones de acceso y el cumplimiento de un principio de neutralidad tecnológica.

Sobre la característica de información del expediente que sea efectivamente "accesible", se entiende que esa se encuentra debidamente sistematizada, digitalizada, digitada y disponible, pero especialmente que sea de fácil acceso para el usuario u operador del sistema; pues si los usuarios no logran ubicar la información, los sistemas no logran su cometido de transparencia y publicidad. En el estudio denominado "Sistema Nacional de Compras Públicas: evaluación técnica de dos sistemas informáticos" que realizó el reconocido consultor ROBERTO SASSO en el año 2013¹⁴, cuando se evaluó CompraRed y Merlink, dentro del análisis se incluyeron variables de robustez tecnológica y de funcionalidad (asociada a los procesos de compra), pero no se aprecia una evaluación sobre las posibilidades de ubicar la información desde una lectura del usuario promedio.

La discusión de esa accesibilidad, se vuelve indispensable en la medida que un sistema electrónico en nuestro país implica no solo contar con el acceso electrónico bajo una dirección web; sino que requiere en todo momento la ubicación de esa información clave para conocer en qué, cómo y para qué se invierten los recursos públicos. En un sentido más concreto, implica desde la óptica del usuario el acceso a los documentos se refiere a la posibilidad de

¹³ Pareciera que las plataformas electrónicas de compras también deberían permitir una declaratoria de este tipo, en la medida que existe un bien jurídico mayor como puede ser la defensa nacional, secretos comerciales o industriales, entre otros. No obstante se entiende que debe hacerse una aplicación restrictiva y desde luego se requiere una resolución razonada, que también debería estar disponible en el expediente.

¹⁴ SASSO, ROBERTO, Sistema Nacional de Compras Públicas: Evaluación técnica de dos Sistemas Informáticos, julio 2013, pp. 9-14. Tomado de: <http://www.mer-link.co.cr/atDocs/EvaluacionCompraRed-Merlink.pdf>. No obstante, en el documento se hace referencia al documento "Retos para la adopción, apropiación e implementación de un sistema de compras electrónicas en Costa Rica", INCAE Mayo, 2009; el cual sí parece realizar este análisis, pero no fue posible ubicarlo para efectos de este análisis. Al respecto indica el Dr. Sasso que: "BID/OEA ha manifestado en varias ocasiones que "entre los problemas que han caracterizado los esfuerzos realizados hasta el momento se encuentra, la ausencia de una propuesta que efectivamente pueda pasar en línea el 100% de la compra del Estado (...) los esfuerzos para mejorar el sistema han estado enfocados en aspectos técnicos o de procedimientos específicos en vez de tomar en cuenta la necesidad de crear un sistema más completo y abarcador para las adquisiciones públicas." Un estudio realizado conjuntamente por el INCAE y la Secretaría Técnica de Gobierno Digital a principios de 2008 arrojó más evidencia al respecto. Con base en datos de la Contraloría General de la República, dicho estudio estimó que en el año 2007 un pequeño grupo de 20 empresas le facturó al estado costarricense el 40% de sus compras. El estudio sugiere que esta concentración "obedece principalmente a las altas barreras de participación que representa la complejidad del sistema y lo oneroso que resulta para los oferentes potenciales"

ubicar documentos clave del procedimiento: la decisión inicial, la certificación de fondos, el cartel, la evaluación de ofertas (técnica), el acto final, los recursos y toda aquella información clave para entender y conocer por qué se procedió de una forma determinada en cualquier compra. Desde un enfoque de los actores del procedimiento, no solo se trata de la información que acredite por qué se ha tomado una decisión, sino también de que el sistema permita la inclusión de la información de una forma sencilla y segura, con el acompañamiento debido para asegurar la mayor cantidad de ofertas.

El expediente electrónico no debería ser diferente al expediente físico, en la medida que debe permitir ubicar las distintas actuaciones y realizar las transacciones de la forma más sencilla. Pareciera que en la aplicación empírica de las plataformas existentes, muchos de estos aspectos no necesariamente se cumplen, sobretodo cuando se requieren muchos pasos para lograr ubicar documentos críticos, los cuales en ciertos casos no se logran ubicar del todo. En otros casos, la forma de almacenamiento de la información implica encontrar nomenclaturas de archivos de actuaciones que no coinciden con la actuación que contienen.

Desde luego la capacitación constante y los esquemas de ayuda al usuario pueden ser alternativas complementarias, pero la información debe estar disponible con facilidad para el usuario. Una plataforma electrónica puede ser robusta y sólida, pero si no permite el acceso a la información con facilidad no realiza el cometido legal y reglamentario para el cual se habilita a la Administración a utilizar medios electrónicos. Tampoco se permite un adecuado mecanismo de rendición de cuentas, ni el cumplimiento debido de las normas legales y reglamentarias en la materia. Debe precisarse que se entiende que un expediente electrónico no debe ser necesariamente idéntico a la foliatura o secuencia de un expediente físico, pues existen limitaciones o ajustes por el uso de la propia tecnología; pero sí debe contener la información sobre las diferentes etapas de los procedimientos de compra.

Esta situación particular se puede agravar, cuando los operadores de una determinada plataforma electrónica omiten incluir los documentos al sistema respectivo¹⁵, en ocasiones por falta de diligencia o bien porque se estima que el uso de un expediente electrónico exime del deber de fundamentar las actuaciones. Es cierto que estos problemas se generan en los esquemas físicos de los expedientes administrativos de compras, pero los mecanismos tecnológicos podrían coadyuvar en que se corrijan este tipo de prácticas.

Por último y no menos importante, es el hecho de que los sistemas electrónicos no pueden permitir que existan dos expedientes administrativos, uno de carácter físico y otro electrónico. Esta circunstancia más frecuente bajo la utilización de Comprared cuyas regulaciones lo permiten, es menos frecuente bajo la plataforma de Merlink, lo cual afecta la integridad de

¹⁵ Sobre el particular en la resolución No. R-DCA-120-2014 se indicó que: "De ahí entonces, que es claro para este órgano contralor que todas las adjudicaciones corresponderían al Concejo Municipal que resulta ser el órgano competente por cuanto no existe reglamento al efecto. En este caso, se tiene que no constan en el expediente electrónico que se lleva en el Sistema Mer-Link, que se haya emitido un acto de adjudicación por parte del Concejo Municipal; por lo que resta interpretar que la referencia en el apartado de acto de adjudicación sería el único dato que se cuenta para estimar que existe un acto final. No obstante, dicho acto se ha emitido por la señora (...), quién no ostentaría la competencia legal para emitirlo. Ahora bien, conforme la tesis de este órgano contralor ya referida, resulta necesario anular el acto de adjudicación emitido por cuanto no es posible convalidarlo y no fue tomado por la instancia competente en la Municipalidad. Por las razones antes apuntadas, se declara la nulidad del acto de adjudicación dictado por (...), Secretaria del Concejo Municipal, en lugar del Concejo Municipal por medio del cual resultó adjudicataria la Constructora (...)."

la información del procedimiento. Con esta dualidad de expedientes que cuestiona SALAZAR RODRÍGUEZ¹⁶, se impide conocer con certeza si el expediente está completo en los términos del artículo 11 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, pero sobretodo reduce sensiblemente las posibilidades de conocer con exactitud en qué y cómo se invierten los recursos en la contratación administrativa.

ii. Transparencia e interoperabilidad de los sistemas existentes

Un aspecto que se encuentra ligado necesariamente a la transparencia en el acceso al expediente administrativo, es la posibilidad de que un sistema de compras electrónicos no limite a los usuarios a un tipo de tecnología para consultarlo. En este punto, el planteamiento del problema se hace más técnico que jurídico, pero desde luego tiene una dimensión jurídica en cuanto al hecho de que un sistema de compras más o menos interoperable realiza en mayor o menor grado los principios de publicidad, acceso al expediente y transparencia.

Sobre el particular, no solo debe considerarse si una plataforma es robusta o no, sino que debe tomarse en cuenta aspectos básicos como el acceso por internet y en consecuencia la

¹⁶ Sobre este tema señala Olga Salazar en un análisis amplio de los sistemas de Comprared y Merlink que: "Consecuentemente, el principio de seguridad jurídica implica una garantía para las partes del procedimiento de contratación administrativa y para la sociedad civil, por cuanto orienta a que la celebración de estos tenga lugar con apego al ordenamiento y de forma transparente y clara. / Así las cosas, del análisis del Reglamento para la Utilización del Sistema de Compras Gubernamentales CompraRed y del Reglamento para la Utilización del Sistema Electrónico de Compras Públicas Mercado en Línea "Mer-Link"; se estima que con la implementación de los procedimientos de compra a través de estas plataformas, puede verse comprometida la transparencia y claridad a la cual orienta el principio de seguridad jurídica. Lo anterior, por cuanto estas normas permiten la dualidad de expedientes para un mismo procedimiento de contratación. (...) Vistas las normas citadas, se desprende que estas habilitan la confección de un expediente físico y otro digital para un mismo procedimiento; por cuanto se dispone que a pesar de que celebre un procedimiento por un medio tradicional debe incorporarse la información a CompraRed. Lo cual, conlleva a escáner (sic) la documentación presentada en forma física, para incorporarla a la plataforma electrónica. Asimismo, se establece la posibilidad de que se presenten de forma "escrita" las ofertas, de lo cual se entiende que para un mismo procedimiento se pueden presentar ofertas tanto en forma física como electrónica; y además, se dispone la posibilidad de imprimir el expediente digital de la contratación. / Dichas situaciones pueden ocasionar incerteza jurídica, en cuanto a si los expedientes de los procedimientos de contratación contienen la totalidad de la documentación del respectivo procedimiento o si por el contrario, existe documentación en un formato diferente al tipo de expediente que se está consultando. Siendo que, un análisis parcial de la documentación generada con ocasión de determinado procedimiento de contratación podría llevar a la tomar (sic) de decisiones erradas por parte de la Administración, un estado de indefensión para los oferentes e incluso generar la toma de resoluciones erradas por el órgano contralor o el Poder Judicial. Incluso, un análisis parcial de las actuaciones desplegadas con ocasión de un procedimiento de contratación, podría afectar el respectivo control ciudadano. / Además, se tiene que el artículo 12 del Reglamento de CompraRed, establece que la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, está facultada para autorizar a las instituciones usuarias de CompraRed, para solicitar copia de las ofertas o sus anexos impresos, cuando se presenten recursos de apelación y se realice el trámite de refrendo contralor. Consecuentemente, en virtud de esta habilitación el órgano contralor realizaría los análisis correspondientes no de frente a la plica original, sino con sustento en una copia. Con lo cual, se incentiva la duplicidad de la información y se pone en riesgo la integridad de la oferta. / De igual forma, se presenta la dualidad de expedientes con la tramitación de procedimientos a través del sistema Mer-link. Lo anterior, por cuanto en el artículo 10 del Reglamento para la Utilización del Sistema Electrónico de Compras Públicas Mercado en Línea "Mer-Link"; se dispone que el expediente electrónico de las contrataciones que se realicen utilizando esta plataforma, estará conformado por todos los documentos electrónicos que se generen durante su tramitación. Sin embargo, los documentos que no estén disponibles en forma electrónica, o no cuenten con firma digital certificada, de conformidad con los términos del artículo 11 del referido cuerpo normativo, serán incluidos en formato estándar; y los originales deberán conservarse por un plazo de 10 años posteriores a la ejecución total del contrato respectivo. / Así las cosas, la regulación del sistema Mer-link de igual forma posibilita la existencia de dos expedientes para un mismo procedimiento de contratación; lo cual como se indicó genera incerteza jurídica." SALAZAR RODRÍGUEZ, OLGA, "La aplicación de los principios de publicidad, libre concurrencia y seguridad jurídica, en los sistemas de contratación administrativa electrónica, Mer-link y CompraRed", Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad La Salle, Agosto 2014, pp. 305-307.

selección del navegador. Sobre este tema, algunos operadores del sistema han cuestionado en caso de Merlink la orientación hacia un tipo de sistema operativo y navegador nativo de un software propietario¹⁷. De igual forma, se plantea una discusión interesante sobre el hecho de que la propia firma digital implique o no, una lesión a la neutralidad tecnológica ante la potencialidad de que esté condicionando al uso de un tipo de software específico¹⁸, lo cual se hace especialmente relevante si consideramos que es la base misma de parámetros de identidad e integridad de la participación en un determinado sistema bajo los enunciados de la Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos (Ley No. 8454).

Es por ello, que pareciera fundamental que las autoridades asociadas a la implementación de estos sistemas, valoren cómo solución la tecnológica que se está empleando impacta al usuario, para así garantizar un acceso efectivo al sistema y por ende al procedimiento de contratación pública. La tecnología no debe constituirse en una limitación a los principios de transparencia y publicidad, ni del libre acceso al expediente de la contratación administrativa; pues dependiendo de su uso, las tecnologías de información pueden también limitar el

¹⁷ Al respecto, señala el Ing. Óscar Retana en su blog sobre el tema: "A pesar de que esta iniciativa procura la democratización del acceso a los procesos de contratación administrativa y con ello la disminución de la dependencia del Estado de proveedores únicos para la compra de los bienes y servicios que requiere, esta plataforma obliga a todos los interesados en venderle productos o servicios al Estado a utilizar exclusivamente las herramientas *Microsoft Windows + Internet Explorer* para hacer sus ofertas. / Decenas o cientos de PyMEs costarricenses que por diversas razones utilizamos otras tecnologías -igualmente reconocidas y de amplio uso- resultamos bloqueadas de poder ofrecer nuestros productos y servicios al Estado, porque la plataforma Mer-Link no nos lo permite. O en su defecto, nos veremos obligadas a recurrir a comprar herramientas de software adicionales con el único propósito de poder ofrecer nuestros productos y servicios al Estado. Muchas empresas no utilizamos tecnologías de Microsoft, porque hemos optado para nuestros negocios aprovechar sistemas operativos libres, como las diversas distribuciones de Linux, o el sistema operativo MacOS de Apple, ambos también ampliamente utilizados en nuestro país, tanto en el entorno doméstico como en el ámbito empresarial de oferta de bienes y servicios." Tomado de: <http://www.gridshield.com/blog/item/mer-link-no-es-interoperable.html> . Estos cuestionamientos han sido también validados por las autoridades respectivas señalando: "Durante el foro posterior a la presentación, tuve la oportunidad de consultar a Gustavo Morales y Alicia Avendaño, y obtener respuesta sobre ambos problemas: / 1. Para el primero, admitieron que era una de las falencias de Mer-Link e indicaron que esperan resolverlo en 2014. / 2. Para el segundo, el Dr. Roberto Sasso, presidente del Club de Investigación Tecnológica, también cuestionó el modelo por considerarlo "arbitrario" y recomendó que cualquiera que fuese el modelo éste debía ser presentado al país de forma transparente. Los funcionarios defendieron el modelo de tarifas vigente, aunque admitieron que está basado en estudios anteriores a la directriz de usar el sistema en todo el Estado. Además indicaron que el modelo no es rígido, que están dispuestos a negociar y que están negociando con cada entidad interesada en usar el sistema." Tomado de: <http://www.gridshield.com/blog/item/mer-link-respuesta-a-mis-inquietudes.html>

¹⁸ Sobre el particular puede verse la interesante discusión en el blog del Dr. Christian Hess sobre estos temas donde explica: "Un reportaje publicado hoy por el diario La Nación denuncia que, en nuestro país, la "Firma digital solo funciona con el sistema Windows". Existe preocupación de que ello "roce con el principio de neutralidad tecnológica que apoya el Estado costarricense, el cual indica, en pocas palabras, que no se debe ni beneficiar ni perjudicar ninguna tecnología". / Ante esto, es oportuno reiterar que la firma digital es un estándar abierto internacional, tecnológicamente neutro, que por ende no está ligado a ninguna clase de plataforma comercial de *hardware* o de *software*. En Costa Rica, el Sistema Nacional de Certificación Digital -a partir del cual se define el empleo de la firma digital en nuestro medio- se construyó a partir de estándares ISO que garantizan la neutralidad tecnológica.

/ Lo que ocurre es que, para usar la firma digital con una computadora en particular, el usuario requiere el dispositivo físico (y su correspondiente *software*) apropiado para su equipo. En estos momentos y por una decisión puramente estratégica, los primeros dispositivos que se ha introducido al mercado son los que corresponden al ambiente PC y al sistema operativo Windows. Esto es razonable porque, hasta ahora -nos guste o no- esa es la plataforma más difundida en el país, de modo que es la vía obvia para tratar de hacer llegar esta nueva tecnología a la mayor cantidad de usuarios posible. Pero de ninguna manera significa que la firma digital solo funcione con Windows, como alguien podría concluir equivocadamente. De hecho, si una persona decidiera traer del exterior (o comprar por Internet) un lector apropiado para su sistema Mac o Linux, no veo ninguna razón por la cual no podría solicitar su tarjeta de certificado digital y utilizarla sin problema alguno." Tomado de: <http://hess-cr.blogspot.com/2011/02/firma-digital-viola-neutralidad.html> . En la misma publicación se pueden revisar las respuestas técnicas sobre por qué se limita o no con la opción tomada por la firma digital.

acceso a la información pública¹⁹. En este sentido, apostar por los medios electrónicos en contratación administrativa, implica garantizar que el expediente se encuentra a “disposición” de cualquier interesado para su consulta, lo que incluye no solo los contenidos sino el acceso empleando cualquier tecnología.

De igual forma, la neutralidad tecnológica como garantía de transparencia debe incorporar no solo los sistemas, sino los documentos que contiene. Al respecto, puede corroborarse que tanto Merlink como CompraRed tienen incorporados en sus expedientes, documentos en formato “pdf”, pero también documentos formato de procesador de texto de Microsoft Office; esto pese a que en el caso de Merlink incluso se contempla un formulario electrónico para muchas de las actuaciones administrativas. De esa forma, la utilización de formatos abiertos es otro aspecto que deben garantizar los expedientes electrónicos de contratación administrativa, para que no existan limitaciones en el estudio de la información para usuarios, proveedores y sociedad en general.

En la práctica se ha podido corroborar que se utilizan archivos en formato “pdf” en ambos sistemas que ordinariamente se encuentran firmados digitalmente, pero ocasionalmente es factible encontrar documentos que no cuentan con una firma digital o que constituyen actuaciones en documentos digitalizados²⁰ cuyo valor jurídico es muy dudoso.

b. El régimen recursivo bajo los esquemas electrónicos

El procedimiento de contratación cuenta con muchas fases, de ahí entonces que, un sistema de compras electrónicas debería reflejar cada una de ellas, como es el caso de la etapa de planificación y requisitos previos, selección y adjudicación, impugnación y ejecución contractual. Como se ha indicado, es posible implementar mejoras en el acceso a la información, pero también es cierto que la fase previa a la adjudicación ya se encuentra incorporada al sistema electrónico, mientras que el monitoreo de la ejecución se convierte en un reto interesante, así como lo concierne a la etapa de impugnación.

En materia recursiva aún quedan temas pendientes en cuanto al control jerárquico impropio que ejerce la Contraloría General de la República, el cual no puede negarse que resulta clave para un sistema electrónico que haga una lectura integral del procedimiento.

¹⁹ Al respecto, señala el reconocido jurista que: “En la moderna sociedad de la información, los medios tecnológicos en general y la Internet en particular se convierten en vehículos por excelencia para potenciar exponencialmente el acceso a la información pública. Esto supone, desde luego, que desde los propios círculos del poder exista la disciplina incondicionada de poner esa información a disposición de todos por medio de la red, práctica que constituye un pilar del concepto de **gobierno digital**. [5] / Para que un acceso como el que venimos considerando sea posible, es necesario respetar ciertos principios rectores, entre los cuales se encuentran los de *transparencia, autodeterminación informativa y accesibilidad*. [6] / Pero, además, es indispensable que no existan injustificadas barreras tecnológico-jurídicas a la posibilidad de acceder a los datos y documentos públicos. Es decir, se debe respetar la **neutralidad tecnológica**, en virtud de la cual los gobiernos deben garantizar que la creación y conservación de los datos y documentos de interés público se realicen de modo tal que no privilegie a ningún tipo de tecnología en particular. Por ende, existirá una barrera tecnológico-jurídica y, con ello, una infracción a la neutralidad tecnológica, cuando, para lograr el acceso deseado, el ciudadano interesado deba contar necesaria, pero injustificadamente [7], con una determinada plataforma tecnológica de *hardware* y/o de *software*, o bien con otras condiciones técnicas asociadas (tales como un cierto ancho de banda). / En nuestro país, la Sala Constitucional ha sido absolutamente clara en cuanto a que tales determinaciones constituyen un quebranto injustificado del derecho fundamental de acceso a la información pública.” Tomado de: <http://hess-cr.blogspot.com/2007/07/por-la-neutralidad-tecnologica-y-el.html>

²⁰ Escaneados.

No hay duda de que el desarrollo integral y transparente de un sistema de compras implica también la inclusión de los mecanismos de impugnación y su procedimiento hasta la resolución final. La objeción al cartel y lo que sobre ella se resuelva es clave en la definición de las reglas del concurso, por lo que también resulta muy relevante que se conozca qué aspectos fueron discutidos sobre las cláusulas cartelarias que luego se aplicarán en la fase de selección y adjudicación, de ahí que interesa la mayor divulgación y acceso a esa información mediante esquemas electrónicos. De igual forma, los cuestionamientos del acto final, sus incidencias, tramitación y resolución final deben estar disponibles no solo para los oferentes participantes, sino también para todos aquellos interesados en reconocer las actuaciones de la instancia que impugna, sus razonamientos y trámites frente a los alegatos de las partes en la fase recursiva.

Ciertamente, la Contraloría General en aplicación de las regulaciones sobre medios electrónicos y de los principios en materia recursiva, ha realizado mayoritariamente una lectura *pro actione*, lo cual resulta natural en una instancia que no solo imparte justicia administrativa, sino que entiende la oportunidad del ejercicio oportuno del control bajo la figura de la jerarquía impropia. En esa línea, por ejemplo, en relación con los recursos digitalizados interpuestos por medios electrónicos como el correo institucional pero sin firma digital que les brinde validez, los ha venido asimilando a los presentados por fax según la normativa²¹. Sin embargo, la posibilidad de impugnar por medio de los sistemas electrónicos debe implementarse cuando el país haya tomado una decisión clara no solo de cuál plataforma va mantener, sino cuando se garantice totalmente la seguridad necesaria para la tramitación de los procesos del órgano contralor y la interoperabilidad suficiente para que no existan inconvenientes en el registro de información y su consulta.

De ahí entonces que, no resulta casualidad que tanto en la normativa de Merlink²², como de Comprared²³; se contempla que no es factible la impugnación por medio estos sistemas

²¹ En ese sentido puede verse la resolución No. R-DCA-409-2014 que sobre el tema indicó: “De esa forma, una firma escaneada o en este caso un simple documento escaneado tampoco brinda seguridad sobre la identidad del emisor, del receptor, la hora, la fecha y el contenido del mensaje (artículo 140 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa); de ahí entonces que no solo no se reconoce validez de un documento digitalizado, sino que tampoco cumple con los elementos mínimos que se han dispuesto para la utilización de medios electrónicos en contratación administrativa. No obstante, en aplicación del principio de *in dubio pro actione*, este órgano contralor estima que el documento digitalizado no es otra cosa que una representación electrónica del documento impreso que es factible de almacenar electrónicamente, con lo cual el documento digitalizado presentado por la objetante se asemeja a la interposición de los recursos por medio de fax, reconociendo desde luego la diferencia en los medios electrónicos utilizados, la cual se imprime en papel en el fax de recibido. En ese sentido, no se puede desconocer el dinamismo y la evolución de la tecnología, así como su impacto en las diferentes actividades humanas, con lo que si en la práctica un fax viene a ser una representación impresa de un documento electrónicamente transmitido y el recurso es una representación electrónica transmitida por el correo electrónico; no encuentra esta Contraloría General obstáculo para darle el mismo tratamiento que la normativa prevé para el caso de los recursos interpuestos vía fax.” En un sentido similar puede verse la resolución R-DCA-434-2014.

²² El Transitorio III del Decreto Ejecutivo No. N° 36242-MP-PLAN señala que: “TRANSITORIO III.-Las solicitudes de autorización, los recursos, el refrendo y las notificaciones que le corresponda tramitar a la Contraloría General de la República se gestionarán en documentos físicos hasta que se implementen los servicios web para que Mer-link y los sistemas del órgano contralor interactúen entre sí; no obstante, la Contraloría consultará los expedientes electrónicos por medio de Mer-link; de igual modo, los proveedores registrados presentarán sus gestiones ante el órgano contralor mediante Mer-link.”

²³ Al respecto, se indica en el Transitorio I del Decreto Ejecutivo No. N° 39065-H que: “Transitorio I.-Las solicitudes de autorización, los recursos, el refrendo y las notificaciones que le corresponda tramitar a la Contraloría General de la República se gestionarán en documentos físicos hasta que se implementen los servicios web para que CompraRed y los sistemas del Órgano Contralor interactúen entre sí, sin perjuicio de los avances que se puedan ir realizando de forma coordinada por parte de ambas instancias; no obstante, la Contraloría podrá consultar los expedientes

hasta tanto no se haya dispuesto las seguridades necesarias que permitan reflejar todas las etapas del procedimiento de impugnación. No obstante, no deja de ser complejo para los oferentes el que todos los aspectos del procedimiento sean de carácter electrónico, mientras la fase recursiva continúa bajo un esquema físico. Es por ello que, también en ocasiones se desconoce la regulación en forma integral y se interponen los recursos mediante el sistema y no ante la Contraloría General, lo que ha implicado su rechazo de plano²⁴.

electrónicos por medio de "CompraRed". Anteriormente, el Decreto Ejecutivo No. 32717 señalaba: "Artículo 21.— **Recursos administrativos.** Los recursos administrativos que los interesados legitimados decidan instaurar contra actos emitidos dentro de los procedimientos de contratación administrativa, tramitados a través de CompraRED, deberán ser planteados de forma escrita ante las instancias correspondientes, y se tramitarán y resolverán por igual vía, observando siempre los procedimientos y plazos legalmente establecidos en la Ley de Contratación Administrativa. Lo anterior no exime a la Administración de registrar la información que CompraRED requiere. / En caso de que la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa y/o la Contraloría General de la República autorice la remisión y resolución de los recursos por CompraRED; el aviso se publicará en el Diario Oficial La Gaceta con un mes de anticipación a la implementación de la disposición."

²⁴ En la resolución R-DCA-301-2014 se indicó que: "Entre los recursos presentados a esta Contraloría General, que fueron debidamente incorporados al expediente de apelación levantado al efecto, no se encuentra recurso alguno presentado por la señora Ulloa Solano. Los recursos que sí fueron presentados, fueron atendidos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa y 182 de su Reglamento, normas que resultan de aplicación tratándose de gestiones en materia de contratación administrativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 de la misma Ley y 1 de su Reglamento. La Licitación Pública 2013LN-000001-0005800001 promovida por el INVU, se publicó en el Sistema Electrónico de Compras Públicas Mercado en Línea "Mer-Link", en adelante Sistema Mer-Link, constando su expediente en el mismo Sistema, tal y como se referencia en el Hecho Probado No. 1 de la misma resolución, todo lo cual es también reconocido por Ulloa Solano en su escrito. En relación con dicho Sistema, se tiene que en La Gaceta No. 221 del 15 de noviembre de 2010, se publicó el Decreto Ejecutivo No. 36242, vigente desde ese mismo día, que corresponde al Reglamento para la Utilización del Sistema Electrónico de Compras Públicas Mercado en Línea "Mer-Link", cuyo objeto - conforme a lo dictado en su artículo primero - es regular el uso del Sistema Electrónico de Compras Públicas "Mer-link", así como lo relacionado con el uso del Registro único de proveedores y del Catálogo de bienes y servicios. Dicho Reglamento en su artículo segundo establece que el mismo será de acatamiento obligatorio para los proveedores registrados y las instituciones usuarias que facultativamente decidan utilizar Mer-link, los cuales previamente hayan suscrito el respectivo contrato de prestación de servicios y aceptado las Políticas de uso del Sistema, según corresponda, así como para cualquier otro usuario del Sistema, y de forma expresa señala: "*La aplicación de este Reglamento no exime a la institución usuaria de cumplir también las responsabilidades y los procedimientos dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento o en la normativa especial que regule la materia de compras de cada institución usuaria; por lo tanto, este Reglamento debe interpretarse de forma integrada con las demás normas que regulan la contratación administrativa. De manera que todo aquello que no se encuentre regulado expresamente en el presente Reglamento se regirá por el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y la normativa especial aplicable a la institución usuaria.*" Lo estipulado en el presente Reglamento prevalecerá sobre otras normas de igual o menor rango que regulen el uso de medios electrónicos; por lo tanto, las instituciones usuarias deberán velar por que su normativa interna sea acorde con lo dispuesto en el presente Reglamento". (El subrayado no corresponde al original). Ahora bien, en el Transitorio III del Reglamento para la Utilización del Sistema Electrónico de Compras Públicas Mercado en Línea "Mer-Link", se establece lo siguiente: "*Las solicitudes de autorización, los recursos, el refrendo y las notificaciones que le corresponda tramitar a la Contraloría General de la República se gestionarán en documentos físicos hasta que se implementen los servicios web para que Mer-link y los sistemas del órgano contralor interactúen entre sí; no obstante, la Contraloría consultará los expedientes electrónicos por medio de Mer-link; de igual modo, los proveedores registrados presentarán sus gestiones ante el órgano contralor mediante Mer-link.*" (El subrayado no corresponde al original). Conforme al alcance del Reglamento precitado, dicho Transitorio resulta de acatamiento obligatorio para los proveedores registrados y las instituciones usuarias que facultativamente decidan utilizar Mer-link, lo cual ocurre en este caso tratándose de la señora Ulloa Solano. La norma referida es clara en establecer cómo, en el caso de gestiones que deban ser resueltas por este órgano contralor, entre las que se encuentra precisamente la impugnación del acto de adjudicación de la Licitación Pública 2013LN-000001-0005800001, deben ser estas presentadas en físico (sic) para su conocimiento y atención, al no estar aún implementados los servicios web para que Mer-link y los sistemas de esta Contraloría General interactúen entre sí. Es importante destacar que la última parte del Transitorio no puede leerse de manera aislada al resto, de forma tal que en los supuestos escritos en la norma, se debe presentar el documento por escrito ante esta autoridad, pudiendo esta última consultar el expediente respectivo en el Sistema y sin perjuicio que el proveedor presente su gestión también en el Sistema, claro está, en tanto cumpla primero con el deber de la presentación física del documento, a fin de acatar lo señalado por el Transitorio y consecuentemente constar el registro de la fecha y hora en que su gestión fue presentada ante el órgano contralor. La lectura anterior es conteste con lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 36242, cuando indica que "(...) se tramitarán en Mer-link los recursos de

Esta interpretación de la Contraloría General reconoce la importancia de la implementación de los sistemas, pero también de una aplicación paulatina en el tanto se permita garantizar no solo la seguridad sobre la identidad del emisor, del receptor, la hora, la fecha y el contenido del mensaje (artículo 140 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa); sino también la versatilidad suficiente para que durante la tramitación de los recursos, pueda reflejarse todas aquellas actuaciones necesarias para el dictado de la resolución final.

Pese a que se comparte esta lectura prudente sobre la fase de impugnación y otros controles bajo competencia del órgano contralor²⁵, pareciera que una tarea indispensable es la posibilidad de incorporar en una primera etapa la impugnación dentro de los sistemas electrónicos de compras, preferiblemente ahora que el Ministerio de Hacienda se ha decantado por una solución unificada bajo el Sistema Integrado de Compras Públicas²⁶. Desde luego esto implicará la coordinación oportuna de los diferentes actores involucrados, pero fundamentalmente exige una mayor toma de decisiones y menos limitaciones para la mejor garantía de la sociedad civil.

c. Transparencia y pluralidad de sistemas electrónicos

La existencia de múltiples sistemas de compras y la resistencia histórica a que se unifiquen, no solo implica una reducción de las economías de escala y una afectación al ahorro potencial que se estima cercano a un 1% del PIB del país²⁷; sino que representa una cantidad de

objección al cartel, de revocatoria y otros contra el acto de adjudicación, cuya resolución sea competencia de la institución usuaria, así como la aprobación interna”, supuesto que como ya se señaló no corresponde en el caso de la Licitación Pública 2013LN-000001-0005800001; advirtiendo además que en este momento, al no estar implementados los servicios web para que Mer-link y los sistemas de esta Contraloría General interactúen entre sí, y consecuentemente ser de aplicación el Transitorio 111 referido, no resulta de aplicación el artículo 68 del Reglamento citado. En el caso de cita, la señora Ulloa Solano no acató lo señalado por el Transitorio III del Decreto Ejecutivo No. 36242, normativa a la cual estaba sujeta en el momento en el que participó en la Licitación Pública 2013LN-000001-0005800001, tramitada por medio del Sistema Mer Link, siendo que su recurso se presentó en dicho Sistema (ver hecho probado 1), sin que se haya acreditado que él mismo se haya presentado de manera física ante esta Contraloría General. Así al no tenerse como un hecho probado el cumplimiento de la disposición del Transitorio III ya mencionado, sea la presentación física del recurso ante este órgano contralor, el conocimiento del mismo deviene en imposible, pues el escrito como tal fue inexistente, contrario a lo que ocurrió con cada uno de los recursos que sí fueron presentados ante esta Contraloría General y que fueron conocidos en una etapa de admisibilidad previa, lo cual originó la Resolución R-DCA-218-2014, respecto a la cual Ulloa Solano no aparece como apelante. A partir de lo anterior, siendo que la señora Ulloa Solano no presentó su gestión recursiva como correspondía, no ha existido lesión alguna a derecho fundamental que este órgano deba reconocer.”

²⁵ Se ha referido únicamente la fase de impugnación, pero desde luego están otros controles como la autorización de contratación directa o el propio refrendo. En el caso de este último, habrá también que esperar el dimensionamiento que se está haciendo sobre la figura misma y revisar cómo se puede insertar en la dinámica de las plataformas electrónicas.

²⁶ Mediante el Decreto Ejecutivo No. 38830-H-MICITT, se crea el Sistema Integrado de Compras Públicas como plataforma tecnológica de uso obligatorio de la Administración Central para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa.

²⁷ Sobre el particular se refiere que el ahorro podría ser de hasta un 2% del PIB. RED DE GOBIERNO ELECTÓNICO DE AMÉRICA LATINA Y CARIBE, Compras electrónicas ahorrarían \$300 millones anuales al Estado, 29 de agosto de 2007. Tomado de: <http://www.redgealc.net/compras-electronicas-ahorrarian-300-millones-anuales-al-estado/contenido/4263/pt/>. Sobre los ahorros que pueden generar los medios electrónicos se indica en el Manual de contratación pública electrónica para América Latina de la CEPAL que: “Reducir esos costos del proceso de contratación y bajar el precio de los bienes y servicios adquiridos es una meta común a todos los países y varios de ellos lo están lográndolo a través de distintas modificaciones a sus esquemas de adquisiciones que apuntan a mejorar la fase de selección del proveedor y simplificar las tareas asociadas a los procedimientos: Corea logró ahorrar 2.5 billones de dólares al crear un sistema de contratación pública electrónica que le costó 26 millones; el Reino Unido ahorró 3 billones de libras esterlinas (3.6% de ahorro) al implementar mejores prácticas en procesos de contratación complejos, y el sector salud de Guatemala logró ahorrar 43% en el año 1999 al cambiar las exigencias de especificaciones técnicas en la adquisición de medicamentos.” CEPAL, EUROPEAID, *Manual de contratación*

opciones diferentes para quienes tienen interés en presentar ofertas al Estado bajo la lógica constitucional del principio de libre competencia y libertad de empresa. Así entonces, representa reglas diferentes para presentar ofertas, para registrar garantías, para adjuntar literatura técnica y para todo lo concerniente para la participación debida. Por otro lado, significa pasos y esquemas distintos para cada ciudadano interesado en conocer en qué se invierten los fondos públicos y en consecuencia una barrera para la transparencia indispensable sobre los procedimientos de compra pública.

Ciertamente con la creación del Sistema Integrado de Compras Públicas como plataforma tecnológica de uso obligatorio de la Administración Central para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa mediante el Decreto Ejecutivo No.38830-H-MICITT, el Poder Ejecutivo tomó la decisión de optar por un único sistema de compras electrónicas, lo cual ya se había intentado mediante el Decreto Ejecutivo No. 37943-H-MICITT de 17 de setiembre del 2013 que creaba el Sistema Unificado Electrónico de Compras Públicas como plataforma tecnológica de uso de la Administración Central para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa.

Esta decisión resulta fundamental para cumplir la finalidad que se persigue con un modelo de compras electrónica; sin embargo, carece de la vinculación necesaria para obligar a todo el Sector Público a comprar mediante esa nueva plataforma. En ese sentido, puede verse fácilmente que el artículo 2 del Decreto señala que es una plataforma tecnológica de uso obligatorio de toda la Administración Central, para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa y para los actos y contratos que de ellos se deriven; mientras que los entes y órganos institucionales del Sector Público restantes que deseen implementarlo, podrán utilizar este sistema como plataforma tecnológica de base para apoyar sus procesos de compras.

Esta imposibilidad resulta de orden estructural no solo por las competencias que tiene el Poder Ejecutivo únicamente sobre la Administración Central, sino en la medida que las regulaciones podrían chocar en muchos casos con las autonomías constitucionales que tienen las instituciones descentralizadas competenciales como es el caso de grandes compradores como el Instituto Costarricense de Electricidad y la Caja Costarricense del Seguro Social, así como la descentralización territorial que ostentan las ochenta y un municipalidades del país.

Dejando de lado el peso porcentual que cada uno de estos actores pueda tener en el monto total de las compras públicas²⁸, lo cierto es que interesa fundamentalmente optar por un

pública electrónica para América Latina: Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad, Abril, 2007, p.6

²⁸ Sobre el peso porcentual de algunas instituciones y entidades en el mercado de compras públicas se ha señalado en un informe del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo que: "1 A lo largo de 2006, el Gobierno de Costa Rica gastó un total de unos 4.086 millones de dólares en la compra de bienes, servicios e infraestructura, lo que representó el 35 por ciento del total del presupuesto de compras del sector público (Gráfico 6.2), pese a que el Gobierno Central sólo representó el 3,7 por ciento de este monto. Las entidades descentralizadas y las empresas públicas fueron responsables por la mayor parte de las compras. Toda estrategia para mejorar las compras deberá por lo tanto contar con el respaldo de las autoridades de estas entidades. (...)Las compras públicas se concentran en unas pocas entidades estatales. Apenas cuatro instituciones representan 80 por ciento de los gastos en adquisiciones, con RECOPE como principal comprador con mucho, seguido por la compañía de electricidad, la agencia de seguridad social y la compañía de seguro público (Gráfico 6.4). La participación de estas instituciones es crucial para el éxito de una estrategia de compras que busque reducir costos sin sacrificar calidad." BANCO

esquema que permita integrar la totalidad de las compras en un sistema único. De ahí que, la alternativa de regular el tema mediante ley podría tomar fuerza, sin embargo, los tiempos legislativos no permiten visualizar esa opción a corto plazo.

Sobre la posibilidad de regular este tema legalmente, interesa destacar el proyecto de ley denominado "Transparencia de las contrataciones Administrativas por medio de la reforma del artículo 40 de la Ley No. 7494, Contratación Administrativa, de 2 de mayo de 1995 y sus reformas" que se promueve bajo el expediente legislativo No. 19123 como una iniciativa del Diputado Ottón Solís Fallas. El proyecto de ley dispone que toda la actividad de contratación regulada por la Ley de Contratación Administrativa, así como aquella que se regule bajo cualquier régimen especial, deberá realizarse por medio del Sistema Digital Unificado de Compras Públicas, el cual es único y centralizado, bajo la administración del Poder Ejecutivo por medio de la instancia encargada del desarrollo de Gobierno Digital. Sobre este proyecto se ha pronunciado también la Contraloría General señalando que comparte la iniciativa de una propuesta de un sistema único²⁹, lo cual ha manifestado también desde la fiscalización posterior en varios informes, advirtiendo del impacto que tiene la pluralidad de sistemas en la sana inversión de los fondos públicos.

La tendencia a la unificación tiene sentido no solo en el contexto de la inversión de los fondos públicos y la transparencia que se ha venido exponiendo, sino en el reconocimiento de obligaciones derivadas de instrumentos comerciales como podría ser el caso del artículo 212.2 del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea (AACUE) respecto de la publicación de la información sobre contrataciones en un punto de acceso único regional³⁰. Lo anterior considerando que para lograr un punto en común, debería lograrse el acuerdo nacional suficiente para que exista un punto único en el país. Es cierto que en otras latitudes como en la Unión Europea se encuentra vigente la discusión sobre la interoperabilidad de sistemas de compras entre sus miembros³¹ y manteniendo la coexistencia de varios de

MUNDIAL, BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, "Costa Rica: Informe sobre el Gasto Público Hacia una mayor eficiencia en el gasto", 2009, pp.160-161. Tomado de: http://siteresources.worldbank.org/INTCOSTARICAINSPANISH/Resources/CR_PER_Final_Espanol.pdf

²⁹ Sobre el tema indicó el órgano contralor que: "Como puede verse, efectivamente es importante considerar la relevancia de que se tome la decisión por unificar el sistema de compras electrónicas, pero es importante que los señores legisladores valoren la redacción propuesta en la norma, en el sentido de que no se asimile medio electrónico únicamente con sistemas o plataformas de compras. / Ahora bien, si la intención de los señores legisladores con la reforma propuesta es regular que toda la actividad de contratación administrativa desplegada por la Administración Pública pueda promoverse por medio de una plataforma electrónica de compras, esta Contraloría General comparte la iniciativa propuesta y para ello considera necesario insistir en la necesidad de contar con un sistema unificado de compras para el Estado, que garantice la transparencia y la publicidad de las compras públicas. / Desde luego, la definición de cuál es el actor que debe atender la plataforma única, entendemos que se trata de aspectos de discrecionalidad legislativa, o bien, que el propio Poder Ejecutivo podría regular vía decreto como se ha venido haciendo. No obstante, sí estima este órgano contralor que la decisión debe ampararse a estudios y valoraciones de pertinencia de plataformas, de sus costos de operación y mantenimiento, así como de las seguridades y mecanismos tecnológicos aplicables conforme la normativa vigente, como es el caso de la Ley de Certificados, Firma Digital y Documentos Electrónicos." Oficio No. 13975 del 10 de diciembre de 2014.

³⁰ Al respecto indica la norma en cuestión: "2. La Parte CA hará todos los esfuerzos razonables para desarrollar un punto único de acceso regional. La Parte UE proporcionará asistencia técnica y financiera para desarrollar, establecer y mantener dicho punto único de acceso. Esta cooperación se aborda en el título VI (Desarrollo económico y comercial) de la parte III del presente Acuerdo. La implementación de la presente disposición está sujeta a la materialización de la iniciativa sobre asistencia técnica y financiera para el desarrollo, establecimiento y mantenimiento de un punto único de acceso a nivel centroamericano."

³¹ **Sobre este tema señala Manuel Caño que:** "Pero, entonces ¿es necesaria la interoperabilidad en la contratación? / Sin interoperabilidad no hay mercado ni competencia posible, y por tanto no hay mejora. **No hay muchos proveedores de soluciones (públicas o privadas) que aludan a que sus sistemas son interoperables, o**

ellos, pero pareciera que es entendible cuando se trata de la realidad de varios países, pero no como ocurre en Costa Rica cuando en un mismo país se mantiene la discusión por la prevalencia de varios sistemas,

Desde esa óptica, se hace necesario que se mantenga firme la decisión acordada por el Poder Ejecutivo sobre el sistema de compras. Es por ello que, es cuestionable la emisión reciente del Decreto Ejecutivo No. 39065-H (publicado en La Gaceta No. 162 del 20 de agosto de 2015), mediante el cual se emitió el "Reglamento para la utilización del Sistema de Compras Gubernamentales Comprared". Dicha norma, innecesariamente vino a regular la existencia del sistema Comprared mientras se logra la migración e implementación al Sistema Integrado de Compras Públicas. Lo anterior, por cuanto el Transitorio II del Decreto No. 38830-H-MICITT ya había dispuesto que el sistema de compras gubernamentales "CompraRed" se mantendría vigente hasta el treinta y uno de diciembre del año 2016, mientras que paulatinamente la Administración Central iniciaría la migración de todos sus procesos de compras hacia el SICOP según las disposiciones que emitiría el Ministerio de Hacienda para que al 31 de diciembre de 2015 se debía encontrar finalizada la implementación del SICOP (artículo 6 del mismo Decreto). De igual forma, el Transitorio II del decreto de SICOP dispuso que aquellas otras instituciones autónomas y entes adscritos que voluntariamente utilizan "Mer-link", y de igual forma las que utilizan voluntariamente la

están en vías de serlo. No hay mucha demanda de interoperabilidad en los concursos. Pero, en mi opinión, si no se trabaja la interoperabilidad ninguno de los objetivos de la contratación pública será posible: / Construir un mercado único de contratación pública paneuropea. Este mercado solo puede construirse en formato electrónico y sin la interoperabilidad necesaria el formato electrónico no ofrece productividad, transparencia, ni prácticamente ningún beneficio en este ámbito. / Mejorar la eficacia y la eficiencia de los recursos materiales (presupuesto, tiempo, gestión...) y de los profesionales (rigor, calidad, resultados) que se dedican en el servicio de contratación. Si el formato electrónico imprescindible carece de interoperabilidad, los profesionales de este servicio estarán continuamente dedicando su tiempo y esfuerzo a convertir formatos, o a trabajar en mercados reducidos y sin competencia. (Si no existiera, por ejemplo, el formato PDF/A, o el formato ODF –estándar- accesible y legible por todos los sistemas de información, ¿Cómo se podrían publicar los pliegos de prescripciones técnicas?, Si no existiera internet – paradigma de interoperabilidad- ¿Cómo podríamos estar haciendo la transformación a la economía del conocimiento?). Interoperabilidad a través de estándares. No hay otra opción. En contratación pública electrónica también. / Pero además, me gustaría resaltar otros aspectos: / • Sin interoperabilidad no hay competencia entre los distintos proveedores de soluciones o sistemas de información de contratación pública (sean estos públicos o privados) y sin competencia no hay evolución ni mejora posible en estos sistemas. Y estos sistemas necesitan mejorar rápido y sobre todo barato. Para los proveedores de soluciones o productos de contratación pública la interoperabilidad deberían de ser como los impuestos, a nadie le gusta pagarlos, pero todos quieren los beneficios que los impuestos nos dan, en este caso un mercado muy grande. / • Sin interoperabilidad los proveedores no tienen un mercado único, tienen mercados segmentados tecnológicamente, que solo serán accesibles para aquellos proveedores muy grandes que puedan emplear recursos en entender múltiples sistemas de contratación, o muy locales, que estarán condenadas a seguir siendo locales ante la imposibilidad de acceso a otros mercados. / • La interoperabilidad es importante en todas las fases de la contratación, y más ahora que la directiva de contratación también se centra en la fase de ejecución. Pero es absolutamente imprescindible en la fase de relación con el mercado: publicación, licitación, contratación, facturación. / ¿Quién debería exigir la interoperabilidad? / Los ciudadanos. Estamos hablando de un servicio que gestiona el 20 % del PIB europeo. El sector público se gasta el dinero de los impuestos en condiciones claramente mejorables, o al menos, con un amplio margen de mejora. (He oído en una charla reciente –es un dato que no he podido verificar aún- que se calcula que la corrupción introduce un 10 % de sobreprecio en la contratación pública y la gestión de administración y empresas otro 10 % adicional, este último no se contabiliza como volumen de contratación porque son gastos de gestión). Pero los ciudadanos no saben de esto, o no son conscientes, y por tanto los que deberían exigir la interoperabilidad son los representantes de los ciudadanos. Lo contrario de la interoperabilidad es el clientelismo, la falta de transparencia y competencia, y las fronteras." CAÑO, MANUEL, "¿Por qué la interoperabilidad es necesaria en la contratación pública electrónica?", Blog Contratación Pública Electrónica, 25 de setiembre de 2014. Tomado de: <http://www.contratacion-publica-electronica.es/por-que-la-interoperabilidad-es-necesaria-en-la-contratacion-publica-electronica/>

plataforma "CompraRed" podrán seguir utilizando esas plataformas, y en el caso de quienes utilicen CompraRed, lo podrán seguir haciendo hasta culminen todos los procesos de contratación administrativa iniciados en esa plataforma.

Como se desprende de lo expuesto, el hecho de que ya se hubiese regulado la vigencia de Comprared mientras se logra la implementación del SICOP, no requería de la emisión de un nuevo decreto. El Decreto Ejecutivo No. 39065-H regula no solo el carácter obligatorio de Comprared (artículo 5), sino planes de mejoramiento continuo de un sistema que se supone estaría destinado a desaparecer en diciembre de 2015 (artículo 46). Adicionalmente, el artículo 50 del Decreto señala que a partir de la publicación, toda otra disposición reglamentaria conexas o de inferior rango que haga referencia a Sistema Unificado Electrónico de Compras Públicas, deberá leerse como Sistema de Compras Gubernamentales "CompraRed". Todo ello, no podría tener mucho sentido cuando se trata de un sistema destinado a desaparecer para dar lugar el SICOP.

Lo más complejo de esta emisión recurrente de regulaciones, es que existe una serie contradicción entre la referencia que se hace en el Considerando IV a la fase de transición e implementación del Sistema Integrado de Compras Públicas, pero posteriormente mediante normas transitorias del mismo decreto se indica *"Las instituciones de la Administración Central que hayan iniciado procesos de contratación administrativa con anterioridad a la publicación del presente Decreto, en la plataforma tecnológica base del Sistema Unificado Electrónico de Compras Públicas, creado mediante el Decreto N° 37943-H-MICITT, deberán finalizarlos en esa plataforma."* (Transitorio II); con lo cual necesariamente debe plantearse la discusión sobre la eventual **desaparición del SICOP, de forma que la migración deberá operar a favor de CompraRed.**

Llama también la atención que en el Transitorio I se refiere a la necesidad de que se coordine con la Contraloría General la implementación de los servicios web para que Comprared y los sistemas del órgano contralor, interactúen entre sí, sin perjuicio de los avances que se puedan ir realizando de forma coordinada por parte de ambas instancias. Esta norma transitoria también plantea la duda indispensable, sobre qué debe coordinarse con CompraRed y si la implementación de módulos sobre los procesos de contratación de la Contraloría General ya no debería iniciarse hacia el SICOP.

Este tipo de reformas contradictorias, necesariamente implican discusiones sobre si lo actuado bajo el Decreto Ejecutivo No. 38830-H-MICITT carece de validez y sobre el sentido de la migración de la información que se está haciendo en la actualidad. Ya con anterioridad se han generado problemas de validez de las actuaciones de las compras realizadas por el Ministerio de Hacienda bajo el sistema Comprared³², por lo que debe cuestionarse entonces

³² En relación con la derogatoria de normas reglamentarias y el impacto de eventuales nulidades de los procedimientos promovidos por en CompraRed con la emisión del decreto ejecutivo para el sistema unificado bajo la Administración Chinchilla Miranda, se generó una discusión de la falta de fundamento normativo para promover procedimientos de contratación bajo ese sistema. Finalmente, la Contraloría General se terminó decantando por una lectura a favor del principio de eficiencia y la conservación de los actos, indicando en la resolución No. R-DCA-487-2014 que: "Pese a lo anterior, sí debe llamar la atención este órgano contralor, en punto al hecho que la emisión del Decreto Ejecutivo N°37943 de repetida cita, obedeció a una decisión gubernamental la cual se mantiene a la fecha, de forma tal que no obstante la emisión de la citada Circular, así como de unos lineamientos en sentido similar publicados durante el presente año, la Administración no debe desconocer la existencia de una norma de rango superior –en este caso un Decreto Ejecutivo-, que estableció reglas precisas para llevar a cabo la migración a la nueva plataforma, de manera

si existe otro interés adicional en regular en forma tan detallada la existencia de un sistema destinado a desaparecer y la inclusión de normas contradictorias con sus considerandos³³. Sin afán de tomar posición por un tema de extraordinaria polémica social y las motivaciones detrás de estos sistemas³⁴, debe cuestionarse la emisión del nuevo decreto en la medida que genera distorsiones innecesarias en la toma de una decisión hacia la existencia de un sistema único que no es otro que el SICOP.

A los efectos de la discusión sobre la transparencia en las compras públicas electrónicas, es necesario reiterar la necesidad de meditar la búsqueda por un sistema único que cuente con la vinculación necesaria para obligar a utilizarlo a todo el Sector Público; logrando la transparencia necesaria en la inversión de los recursos públicos mediante mecanismos más garantistas y accesibles, para todos los actores de los procedimientos de contratación y la sociedad civil.

III. Conclusiones

El principio de transparencia se realiza de mejor forma mediante el uso de los medios electrónicos en la contratación administrativa, no solo porque facilita la participación y con ello mayores interesados en los resultados, sino porque garantiza también el acceso a la información de una mejor forma que el expediente físico del procedimiento. También es reconocido que el uso de las tecnologías de información significa una reducción de gastos tanto en la operativo-práctico como en lo sustantivo, respecto de la mayor competencia y las economías de escala que puede representar.

tal que debe tenerse claro que no le corresponde a ella la determinación de cuando aplicar una norma integrante del bloque de legalidad, especialmente cuando ha sido dictada por ella misma, por lo que más allá de la dimensión que bajo su responsabilidad ha efectuado el órgano rector en torno a la vigencia del Sistema Comprared, tome especial consideración ese órgano en punto a la responsabilidad que le puede generar, la desaplicación de una norma integrante del ordenamiento jurídico.”

³³ Sobre los cuestionamientos a seguir un sistema unificado bajo el decreto emitido en la Administración Chinchilla Miranda, señaló la Contraloría General de la República que: “ 2.27. Sin embargo, a pesar del mandato legal que la LAFRPP da al Ministerio de Hacienda y a la DGABCA de ejercer tales rectorías, advierte esta Contraloría que no se evidencia una voluntad manifiesta de éstos para realizar acciones más firmes para la consumación de la implementación del SUECP. / 2.28. Es un hecho contundente que mientras esté en funcionamiento CompraRED, no habrá una necesidad real de las administraciones activas obligadas a migrar. La Dirección debe ser consciente de que su rol de rector, le conmina a ejecutar la normativa y apoyar decididamente todo esfuerzo para el uso del SUECP. Percibe esta Contraloría un apego con CompraRED que hace gravoso el proceso de transición. La finalidad de la Dirección no debe ser patrocinar el uso de CompraRED sino aplicar la normativa vigente, de la cual ella es la responsable de su ejecución y debe facilitar la migración. / 2.29. En ese sentido, si bien el Transitorio III del Decreto N° 37943 (ver 2.4) y la Circular N° DGABCA-130-2013 (ver 1.28) establecen una transición progresiva y gradual, acorde con la validación técnica y legal de CompraRED al nuevo Sistema (por ejemplo los aspectos técnicos relacionados con la migración de los Convenios y Contratos Marco y la interfaz con SIGAF), no puede pasar desapercibida la intención manifiesta del Ministro de Hacienda de revisar el antedicho decreto, hecho público ampliamente divulgado por la prensa nacional a partir del cambio de Gobierno en mayo.” CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, INFORME Nro. DFOE-SAF-IF-16-2014, 16 de enero de 2015, p. 19. Tomado de: http://www.asamblea.go.cr/Informes_de_la_Contraloria/Informes%202015/a-%20informes_enero_2015/DFOE-SAF-IF-16-2014.pdf

³⁴ Al respecto puede verse; CASAS, KEVIN, Una tragedia elocuente, la nación, 22 de noviembre de 2014, http://www.nacion.com/opinion/foros/tragedia-elocuente_0_1452854704.html. La nación: Técnicos de Hacienda obstruyen unión de sistemas de compras públicas, http://www.nacion.com/data/Mandos-Hacienda-unificar-compras-publicas_0_1448655183.html. El financiero: El eterno pulso por la compra estatal, http://www.elfinancierocr.com/tecnologia/compras_publicas-racsa-merlink-comprared-ministerio_de_hacienda-ministerio_de_ciencia-tecnologia_y_telecomunicaciones-micitt-Hacienda-ICE_0_666533370.html

No obstante, si los sistemas electrónicos utilizados en los procedimientos de contratación no permiten un acceso sencillo, no se garantiza la finalidad que persiguen y se convierten en fines en sí mismos, en el tanto son depósitos de información que no puede ser finalmente consultada. De igual forma, si las tecnologías son propietarias e impiden que pueda visualizarse las consultas o formularios de ingreso, no solo se pone en peligro la libre concurrencia de oferentes, sino la transparencia en el acceso a la información.

El país ha dado pasos hacia la ruta de consolidar la información en un sistema único de compras electrónicas, esto representa no solo posibilidades de ahorro, orden bajo el mismo esquema para todas las instituciones, sino un punto de partida para construir estrategias para asegurar el mayor éxito en el abordaje de las compras públicas del gobierno electrónico. Dejar de apuntar en muchas direcciones para tomar un único camino como país, se convierte en la mejor decisión para construir un sistema transparente de compras electrónicas.

El rol de la Contraloría General de la República ante la declaratoria de confidencialidad de la información de empresas públicas en competencia

Sumario

I. Resumen. Introducción. III. La transparencia de los actos administrativos como principio base del Estado Democrático de Derecho. IV Límites a la publicidad y acceso a la información en la Administración Pública. V. Marco jurídico aplicable a las empresas públicas en competencia A. Sector de Seguros B. Sector de Telecomunicaciones C. Sector Bancario VI Rol de la Contraloría General de la República en la fiscalización de empresas públicas en competencia. D. La garantía de acceso a la información pública del órgano contralor E. El acceso a la información del órgano contralor en empresas en competencia. Conclusiones. Bibliografía.

Jennifer Isabel Arroyo Chacón¹
José Francisco Monge Fonseca²

¹ Abogada, Contadora Pública Autorizada C.P.A, Auditora y Administradora Pública, actualmente doctoranda en Ciencias de la Administración de la Universidad Estatal a Distancia (UNED), Master en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica (UCR), posee un Diplôme d' supérieures spécialisées en Administration Publique de la Universidad de Quebec, Canadá y un Diplomado en Derecho Internacional de la Universidad de Heidelberg y la Universidad para la Paz. Incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, al Colegio de Contadores Públicos y al Instituto de Auditores Internos de Costa Rica, certificada en Normas Internacionales de Auditoría (NIAS). Docente universitaria y autora de diversas publicaciones en revistas nacionales y extranjeras. Actualmente se desempeña como Fiscalizadora en el Área de Fiscalización de Servicios Económicos de la Contraloría General de la República. jennifer.arroyo@cgr.go.cr

² Abogado. Licenciado en Derecho de la UCR incorporado al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, actualmente doctorando en Derecho Constitucional de la Universidad Escuela Libre de Derecho, ha cursado diversos estudios en el sector de telecomunicaciones, a nivel nacional e internacional. Actualmente se desempeña como Fiscalizador en el Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura de la Contraloría General de la República. jose.francisco.monge@cgr.go.cr

Resumen

El presente documento deja, sobre la mesa de discusión, el nuevo paradigma al que nos enfrentamos por tener empresas públicas que, por su naturaleza, se encuentran sujetas a los principios de publicidad y transparencia, pero que por encontrarse bajo un régimen de competencia se exceptúa de este deber en los supuestos de: salvaguardar la confidencialidad de la información de los clientes que este en su poder y en aquellas materias que se consideran secreto industrial, comercial o económico, cuando por razones estratégicas o de competencia no sea conveniente su divulgación a terceros.

Se desarrolla como eje temático la transparencia de los actos administrativos como principio base del Estado Democrático de Derecho en confrontación con los límites a la publicidad y acceso a la información en la Administración Pública, seguidamente se detalla el marco jurídico aplicable a las empresas públicas en competencia desglosándolo en los sectores: seguros, telecomunicaciones y sector bancario.

Finalmente, se analiza el rol de la Contraloría General de la República en la fiscalización de empresas públicas en competencia partiendo de la garantía de acceso a la información pública que posee el órgano contralor y el tratamiento que le ha dado a la información que ha recibido de las empresas en competencia producto de sus procesos de fiscalización.

Introducción

La Administración Pública como organización social que procura la concreción de los intereses colectivos está sujeta a los de transparencia y publicidad, por lo tanto, debe divulgar su información y propiciar la participación ciudadana en la formulación de políticas públicas y actuaciones del Estado.

Ahora bien, la incursión de la Administración Pública en actividades comerciales e industriales, que se encuentran bajo una condición de mercado competitivo, ha impulsado la generación de normas legales que fomentan una participación estatal en condiciones semejantes a las que poseen los sujetos de Derecho Privado. De tal manera, se ha determinado, por el propio legislador, una excepción al principio de acceso a la información que comprende a las entidades públicas en competencia, brindándoseles a éstas la potestad de declarar -bajo parámetros previamente definidos- ciertos datos y procedimientos como confidenciales.

Dicha declaratoria extrae esos datos del conocimiento general; sin embargo, por los principios constitucionales de responsabilidad y de rendición de cuentas por parte de entidades estatales, éstos no están exentos del escrutinio que órganos fiscalizadores realizan, siendo esta participación la que precisamente debe dar seguridad a los ciudadanos que, a pesar de no conocer de primera mano la información, ésta es revisada por órganos que garantizaran su legalidad y la coherencia de la disposición de recursos y acciones conforme al interés público a cumplir por parte de la Administración Pública.

El presente artículo pretende -sin agotar la vasta esfera que supone el tema-, analizar la vigencia del principio de transparencia en empresas públicas en competencia a las cuales

precisamente -por su nuevo marco de desempeño-, se les ha dotado la potestad de declarar como confidencial cierta información, que en condiciones normales y a partir de su condición de institución pública sería de pleno interés general. Esta pretensión se estudiara en particular desde las competencias de la Contraloría General de la República, órgano instaurado constitucionalmente como fiscalizador de la Hacienda Pública, que ante el entorno competitivo de ciertas entidades públicas, la legislación costarricense le ha asignado la tarea de verificar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos, permitiendo a partir del ejercicio de tal función, el acceso delegado por el ciudadano al órgano contralor la valoración que se tiene del quehacer administrativo de dichas entidades.

I. La transparencia de los actos administrativos como principio base del Estado Democrático de Derecho

La concepción actual de “Estado Democrático de Derecho” contempla al ciudadano no como simple receptor de políticas y normas realizadas por una minoría posicionada en altos cargos públicos, sino que le otorga una participación activa en el quehacer administrativo.

La Constitución Política, en su artículo noveno, define el sistema democrático que prevalece en nuestro país, como una forma de gobierno “*popular, representativo, participativo, alternativo y responsable.*” *Esta postura aboga por la presencia de un actuar transparente por parte de la Administración que se traduce en su deber de rendir cuentas a favor de los administrados acerca de los diversos aspectos de su gestión y procurar la participación activa de éstos en la ejecución de sus cometidos institucionales.*

La obligación a la Transparencia Administrativa no tiene un contenido homogéneo, unívoco, ya que este instituto jurídico -tal y como lo señala el tratadista Dr. Ernesto Jinesta- agrupa una serie de mecanismos e instrumentos para concretarla con el propósito de evidenciar la actividad que realiza o deja de hacer el poder administrativo. En ese sentido, identificamos que la transparencia está ligada ineludiblemente a la rendición de cuentas exigida constitucionalmente en el numeral 11, segundo párrafo en cuanto postula: “*La Administración Pública, en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes...*” (Asamblea Legislativa, 2009)

Bajo esta razón, se requiere formal y materialmente que la Administración se sujete en su totalidad, a prácticas de transparencia, referidas a la generación clara de sus políticas, sus objetivos, la forma en que desempeña sus funciones, además de dar publicidad a los procesos de toma de decisiones; permitiendo así un amplio acceso del público a la información sobre la actuación administrativa.

El principio de Transparencia hace referencia a la obligación de los entes públicos de establecer canales permanentes y fluidos de información y comunicación con los administrados, lo que a su vez supone un derecho correlativo de éstos de solicitar y fiscalizar todos los detalles de la organización administrativa, replanteándose a partir de este paradigma las relaciones entre la autoridad pública (representada en sus instituciones) y los administrados, sustituyendo

los principios de autoridad, jerarquía, supremacía y subordinación por el de negociación o concertación.

Inherente a este principio de transparencia: la publicidad de la información administrativa se convierte en una garantía para el ciudadano de acceder al quehacer institucional público. En este sentido, debemos tener presente dos artículos fundamentales en la ejecución de esta garantía, el artículo 27 Constitucional que garantiza el derecho de petición, ya sea individual o colectivamente ante cualquier funcionario público y obtener de él pronta resolución, así como el artículo 30 de nuestra Carta Magna, que brinda la posibilidad efectiva de tener libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

El respeto del derecho fundamental a la información estatal cumple, bajo el principio de publicidad, la función de acercar al ciudadano los procedimientos y hechos necesarios que le permiten ejercer otros derechos fundamentales, por lo que debe tomarse en cuenta que la Administración incurre en faltas a su obligación cuando decide no informar sobre su actividad instrumental o sustantiva, o cuando la información sea distorsionada o bien, incomprensible, inaccesible o inoportuna. Una información con esas características podría revelar la falta de integridad en la gestión administrativa o bien, incapacidad de decisión.

Se tiene entonces que la información que conste en instituciones estatales es pública, en tanto no esté protegida por la reserva establecida en el artículo 24 constitucional o se trate de un secreto de Estado. El derecho fundamental que así se consagra tiene como objeto el derecho de información y, por ende, de comunicación de todo aquel asunto que sea de interés público. Es, entonces, comprensivo de todo documento público o de cualquier información que conste en las oficinas públicas, a condición de que en su divulgación haya un interés público.

Cuando la información sea de interés público y quede incorporada en un documento, que pueda considerarse de carácter público, cualquier persona tendrá acceso a esa información y, por ende, al documento que la contenga. Para lo cual deberá considerarse como documento "todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo" (artículo 368 del Código Procesal Civil).

Bajo este supuesto, la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función Pública, N° 8422, en su artículo séptimo garantiza al interesado el libre acceso a la información de interés público relacionada al ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información necesaria para asegurar la efectividad de la presente Ley, en relación con hechos y conductas de los funcionarios públicos.

De tal manera, debemos colegir que tanto la transparencia como la publicidad refuerzan la eficacia y eficiencia de las políticas públicas, porque se conocen las metas y los medios con que se cuenta, ergo, se posibilita el control público sobre su cumplimiento efectivo y los costos en que se incurre. Y es que la transparencia permite la realización de otro de los objetivos del Estado democrático: acercar al administrado al manejo de la administración pública.

II. Límites a la publicidad y acceso a la información en la Administración Pública

El derecho de acceso a la información pública pertenece a los derechos civiles y políticos, vinculados estrechamente a las garantías individuales que tomaron forma con las revoluciones de Francia y Estados Unidos, en un primer momento.

Ahora bien, ha de considerarse que todo derecho conlleva límites propios y limitaciones impuestas por la ley. La justificación de la potestad del legislador para establecer estos límites parte de la premisa que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que admiten restricciones, pues a partir de su reconocimiento e incorporación en un ordenamiento jurídico, coexisten con otros derechos o bienes constitucionales, por lo que pueden presentarse situaciones que impliquen la necesidad de proteger estos derechos o bienes frente a un determinado ejercicio de la libertad de acceso.

La Sala Constitucional mediante el Voto N° 2120-03, ha destacado dos elementos esenciales que fundamentan los límites del derecho de acceso de información. *"1) El fin del derecho es la "información sobre asuntos de interés público", de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse "Quedan a salvo los secretos de Estado".*

El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley, conforme lo indica el artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública; sin embargo, tal y como lo destaca la propia Sala Constitucional en el Voto recién citado, "persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas", lo que provoca una grave incertidumbre y ha propiciado que sea el Poder Ejecutivo el que califique por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de Estado.

El secreto de Estado en nuestro país se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa³. Pese a ello, así como cualquier otro límite a la garantía de acceso a la información de la Administración Pública, y en sí al principio de transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión, éste debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva.

El Magistrado Constitucional, Dr. Ernesto Jinesta Lobo, señala que existe una lucha dialéctica entre la luz y la oscuridad administrativas, entre el poder visible e invisible. Las estructuras burocráticas, cerradas y autoritarias de las Administraciones Públicas se han escudado en ella para ejercer sus competencias, cuando es lo cierto que el secreto debe ser la excepción y la Transparencia Administrativa la regla en un régimen democrático. Sin embargo, señala que

³ En este sentido pueden apreciarse entre otras normas: La Ley General de Policía N° 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado -artículo 16-; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil -artículo 303.

la prevalencia del principio del secreto de Estado ha sido producto de una errónea interpretación de algunos principios de la organización y función administrativas tales como la eficacia, la eficiencia, la celeridad, continuidad y regularidad, con lo que se ha creado una pseudo-obligación de las Administraciones Públicas de mantener y guardar secreto como si se tratara de un mal necesario bajo el argumento “falaz del entorpecimiento de la actuación administrativa” (Jinesta Lobo, 2003).

En esta línea ha de tenerse claro que la existencia de la figura no está en discusión, más si, su aplicación, ya que en circunstancias excepcionales y debidamente calificadas es indispensable para tutelar intereses y bienes constitucionalmente relevantes, como en asuntos de defensa y seguridad nacionales, relaciones internacionales, represión y averiguación de delitos.

De tal manera, si bien es cierto que la Transparencia Administrativa debe ser la regla a reivindicar para el logro efectivo de una democracia administrativa, el secreto –entendido correctamente-, tutela información administrativa que podemos definir de sensible para el propio orden, más esto no puede comprender un extremo fácil para que la Administración restrinja información de orden público que no se contemple en aquellos receptáculos que a nuestra manera de ver ha dado casi que taxativamente la Sala Constitucional.

De igual forma, diversa información privada del administrado puede ser accedida por la Administración en los supuestos que constitucionalmente decreta como posibles, esta información es también calificada confidencial, en el entendido que la Administración puede recabar la información para el cumplimiento de sus fines, pero al ser concerniente a su ámbito privado recibe protección en ese sentido y no puede ser transferida a terceros sin el consentimiento del derecho habiente o en los supuestos que el propio ordenamiento lo establece para satisfacer un interés público. La Administración se comporta como garante de la información del Administrado y por ello ha de resguardarla del conocimiento general sin razón legítima para ello.

Igual ocurre con la información tributaria y comercial de las empresas privadas que está en poder del Estado. La Sentencia N° 2517-2003, dictada por la Sala Constitucional se refiere a este punto: “...diferente es el caso de que la recurrente pretenda obtener información sobre el expediente del negocio ... en relación con aspectos de carácter tributario o confidencial respecto de los cuales no es posible que la Municipalidad de ..., otorgue acceso irrestricto a esa documentación a cualquier persona que así lo solicite; (...) debe la Municipalidad de San José permitirle a la recurrente el acceso al expediente administrativo del negocio “...” en todo lo relacionado con aspectos de carácter público que ahí se contengan y reservar del conocimiento de la recurrente, la información que sea de carácter tributario y confidencial.”

Asimismo, se ha creado un marco legal de protección para la información confidencial de carácter empresarial. A partir del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) se establece dicha protección de la información secreta, es decir, que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información. Que tenga un valor comercial, precisamente por ser secreta y que sea objeto de medidas razonables, por su titular, para mantener la información secreta.

La determinación de información bajo carácter confidencial permite a una empresa obtener ventaja competitiva respecto a sus competidores, dado que la divulgación de su conocimiento puede derivar en el aumento de su valor, ante dicha realidad, la tutela de la información confidencial se ha tratado como un tema de especial relevancia.

De acuerdo con el criterio emitido por la Procuraduría General de la República mediante oficio N° OJ.62-2009, del 21 de julio de 2009, las empresas son titulares de distintos secretos, "algunos técnicos, como la descripción detallada de un método de fabricación; otros son de índole comercial, como una lista de nombres y direcciones de clientes que podría interesar a un competidor. Algunos secretos son extremadamente valiosos, por ejemplo, la fórmula para la fabricación de algún producto específico como puede ser una bebida, por ejemplo. Otros más sencillos, pueden consistir en una sola palabra, como el nombre de una empresa que se prevé adquirir, otros más complejos, como los detalles de una nueva campaña publicitaria. El elemento común es que todos ellos pueden ser protegidos".

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con la Ley N° 7675 denominada Ley de Información No Divulgada cuyo objetivo es proteger la información no divulgada relacionada con los secretos comerciales e industriales. En su numeral esta Ley detalla su ámbito de protección, el cual se refiere a los requisitos para considerar este tipo de protección, siempre y cuando dicha información se ajuste a lo siguiente:

- Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.
- Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta.
- Tenga un valor comercial por su carácter de secreta. La información no divulgada se refiere, en especial, a la naturaleza, las características o finalidades de los productos y los métodos o procesos de producción. Para los efectos del primer párrafo del presente artículo, se definirán como formas contrarias a los usos comerciales honestos, entre otras, las prácticas de incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros que hayan sabido que la adquisición implicaba tales prácticas o que, por negligencia grave, no lo hayan sabido. La información que se considere como no divulgada deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfílm, películas u otros elementos similares. (Asamblea Legislativa, 2000)

Como se aprecia, esta Ley está dirigida a proteger toda la información que esté relacionada con secretos comerciales o industriales y de actividades que se desarrollen en un mercado competitivo dado que protege a la empresa de sus competidores. Siendo una manifestación del legislador tendiente a tutelar la transferencia y divulgación no autorizada de datos de carácter confidencial, de "una persona física o jurídica", lo que permite discutir si a partir de esta norma se puede proteger la información que genere una entidad pública. En este

sentido, se entendería conforme esta última tesis siempre y cuando se trate de una empresa pública, por cuanto, la información protegida se refiere a actividad comercial e industrial y en la medida en que ésta participe de un mercado competitivo dado que en estos supuestos la empresa pública -al igual que un empresario privado- tiene interés de que la información legítimamente bajo su control no sea divulgada, adquirida o utilizada sin su consentimiento por terceros, de manera contraria a los usos comerciales leales.

La Procuraduría General de la República en su dictamen C-019-2010 se refirió a las características que debe tener la información para que pueda ser considerada como secreta y de valor comercial al afirmar:

Confidencialidad que se identifica con información secreta y de valor comercial. Es pues el secreto comercial. Un secreto que se ha considerado como parte de la propiedad intelectual. Así, en el Common Law se le considera un tipo de propiedad intelectual de la misma forma que los derechos de autor y las patentes. Se trata de una propiedad intelectual con ciertas particularidades. Por un lado, esta información no necesita ser dada a conocer al público, su protección no está limitada en el tiempo, y no requiere de inscripción formal para ser protegida. Por otro lado, presenta riesgos: la divulgación del secreto pone fin a la protección. Si llega a ser conocida por los competidores, se pierde la ventaja para el poseedor y el secreto pierde valor (www.lecourslessard.com/Secretos-comerciales-en-el-derecho-de-propiedad-intelectual-de-Canada.html) (revisado el 14 de enero de 2010). De allí que se haya considerado que la protección requiere que:

- La información sólo debe ser conocida por empleados seleccionados de la empresa.
- La información sólo sea conocida por un grupo limitado de personas fuera de la empresa.
- La empresa debe tomar medidas para proteger el secreto.
- La información debe tener un valor no solo para la empresa sino también para sus competidores;
- El desarrollo de la información debe haber requerido esfuerzos y gastos financieros significativos.
- La información debe ser difícil de adquirir para un tercero.

Las medidas que la empresa toma para proteger la información tienen consecuencias patrimoniales: sencillamente la información es parte del patrimonio de la empresa y como tal tiene un valor patrimonial. (C-019-2014, 2014)

Se tiene entonces que no toda información puede ser considerada como secreto comercial o industrial para que bajo ese argumento se revista de confidencialidad, se trata de datos específicos que cumplan con los requerimientos necesarios para ser catalogados como tales. La confidencialidad de la información justifica que su suministro a otra persona requiere autorización del titular de la misma, sin la cual no puede ser divulgada o transmitida a terceros. De no ocurrir así, el hecho podrá acarrear responsabilidad para quien la divulgue sin autorización.

III. Marco jurídico aplicable a las empresas públicas en competencia

La apertura de mercados que anteriormente eran monopolio del Estado implicó un cambio de paradigma en el tema de acceso a la información pública, pues inicialmente cuando la actividad estaba en manos del Estado se partía de la premisa de acceso a la información pública; no obstante, las nuevas condiciones de mercado demandan que las empresas públicas requieran salvaguardar información importante para competir frente a la empresa privada que no está obligada a dar su información estratégica, pero en justo equilibrio con los principios de transparencia y publicidad.

a. Sector de Seguros

La apertura del mercado de seguros requirió la aprobación de la Ley N° 8653 denominada Ley Reguladora del Mercado de Seguros que reformó de forma integral la Ley N° 12 denominada Ley del Instituto Nacional de Seguros donde se trató el tema de la confidencialidad de la información.

El artículo 6 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros detalla la confidencialidad de la información del asegurado que por la naturaleza del contrato de seguro debe brindarle al Instituto cuando dice: "La información de carácter confidencial que el consumidor brinde a la entidad aseguradora, al intermediario o al proveedor de servicios auxiliares, en relación con un contrato de seguros, deberá tratarse como tal. El uso no autorizado de la información, que provoque algún daño o perjuicio al consumidor, deberá ser resarcido por el responsable, sin perjuicio de cualquier otra acción legal que corresponda". Esta confidencialidad ha sido ampliamente desarrollada por la Sala Constitucional y existe consenso en el resguardo de la misma, aspecto mencionado en el acápite anterior de este texto.

Ahora bien, interesan de manera particular para el propósito de este documento los párrafos segundo y tercero del artículo 12 de la Ley del Instituto Nacional de Seguros reformado por la Ley N° 8653 que establecen la confidencialidad de la información propia del INS, textualmente dice:

Artículo 12.- Manejo de información confidencial

La información que obtenga el INS de sus asegurados o potenciales asegurados, en virtud de un contrato de seguros, su ejecución o sus tratativas, es de carácter confidencial y solo podrá ser utilizada para los fines del negocio. Su conocimiento por parte de terceros queda restringido, salvo cuando así lo solicite una autoridad legalmente competente, que justifique su necesidad y por los medios respectivos. También, es confidencial la información, relacionada con cualquiera de las actividades del INS, calificada por este como secreto industrial, comercial o económico, cuando por motivos estratégicos, comerciales y de competencia no resulte conveniente su divulgación a terceros. Este tipo de información solo *deberá ser divulgada cuando lo considere conveniente la administración, o cuando alguna autoridad legalmente competente así lo solicite.*

Toda la información que se genere a partir de las tratativas, los contratos y la ejecución de contratos de seguros ofrecidos por el INS, es propiedad de este último. Los funcionarios del INS o cualquier tercero que tenga acceso a esta, deberán observar lo dispuesto en este artículo; además, deberán contar con autorización expresa del INS para divulgar esa información o darle un uso distinto al autorizado por el INS. (Asamblea Legislativa, 2008)

La normativa anterior establece el resguardo de la información del Instituto cuando: se califique como secreto industrial, comercial o económico, y cuando por, motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros; generando una restricción al acceso de información pública.

Lo anterior concuerda con la Ley de Información No divulgada sobre el secreto industrial o comercial, por lo que esta información debería cumplir con las características enlistadas cuando se analizó esta ley.

La Sala Constitucional se refirió en la resolución N° 12879-2012 del 14 de setiembre del 2012 al secreto comercial, industrial o económico en la determinación de tarifas de seguros del INS, estableciendo que no se lesionaron los derechos de los interesados al denegar el acceso de esta información por considerarse una excepción al derecho constitucional de Transparencia y Publicidad dada la relevancia que posee esta materia para el buen desempeño empresarial del INS.

(...) conforme a la situación jurídica actual del INS, empresa estatal que fue insertada a la competencia en sus actividades, resulta claro que deba proteger cierta información empresarial, pues no conviene su divulgación a terceros por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, conforme al mencionado artículo 12. (...) la supervisión de que las tarifas de un seguro se ajusten a la ciencia y a la técnica, lo realiza el Estado por medio de la Superintendencia citada (artículo 25 inciso k) de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros). De lo anterior, resulta claro que lo requerido es información cubierta por el secreto comercial, industrial o económico del cual, como reiteradamente lo ha señalado este Tribunal, es un límite intrínseco al derecho de acceso a la información del artículo 30 Constitucional. (Véase la sentencia No. 2010-013750 de las 10:30 hrs del 20 de agosto del 2010). Así, dado que la denegatoria objetada estuvo debidamente fundamentada en el contexto de un mercado abierto de seguros, no se comprueba violación alguna al derecho fundamental citado (...) (Voto N°12879-2010,)

Dada la complejidad para determinar qué es una información con carácter de secreto comercial, industrial o económico resulta necesario estudiar cada caso en particular y definir si realmente se ajusta a esos supuestos; no obstante, de manera categórica se puede afirmar que no toda información del INS es susceptible de ser calificada como secreto ,pues ello se convertiría en un mecanismo para eludir los deberes públicos inherentes a su condición de institución pública –aun cuando se encuentre en régimen de competencia no pierde su naturaleza de entidad pública-, por lo que la determinación de la información secreta debe

realizarse bajo un análisis exhaustivo y riguroso y siguiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

b. Sector de Telecomunicaciones

A partir de la apertura del mercado de Telecomunicaciones con la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 se abrió la posibilidad para que sujetos de derecho privado funcionen como operadores y proveedores de estos servicios, considerados de interés general. En paralelo a dicha emisión se dictó la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones N° 8660, la cual procura precisamente actualizar la normativa de las instituciones públicas participantes en dichas actividades, con el fin de otorgarles competencias similares a las de los competidores privados y que la normativa no se constituyera en una limitante para la libre competencia de las entidades estatales en el mercado de las telecomunicaciones.

Con la apertura del mercado de telecomunicaciones, el legislador introdujo a favor de las entidades que conforman el Grupo ICE (ICE, Radiográfica Costarricense S.A, RACSA, Cablevisión –que fue adquirida por el ICE-) una serie de medidas compensatorias para evitar que la apertura del mercado les causare serios perjuicios o desventajas por su condición y naturaleza pública, frente a los competidores que asumen formas de organización colectiva del Derecho privado más flexibles. Así, bajo la necesidad de que pudieran competir con entidades que no están sujetas a condiciones como las derivadas de los principios de publicidad y de transparencia, las entidades del Grupo ICE fueron dotadas por el legislador con la potestad de declarar parte de su información como secreto y así mantenerla confidencial al escrutinio público, bajo los parámetros establecidos en el artículo 35 de la Ley N° 8660 denominada Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, que al efecto estipula:

*La información que el ICE y sus empresas obtengan de sus usuarios y clientes, será de carácter confidencial y solo podrá ser utilizada y compartida entre el ICE y sus empresas, para los fines del negocio. Su conocimiento por parte de terceros queda restringido, salvo cuando así lo solicite una autoridad legalmente competente, justificando su necesidad y por los medios respectivos. / **Es confidencial la información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico, cuando, por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros.** –negrita añadida- (Asamblea Legislativa , 2008, pág. Artículo 35)*

Acerca del alcance del parámetro normativo expuesto, la Sala Constitucional, mediante el Voto N° 13750-2010, dictado a las diez horas y cincuenta y tres minutos del veinte de agosto del dos mil diez, ha extraído tres corolarios básicos, siendo el primero de ellos que:

El derecho de acceso a la información administrativa del ICE y sus empresas se ve enervado cuando se trate del acceso a información confidencial. Segundo corolario, la norma contiene dos tipos de información confidencial, por un lado, aquella información que el ICE y sus empresas obtengan de sus usuarios y

clientes; y por otro lado, aquella información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico. Tercer corolario, es al propio ICE y sus empresas a quienes corresponde valorar si cierta información debe ser calificada como secreto industrial, comercial o económico.

La calificación que hacen las propias entidades de una determinada información debe pasar, – según plantea la propia Sala Constitucional en esa resolución–, por los principios de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso particular.

Otro lineamiento concluyente dictado por el máximo interprete constitucional es que la información confidencial del ICE, es únicamente aquella respecto de los segmentos de su actividad que han sido abiertos al libre mercado. En reiteradas sentencias, entre las cuales se citan los Votos N° 6123-2011 de las nueve horas del 13 de mayo de 2011, N° 11871-2012 de las dieciséis horas un minutos de 28 de agosto de 2012 y N° 6552-2014 de las nueve horas del 16 de mayo de 2014, se acentúa una distinción y límite de la información que pueden las entidades del Grupo ICE declarar como confidenciales, delimitándola a aquel contenido correspondiente a datos del mercado de telecomunicación, como el caso de “telefonía móvil o celular, la transmisión de datos y el servicio de internet, siendo inconducente y jurídicamente inválido que se pretenda extender, por analogía, a otros renglones de actividad que no están plenamente abiertos al libre mercado”. A partir de esta consideración se da que información atinente a la actividad del sector eléctrico que derive del ICE y de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz no puede ser limitada al conocimiento y escrutinio de la población en general.

c. Sector Bancario

De los sectores estudiados en este documento, el primero en el cual se rompió el monopolio estatal y se permitió la competencia con entidades privadas fue el sector bancario; al cual tradicionalmente se ha aplicado como un límite para el acceso a la información el denominado “secreto bancario”.

El numeral 615 del Código de Comercio tipifica esta garantía de confidencialidad de la información del cliente bancario cuando dice: “Las cuentas corrientes bancarias son inviolables y los bancos solo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización escrita del dueño, o por orden de autoridad judicial competente. Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Superintendencia General de Entidades Financieras, o la Dirección General de Tributación autorizada al efecto”.

Desde el año 1992 la Sala Constitucional ha señalado la obligación que posee toda entidad bancaria, incluida la banca estatal, de salvaguardar la confidencialidad obtenida de sus clientes producto de su actividad, criterio que se ha reiterado hasta la fecha. Al respecto el Voto N° 578-1992 dice:

En general toda la actividad bancaria que involucre contratos, solicitudes y cualquier otro tipo de relación con particulares -como clientes-, está, por su naturaleza, amparada al secreto bancario.- Las operaciones que efectúan los

particulares con los bancos -como sujetos de derecho privado- constituyen tanto en su obtención como en la forma y el modo de su constitución y servicio, documentos privados que están amparados a la protección que establece el artículo 24 Constitucional -salvo que por su naturaleza deban constar en documentos públicos o en registros, también públicos, de los cuales, y sin intervención del banco, se podría obtener la información que ellos contengan-, así que el banco no puede suministrarla sino en los casos y en la forma que aquel artículo prevé para ello. (Sala Constitucional, 1992)

El secreto bancario se refiere a la confidencialidad que debe guardar el banco estatal sobre la información de los particulares que posee bajo su custodia, siendo un supuesto similar al artículo 6 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros y el párrafo primero del artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones; en el entendido de que no se trata de información institucional, sino más bien de información personal de los clientes del banco, de particulares cuyo deber de salvaguarda recae en toda institución pública que la posea.

Por otra parte, el banco público, como entidad en régimen de competencia con la banca privada, posee información que ameritaría la declaratoria de confidencialidad por considerarse estratégica para su giro comercial; no obstante, a diferencia del sector de telecomunicaciones y seguros, se carece de una norma expresa que le permita declarar información como secreto comercial, industrial o económico.

Ante este vacío normativo este sector ha invocado la aplicación de la Ley de Información No divulgada explicada líneas atrás y que podría aplicarse a aquellas empresas públicas que se encuentren en régimen de competencia, pero únicamente para la información que cumpla con las cualidades propias de secreto comercial, industrial o económico.

A manera de síntesis, se puede señalar como elementos coincidentes en los sectores de seguros, telecomunicaciones y bancarios lo siguiente: todos poseen la obligación de salvaguardar la información confidencial de sus clientes que obtienen en virtud de su giro comercial; dado su carácter de empresa en competencia podrían declarar confidencial información institucional y crear una excepción al suministro de información pública, cuando ésta se considere necesaria para el giro comercial, encuadrándola dentro de los supuestos para ser declarada secreto comercial, industrial o económico.

De tal manera que podríamos decir que las condiciones para que una información se considere secreto comercial, industrial o económico, plasmadas en la Ley de Información No divulgada es aplicable a los tres sectores públicos en competencia estudiados en este texto.

Gráficamente el marco normativo al cual nos referimos en este documento se representa de esta manera:

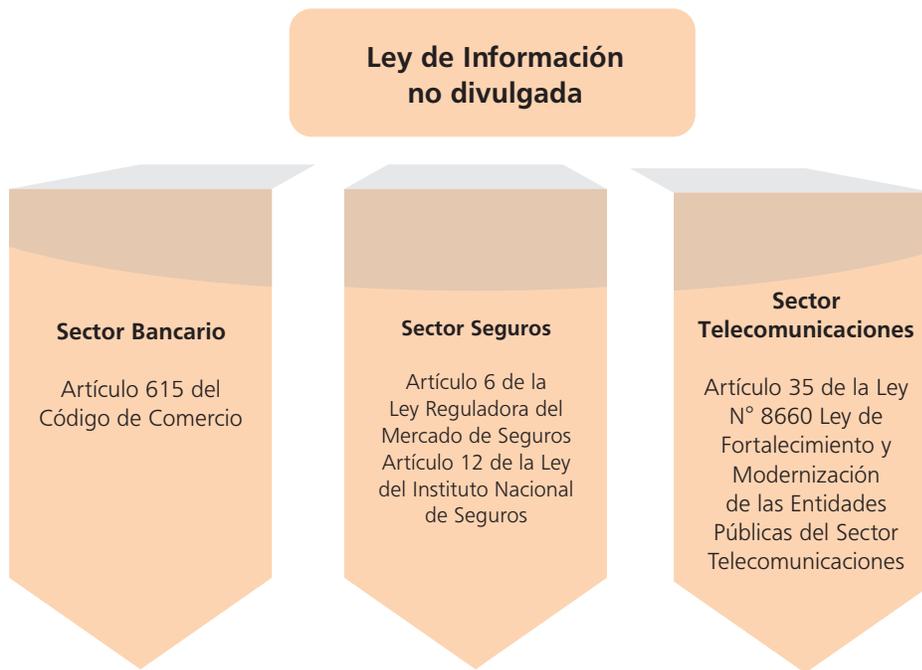


Figura N° 1. Marco jurídico

IV. Rol de la Contraloría General en la fiscalización de empresas públicas en competencia

a. La garantía de acceso a la información pública del Órgano Contralor

La Contraloría General de la República como órgano constitucionalmente instituido – artículos 183 y 184 de la Constitución Política- para fiscalizar la hacienda pública y el manejo de fondos públicos, tiene desarrolladas sus competencias de control y vigilancia a partir de su Ley Orgánica N° 7428.

Debe tenerse presente que en el ejercicio de sus competencias, el legislador ha dispuesto que se tenga como garantía para el pleno ejercicio de control y fiscalización, el acceso a cualquier fuente o sistema de información, registro, documento, instrumento, cuenta o declaración de los sujetos pasivos públicos, con la salvedad de orden constitucional y legal, tal y como lo define expresamente el artículo 13 de su Ley orgánica cuando señala:

Garantía de acceso y disposiciones de información. Con las salvedades de orden constitucional y legal para cumplir con sus cometidos, la Contraloría General de la República tendrá acceso a cualquier fuente o sistema de información, registro, documento, instrumento, cuenta o declaración de los sujetos pasivos públicos. Con las salvedades de orden constitucional y legal, la Contraloría General de la República tendrá acceso a la contabilidad, correspondencia y en general a los documentos emitidos o recibidos por los sujetos pasivos privados, para el

ejercicio del control y la fiscalización aquí contemplados. Para el cumplimiento de las anteriores atribuciones, sólo estarán investidos de autoridad los servidores de la Contraloría General de la República acreditados para ello. Los funcionarios, empleados o particulares que sean requeridos al efecto, deberán suministrar, en el plazo que ella les fije, la información o piezas documentales o instrumentales solicitadas. (Asamblea Legislativa, 1994)

Por lo tanto, en atención al ejercicio de sus atribuciones no se limita el conocimiento de la actuación total de la Administración fiscalizada. Así, concretamente la Contraloría General tiene un marco competencial amplio el cual no se restringe por el sujeto fiscalizado.

En este tenor, el artículo 11 de la Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública N° 8422 recalca que en cumplimiento de sus atribuciones, los funcionarios de la Contraloría General tienen la facultad de acceder a toda fuente de información, haciendo la salvedad prevista en el artículo 24 Constitucional. A pesar de lo anterior, es pertinente aclarar que la citada norma afirma que “La confidencialidad que se conceda por ley especial a los documentos, las cuentas o las fuentes, conocidos por la Contraloría General de la República según el artículo 24 de la Constitución Política y el presente Artículo, no será oponible a sus funcionarios; no obstante, deberán mantenerla frente a terceros”.

De este último postulado legal se resalta la posibilidad que tiene la Contraloría General de acceder a toda fuente de información, que los sujetos fiscalizados aun en régimen de competencia mantengan en su haber, conservando siempre un irrestricto respeto a la limitante constitucional. Además, se recalca un tratamiento particular a ciertos documentos, cuentas o fuentes de información que por ley especial se les ha dotado de confidencialidad.

De tal manera, que el carácter de información confidencial que las empresas públicas le hayan otorgado a sus documentos no es oponible al órgano contralor, dada la garantía de acceso a la información pública que esta posee para el adecuado ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Hacienda Pública; no obstante, ello también le impone a esta Contraloría

General un deber de resguardo y restricción del conocimiento por parte de terceros de la información accedida que tenga la connotación de confidencialidad, precisamente con base en un mandato legal.

b. El acceso a la información del Órgano Contralor en empresas en competencia.

A lo largo de este documento, hemos analizado los supuestos de excepción al derecho de acceso a la información pública en las empresas públicas que por encontrarse en un régimen de competencia, en donde disputan una actividad comercial con el sector privado podrían declarar confidencial aquella información que se tipifique como secreto industrial, comercial o económico.

Igualmente, hemos señalado que pese a estas restricciones, la Contraloría General de la República como órgano constitucional encargado de fiscalizar la Hacienda Pública posee una

garantía de acceso a la información confidencial de las empresas públicas en competencia, que conllevan a su vez la responsabilidad de salvaguardarla del acceso a terceros.

En este punto, conviene describir el tratamiento que el Órgano Contralor le ha dado a la información confidencial de las empresas públicas en competencia, primeramente, podemos señalar que ha sido muy respetuosa de la potestad que poseen éstas empresas de declarar confidencial información por razones de: secreto comercial, industrial o económico; asimismo, bajo la garantía de acceso a la información ha ejercido su labor de fiscalización, manteniendo su rol de control; a pesar que, en los albores de la norma habilitante para decretar la información confidencial, se trató –infructuosamente- de limitar el alcance de la labor de control y vigilancia de la hacienda pública.

Mediante oficio 06541 (DFOE-IFR-0442) dictado el 18 de julio de 2011, por el Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de este órgano contralor se respondió una solicitud por parte de la División Jurídica del ICE, en el cual requería la designación de dos funcionarios del Órgano Contralor para que atendieran toda recepción de información confidencial emitida por ellos, en atención a dicho requerimiento se le reiteró la labor constitucional de la Contraloría General y a partir de la “magnitud e importancia de las funciones que desarrolla en los sectores de energía y telecomunicaciones” era necesaria una constante solicitud de información para analizar su desempeño conforme a los parámetros de eficacia y legalidad de sus controles internos y el manejo de los fondos públicos.

En ese sentido se consideró que la propuesta realizada por el ICE *“restringe la garantía de acceso y disposición de información que poseen los funcionarios de este órgano contralor en el cumplimiento de sus labores, tal y como estipula el artículo 13 de la Ley No.7428 y el artículo 11 de la Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública No.8422.” A partir de ello, se subrayó que todos los funcionarios del órgano contralor tienen la posibilidad de conocer en el ejercicio de sus funciones de la información que así consideren pertinente, a pesar que ésta sea declarada confidencial, además que dicho conocimiento se entendía bajo el deber que les compete de guardar la debida reserva ante terceros del contenido de la información accedida.*

En acatamiento de este deber de resguardo, la Contraloría General procedió a delimitar el ejercicio de dicha obligación a la validez y respectiva justificación pertinente que se haga en el acto administrativo de declaración de confidencialidad que genere el ente autorizado por Ley. Se ha señalado que debe considerarse que la declaración de información confidencial por parte de una entidad pública es una condición excepcional, por lo que debe cumplir con requisitos y procedimientos estrictos.

La información que la administración aduce como confidencial debe catalogarla como tal de manera clara y precisa, además debe existir -de previo- una declaratoria de confidencialidad sustentada en un acto administrativo válido y eficaz, lo cual impone que sea emitido por la autoridad que tenga la representación íntegra de la entidad, así como contar con la debida motivación y una finalidad coherente al efecto; no bastando simplemente, con externar la indicación de la norma que le permite realizar dicho acto. En consecuencia la Contraloría General, en atención de sus deberes constitucionales y legales, únicamente restringirá del

acceso público los documentos que contengan datos concerniente a las actividades desempeñadas por una empresa pública, siempre que haya sido previamente decretada como secreto industrial, comercial o económico, o que deba mantenerse así por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, bajo las condiciones antes descritas.

En estos supuestos, el Órgano Contralor ha tenido que emitir resoluciones en las cuales se restringe al acceso de terceros de las piezas que componen parcial o totalmente los papeles de trabajo, o demás documentación que respalde su actuación, siempre que la publicidad de la misma pueda provocar la divulgación de los datos resguardados.

Al respecto la propia Contraloría General ha reconocido que si bien, la declaratoria de confidencialidad de una información, no limita sus potestades de fiscalización, ni de acceso a la misma para el ejercicio de sus deberes constitucionales y legales, sí deviene el deber de darle el resguardo respectivo, frente a terceros, de esos datos. De tal manera, que en aplicación del artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública, el numeral 110 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, y el artículo 90 inciso l) del Estatuto Autónomo de Servicio de la Contraloría General de la República, esta institución tiene que tomar las medidas e instaurar las acciones necesarias para resguardar el acceso de los documentos confidenciales con el fin de no divulgar los datos y consideraciones que se deriven a terceros.

El órgano fiscalizador ha considerado los riesgos de exponer datos confidenciales, en forma expresa, en sus productos de fiscalización -particularmente, en los informes de auditoría y consultas- por lo que, aplicando la tesis del privilegio indebido que eventualmente tuvieron los terceros y su incidencia negativa del quehacer de la Administración, expuesto en el artículo 273 de la Ley General de Administración Pública, en consideración a las nuevas condiciones de competencia que rigen los sectores en estudio, ha debido declarar de acceso restringido los productos de fiscalización elaborados a partir de dichos datos.

Ahora bien, tal y como se indicó líneas arriba la potestad de declarar la información confidencial radica en la institución que la emite; no obstante, la potestad de declarar de acceso restringido a etapas y productos de los procesos de fiscalización y control asignados legalmente al Órgano Contralor quien debe valorar si resulta pertinente o no hacerlo, siempre a partir de una declaración previa por parte del autorizado legalmente sobre la información que considere secreto industrial, comercial o económico. En los casos, en donde el producto de la fiscalización contiene de manera explícita datos confidenciales se ha procedido a restringir el acceso al documento de manera integral; no obstante, en otros supuestos en donde se ha valorado que el producto de fiscalización no los revela de manera expresa, se ha optado por mantenerlo con carácter público.

Con relación a las entidades bancarias se ha tenido una peculiaridad, pues como se anotó anteriormente, este sector carece de una norma, que de manera particular, le permita declarar información institucional con carácter de secreto industrial, comercial o económico, como sí lo poseen los otros sectores estudiados, lo cual ha conllevado que ante fiscalizaciones del Órgano Contralor que impliquen el conocimiento de información sensible para el giro comercial de la entidad bancaria se invoque la aplicación de la Ley de información No divulgada.

Ahora bien, la simple invocación de secreto comercial, industrial o económico no es alegato suficiente para que la Contraloría –aun cuando posea acceso a esta información por su carácter privilegiado- decida restringirla a la ciudadanía; por lo que, con el fin de poseer un nivel de certeza razonable de que efectivamente se trata de información cuya divulgación al público puede acarrearle daños irreparables a la entidad ha requerido que la solicitante aporte:

- Detalle puntual y específico de los documentos que fueron suministrados, que a criterio de la entidad revisten de carácter de secreto industrial, comercial o económico; o bien, que resulte estratégica; así como indicación de por cuánto tiempo se está solicitando el resguardo de la confidencialidad de los mismos.
- Deberá aportar el análisis jurídico para cada uno de los documentos enlistados donde se detallen las razones por las cuáles se considera que el contenido de dichos documentos se cataloga como confidencial, para lo cual deberá incluir las justificaciones que demuestren que la información efectivamente cumple con los supuestos establecidos en la Ley que le aplique (Ley de información no divulgada y leyes especiales para el sector de telecomunicaciones y seguros).
- Deberá demostrarse que los documentos que fueron facilitados habían sido clasificados de previo por la entidad como secretos, y que se han adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerlos secretos.
- Finalmente, aportar un acuerdo del máximo jerarca en donde se declaran los documentos como información no divulgada y por lo tanto como confidencial por el plazo solicitado.

Por lo tanto, la declaratoria de confidencialidad de la información institucional que limitaría el acceso de la misma a la ciudadanía y no así al órgano contralor, debe quedar claramente justificada y técnicamente fundamentada, exigiendo un trabajo previo y riguroso a la entidad que desee aplicar este supuesto de excepción al acceso de la información pública.

Resulta esencial aclarar que la declaratoria de información confidencial la realiza la entidad pública propietaria de la información y la Contraloría General únicamente se limita a respetar esta declaratoria y a mantenerla confidencial durante el plazo declarado como tal por la propia entidad; en consecuencia la actuación del Órgano Contralor se sujeta a lo resuelto por el máximo jerarca de la institución y procede a resguardarla del conocimiento de terceros no legitimados; siendo que la responsabilidad por dicha declaratoria recae en la institución, quien deberá responder ante el reclamo de un tercero que se considere lesionado por ella, y deberá brindar las explicaciones y justificaciones correspondientes, que utilizó para fundamentar el acto administrativo declaratorio de confidencialidad.

De esta forma, el Órgano Contralor se convierte en un custodio de esta información confidencial, pero manteniendo en todo momento su potestad de control y fiscalización de los fondos públicos y la hacienda pública, pudiendo divulgar los resultados de sus estudios en el tanto, ello no implique exponer la información confidencial decretada de previo así por la entidad legalmente autorizada, pudiendo hacerlo de manera general.

Conclusiones

La apertura del mercado en donde participan empresas públicas en franca competencia con entidades privadas, vino a modificar el paradigma tradicional de acceso a la información pública de estas entidades, a quienes el ordenamiento jurídico les otorgó herramientas que les permitan salvaguardar aquella información cuya divulgación podría lesionar sus intereses comerciales.

Esta protección no le resulta oponible al Órgano Contralor, quien en su papel de garante de la correcta utilización de los fondos públicos, posee una garantía privilegiada de acceso a la información pública, lo cual conlleva el deber esta protección frente a terceros durante el plazo que haya determinado la institución.

Asimismo, la declaratoria de confidencialidad deberá realizarse mediante un acto administrativo formal, emitido por la máxima autoridad de la institución que contenga las justificaciones técnicas y jurídicas correspondientes, no bastando la sola invocación de la norma para ello, además, debe indicarse el plazo durante el cual la información se mantendrá confidencial. Deberá la institución, a su vez, demostrar que desde el origen de dichos datos ha instaurado todos los mecanismos necesarios para mantenerla como confidencial restringiendo su acceso únicamente a funcionarios autorizados para ello.

La potestad y la responsabilidad correlativa de declarar información confidencial recae en la empresa en competencia que la emite, de tal manera, que la Contraloría General respeta esta decisión administrativa y cuando la tiene en su poder, tiene el deber legal de salvaguardarla como tal ante terceros no legitimados –asimismo, el término terceros no incluye a las autoridades legalmente competentes, que el ejercicio pleno de sus funciones públicas si tendrían acceso irrestricto a dicha información, a pesar de la declaratoria previa de confidencialidad; en este sentido, debe verse el contexto en el cual el legislador ha brindado a entidades públicas en competencia la potestad de declarar parte de su información como confidencial y a partir de ello, entender el alcance de la restricción de conocimiento únicamente a sujetos privados que eventualmente podrían contar con un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración en competencia, no así a las entidades u órganos públicas que requieran conocer dicha información con el fin de ejercer sus potestades públicas; no obstante, la potestad de declarar de acceso restringido los productos de la fiscalización elaborados a partir de la información confidencial recae en el Órgano Contralor, quien podrá, si considera que el producto exhibe datos confidenciales de manera explícita declarar la confidencialidad del proceso de fiscalización de manera integral.

Por el contrario, cuando considere que el producto de la fiscalización es general y no podría lesionar a la empresa pública, puede excluir, mediante legajo aparte la información con este carácter, con el fin de salvaguardarla del conocimiento de terceros no legitimados, y mantener la publicidad del resto del proceso de fiscalización.

Si bien, la declaratoria de información por las causas analizadas en este documento podría ser una limitación al control ciudadano, también se debe señalar que este control está siendo ejercido por el Órgano Contralor, a quien en su rol de órgano de control externo, el mismo

ordenamiento jurídico vigente le garantiza el acceso a la misma, actuando en pro de los intereses públicos, con lo cual la ciudadanía se encuentra representada de manera indirecta.

Bibliografía

- Alarcón Requejo, G. (2011). Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia: Pautas para la racionalidad jurídico-política. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L..
- Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura. (2014). Resolución DFOE-IFR-0103. San José, Costa Rica: Contraloría General de la República .
- Área de Servicios de Infraestructura. (2011). Oficio 06541 (DFOE-IFR-0442) . San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Área de Servicios de Infraestructura. (2015). Resolución DFOE-IFR-0175. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (2000). Ley N° 7975 denominada Ley de Información No Divulgada. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (2008). Ley N° 8660 denominada Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (1964). Ley N° 3284 denominada Código de Comercio. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (1994). Ley N° 7428 denominada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.
- Asamblea Legislativa. (2004). Ley N° 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.
- Asamblea Legislativa. (2008). Ley N° 8653 denominada Ley Reguladora del Mercado de Seguros, incluye reforma integral a la Ley N° 12 del 30 de octubre de 1924. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (2009). Ley N° 6227 denominada Ley General de la Administración Pública. San José, Costa Rica: SINALEVI.
- C-019-2014, C-019-2014 (Procuraduría General de la República 25 de Enero de 2014).
- Contraloría General de la República. (2013). Oficio 08802 (DFOE-IFR-0468). San José, Costa Rica: Contraloría General de la República.

- Dictamen 007-2003, 007-2003 (Procuraduría General de la República 16 de Enero de 2003).
- Huerta Guerrero, L. A. (2010). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. Revista Pensamiento Constitucional, Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3051>.
- Jinesta Lobo, E. (2003). Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información pública. *Ivstitia*, Disponible en <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVAY%20DERECHO.PDF>. Obtenido de Ernesto Jinesta.
- Larenas Yevenes, C. (29 de junio de 2012). Konrad Adenauer Stiftung. Obtenido de Transparencia y Probidad en la Gestión Pública: http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/chile/Teoria_Politica/Teoria_Politica_part5.pdf
- OJ.62-2009, OJ.62-2009 (Procuraduría General de la República de Costa Rica 21 de Julio de 2009).
- Voto N° 13750-2010, Voto N° 13750-2010 (Sala Constitucional 20 de Agosto de 2010).
- Voto N° 0578-1992, 0578-1992 (Sala Constitucional 28 de Febrero de 1992).
- Voto N° 11871-2012, Voto N° 11871-2012 (Sala Constitucional 28 de Agosto de 2012).
- Voto N° 12879-2010, 12879-2010 (Sala Constitucional 14 de Setiembre de 2010).
- Voto N° 136-2003, 136-2003 (Sala Constitucional 15 de Enero de 2003).
- Voto N° 2517-2003, 2517-2003 (Sala Constitucional 21 de Marzo de 2003).
- Voto N° 2593-2003, 2593-2003 (Sala Constitucional 26 de Marzo de 2003).
- Voto N° 3074-2002, 3074-2002 (Sala Constitucional 24 de abril de 2002).
- Voto N° 6123-2011, Voto N° 6123-2011 (Sala Constitucional 13 de Mayo de 2011).
- Voto N° 6552-2014, Voto N° 6552-2014 (Sala Constitucional 16 de Mayo de 2014).
- Voto N° 7885-2002, 7885-2002 (Sala Constitucional 20 de agosto de 2002).
- Voto N° 2120-2003, 2120-2003 (Sala Constitucional 14 de marzo de 2003).

Transparencia Presupuestaria: Sistema de Planes y Presupuestos Públicos (SIPP)

Sumario

I. Introducción. II Competencias en materia presupuestaria.
III. Antecedentes del SIPP. IV. Funcionamiento y contenido
del SIPP. V. Desafíos alcanzados con el SIPP. VI. Retos
futuros en transparencia presupuestaria. VII. Conclusiones.
VIII. Referencias.

Jenny Cheung Chan¹

Jaime Mora Rojas²

¹ Licenciada en Derecho con énfasis en tecnología, comercio electrónico y telecomunicaciones, de la Universidad de Costa Rica. Egresada de la Maestría de Derecho Económico con énfasis en Comercio Internacional de la Universidad Estatal a Distancia. jenny.cheung@cgr.go.cr.

² Licenciado en Administración Pública de la Universidad de Costa Rica. Egresado de la Maestría en Finanzas y Gestión Públicas del Centro Internacional de Políticas Económicas para el Desarrollo Sostenible de la Universidad Nacional, jaime.mora@cgr.go.cr.

I. Introducción

En la actualidad, es innegable el aumento de la participación de los diferentes actores de la sociedad en el control de la gestión pública, y uno de los temas más relevantes es el uso y destino de los recursos públicos que administran tanto las instituciones como los sujetos privados, de modo que la ciudadanía exige un mayor acceso y transparencia en la información de los presupuestos públicos.

El presupuesto es una condición de la regularidad o la eficacia jurídica de las operaciones presupuestarias y, sobre todo, de la ejecución del gasto público, que no puede realizarse si no existe la correspondiente cobertura presupuestaria, de ahí la importancia que reviste esa información en la gestión de las instituciones.

En este artículo se abordan los esfuerzos que por cerca de una década, ha realizado la Contraloría General de la República (CGR) en contribuir a la transparencia en materia presupuestaria, quien con la ayuda del uso de las tecnologías de información ha fortalecido la fiscalización de la Hacienda Pública con un mayor impulso y motivación del control ciudadano y el control político.

Esta iniciativa tiene como finalidades -entre otras- la disminución en el riesgo de toma de decisiones que dañan la Hacienda pública, evitar que proliferen la corrupción al hacerla evidente, impulsar el control previo en las acciones que realiza el Gobierno, y otros beneficios secundarios relacionados con la transparencia de la gestión pública, en este caso con la información que se deriva de planes y presupuestos públicos.

Otro gran aporte se ve reflejado en la toma de decisiones, al disponer de suficiente información sobre la gestión de la Hacienda pública, se pueden encontrar opciones que minimizan riesgos, y se propicia la discusión sobre la mejor asignación de los recursos públicos, lo que resulta muy apropiado en la actualidad donde la ciudadanía se ha vuelto más exigente con la gestión pública.

II. Competencias en materia presupuestaria

El proceso de aprobación de los presupuestos públicos en Costa Rica se realiza a través de dos instancias: la Asamblea Legislativa y la Contraloría General de la República.

El presupuesto de la República que aprueba la Asamblea Legislativa representa aproximadamente una tercera parte del gasto total del Sector Público. Las otras dos terceras partes son aprobadas por la CGR.

Para el presente artículo, interesa exponer sobre la aprobación presupuestaria realizada por el Órgano Contralor.

La Contraloría General de la República fue creada y le fueron asignadas sus competencias, mediante los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, otorgándole la naturaleza jurídica de órgano de rango constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia

de la Hacienda Pública. Posee absoluta independencia funcional y administrativa de rango constitucional para el cumplimiento de sus funciones, aspectos que se reiteran en los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 7428.

Para el tema que se desarrolla, es importante resaltar que el artículo 184³ de la Constitución Política le establece a la CGR el deber y la atribución de examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas, así como fiscalizar la ejecución y su liquidación. También le ordena enviar anualmente a la Asamblea Legislativa una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor (a) y exposición de las opiniones y sugerencias que considere necesarias, para el mejor manejo de los fondos públicos, este documento es conocido como la Memoria Anual. Gran parte de los insumos para su elaboración, provienen de los presupuestos públicos.

Para el ejercicio de esa competencia la CGR se apoya en las disposiciones legales, así como en la normativa técnica que al amparo de su potestad normativa ha emitido. Normativa constituida primordialmente por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (N° 7428), la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (N°8131), las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público (N-1-2012-DC-DFOE), las Normas técnicas básicas que regulan el sistema de administración financiera de la Caja Costarricense de Seguro Social, Universidades Estatales, Municipalidades y otras entidades de carácter municipal y bancos públicos (N-1-2007-CO-DFOE), la Circular 14300 (DFOE-189-2001) con regulaciones para sujetos privados que por disposición legal deban presentar presupuesto para la aprobación de la CGR, los Lineamientos generales sobre el nivel de aprobación del presupuesto de los sujetos privados (L-1-2005-CO-DFOE), el Reglamento sobre variaciones al presupuesto de los sujetos privados (R-CO-67-2006), y las Directrices generales a los sujetos pasivos de la Contraloría General para el adecuado registro y validación de información en el sistema de información sobre planes y presupuestos –SIPP-(D-1-2010-DC-DFOE).

III. Antecedentes del Sistema de Información sobre Presupuestos Públicos

En vista de las competencias constitucionales y las disposiciones legales que se le han asignado al Órgano Contralor, las instituciones sujetas a la presentación del presupuesto para aprobación externa, debían elaborar cada año sus documentos presupuestarios y posteriormente enviarlos impresos para su aprobación, lo cual no sólo generaba un gasto de papel sino también una inversión muy grande de tiempo por parte de las personas involucradas en ese procedimiento. Con el pasar del tiempo, la CGR visualizó la necesidad de cambiar el modelo vigente por uno más acorde a la realidad actual y sobre todo con las facilidades que las herramientas tecnológicas brindan.

Con ello surge el proyecto de desarrollar un sistema informático que almacenara -como primer paso- los datos de las liquidaciones presupuestarias de las instituciones descentralizadas,

³ Constitución Política de Costa Rica

gobierno central y municipalidades, con el propósito de generar la información necesaria para sustentar la Memoria Anual, de una forma más rápida, económica y precisa.

En el año 2004 se inició su diseño, con el nombre de Sistema de Información sobre Presupuestos Públicos (SIPP), y de inmediato se observó su potencial como fuente de datos para los demás procesos de fiscalización. A mediados del año 2005 finaliza el desarrollo del Sistema y conscientes de las limitaciones tecnológicas presentes en las instituciones públicas, se inicia un plan piloto con diez presupuestos, de forma tal que se pudiera probar completamente el Sistema.

En vista del éxito obtenido en el plan piloto, se giraron las instrucciones para que se incluyeran los presupuestos para el año 2006. Casi todas las instituciones públicas registraron su información presupuestaria en el Sistema, aunque gran parte de éstas no contaban aún con acceso a Internet, principalmente aquellas más alejadas de la meseta central y las que administraban menos recursos, se unieron al esfuerzo y recurrieron a mecanismos adicionales como los "café Internet" para la inclusión de la información en el Sistema. Se debió superar otros inconvenientes al de la posibilidad de conexión a Internet, como la velocidad, problemas de acceso al sistema, la novedad en la implementación de usuarios y principalmente de claves; en fin, todo lo que conllevaba la adaptación de un nuevo modelo. A pesar de ello, se podría afirmar que su implementación fue exitosa, principalmente por el compromiso y la percepción positiva por parte de las instituciones públicas.

En las directrices que sustentan al SIPP, se solicita que se incorporen los presupuestos del Sector Público, incluyendo el del Gobierno Central, cuya aprobación no corresponde a la Contraloría General sino a la Asamblea Legislativa; para lograrlo se obtuvo la cooperación del Ministerio de Hacienda para coordinar la incorporación de los documentos y evitar la duplicidad de solicitud de información a las instituciones del Gobierno Central.

IV. Funcionamiento y contenido del SIPP

En el año 2010, se emitieron las *Directrices para el adecuado registro y validación de información en el Sistema de información sobre planes y presupuestos (D-1-2010-DC-DFOE)*⁴, en las cuales se regulan los roles y responsabilidades de los participantes en el Sistema.

En el contenido de esas directrices se señala que se aplican a:

- a. Entes y órganos cuyos presupuestos forman parte del Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República. Lo que resulta de suma importancia ya que este presupuesto incluye casi una tercera parte de los recursos públicos.
- b. Instituciones autónomas, así como el resto de la Administración descentralizada, las instituciones semiautónomas y las empresas públicas, que constituyen el grupo institucional que contemplan la mayoría del gasto público en Costa Rica.

⁴ Resolución R-DC-54-2010 del Despacho Contralor y publicada en La Gaceta N° 66 –Miércoles 7 de abril 2010.

- c. Municipalidades y otras entidades de carácter municipal, que aunque apenas reciben cerca de un 3% de los recursos públicos, sus funciones en los distintos cantones resultan muy relevantes.
- d. Fideicomisos, que no son instituciones pero manejan importantes sumas de dinero.
- e. Sujetos privados que deben someter su presupuesto a la aprobación de la Contraloría General de la República, de conformidad con la normativa vigente.
- f. Entes públicos no estatales cuyo presupuesto requiere por disposición legal de la aprobación presupuestaria de la Contraloría General de la República.
- g. Cualquier otro sujeto pasivo sometido a la fiscalización de la Contraloría General de la República, que mediante acto motivado se determine que debe incluir la información de su presupuesto en el SIPP.

Posteriormente en el año 2009 se analiza la posibilidad de ampliar las funcionalidades al SIPP y para el año 2010 se agrega la información de las principales metas y de los resultados realizados por cada institución, durante el período presupuestario anual. Por lo que el Sistema pasa de consignar información relativa sólo de los recursos recibidos y gastados por cada institución, a tener también los logros alcanzados a través de esos gastos. Con el tiempo, esa información se ha convertido en insumo fundamental para activar y nutrir el control ciudadano y político sobre la gestión de la Hacienda pública, por ejemplo en el año 2012, el entonces Diputado Luis Fishman logra demostrar con datos del SIPP, que existen gastos que se pueden eliminar o que se pueden disminuir (ver: <http://www.crhoy.com/pusc-apunta-a-reduccion-del-gasto-en-instituciones-publicas/>). Esta discusión se convierte en el inicio de un examen al máximo nivel de detalle de los presupuestos públicos que se presenta año con año en la Asamblea Legislativa y en los medios de comunicación hasta nuestros días.

Ahora bien, en cuanto al registro de la información, se definió un mecanismo que asegurara de forma razonable la calidad de los datos que se ingresaran, de modo que se indicó que una persona de cada institución tenía el rol de ingresar la información en el Sistema y se le denomina registrador o digitador y por otro lado, hay un segundo funcionario que revisa los datos incluidos o los valida, con el fin de verificar:

- Que la información que se registre en el SIPP, sea coincidente con la que se genera a lo interno de cada institución.
- Que se haya registrado al nivel de desagregación que señale el Manual modular del usuario y que se haya hecho de forma oportuna y correcta.

Lo anterior permite que el Sistema funcione fluidamente y contribuye a otorgar la seguridad jurídica necesaria a la información enviada, de conformidad con la Ley N°8454⁵. Es decir, esta forma de envío de información asegura de manera razonable la calidad en los datos de los presupuestos, en vista de que una persona digita y otra persona diferente revisa que esté completa y correcta la información.

⁵ Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos, Ley N° 8454 La Gaceta 197 13 de octubre del 2005.

Otro aporte importante del SIPP fue la definición de controles que el Sistema ejecuta directamente; por ejemplo, que se revisa automáticamente que los totales de las grandes cuentas de ingresos y de egresos fueran correctos o que exista un balance entre los ingresos y los egresos de un presupuesto (igualdad de cifras), lo que le otorgó mayor confiabilidad a la información del Sistema.

A pesar de todas las bondades del Sistema, aún no se realizaba la aprobación presupuestaria en forma electrónica, pues debían definirse a nivel nacional las regulaciones claras sobre la validez de los actos emitidos en forma electrónica. Se encontraba incipiente la promulgación de la Ley N°8454 y no se había emitido su Reglamento, por lo que a esa fecha, la información aún era respaldada en formato físico también. De modo que, el procedimiento consistía en que las instituciones remitían el presupuesto en papel para su aprobación, y simultáneamente debía ser incluido en el sistema, lo cual provocó que cuando se comparaban ambas informaciones se encontraran algunas inconsistencias y omisiones, que permitieron incluso ir mejorando aspectos del proceso presupuestario por parte de la Administración.

V. Desafíos alcanzados con el SIPP

Una vez alcanzado el pleno funcionamiento y el alto grado de adaptación del SIPP en las instituciones, se presentó uno de los desafíos más importantes para la CGR: habilitar las consultas vía Web desde cualquier sitio y por cualquier persona, considerando las restricciones y riesgos que pudieran existir.

A raíz de ello, se unieron esfuerzos institucionales para lograr ese objetivo, tanto a nivel normativo como tecnológico. El primer análisis fue determinar las fortalezas del sistema e identificar las herramientas tecnológicas disponibles para la construcción de las consultas o reportes para ofrecer la información a los potenciales usuarios, y posteriormente se investigó y se analizaron las necesidades de información presupuestaria y se diseñaron reportes que fueran de acceso sencillo y que permitieran búsquedas de información útiles. Después se analizó la publicidad de la información incorporada en el Sistema y se determinó la viabilidad jurídica de brindar acceso a información tan relevante para el control ciudadano. En ese sentido, se analizó el ordenamiento jurídico relacionado y los votos de la Sala Constitucional que en múltiples ocasiones⁶ ha resaltado la importancia del derecho de acceso a la información.

El derecho de acceso a la información pública consiste en el derecho de toda persona de "... acceder a cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte, sea documental -expedientes, registros, archivos, ficheros-, electrónico o informático -bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, disquetes, discos compactos-, audiovisual, magnetofónico, etc." y la obligación positiva del Estado de suministrarla. (Sala Constitucional, voto N° 136-2003 de 15:22 hrs. del 15 de enero de 2000, reafirmada por el voto N°2120-2003 de 13:30 hrs. del 14 de marzo de 2003).

⁶ Ver votos 03074-2002, 2003-136, 2008-13658, 1020-2012, 1263-1999, 8996-2002 y 9527-2013.

Al mismo tiempo, la Sala también ha reconocido que existen limitaciones a ese derecho: “... Y a juicio de la Sala, tampoco es posible interpretar la garantía de libre acceso anteponiéndose a otros altos intereses del Estado que la Constitución también protege, como son los relativos al orden público, tal cual ocurre con el artículo 28, el cual dispone que “las acciones que no dañen la moral o el orden públicos o no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley”. En el Considerando XIII de esa sentencia se agrega: “Ese texto constitucional se refiere a las leyes; pero con más autoridad que cualquier norma legislativa, el propio artículo 28 está señalando límites al régimen de los derechos constitucionales, siempre que la moral o el orden público o la necesidad de evitar perjuicios a terceros, constituyen razón para restringir el ejercicio de esos derechos. Por consiguiente, cuando esté de por medio el orden público habrá motivo legítimo para restringir el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información, pues la revelación o divulgación del asunto puede alterar gravemente el funcionamiento de los órganos públicos o producir consecuencias dañosas para la paz de la Nación y el bienestar general”, y por orden público entiende la sentencia el concepto que se expresó en resolución de la Corte Plena a las ocho horas del primero de setiembre de mil novecientos ochenta y dos, al decir que “es el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y su funcionamiento, y, por otra, conciernen a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar en la convivencia social” (voto N° 5397-1997 de las 15:18 hrs. del 5 de setiembre de 1997).

Como se observa, esos límites comunes al ejercicio de todo derecho fundamental, a criterio de la Sala Constitucional son los siguientes: el orden público constitucional, la moral y las buenas costumbres, a los cuales hay que añadir los que se derivan del respeto al derecho a la intimidad, el resguardo del orden público económico y los que se deriven de otras leyes.

Así las cosas, cada Administración debe analizar y justificar legal y técnicamente si existiera alguna limitación de las señaladas por la Sala Constitucional, pues en principio toda la información incorporada al SIPP es de acceso público.

Una vez superados esos temas, se habilita el acceso al sistema mediante la consulta pública, lo cual ha sido bien recibido tanto para las Administraciones como para los ciudadanos en general. Se han realizado capacitaciones a lo largo del país con el fin de informar sobre el uso tan diverso que se le puede dar a esta herramienta en función del control ciudadano.

Como se dijo en el apartado anterior, la aprobación presupuestaria se llevaba a cabo mediante un sistema mixto de envío de documentos en papel y de ingreso de datos en el sistema, por lo que otro desafío pendiente era trasladar completamente el proceso a los medios electrónicos y eliminar el trámite en papel. Para lograr lo anterior, la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos Ley N° 8454 y su Reglamento, establece el marco jurídico general para la utilización transparente, confiable y segura de los documentos electrónicos y la firma digital en las entidades públicas. Asimismo, ese marco normativo faculta expresamente al Estado y todas las entidades públicas para utilizar esos instrumentos con el propósito de facilitar la recepción, tramitación y resolución electrónica de sus gestiones y la comunicación del resultado correspondiente y establece la obligación del Estado y todas las dependencias públicas de incentivar el uso de los medios electrónicos para la prestación

directa de servicios a los administrados. Esto, en conjunto con el inciso k) del artículo 4 de la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico Ley N° 7169, que establece el deber del Estado de impulsar la incorporación selectiva de la tecnología moderna en la administración pública, a fin de agilizar y actualizar permanentemente, los servicios públicos, en el marco de una reforma administrativa que ayude a lograr la modernización del aparato estatal costarricense, en procura de mejores niveles de eficiencia.

Con base en lo anterior, para el año 2012 se emitieron las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público, con el propósito principal de uniformar la normativa presupuestaria. Estas normas impulsaron aún más el uso de la herramienta, pues además de establecer con claridad los principios y normas que deben aplicar los sujetos pasivos de la fiscalización en materia presupuestaria, incluyen la obligación de que a partir del periodo presupuestario 2013, los presupuestos iniciales y extraordinarios, se sometieran a la aprobación de la Contraloría General en forma electrónica, lo que eliminó el trámite de documentos en papel y la información recogida en el SIPP se convirtió en el insumo para la elaboración del expediente en forma electrónica.

A partir de entonces, se puede decir que el SIPP, cuenta con información oficial acerca de:

- Ingresos
- Gastos por programas
- Resultados logrados anualmente (productos, objetivos, metas, resultados alcanzados semestralmente, entre otros)
- Oficios, notas y otros anexos que apoyan la aprobación de los documentos presupuestarios que realiza esta Contraloría General.

Con ello se finaliza una de las etapas pendientes en la evolución del sistema, sin embargo el proceso de mejoras continúa y con ello las funcionalidades del SIPP.

VI. Retos futuros en transparencia presupuestaria

El Programa Estado de la Nación, desde su creación en 1994⁷, ha impulsado el estudio y la discusión sobre el desarrollo humano sostenible en Costa Rica. Para ello ha promovido la utilización del Índice Latinoamericano de Transparencia Presupuestaria (ILTP) que busca complementar los esfuerzos nacionales en la promoción de la transparencia y la participación ciudadana en el ciclo presupuestario, tanto desde la Asamblea Legislativa como de la Contraloría General y de otras instituciones similares de Latinoamérica.

La CGR considera que existe en la valoración de este índice una enorme oportunidad, que es congruente con la información que produce el SIPP y con las funciones de fiscalización y de aprobación que realiza, por lo que busca que la información que se origina en algunas

⁷ Índice Latinoamericano de Transparencia Presupuestaria 2011. Resultados Costa Rica. Sexta Edición – 2011. Localizable en el link:<http://www.iice.ucr.ac.cr/Informe%20Final%20Costa%20Rica%20ILTP%202011.pdf>

etapas del proceso presupuestario relacionadas con la aprobación presupuestaria, pueda ser revisada por los actores del gobierno y las personas externas a él, de manera que pueda ser entendida y analizada, principalmente al revelar y publicar en qué se utilizan los recursos públicos, las prioridades en su asignación y mostrar cómo se reflejan las preferencias sociales y el cumplimiento de criterios de equidad, igualdad y justicia.

Sin embargo, una de las debilidades detectadas por el Estado de la Nación en el *Índice Latinoamericano de Transparencia Presupuestaria 2011* apartado de Costa Rica, es que a pesar de existir información disponible para el control ciudadano sobre los presupuestos públicos, el formato en el cual se presentan los datos es de carácter técnico y se dificulta su uso por parte de la ciudadanía. Al respecto, en dicho documento se señaló:

Los documentos relacionados con información presupuestaria son muy complejos para la ciudadanía en general. Aunque la ley del Presupuesto Nacional se publica en forma íntegra y la gran mayoría de documentos que intervienen en el ciclo presupuestario son de carácter público, por lo general es información muy técnica, y en formatos poco entendibles para la mayoría de la población que no tiene conocimientos en materia presupuestaria. Valdría la pena que el país avance hacia formatos más amigables que le permitan a la población entender de la materia, y con ello, facilitar el control ciudadano.

Ante este reto, la Contraloría General ha realizado capacitaciones en distintas comunidades para comunicar y enseñar el uso del SIPP y la información presupuestaria, principalmente a nivel de municipalidades y organizaciones de desarrollo local, quienes han dado testimonio⁸ de la importancia de conocer dicha herramienta. Sin embargo, se hace necesario llegar a más comunidades y aumentar la cantidad de capacitaciones para colaborar en un mayor entendimiento de los documentos presupuestarios por parte de la ciudadanía.

Asimismo, otro reto a futuro es desarrollar nuevas formas de interacción con los usuarios del SIPP, para que la información se presente cada vez más procesada y así facilitar el uso y manejo del sistema y los datos que almacena.

Otra oportunidad de mejora detectada por el Estado de la Nación para fortalecer la transparencia presupuestaria, es instar a las instituciones involucradas a realizar una mayor vinculación entre el presupuesto y políticas de largo plazo. Esto se traduce en la existencia del Plan Nacional de Desarrollo que marque la ruta de las principales acciones de gobierno y la distribución presupuestaria, por lo que el reto a futuro es que todas las instituciones públicas establezcan vínculos cuantificables entre las políticas, objetivos y planes de largo plazo. Con ello, no sólo se mejoraría la ejecución presupuestaria en función de las prioridades del país, sino que además, facilitaría el control y fiscalización tanto a cargo de la auditoría interna como de la CGR, ya que habría -de previo- una mayor claridad y transparencia de cómo y en qué se gastan los recursos. Como principal aporte a este desafío, la CGR ha solicitado a las Instituciones que incluyan en el SIPP, la información relacionada con cada meta, ya sea en su avance o cumplimiento, el presupuesto asignado y el gasto realizado.

⁸ Al respecto, se pueden ver las opiniones de los ciudadanos en el canal de la CGR en Youtube <https://www.youtube.com/user/CGRCostaRica>

Los retos a futuro son claros, el manejo de la información con el fin de mejorar y ampliar los controles ciudadanos y políticos han sido clave para el desarrollo y transparencia de las instituciones públicas, para lo cual, cualquier aporte a estos controles deviene en consecuencias positivas para el país.

VII. Conclusiones

Los esfuerzos por lograr una verdadera transparencia presupuestaria han tomado intensidad a lo largo de estos últimos diez años. Con el avance en el uso de las tecnologías de la información, la Administración Pública ha implementado mejoras en sus procesos, con el fin de facilitar a los usuarios los trámites que deben realizar. La CGR se unió a esta iniciativa – entre otros- con el desarrollo de un sistema que albergara los presupuestos públicos de las instituciones y a su vez, que sirviera de insumo para el control político y ciudadano.

Aunado a ello, se encuentra en constante capacitación a distintos sectores de la población para informar y propiciar el uso de esta herramienta. Conscientes de los desafíos y retos que se visualizan para el futuro y con una sociedad más crítica respecto de las actuaciones de los funcionarios públicos, se encuentra en desarrollo de nuevas funcionalidades del sistema para ampliar las búsquedas de información y colaborar en la mejora de los controles y la fiscalización sobre el uso de los recursos públicos.

Finalmente, la situación económica actual del Gobierno conlleva la necesidad de valorar decisiones por parte de las autoridades competentes, con el fin de maximizar los recursos y principalmente de ejecutarlos conforme los principios de eficiencia, eficacia y economía. Es por ello que la CGR ha considerado los grandes beneficios que brinda una mayor transparencia presupuestaria, la cual se resume en compartir la información presupuestaria de acceso público en forma continua y transparente para poder contar con uno de los controles más valiosos en materia de fiscalización: el control ciudadano.

VIII. Referencias

Normativa

- Constitución Política de Costa Rica, 1949
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 1994
- Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, 2001
- Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos, 2005
- Directrices para el adecuado registro y validación de información en el Sistema de información sobre planes y presupuestos, 2010

Memorias Anuales CGR

- Años del 2007 al 2014

Informes

- Informe DFOE-ST-0115-2011 (Informe DFOE-ST-I-0005-2011) Contraloría General de la República.
- Índice Latinoamericano de Transparencia Presupuestaria, 2011. Programa Estado de la Nación

Enlaces electrónicos:

- <https://www.youtube.com/user/CGRCostaRica>
- <http://www.cgr.go.cr/sistemas-consulta.html>



**Estudios de
Colaboradores
Externos**

Transparencia y Acceso a la Justicia: Progresión y Regresión¹

Sumario

I. Introducción. II. El derecho de acceso a la información y su garantía judicial como condición para controlar la transparencia. III. El tratamiento del acceso a la justicia y el principio de la no discriminación. IV. Acceso a la justicia y principio pro accione. V. El acceso a la justicia y el agotamiento de recursos previos. VI. El problema de la restricción del acceso a la justicia internacional para controlar los estados al estar sometido a la voluntad de los mismos. VII Acceso a la justicia, debido proceso, y tutela judicial efectiva

Allan R. Brewer-Carías
Profesor Emérito de la
Universidad Central
de Venezuela

¹ Texto preparado para el *II Congreso Jurídico de la Hacienda Pública*, Contraloría General de la República, San José Costa Rica, 8 y 9 septiembre 2015.

I. Introducción

La transparencia de la gestión gubernamental es uno de los derechos políticos fundamentales que tienen los ciudadanos frente al Estado, al cual se refiere expresamente en la Carta Democrática Interamericana de 2001, como uno de los componentes esenciales de la democracia, y como parte del derecho político de los ciudadanos a la propia democracia.²

El artículo 4 de dicha Carta, en efecto, y hay que recordarlo una y otra vez, identifica a la democracia como un régimen político en el cual tienen que estar garantizados, y a ello tienen derecho los ciudadanos, no sólo el derecho político la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo (que es el derecho político al sufragio), sino el derecho al respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el derecho a que los gobernantes accedan al poder y lo ejerzan con sujeción al Estado de derecho; el derecho al pluralismo político y a asociarse en partidos y organizaciones políticas, y el derecho a la separación e independencia de los poderes públicos (Art. 3).

Esos elementos esenciales de la democracia, como derechos políticos y pilares fundamentales del régimen democrático del Estado de derecho, se complementan con los componentes esenciales de la democracia que también como derechos políticos se enumeran en el artículo 4 de la misma Carta Democrática Interamericana, y que son: el derecho político a la transparencia de las actividades gubernamentales, a la probidad y a la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; el derecho a que el Estado respete en particular los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa; el derecho ciudadano a la subordinación de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida, incluido por supuesto el componente militar; y el derecho político a que los gobernantes y los órganos del Estado respeten al Estado de derecho.

Lo importante de concebir a la democracia conforme a esos elementos y componentes, y en su manifestación como derechos ciudadanos, es tomar conciencia de que con ellos, en conjunto, lo que se busca es asegurarles a los ciudadanos la posibilidad de ejercer un control efectivo respecto del ejercicio del poder público. De eso se trata la democracia, del ejercicio del poder en nombre de los ciudadanos y de la posibilidad real para estos de controlar dicho ejercicio, lo que no sólo impone la necesidad de que realmente funcione un sistema de separación de poderes, de manera que los diversos órganos electos puedan controlarse entre sí, sino de prever y asegurar que los ciudadanos tengan, por una parte, acceso a la información administrativa y por la otra acceso a las instancias judiciales para poder ejercer, reclamar y defender sus derechos, y en particular, poder exigir el control judicial sobre la gestión gubernamental.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, "Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia," en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo (Directores), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua 2011, pp. 73-94; y VNIVERSITAS, Revista de Ciencias Jurídicas (Homenaje a Luis Carlos Galán Sarmiento), Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 119, Bogotá 2009, pp. 93-111; "El derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del Derecho Administrativo como punto de equilibrio entre los Poderes de la Administración y los derecho del administrado," en Víctor Hernández Mendible (Coordinador), *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo (Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela)*, Tomo II, Ediciones Paredes, Caracas 2009, pp. 1417-1439..

He allí la relación entre transparencia y acceso a la justicia, siendo el segundo elemento, el acceso a la justicia, no sólo la condición esencial para lograr el control del primero, es decir, de la gestión pública transparente; sino en definitiva el mecanismo establecido en el plano nacional e internacional para asegurar la vigencia de los derechos humanos, el fortalecimiento del principio de legalidad y el establecimiento de responsabilidades administrativas.

Con base en las anteriores premisas, a continuación me referiré al tema de la transparencia gubernamental y el acceso a la justicia, a su progresión y regresión en el mundo contemporáneo, refiriéndome en lo posible a casos concretos, a cuyo efecto dividiré mi exposición en seis partes en las cuales me referiré, en primer lugar, el derecho de acceso a la información y su garantía judicial como condición para controlar la transparencia; en segundo lugar, al tratamiento del acceso a la justicia conforme al principio de la no discriminación; en tercer lugar, al acceso a la justicia en relación con el principio pro accione; en cuarto lugar, al acceso a la justicia y el agotamiento de recursos internos; en quinto lugar, el problema de la restricción del acceso a la justicia internacional para controlar los Estados, al estar sometido a la voluntad de los mismos; y en sexto lugar, a la relación entre el acceso a la justicia, el debido proceso, y tutela judicial efectiva.

II. El derecho de acceso a la información y su garantía judicial como condición para controlar la transparencia

Se atribuye al Juez Louis Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos haber utilizado la frase de que “la luz del sol es el mejor desinfectante,”³ para referirse precisamente a la noción de transparencia como el primer correctivo contra la corrupción. Y ello es así efectivamente, de manera que podemos decir que la más eficaz garantía del derecho político a la transparencia, es la publicidad de la información administrativa, es decir, la apertura frente al secretismo, de manera de poder asegurarle a los ciudadanos el derecho de acceso a esa información como instrumento para, precisamente, poder controlar la eficiencia y la eficacia en la Administración Pública. La consecuencia de ello es que entonces, el ámbito de lo confidencial en el seno de la Administración Pública, como principio, debería quedar reducido a la mínima expresión, y sólo en materias vinculadas, por ejemplo, con la seguridad de la Nación.

Esta aproximación al concepto de la transparencia en el Gobierno responde a la idea política que se configuró en torno a la configuración de la Administración Pública como una “casa de cristal” (la maison de verre), que después de muchos años de opacidad administrativa, comenzó a desarrollarse vinculada al simbolismo de lo visible, lo asequible y lo transparente, contrario a lo cerrado, misterioso, inasequible o inexplicable. Es decir, la idea de que lo abierto y transparente, como sensación de tranquilidad y serenidad que resulta de lo dominado o racionalizado, en el seno de la Administración debe sustituir la angustia y la perturbación causadas por lo que es misterioso y desconocido.⁴

³ Véase Louis Brandeis, “What publicity can do?”, en *Harper’s Weekly* December 20, 1913

⁴ Véase Jaime Rodríguez-Arana, “La transparencia en la Administración Pública,” en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 42, Oñati 1995, p. 452.

Este concepto de transparencia ha sido uno de los elementos clave en la evolución de la Administración Pública en el mundo democrático moderno, una vez que comenzó a estar más dedicada a los ciudadanos que al Monarca o a la burocracia.⁵ Por ello, por ejemplo, la Constitución venezolana de 1999 declara que “La Administración está al servicio de los ciudadanos” y en su funcionamiento, entre otros, se fundamenta en el principio de la transparencia (artículo 141).⁶

Por supuesto, en Venezuela ello en la actualidad solo es un decir de lo que debería ser la Administración Pública, que no tiene vigencia alguna en la práctica política del Estado Totalitario que padecemos,⁷ y basta para constatarlo una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 2010,⁸ mediante la cual lo que resolvió fue, al contrario, que en el país lo prevalece es la “secretud,” al haber negado una acción de habeas data que había introducido por una ONG, que reclamaba su derecho de acceso a la información administrativa sobre remuneraciones pagadas a los funcionarios nada menos que de la Contraloría General de la República. Para negar el habeas data, la Sala Constitucional consideró que frente a la transparencia gubernamental lo que privaba era el derecho a la privacidad o “intimidad económica” de los funcionarios, es decir, que la información solicitada implicaba una invasión a la esfera privada de los mismos, y que acceder a la información administrativa violaría el derecho al honor y privacidad consagrado en el artículo 60 de la Constitución.

Con esta decisión, de un golpe, de la “casa de cristal,” que se había venido construyendo en Venezuela en relación con la Administración Pública, pasó a configurarse con el Estado totalitario en una “barraca de acero” rodeada de secretos, e impenetrable. Y ello se confirmó hace poco tiempo, en agosto de 2015, cuando el Tribunal Supremo de Justicia, esta vez en Sala Contencioso Administrativa (Sala Político Administrativa), declaró inadmisibile una acción contencioso administrativa por omisión contra el Presidente del banco central de Venezuela, por la omisión en publicar los indicadores económicos del país desde enero de 2015, a lo cual está obligado legalmente, argumentando que la ONG recurrente no había solicitado directamente al funcionario que ordenara publicar lo que legalmente estaba obligado a hacer.⁹

⁵ El Estado Burocrático fue caracterizado por Max Weber como la organización que trataba “de incrementar la superioridad del conocimiento profesional de las autoridades públicas, precisamente a través del secretismo y de la confidencialidad de sus intenciones”. Por eso, dijo Weber, los gobiernos burocráticos, debido a sus tendencias, son siempre “gobiernos que excluyen la publicidad.” Véase Max Weber, *Economía y Sociedad*, Vol. II, Fondo de Cultura Económica, México 1969, p. 744.

⁶ El artículo 141 de la Constitución de Venezuela dispone: “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”

⁷ Véase en particular Allan R. Brewer-Carías, *Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015.

⁸ Véase sentencia No. 745 de 15 de julio de 2010 (Caso Asociación Civil Espacio Público), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html>. Véase sobre dicha sentencia, Allan R. Brewer-Carías, “De la Casa de Cristal a la Barraca de Hierro: el Juez Constitucional Vs. El derecho de acceso a la información administrativa,” en *Revista de Derecho Público*, No. 123, (julio-septiembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 197-206.

⁹ Véase sentencia No. 935 de 4 de agosto de 2015 (Caso Asociación Civil Transparencia Venezuela), en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/180378-00935-5815-2015-2015-0732.HTML>. Véase sobre dicha sentencia Allan R. Brewer-Carías, “El secreto y la mentira como política de Estado y el fin de la obligación de transparencia De cómo el Tribunal Supremo de Justicia liberó inconstitucionalmente al Banco Central de Venezuela de cumplir su obligación legal de informar al país sobre los indicadores económicos, arrebatándole a los ciudadanos

Se ignoró así el avance tan fenomenal que ha tenido la protección del derecho de acceso a la información pública en el mundo, desde que el primer estatuto sobre el tema que se adoptó en Finlandia en 1951, el cual fue seguido por la Ley de libertad de información de los Estados Unidos (Freedom of Information Act (FOIA) sancionada en 1966.¹⁰

La evolución en la materia condujo, por supuesto, como era de esperarse, a su amplio desarrollo en Europa,¹¹ y además, a su tratamiento en América Latina. Así por ejemplo, en Colombia en 1985 se promulgó la Ley No. 57 sobre la publicidad de documentos oficiales y administrativos, y en enero de 2002, también en Panamá se sancionó la Ley No. 6 sobre las previsiones para la transparencia en la gestión pública y sobre acciones de habeas data.¹²

Luego también en México, en 2002, se sancionó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a Información Gubernamental Pública para implementar el derecho fundamental a tener acceso a la información pública que se estableció en el artículo 6 de la Constitución, garantizando el derecho de todos de buscar la transparencia del servicio público por medio de la difusión de información pública, así como reforzar la posibilidad exigir responsabilidad administrativa. En la Ley se reguló además una presunción a favor de la publicidad, como “principio de mayor publicidad,” contrario al secretismo, que luego se incorporó en una reforma constitucional en 2007. Así el principio en México es que toda información que esté en manos de cualquier autoridad o entidad pública debe considerarse cómo de carácter público, siendo la excepción de esta regla, su declaración temporal como reservada basada en motivos de interés público.

Posteriormente, bajo influencia de la legislación mexicana se han dictado estatutos diversos en la materia como los aprobados en el Perú en 2003 (Ley No.27,806 de Transparencia y el acceso a la información pública); en Ecuador en 2004 (Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública), y el mismo año en la República Dominicana (Ley General No. 200-04 del Libre acceso a la información pública); en Honduras, en 2006 (Ley de Transparencia y acceso a la información pública); en Nicaragua en 2007 (Ley No. 621-2007 de acceso a la información); y en Chile (Ley de Transparencia y acceso a la información), en

sus derechos a la transparencia gubernamental, de acceso a la justicia y de acceso a la información administrativa,” 10 agosto 2015, en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20LO%20SECRETO%20Y%20LA%20MENTIRA%20COMO%20POL%20C3%8DTICA%20DE%20ESTADO%20Y%20EL%20FIN%20DE%20LA%20OBLIGACI%20C3%93N%20DE%20TRANSPARENCIA.pdf>

¹⁰ En cuanto a la FOIA, su origen resulta de la creación, durante la década de los cincuenta, de Comisiones de Senadores y Representantes para resolver la falta de acceso efectivo a la información de acuerdo a las provisiones de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), las cuales, a pesar de ser muy importantes en su momento, fueron descritas por el Representante John E. Moss, como parte de la “teoría burocrática” que permitía que cada entidad pública decidiera qué tipo de información debía llegar al público. Véase Pierre-Francois Divier, “Etats-Unis L’Administration Transparente: L’accès des citoyens américains aux documents officiels,” en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’étranger*, n° 1, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1975, p. 64 ; Miguel Revenga Sánchez, “El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano”, Ariel, Madrid 1995, p. 153). Luego la FOIA fue reformado en 1974 y en 1976 para hacerla más eficiente. Durante los mismos años, luego de los escándalos de Watergate y los Pentagon Papers (documentos del Pentágono), se aprobaron dos nuevas leyes: *la Federal Privacy Act* y *la Federal Government in the Sunshine Act*. Véase James Michael, “Freedom of information in the United States” en *Public access to government-held information* (Norman Marsh Editor), Steven & Son LTD, Londres 1987.

¹¹ Véase Emilio Guichot, *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global, 2011.

¹² Véase Javier Sheffer Tuñon, *Constitucionalización del derecho a la información*. Su acceso y tutela, Instituto Centroamericano de Estudios Políticos, Fundación Konrad Adenauer, Panamá 2007.

Guatemala (Ley de acceso a la información pública), y en Uruguay (Ley No. 18381 de acceso a la información pública y del amparo informativo), durante el año 2008.

Para promover la transparencia de las funciones administrativas dentro de todas las entidades públicas, todas estas Leyes establecen, *primero*, el derecho al acceso de información como un derecho fundamental de todos los ciudadanos; *segundo*, presumen expresamente que toda información emitida por las entidades públicas debe considerarse como de carácter público, con la excepción de los documentos confidenciales o aquellos declarados como reservados; *tercero*, casi todas establecen la presunción del silencio positivo ante la ausencia de respuestas expeditas a las solicitudes de información; y *cuarto*, obligan a las entidades públicas a publicar la información concerniente a su organización o a su funcionamiento.

Además, en muchas de estas leyes, y partiendo del precedente mexicano, también se establecen provisiones específicas para la protección judicial del derecho al acceso a la información, a través de acciones judiciales de protección como la acción de habeas data, que se configura como una especie de *amparo informativo*, tal como se lo califica en el derecho uruguayo.

En contraste con esta tendencia garantizadora del derecho a la transparencia, en Venezuela, a pesar de que la Constitución de Venezuela de 1999, consagra el derecho ciudadano a la información administrativa, es decir, el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, con las solas limitaciones aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada (artículo 143), en la práctica el Estado totalitario lo que ha impuesto como regla contraria a la Constitución, es que todo es confidencial o secreto, lo que fue corroborado por las decisiones antes mencionadas del Tribunal Supremo de Justicia.

En la primera de las sentencias mencionadas, se resolvió la demanda intentada por la *Asociación Civil Espacio Público*, la cual en 2008 y 2009 había solicitado información a la Contraloría General de la República sobre "el salario base y otras erogaciones que devengan el Contralor General de la República y las remuneraciones del resto del personal de la Contraloría General de la República;" petición que fue rechazada por dicha oficina pública considerando que ello pertenecía a la esfera privada de los funcionarios. Contra dicha negativa se ejerció una acción de amparo constitucional precisamente del derecho de acceso a la información pública, considerando la accionante que "para lograr una gestión pública cónsona con los principios de transparencia y rendición de cuenta," era necesario "la publicidad de los recursos que se administran, incluyendo los sueldos de los funcionarios públicos, ya que éstos ejercen funciones públicas, están al servicio de los ciudadanos y sus remuneraciones se pagan con los tributos pagados por los ciudadanos." Con razón alegó la Asociación accionante que el tema de las remuneraciones de los funcionarios públicos, escapaba de la esfera privada de los mismos, no violándose con la solicitud de información, derecho alguno a la intimidad o privacidad de los funcionarios.

Sin embargo, la Sala Constitucional, en la mencionada sentencia No. 745 de 15 de julio de 2010 (*Caso: Asociación Civil Espacio Público*),¹³ declaró sin lugar el amparo solicitado, al

¹³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html>

considerar, tras admitir el reconocimiento constitucional del derecho de la ciudadanía a solicitar información y a ser informada oportuna y verazmente sobre asuntos de interés público, que la posibilidad de tutelar el derecho mediante una acción judicial estaba limitado porque no se había dictado una ley expresa que determinase los límites aceptables al ejercicio del derecho, así como la información que podía ser solicitada por los ciudadanos. De ello dedujo la Sala, que en ausencia de dicha ley expresa:

“para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que él o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la información; y ii) que la magnitud de la información que se solicita sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la información solicitada.”

De ello derivó la Sala, en relación con la solicitud de la Asociación accionante sobre la información sobre las remuneraciones de los funcionarios del órgano de control fiscal, que para decidir debía establecer la “ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos,” dando en dicho caso prioridad al derecho a la intimidad de los funcionarios, que la Sala consideró como un derecho fundamental (a la intimidad económica) que privaba particularmente porque no existía una ley general que obligase a hacer públicos los salarios de los funcionarios públicos, ya que a diferencia de los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá, donde los salarios de los altos funcionarios del gobierno federal se aprueban y se fijan por Ley, lo que implica su publicidad obligatoria; - dijo la Sala - ello no existe en Venezuela. En el país, solo existen partidas presupuestarias globales en la Ley de Presupuesto anual, donde se indican los montos asignados a cada ente u órgano de la administración pública para las remuneraciones de personal, sin que se identifique en concreto a qué funcionario le pertenece una determinada remuneración, pues ello es información que pertenece al ámbito íntimo de cada individuo. Agregó, además la Sala, que por el carácter reservado de la declaración de impuesto sobre la renta, la remuneración de los funcionarios no es un dato de difusión pública, y permanece en la esfera privada o intimidad económica de los funcionarios.

Para reafirmar la negativa a lo solicitado por la Asociación Civil accionante, y además cercenarle su derecho de acceso a la justicia, la Sala solo consideró que la misma no había argumentado sobre la utilidad de la información solicitada sobre remuneraciones “para la participación ciudadana en pro de la transparencia de la gestión pública,” considerando en definitiva que no existía “un título legítimo para tolerar la invasión en el derecho constitucional a la intimidad del Contralor General de la República y el resto de los funcionarios adscrito al órgano contralor;” para terminar declarando contra toda lógica, que la información sobre salarios de los funcionarios públicos forma parte del ámbito de la intimidad económica de los mismos.

Al contrario de lo decidido, el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en su voto disidente a la sentencia, expresó que no le cabía duda “acerca de la naturaleza pública y no íntima del salario de los funcionarios públicos y de su pertenencia al ámbito del derecho a la información de los ciudadanos, en relación con el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública (artículo 141, Constitución),” precisamente “como indicador de transparencia y

como medio para el cabal ejercicio de la contraloría social a que tenemos derecho los venezolanos en el sistema democrático a que se refiere la Constitución.”

En todo caso, con la sentencia mencionada, la Sala Constitucional le negó de entrada a la Asociación recurrente su derecho de acceso a la justicia para proteger su derecho a la información y a la transparencia, en una decisión dictada sin siquiera abrir el proceso a juicio ni a pruebas y por supuesto sin debate, declarando la acción “improcedente *in limine litis*.”

Esa decisión contrasta, por ejemplo, con lo decidido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en 2008,¹⁴ también al resolver en materia de información sobre los salarios de los funcionarios públicos, considerando al contrario que la misma es por esencia información pública de libre acceso. Y por supuesto aún más pública para el control de la transparencia gubernamental si se trata de información sobre la remuneración de los funcionarios de la Contraloría General de la República que son quienes tienen a su cargo, en el ámbito del control fiscal, asegurar esa transparencia y perseguir la corrupción administrativa.

El derecho de acceso a la justicia es, por tanto, la pieza clave en el Estado democrático de derecho para asegurar la posibilidad del ejercicio, no sólo del derecho de acceso a la información administrativa y del derecho a la transparencia gubernamental, sino de materialmente todos los derechos fundamentales. La negación del acceso a la justicia para proteger el derecho de acceso a la información administrativa equivale por tanto a la negación de la posibilidad de protección del derecho ciudadano a la transparencia gubernamental.

La importancia del derecho de acceso a la justicia, en todo caso, es de tal significación, que antes de haberse identificado conceptualmente en torno a un criterio o definición única, más bien ha conducido en algunos casos a que se haya llegado a adoptar un concepto que es omnicompreensivo de todas las garantías del debido proceso, llegando a identificarse, por ejemplo, en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en palabras del Juez Antonio Cançado Trindade, con el “derecho a la prestación jurisdiccional” o el “derecho a obtener justicia.”¹⁵

El concepto, sin embargo, no siempre ha tenido este ámbito, habiéndose identificado en general como una de las garantías judiciales, la más importante sin duda, que es la de poder acceder a la jurisdicción, como se deduce, por ejemplo, de lo establecido en el artículo 26 de la Constitución venezolana de 1999, en el cual se diferencian tres derechos como esencia de las garantías judiciales: el derecho de acceso a la justicia; el derecho a la tutela efectiva de los derechos reclamados (comprensivo de los derechos derivados de la garantía del debido proceso) y el derecho a obtención de una decisión judicial oportuna.¹⁶

¹⁴ Como se ha resuelto en Costa Rica, en la sentencia n.º 12852, Expediente: 08-010536-0007-CO, de 22/08/2008 de la Sala Constitucional, en [http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&strTipM=E1&tem6=0&nValor2=421476&pgn=TES&nTermino=14486&tem4=""&tem2=&tem3=&nValor3=126882&strDirTe=DD](http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&strTipM=E1&tem6=0&nValor2=421476&pgn=TES&nTermino=14486&tem4=)

¹⁵ Voto Disidente a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, 28 de febrero de 2003, par. 2.

¹⁶ “Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. // El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

Sin embargo, en su origen, el tratamiento del tema del acceso a la justicia la verdad es que no se vinculó con la garantía del debido proceso, sino más bien, con la eliminación de las barreras que existían y en muchos casos aún subsisten, para asegurar a todas las personas en plano de igualdad, el acceso a los tribunales para la protección de todos los derechos. Lo que me conduce al segundo de los temas que quería exponer, sobre la relación entre el acceso a la justicia y el principio de no discriminación.

III. El tratamiento del acceso a la justicia y el principio de la no discriminación

En efecto, la expresión “acceso a la justicia,” ahora tan frecuentemente utilizada, fue inicialmente acuñada y popularizada en el derecho comparado, como motivo de la definición de una política pública destinada a superar las barreras existentes respecto de determinadas personas, particularmente las menos favorecidas económicamente, que les impedían poder efectivamente acceder a la jurisdicción, con el objeto de asegurar en plano de igualdad, la posibilidad de la defensa de sus derechos y la resolución de los conflictos en los cuales pudieran estar envueltos. Se trataba de asegurar que el sistema de justicia no solo fuera igualitario de derecho, sino también de hecho.

Conforme a los más elementales principios del Estado de derecho, y con fundamento en la garantía de la igualdad, habiendo el Estado asumido el monopolio de impartir justicia, quitándosela de sus propias manos a los individuos, y por tanto, siendo el titular único de la función jurisdiccional, es decir la de administrar justicia, el derecho más elemental de toda persona es el de poder acudir ante los tribunales a reclamar sus derechos y a obtener una decisión judicial consecuente.

Este derecho, para poder materializarse en una justicia igualitaria, progresivamente condujo no solo a la consagración constitucional como un derecho formal puesto a disposición de las personas para que se pudiera ejercer con los medios de los cuales cada quien dispusiera, sino a la implementación de “una acción estatal afirmativa para su protección”¹⁷ que pudiera asegurar su efectivo ejercicio por todas las personas, sin discriminación. Y así fue que surgió el concepto en el mundo contemporáneo en los años setenta, específicamente vinculado con los trabajos dirigidos por el profesor Mauro Cappelletti en el Instituto Universitario Europeo de Florencia en Italia, a través del denominado “Proyecto de Florencia sobre Acceso a la Justicia.”¹⁸

a. Proyecto de Florencia: Acceso a la justicia y el principio de la no discriminación

Conforme a esa aproximación el tema del acceso a la justicia definida como política pública, comenzó a delinearse progresivamente superándose la actitud pasiva tradicional del Estado en relación con la desigualdad fáctica entre los litigantes que limitada el acceso al sistema judicial, entre otros factores, por los costos de los litigios, buscándose concebir soluciones y

¹⁷ Véase Mauro Cappelletti y Bryant Garth, El acceso a la justicia. *La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México 1996, p. 11

¹⁸ Véase Mauro Cappelletti (Director), *Accès a la justice et état-providence*, Publications de l’Institut Universitaire Européen, Economica Paris 1984.

configurar modelos para asegurar que las personas de menos recursos tuviesen acceso a las instancias judiciales.

Se trató, en definitiva, de lograr que el Estado asumiera la tarea de buscar aliviar la “pobreza legal”¹⁹ que impedía a muchas personas poder hacer uso cabal y efectivo de la ley y de las instituciones judiciales.

Ello condujo al establecimiento incluso en las Constituciones y en diversos instrumentos normativos internacionales, de obligaciones específicas para los Estados, a los efectos de asegurar efectivamente a todos el disfrute de los derechos, específicamente del derecho a la justicia.

Este es el sentido, en definitiva, de lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se reguló como “Obligación de Respetar los Derechos,” el compromiso de los Estados Partes no sólo “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” sino “a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” En la Convención se regula esta obligación, al punto de que si el ejercicio de dichos derechos y libertades “no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 1.2).

Fue en ese marco, por ejemplo, y conforme a las propuestas formuladas en el Proyecto de Florencia, que en muchos países se han ido eliminando las antiguas tasas o aranceles judiciales, que en otros tiempos los litigantes debían pagar por las diversas actuaciones en los procedimientos judiciales, prevaleciendo ahora en cambio, el principio de la gratuidad de la justicia.

En muchos países también se establecieron reglamentaciones a los efectos de determinar el monto de los honorarios de abogados, que siempre ha sido uno de los factores que más encarece el litigio, y se ha constituido en una barrera al acceso a la justicia; así como el régimen de pago de los costos procesales a la parte perdedora.

b. Acceso a la justicia y conocimiento del derecho y de los derechos

Por otra parte, y así sea solo para mencionarlo de pasada, otra de las principales barreras al acceso a la justicia, ha sido tradicionalmente la “ignorancia jurídica,” es decir, el desconocimiento sobre que existen derechos que se pueden hacer valer y reclamar. Ello ha exigido el desarrollo programas de educación para que la población en general sepa el alcance de sus derechos y las vías para reclamarlos.

¹⁹ Véase Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México 1996, p. 11

El problema de la “ignorancia jurídica,” sin embargo, es claro que no se refiere solo al conocimiento o a la falta de conocimiento por parte del ciudadano común sobre sus propios derechos, sino que se agudiza cuando son los propios abogados los que desconocen el derecho y los derechos, siendo la raíz de esto la formación deficiente que reciben en muchas “Facultades de derecho” que gradúan abogados más por prescripción que por conocimiento del derecho. Ello, por supuesto, también ha obligado a definir programas de formación y perfeccionamiento tendientes precisamente a que los abogados puedan ser el instrumento más efectivo para asegurar el acceso a la justicia.

c. Acceso a la justicia y simplificaciones judiciales

Otras formas de mitigar la barrera del acceso a la justicia, por el costo de llevar adelante los procesos judiciales, han sido las reformas judiciales destinadas a facilitar, por ejemplo, el desarrollo de una justicia más expedita, particularmente en el caso de reclamaciones de poco monto, lo que ha conducido, por ejemplo que en muchos países se haya desligado del sistema general de la administración de justicia, a los procesos relativos a reclamaciones vecinales o comunales, atribuyendo su resolución por ejemplo a los denominados jueces de paz o comunales, desarrollados mediante un procedimiento más simplificado.

En tal sentido, por ejemplo en la Constitución de Venezuela de 1999, se estableció la justicia de paz (que antes solo estaba regulada mediante ley) como competencia municipal (art. 178.7), remitiéndose a la ley su organización en las comunidades, debiendo los jueces de paz ser electos por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley (art. 258);²⁰ disposición que sin embargo ha sido distorsionada por el Estado totalitario al integrarse la justicia de paz al llamado “Estado Comunal” que no reconoce al sufragio como elemento legitimador de sus autoridades.

d. Acceso a la justicia y los medios alternativos de justicia

Otra política para promover el acceso a la justicia ha sido el desarrollo de los medios alternativos para la resolución de conflictos, al punto de por ejemplo haberse consagrado en el propio texto de las Constituciones el principio general de que el Estado debe promover “el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos,” tal como se establece en el artículo 258 de la Constitución Venezolana.

En el mismo sentido, también ha habido progreso en cuanto al reconocimiento en las Constituciones de otros mecanismos de acceso a la justicia como los específicos respecto de los pueblos indígenas, tal como lo establece el artículo 260 de la Constitución venezolana, cuando dispone que las “autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público,” remitiendo a la ley para determinar “la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Pero por supuesto, no bastan las declaraciones constitucionales, sino la ejecución de políticas públicas. Y éstas, por ejemplo en materia de arbitraje, en Venezuela han sido contrarias a la

²⁰ Ley Orgánica de la Justicia de Paz, (G.O. N° 4.817 Extra de 21-12-1994).

orientación de la Constitución al punto de que por ejemplo, en el campo del arbitraje internacional de inversiones, Venezuela ha llegado a denunciar en 2012 el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI).

e. Acceso a la justicia, la asistencia o ayuda judicial y la defensa pública

Pero quizás las reformas más importantes desarrolladas en las últimas décadas en muchos Estados para facilitar y asegurar el acceso a la justicia de las personas pobres o en general menos favorecidas económicamente, ha sido el establecimiento de servicios oficiales de asistencia o ayuda judicial, como parte de la burocracia estatal, para en cierta forma asegurar lo que el Rey San Luis de Francia expresó, en 1272, luego de establecer un servicio de abogados para atender a los indigentes, que se trataba de asegurar el derecho y la justicia a cada quien "tanto a los pobres como a los ricos."²¹

Quizás por ello, uno de los países con mayor tradición en el establecimiento de sistemas estatales de asistencia judicial ha sido Francia, donde se inició con la Ley de asistencia judicial de 1851 hasta que se dictó la Ley de ayuda judicial de 1972, establecida para que las "personas con recursos insuficientes" pudieran "hacer valer sus derechos en Justicia y se pudieran beneficiar de una ayuda judicial." Para ello, la Ley dispuso que se estableciera una oficina judicial en cada tribunal a cargo de un abogado retirado. Dicha Ley de 1972 fue sustituida en 1991, agregando a la ayuda judicial el servicio de "ayuda al acceso al derecho" para prestar servicio de asistencia y consultas jurídicas y además, asistencia en procedimientos no contenciosos o de la llamada "jurisdicción voluntaria."²²

En Francia, incluso se ha arraigado el desarrollo progresivo de las pólizas de seguros privados, otorgadas por las empresas de seguro, conforme a la normativa del Código de seguros, para garantizar a los asegurados la debida asistencia judicial.²³

Estos servicios de asistencia judicial, en todo caso, se extendieron en toda Europa, regulándose en los Códigos procesales, como fue el caso en Bélgica y en España. En Bélgica, el Código Judicial estableció el principio de "la asistencia judicial a quienes no dispongan de recursos necesarios para hacer frente a los gastos de los procedimientos, incluso extrajudiciales, del pago de timbres, y de expedición" (art. 664); y en España a partir de 1984, luego de dictarse la ley sobre el derecho a la justicia gratuita que sustituyó el viejo régimen del "beneficio de pobreza," sus normas se incorporaron en el Código de Procedimiento (arts. 13-50), beneficiando a las personas con ingresos inferiores dos veces menos que el salario mínimo interprofesional.

Estos sistemas de ayuda legal o asistencia judicial se fueron estableciendo en todos los países europeos, para atender a las personas con menos recursos, como sucedió en el Reino Unido, Italia, Países Bajos, Alemania, Suecia y Suiza,²⁴ habiendo pasado el tema a estar posteriormente regulado en el ámbito de la Unión Europea, donde por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos dispuso en su artículo 6.3. c) la garantía del acusado a ser asistido

²¹ Véase André Rials, *L'accès a la justice*, Presses Universitaires de France, París 1993, p. 18.

²² *Idem* pp.23-45.

²³ *Idem* pp.73-116.

²⁴ *Idem* pp.57-72

gratuitamente por un abogado de oficio si no tiene medios para pagarlo, cuando los intereses de la justicia lo exijan; y la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en su artículo 47 que se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

El resultado de todo ello, ha sido que en Europa, todos los Estados miembros de la Unión Europea tienen un régimen de asistencia jurídica gratuita, de manera que las personas que carecen de recursos económicos suficientes para acudir a los tribunales, pueden solicitar la asistencia jurídica gratuita al amparo de la legislación nacional. Sin embargo, como lo advierte el Portal Europeo *e-Justice*, de la Unión Europea, los distintos regímenes nacionales de asistencia jurídica gratuita tienen grandes diferencias en cuanto a la filosofía que los orienta, de manera que “en algunos Estados el objetivo general parece ser garantizar la disponibilidad general de los servicios jurídicos y el acceso a la justicia, mientras que en otros la asistencia jurídica gratuita sólo se reconoce a los más pobres.”²⁵

En América Latina, en los últimos lustros se han realizado muchos esfuerzos²⁶ para establecer programas estatales específicos de Asistencia Legal y Judicial, habiéndose inicialmente desarrollado programas de carácter no oficial, gerenciados por Organizaciones No Gubernamentales o Universidades públicas o privadas mediante la creación, por ejemplo, de Clínicas Jurídicas para asistir a las personas menos favorecidas económicamente en acciones y procedimientos judiciales; e igualmente, para asistir, con el mismo propósito, a grupos determinados de personas más sensibles, por género o condición social, como es el caso de la atención y defensa de las mujeres, campesinos o indígenas.²⁷

Más recientemente, esos esfuerzos han cristalizado en organizaciones estatales que se han venido estableciendo en casi todos los países de América Latina, como han sido las Oficinas de Defensa o Defensoría Públicas que de programas diseñados inicialmente en relación con la defensa en los procesos penales, que fue en definitiva el origen de los programas estatales de “defensa pública,” se han transformado progresivamente en instituciones generales destinadas a garantizar la “defensa pública y acceso a la justicia” abarcando muchas otras áreas distintas a la de la jurisdicción penal.

En algunos casos se trata de unidades organizativas que se han estructurado en el marco de la organización del Poder Ejecutivo, como es el caso de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia en el Perú concebida como la “institución de la Defensa Pública Peruana,” y definida “como organismo rector del Servicio de Asistencia Legal Gratuita.”²⁸ En

²⁵ Véase en https://e-justice.europa.eu/content_legal_aid-293-es.do

²⁶ Véase por ejemplo, en Jorge Correa Sutil, “Acceso a la justicia y reformas judiciales en A.L. ¿Alguna esperanza de mayor igualdad?” en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/Especiales_SELA/SELA%201999%20-%20Ed%202000/04SELA99Juridica16.pdf

²⁷ Véase por ejemplo, el estudio comparado sobre la experiencia de este tipo de organizaciones en Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y Perú en José Thompson, *Access to Justice and Equity, A Study in seven countries of Latin America*, Inter- American Development Bank, Inter- American Institute of Human Rights, s

²⁸ “El servicio de Defensa Pública es brindado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), a través de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia (DGDPAJ), a las personas que no cuenten con recursos económicos y en los demás casos en que la ley expresamente así lo establezca. Este servicio integral brinda Asistencia Legal Gratuita, en materia penal, de familia, civil y laboral, y defiende a personas que han sido víctimas

otros casos se trata de Oficinas Nacionales autónomas, como la Oficina de Defensa Pública de República Dominicana,²⁹ e incluso en otros casos, el servicio está integrado al sistema de justicia como es el caso de la Dirección de la Defensa Pública en Costa Rica³⁰ o del servicio de "Defensa Pública" en Venezuela, establecido como órgano con autonomía pero integrada al sistema de justicia. En este último caso, la institución está prevista en el artículo 268 de la Constitución, y funciona con "el propósito fundamental de garantizar en forma gratuita y sin exclusión la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la defensa."³¹ También está el caso de la "Defensoría Pública" del Ecuador establecido también como un organismo autónomo que forma parte de la Función Judicial, "cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos."³²

f. Acceso a la justicia y la protección de los derechos humanos

Debe destacarse, por otra parte, también en relación con la garantía del derecho de acceso a la justicia, el desarrollo de organizaciones destinadas en especial para la protección de los derechos humanos, constituidas en paralelo al desarrollo de las oficinas o servicios generales de Defensa Pública. Ha sido el caso, en América Latina, de la creación de la institución de los Defensores del Pueblo o de los Defensores de Derechos Humanos, que progresivamente se ha ido incorporando en muchas de nuestras Constituciones, como instituciones con la misión específica de proteger la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

Inicialmente la misión se atribuyó a organizaciones pre-existentes, como fue el caso en Venezuela en la Constitución de 1961, del Ministerio Público atribuido al Fiscal General de la República, con la misión adicional de velar por la vigencia y respeto de los derechos y libertades públicas en los procesos fundamentalmente de carácter penal; tarea que sin embargo, no fue lo efectiva en relación con la específica protección de los derechos humanos.

Fue precisamente por ello, que en contraste, en las décadas pasadas se ha generalizado en el constitucionalismo latinoamericano, la creación de instituciones desvinculadas del Ministerio Público y de la defensa penal, para velar por la vigencia de los derechos humanos, dotadas de autonomía funcional y en general a cargo de un alto funcionario de nombramiento parlamentario.

El proceso comenzó con la creación del Defensor del Pueblo en Guatemala en 1985, y es hoy el signo general en las Constituciones de América Latina, donde se consagra expresamente la figura del Defensor del Pueblo, del Defensor de los Derechos Humanos, o del Defensor de

de la vulneración de sus derechos en cualquiera de sus formas, y y no cuentan con los recursos económicos para contratar a un abogado." Véase la información en <http://www.minjus.gob.pe/defensapublica/index.php>

²⁹ Véase en <http://www.defensapublica.gov.do/>

³⁰ Véase en <http://www.poder-judicial.go.cr/defensapublica/index.php/servicios/defensa-agraria>

³¹ La Defensa Pública, "para actuar ante los órganos y entes nacionales, estatales y municipales ofrece sus servicios en materia penal, jurisdicción Penal Militar, Agraria, Laboral, Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo; Protección del Niño, Niña y Adolescente; Responsabilidad Penal del Adolescente; Indígena; Civil; Mercantil; Tránsito y Contencioso Administrativa; Tribunal Supremo de Justicia." Véase en <http://www.defensapublica.gob.ve/index.php/servicios/en-que-ayudamos-materias-de-competencia>

³² Véase en <http://www.defensoria.gob.ec/index.php/defensoria-publica/quienes-somos/que-es-la-defensoria-publica>

los Habitantes³³ y, en otros casos, incluso sin previsión constitucional, como es el caso en Costa Rica, donde por ley 7319 de 1992 se creó la figura de la Defensoría de los Habitantes, como órgano contralor que forma parte del Poder Legislativo.³⁴

La tendencia de creación de estas instituciones se siguió también en la Constitución venezolana de 1999, separándose del Ministerio Público la protección institucional de los derechos humanos, tarea que se asignó al Defensor del Pueblo concebido incluso como una rama autónoma e independiente del Poder Público. Conforme al artículo 380 de la Constitución, este "tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humano, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos".

En todos esos casos, esta institución se distingue de lo que podría considerarse como el modelo original que fue el del Ombudsman escandinavo, el cual fue concebido como mecanismo parlamentario de protección de los derechos pero frente a la Administración, producto en cierta forma de la lucha entre el Ejecutivo y el Parlamento, lo que obligó a este último a establecer un Comisionado Parlamentario para vigilar la Administración del Estado.

En el caso de la institución latinoamericana, ya no se trata de ese Ombudsman con la característica inicial, sino de un órgano constitucional con autonomía funcional que aun cuando es de nombramiento parlamentario, no está sometido al Parlamento ni responde a instrucciones parlamentarias. Tiene, por tanto, independencia frente a los Poderes del Estado en general y con lapso de duración generalmente coincidente con el período constitucional. Tiene, además, una característica importante, y es que en América Latina, goza de legitimación para intentar acciones de protección o tutela, es decir, acciones de amparo respecto de derechos individuales y colectivos o difusos, o acciones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, hay que recordar que en algunos países de América Latina se ha seguido el modelo europeo vinculado a la protección frente a la Administración Pública, como es el caso de Argentina, donde la Constitución (art. 86), regula al Defensor del Pueblo como un defensor frente a la Administración, que tiene por objeto la protección de los derechos humanos ante hechos, actos u omisiones de la Administración Pública y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

En el resto de los países donde se ha consagrado la figura del Defensor del Pueblo o del Procurador para Defensa de los Derechos Humanos, no se especifica en forma alguna que la tarea de protección se deba ejercer en relación con la administración del Estado o al Poder Ejecutivo, sino frente a la universalidad de actores que puedan atentar contra los derechos humanos. Es el caso de las Constituciones de Colombia, Ecuador, El Salvador y Paraguay, aun cuando en algunos países como en Colombia y El Salvador, el Defensor de los Derechos Humanos o Derechos del Pueblo se vincula al Ministerio Público.

³³ Véase por ejemplo, Jorge Luis Maiorano, "El Defensor del Pueblo en América Latina. Necesidad de Fortalecerlo," en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XII, diciembre 2001, pp. 191- 198; Carlos R. Constenla, *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*, Reus, Temis, Madrid 2010

³⁴ Véase en http://www.dhr.go.cr/la_defensoria/

En otros casos, aun cuando independiente del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo o Procurador de los Derechos Humanos, como sucede en Perú, Bolivia y Guatemala, además de la protección de los derechos en cualquier forma, tiene la tarea expresa de protegerlos frente a la Administración Pública, y de vigilar la actividad de esta.

IV. Acceso a la justicia y principio pro accione

Otros de los aspectos medulares del derecho de acceso a la justicia, que ha implicado reformas y transformaciones significativas, ha sido el que ha tenido por objeto asegurar efectivamente el derecho de todos de accionar en justicia, de manera que en particular por lo que se refiere al control de constitucionalidad y legalidad de los actos estatales, los ciudadanos tengan posibilidad de ejercer las acciones correspondientes; y que en todo caso, conforme al principio de progresividad, la interpretación que el juez debe dar respecto de las condiciones de admisibilidad que las leyes establezcan para los diversos tipos de acciones, siempre se rija por el principio *pro actione*. Como lo ha interpretado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

“dentro del alcance del principio pro actione, las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que “(...) el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia.”³⁵

El principio *pro actione*,” implica por tanto, que “todo ciudadano tiene derecho a [...] que los requisitos procesales se interpreten en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales.”³⁶ Ello tiene especial repercusión, por ejemplo, en el tratamiento de las condiciones de legitimación que se establecen en las leyes respecto de las acciones de amparo, de control de constitucionalidad de las leyes, de protección de intereses colectivos o difusos, o contencioso administrativas.

i. La legitimación en las acciones de amparo

En cuanto a la legitimación en materia de amparo constitucional, el primer aspecto que tiene relación con el acceso a la justicia se refiere al carácter personalísimo de la acción, que tiene como consecuencia que en principio, solo puede ser intentada por la parte injuriada o agraviada. El principio *pro actione*, sin embargo, ha contribuido a atemperar dicha regla, de manera que se admite en muchas legislaciones que otras personas distintas puedan intentar la acción de amparo en nombre de la persona agraviada.

En esta materia, por ejemplo, una excepción general a la regla del carácter personal de la acción se ha desarrollado en relación con la acción de habeas corpus, en cuyo caso, como generalmente la persona agraviada está físicamente impedida de actuar personalmente por

³⁵ Véase sentencia de la Sala Constitucional n.º 1.064/2000, del 19 de septiembre de 2000.

³⁶ Véase en *Revista de Derecho Público* N.º 101 de 2005 en pp. 88 ss.

sufrir detención o libertad limitada, las leyes de amparo autorizan a cualquier persona a intentar la acción en representación suya (Argentina, Bolivia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Venezuela).³⁷

En el mismo sentido, algunas leyes de amparo, para garantizar la protección constitucional, también establecen la posibilidad de que otras personas actúen representando a la parte agraviada e intenten la acción en su nombre. Puede ser cualquier abogado o familiar como se establece en Guatemala (art. 23), o cualquier persona como se establece en Paraguay (art. 567), Ecuador (art. 9.1), Honduras, Uruguay³⁸ y Colombia, donde cualquiera puede actuar en nombre de la parte agraviada cuando esta última esté en situación de incapacidad para asumir su propia defensa (art. 10).³⁹ El mismo principio está establecido en el Código Procesal Constitucional de Perú.⁴⁰

Otro aspecto que se debe notar sobre la legitimación activa es que algunas leyes de amparo latinoamericanas, en forma restrictiva, obligan al accionante a nombrar formalmente a un abogado que le asista como, por ejemplo, se indica en el Código Judicial panameño (art. 2.261).

Por otra parte, muchas legislaciones otorgan legitimación para intentar la acción de amparo en nombre de los agraviados o de la colectividad, al Defensor de los Derechos Humanos o Defensor del Pueblo, como es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

ii. La legitimación en las acciones de inconstitucionalidad con especial referencia a la despopularización de la acción popular

En materia de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, la regla tradicional, conforme a la orientación europea, ha sido que se limite el ejercicio de la acción directa a determinados funcionarios u órganos del Estado (Presidente del Gobierno, Ministerio Público, miembros del Parlamento), a quienes se da la legitimación necesaria para acceder a los Tribunales Constitucionales. En otros casos, por ejemplo, la legitimación activa se ha otorgado

³⁷ Leyes de Amparo: Argentina (art. 5: cualquiera que lo represente); Bolivia (art. 89: cualquiera en su nombre); Guatemala (art. 85: cualquier otra persona); Honduras (art. 19: cualquier persona); México (art. 17: cualquier otra persona en su nombre); Nicaragua (art. 52: cualquier habitante de la República); Perú: (art. 26: cualquiera a su favor); Venezuela (art. 39: cualquiera que lo represente). En México, la ley impone en la parte agraviada la obligación de ratificar expresamente la interposición del recurso de amparo, al punto que si la queja no se ratifica, se reputará no presentada (art. 17).

³⁸ En Honduras, la Ley sobre Justicia Constitucional autoriza a cualquier persona actuar por la parte agraviada, sin necesidad de poder, en cuyo caso el artículo 44 prevé que prevalecerá el criterio de la parte agraviada (art. 44). En Uruguay (art. 3) la Ley N° 16.011 sobre la Acción de Amparo prevé que en casos en los que la parte agraviada, por sí misma o por su representante, no pudiese intentar la acción, entonces cualquiera puede hacerlo por ella, sin perjuicio de la responsabilidad del agente si éste hubiese actuado con fraude, malicia o culpable ligereza (art. 4).

³⁹ Véase Carlos Augusto Patiño Beltrán, *Acciones de tutela, cumplimiento, populares y de grupo*, Editorial Leyer, Bogotá, 2000, p. 10; y Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*, Lexis, Bogotá, 2005, p. 122.

⁴⁰ El artículo 41 del Código establece: "Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso."

a los ciudadanos, pero cuando hayan sido lesionados en su interés personal y directo, como es el caso de Uruguay, Honduras y Paraguay.

En contraste con dichas manifestaciones restrictivas de acceso a la justicia constitucional, en cambio, otros sistemas han establecido una legitimación amplia, otorgada a cualquier ciudadano, con la posibilidad de ejercer una acción popular con base en su simple interés a la constitucionalidad, como se ha establecido en Colombia y Venezuela desde el siglo pasado.

También se ha establecido en Panamá como medio procesal para acceder a la Jurisdicción Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y además se ha establecido en El Salvador y Nicaragua, correspondiendo por tanto a cualquier ciudadano. En Guatemala la acción se puede ejercer por "cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos" (art. 134).

En Ecuador, en la Constitución de 1995 por ejemplo, se permitía que el Tribunal Constitucional pudiera conocer de peticiones de inconstitucionalidad de las leyes interpuestas por mil ciudadanos o de cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre la procedencia, lo que en definitiva equivale a una acción popular. En otros casos, como en Honduras y en Uruguay, la acción de inconstitucionalidad de una ley sólo la pueden intentar quienes ostenten un interés personal, legítimo y directo.

Ahora bien, esta acción popular como institución fundamental para asegurar el acceso a la justicia en materia de control de constitucionalidad de las leyes, como antes dije, ha tenido una larga tradición particularmente en Venezuela que se remonta a su consagración por primera vez en América latina en la Constitución de 1858, pudiendo ejercerse por cualquier persona natural o jurídica, que goce de sus derechos, es decir, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en 1971, la acción está abierta "a cualquiera del pueblo (de ahí su denominación)", siendo su objetivo "la defensa de un interés público que es a la vez simple interés del accionante quien, por esta sola razón, no requiere estar investido de un interés jurídico diferenciado legítimo."⁴¹ Basándose en ello, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, califica la acción de inconstitucionalidad como una "demanda popular de inconstitucionalidad," lo que significa, como lo dijo la Sala Constitucional en sentencia N°796 de 22 de julio de 2010 (Caso: Asociación civil Súmate, Francisco Javier Suárez y otros), que la acción popular "puede ser ejercida por cualquier ciudadano," es decir, "que toda persona tiene, en principio, la cualidad o interés procesal para la impugnación de las leyes o actos con rango de ley, por medio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad," no exigiéndose "un interés procesal calificado, ni por la posible existencia de una especial situación de hecho que vincule alguna posición jurídico-subjetiva con cierta norma legal (individualizada), ni por el ejercicio de un cargo público, sea de representación popular o sea dentro del Poder Ciudadano." ⁴²

⁴¹ Véase sentencia de la Corte Federal del 22/2/60, *Gaceta Forense* N° 27, 1960, pp. 107 et 108; así como la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa del 3/10/63, *Gaceta Forense* N° 42, 1963, pp. 19 y 20, la del 6/2/64 *Gaceta Oficial* N° 27.373, 21/2/64, la del 30/5/63, *Gaceta Forense* N° 52, 1968, p. 109, y la del 25/9/73 *Gaceta Oficial* N° 1643 Extra, 21/3/74, p. 15.

⁴² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/796-22710-2010-09-0555.html>

Sobre este concepto la jurisprudencia ha sido reiterativa, al afirmar que la acción popular “corresponde a todos y cada uno de los individuos que componen un conglomerado, para impugnar la validez de un acto del Poder Público que, por tener un carácter normativo y general, obra erga omnes, y, por tanto, su vigencia afecta e interesa a todos por igual.”⁴³ Es decir, en cuanto a la impugnación de actos normativos, éstos “pueden ser impugnados por la vía de la acción popular, ejercida libremente por cualquier ciudadano que se encuentre en el pleno goce de sus derechos, esto es, que tenga capacidad procesal” invocando simplemente “el derecho que tiene todo ciudadano a que la administración respete la legalidad.”⁴⁴ En este caso, agregó la antigua Corte Suprema, “la acción que se da... a cualquiera del pueblo (de allí su denominación) está dirigida a la defensa de un interés público que es a la vez simple interés del accionante quien por esta sola razón no requiere estar investido de un interés jurídico diferencial o legítimo.”⁴⁵

Lamentablemente, sin embargo, a pesar de estas declaraciones, en el régimen autoritario que se ha instalado en los últimos años en Venezuela, la “popularidad” de la acción popular ha sido progresivamente restringida por el Juez Constitucional, en claro atentado al derecho de acceso a la justicia, negándose incluso el Juez Constitucional en algunos casos recibir siquiera la acción propuesta, declarándola como “improponible,” término inventado para consolidar la arbitrariedad.⁴⁶

En esa forma la Sala Constitucional, desconociendo el derecho de acceso a la justicia, para negarse a entrar a conocer de acciones populares, las ha declarado como “improponibles,” comenzando todo con ocasión de las acciones de inconstitucionalidad y amparo que se ejercieron contra los actos del procedimiento de la reforma constitucional propuesta en 2007, la cual en definitiva fue rechazada mediante referendo. El tema sin duda era polémico, por lo que las irregularidades gubernamentales para enfrentar las inevitables impugnaciones que se presentarían comenzaron en la víspera. Así sólo dos días después de que el Presidente de la República sometiera a la Asamblea su proyecto de reforma constitucional, el 17 de agosto de 2017, la Presidenta de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (es decir, de la Jurisdicción Constitucional) y del propio Tribunal Supremo, quien a la vez había sido miembro del Consejo Presidencial para diseñar dicha Reforma Constitucional, adelantándose a cualquier posible y previsible impugnación por inconstitucionalidad de la iniciativa presidencial

⁴³ Véase la sentencia de la antigua Corte Federal de 14-03-60 en Gaceta Forense Nº 27, 1960, págs.127-132 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 18-02-71 en Gaceta Oficial Nº 1.472 Extra. de 11-06-71. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1940-1975 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, Vol. I, Caracas, 1978, pp. 209-304.

⁴⁴ Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 06-02-64 en Gaceta Oficial Nº 27.373 de 21-02-64. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia...*, cit., Tomo V, Vol. I, pág.296.

⁴⁵ Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 18-02-71 en Gaceta Oficial Nº 1.472 Extra, de 11-06-71, y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 21-11-74, en G.O. Nº 30.594 de 10-01-75. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia...*, cit., Tomo V, Vol. I, págs. 304 y 314.

⁴⁶ Sobre dicho término el reputado lingüista venezolano, recién fallecido, Alexis Rodríguez Márquez, dijo; “Al parecer se trata de un neologismo inventado por los eminentes magistrados de la Sala Constitucional...es un solemne disparate... la “improponibilidad” es lógicamente inexistente. Lo “improponible” es lo que no se puede proponer. ¿Cómo puede, entonces, ser “improponible” lo que ya ha sido propuesto? ¿Puede alguno de los ilustres magistrados explicarnos esta verdadera aporía?... Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia deben ser sabios en Derecho; pero serán malos jueces si son ignorantes del idioma en que deban expresarse.” Véase “La improponibilidad y la Real Academia,” en <http://elderechoenperspectiva.blogspot.com/2011/03/alguien-dijo-de-la-real-academia-de-la.html>

y del trámite parlamentario, procedió a emitir opinión pública impunemente, prejuzgando sobre el asunto, dejando claro - dijo -: como lo reseña la prensa:

*“que la Sala Constitucional no tramitará ninguna acción relacionada con las modificaciones al texto fundamental, hasta tanto éstas no hayan sido aprobadas por los ciudadanos en el referendo. “Cualquier acción debe ser presentada después del referendo cuando la reforma ya sea norma, porque no podemos interpretar una tentativa de norma. Después de que el proyecto sea una norma podríamos entrar a interpretarla y a conocer las acciones de nulidad”.*⁴⁷

La afirmación era otro soberano disparate, pues si la reforma se aprobaba por el pueblo mediante referendo ya no hubiera habido posibilidad de impugnar el procedimiento de reforma dada la legitimidad popular que habría adquirido.

Pero independientemente de este prejuzgamiento de la presidenta del Tribunal Supremo, la Sala Constitucional, que ella presidía, decidió mediante sentencia N° 2189 de Noviembre de 2007 (*Caso Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros), sin que la Magistrado Presidenta se hubiese inhibido como hubiera correspondido en un Estado de derecho al haber adelantado públicamente opinión sobre lo decidido comprometiendo su imparcialidad,⁴⁸ declarando como “improponible” la acción de inconstitucionalidad propuesta contra el acto de la Asamblea Nacional que había sancionado la reforma constitucional,⁴⁹ lo que se repitió en muchas otras sentencias, negando el derecho ciudadano de acceder a la justicia y a obtener tutela judicial.⁵⁰ Para declarar como “improponible” la acción adujo además la Sala que los actos impugnados eran actos preparatorios de una enmienda constitucional, y por ello, no eran “impugnables por vía autónoma,” renunciando así, a ejercer la justicia constitucional respecto de los procedimientos de reforma y enmienda constitucional.

Posteriormente, otra restricción a la popularidad de la actio popularis lo estableció la Sala Constitucional en 2010, de nuevo con motivo de la acción popular de inconstitucionalidad intentada por la Asociación civil Súmate y otros, contra las Resoluciones del Consejo Nacional

⁴⁷ Reseña del periodista Juan Francisco Alonso, en El Universal, Caracas 18-08-2007.

⁴⁸ Conforme al artículo 8 del Código de Ética del Juez, “La imparcialidad constituye supuesto indispensable para la correcta administración de justicia, y por ello el magistrado...juez... que se hallare incurso en alguna causal de inhibición o recusación o viere comprometida su imparcialidad por alguna circunstancia previa o sobreviniente al proceso del cual deba conocer, debe separarse inmediatamente del mismo sin esperar a que se le recuse.”

⁴⁹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2189 de 22 de Noviembre de 2007, *Caso Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 581 ss. (Véase también en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2189-221107-07-1596.htm>).

⁵⁰ Tal fue el caso de la sentencia N° 2108 de 7 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Carrasqueño), dictada en el Caso Jorge Paz y otros con motivo de decidir la acción popular de inconstitucionalidad contra los actos ejecutados por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007; los actos del Ministro del Poder Popular del Despacho de la Presidencia; los actos de la Asamblea Nacional y de la Comisión Mixta, todos relacionados con el proyecto de reforma de la Constitución que por iniciativa del Presidente de la República tramitaba la Asamblea Nacional, también declarada como “**improponible.**” Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 9, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, México 2008, pp. 17-60; “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. (O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la “reforma constitucional” sancionada por la Asamblea Nacional el 02 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 02 de diciembre de 2007)”, en *Revista de Derecho Público*, n° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 661-694

Electoral de enero de 2009”, mediante las cuales se convocó y fijó para el 15 de febrero de 2009, la celebración del Referéndum Aprobatorio de la Enmienda Constitucional de ese año para el establecimiento de la reelección indefinida,⁵¹ en la sentencia N° 796 de 22 de julio de 2010 (*Caso: Asociación civil Súmate, Francisco Javier Suárez y otros*),⁵² que le negó a la *Asociación Civil* impugnante el derecho a participar en el control de constitucionalidad de los actos impugnados, declarando su “falta de legitimación” porque la misma habría recibido en algún momento, *in illo tempore*, “financiamiento de naciones extranjeras para desarrollar actividad pública.” Ello, a juicio de la Sala implicaba que entonces carecía “de legitimidad para actuar en defensa de intereses extranjeros sobre asuntos de política interna.” Ello, por supuesto, lo dedujo la Sala, en contra de lo que disponen los propios estatutos de la Asociación, donde se define como su objetivo esencial, el “promover en todas las formas posibles de la democracia como sistema de convivencia social dentro del marco de la libertad y el respeto a los derechos humanos.”⁵³

O sea, que conforme a esta arbitraria doctrina jurisprudencial, en definitiva, la acción popular de inconstitucionalidad dejó de ser “popular,” en el sentido de que para la Sala Constitucional no “toda persona” tiene la cualidad o interés procesal para intentarla, careciendo de legitimación, por ejemplo, según la Sala, aquellas “personas” que liderasen sectores que sean de oposición “al gobierno legítimo y democrático.”⁵⁴ La Sala Constitucional, en realidad, lo único que persiguió fue discriminar inconstitucionalmente a una Asociación civil que ha cumplido una labor encomiable desde el punto de vista de la oposición al gobierno autoritario, y dejando sembrada la duda en torno a las consecuencias que pueden derivarse del destino que una entidad vinculada a la oposición pueda dar a los fondos que reciba, negándole el acceso a la justicia.

Pero más grave aún que esta arbitraria restricción puntual, y que la declaración sistemática de la “improponibilidad” de la acción popular cuando se ha intentado por particulares, en defensa del derecho a la Constitución, al sufragio y a la participación política, ha sido la práctica del control concentrado de constitucionalidad, que evidencia que en los últimos años, la mayoría de las acciones de inconstitucionalidad intentadas por los particulares han sido declaradas sistemáticamente sin lugar; en cambio, aquellas que han sido intentadas por el propio Estado, a través de sus altos funcionarios, han sido declaradas con lugar, entre las cuales muchas han sido interpuestas por personeros del Poder Nacional contra actos de los Estados y Municipios.

Así, en un reciente estudio efectuado de las sentencias de la Sala Constitucional dictadas con ocasión de acciones de inconstitucionalidad durante los años 2000 a 2013, teniendo en cuenta quién ha sido el demandante, si ha sido un órgano del Estado o un particular, se puede concluir indicando que “cuando la nulidad es solicitada por el sector público, la

⁵¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, n° 117, Caracas 2009, pp. 205-211

⁵² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/796-22710-2010-09-0555.html>. Véase los comentarios en Véase Allan R. Brewer-Carías, “La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional,” en *Estudios Constitucionales*, No. 9, 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile 2011, pp. 623-638. Véase la Revista No. 9, 2, en http://www.cecoch.cl/htm/revista/revista_9_2_2011.html; y el artículo en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_14.pdf

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Idem*.

probabilidad de obtener un pronunciamiento favorable oscila entre el 15 y 45%; mientras que en el caso del sector privado este se encuentra entre el 0 y 10%,"⁵⁵ lo que llevó al autor del estudio, con razón, a preguntarse sobre la real "popularidad" de la acción popular, es decir:

"¿Qué tan popular es una acción popular que al ser intentada por un ciudadano ajeno a la Administración Pública posee, estadísticamente hablando, menos probabilidad de obtener un pronunciamiento favorable a que si la acción fuese ejercida por un funcionario público? ¿Es esta la materialización de la "intención subjetiva del Constituyente" recogida en la Exposición de Motivos de la Carta Magna según la cual "todas las personas tienen a su alcance la acción popular clásica"?"⁵⁶

Y la respuesta no es otra que la que el mismo autor del estudio sugiere, en el sentido de que "la acción popular cada día parece ser menos popular y tiende, exclusivamente, a la protección de las competencias que la Constitución de la República confirió al Poder Público Nacional como límite a la actuación de los estados y municipios en esta, de por sí, curiosa federación."⁵⁷

iii. La legitimación en las acciones de protección de derechos o intereses difusos o colectivos

Por otra parte, otro de los temas de gran interés en el mundo contemporáneo en relación con el derecho de acceso a la justicia, ha sido el del tratamiento de la protección de derechos colectivos y difusos, que incluso en algunos casos, ha encontrado consagración constitucional, como sucedió en Venezuela, precisamente como parte del derecho de acceso a la justicia, reconociendo el derecho de cualquier persona de solicitar protección no sólo de sus derechos personales, sino de los derechos "colectivos" y "difusos" (artículo. 26).

En relación con estos derechos colectivos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela consideró tales derechos como los que corresponden a un grupo indeterminadas de personas que forman parte de un sector de la población, cuando entre ellas existe un vínculo jurídico que las unifica, como sucede en los casos de daños a grupos profesionales, de vecinos, sindicatos, o de habitantes de un área urbana.⁵⁸ En relación con los derechos difusos, la misma Sala Constitucional estableció que en esos casos, se refiere a los que pueden afectar a la población en general porque buscan asegurar a las personas en general una mejor calidad de vida así como condiciones mínimas de existencia.⁵⁹ En este sentido, por ejemplo, están los daños al ambiente o a los consumidores que tienen efectos dañinos y expansivos en relación con grandes grupos de la población, y que responden a obligaciones genéricas de protección al ambiente o a los consumidores.⁶⁰

⁵⁵ Véase Gabriel Sira Santana, "La impopularidad de la acción popular de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia," en Revista de Derecho Público, No. 139, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 20014, pp. 145 a 161.

⁵⁶ Idem, p. 161

⁵⁷ Idem, p. 161

⁵⁸ Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 656 de 5 de junio de 2001 (Caso: Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional).

⁵⁹ Idem,.

⁶⁰ Idem,

Ahora bien, en relación con la legitimación activa para intentar acciones de amparo en búsqueda de protección de estos derechos colectivos y difusos, por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela ha admitido la posibilidad de que “cualquier individuo con capacidad legal” pueda intentar la acción, cuando busca impedir daños a la población o partes de ella a las que pertenece, estando habilitado para intentar la acción basada en la protección de intereses difusos o colectivos.⁶¹ Fue el caso, por ejemplo, de una acción de amparo intentada para la protección de los derechos electorales, en el cual, un ciudadano invocando los derechos generales del sufragio, intentó una acción de amparo que incluso, condujo en 2000 la suspensión inmediata de una elección general presidencial y legislativa.⁶² En otras palabras, la Sala Constitucional ha admitido que “cualquier persona capaz que busque impedir daños a la población o a sectores de la misma a los que pertenece, puede intentar acciones en defensa de los intereses colectivos o difusos”, extendiendo “la legitimación a las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos y otras entidades colectivas dedicadas a la defensa de la sociedad, siempre que actúen dentro de los límites de sus fines societarios referidos a la protección de los intereses de sus miembros.”⁶³ En estos casos, la Sala Constitucional estableció las condiciones generales de la legitimación, decidiendo que la acción debe basarse “no sólo en el derecho personal o interés del accionante, sino también en el derecho común o colectivo”.⁶⁴ En consecuencia, en estos casos debe existir una relación o vínculo “incluso sin ser de carácter jurídico, entre quien demanda en nombre del interés general de la sociedad o de parte de ella (interés social común) y el daño o peligro causado a la colectividad.”⁶⁵

Estas acciones “colectivas” de amparo para la protección de derechos difusos, particularmente en materia ambiental, han sido expresamente constitucionalizados en América Latina, como es el caso de Argentina, en cuya Constitución se estableció que la acción de amparo puede intentarse por la parte afectada, el Defensor del Pueblo y las asociaciones registradas que persigan esos fines, contra cualquier tipo de discriminación en relación con los derechos para la protección del ambiente, la libre competencia, los derechos de usuarios y consumidores y los derechos de incidencia colectiva general (Artículo 43).⁶⁶

⁶¹ Idem,

⁶² En estos casos, la Sala Constitucional incluso ha otorgado medidas cautelares con efectos erga omnes tanto a los individuos y la entidad que interpusieron la acción como “a todos los votantes como grupo”. Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 483 de 29 de septiembre de 2000 (Caso: “Queremos Elegir” y otros), *Revista de Derecho Público*, N° 82, 2000, EJV, pp 489–491. En sentido similar véase la decisión de la misma Sala N° 714 de 13–06–2000 (Caso: APRUM).

⁶³ Véase sentencia de la Sala Constitucional de 30–06–2000 (Caso Defensoría del Pueblo. Véase las referencias y comentarios en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas 2001, pp. 110–114.

⁶⁴ Véase sentencia N° 1948 de 17–02–2000 (Caso: William O. Ojeda O. vs. Consejo Nacional Electoral).

⁶⁵ Idem.). Sin embargo, a pesar de las sentencias progresistas antes mencionadas en relación con la protección de los intereses colectivos o difusos, como los derechos políticos, en una más reciente decisión de 21 de noviembre de 2005, la Sala Constitucional ha revertido su decisión en un caso intentado por otro partido político denominado “Un Solo Pueblo”. Véase *Caso William Ojeda vs. Ministro de la Defensa y los Comandantes Generales del Ejército y de la Guardia Nacional*, en *Revista de Derecho Público*, N° 104, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005.

⁶⁶ Véase Joaquín Brage Camazano, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Editorial Porrúa, México 2005, pp. 94 y ss.; Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea Buenos Aires 1987, pp. 81–89. En relación con asociaciones que pueden intentar la acción de amparo, la Suprema Corte de la nación ha considerado que no requieren registro formal. Véase sentencia 320:690, Caso: *Asociación Grandes Usuarios y sentencia 323:1339, Caso Asociación Benghalensis*, en Joaquín Brage Camazano, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Editorial Porrúa, México 2005, pp. 92–93.

En Perú, el artículo 40 del Código Procesal Constitucional también autoriza a cualquier persona para intentar acciones de amparo, en casos referidos a las amenazas o violaciones a los derechos ambientales u otros derechos difusos que gozan de reconocimiento constitucional, así como respecto de cualquier entidad con fines no lucrativos cuyos fines sean la defensa de esos derechos.

En sentido similar, en Brasil se ha regulado en la Constitución el mandado de segurança colectivo, destinado a la protección de los derechos difusos o colectivos, que puede intentarse por los partidos políticos con representación en el Congreso nacional, por los sindicatos y los instrumentos de clase o asociaciones legalmente establecidas en defensa de los intereses de sus miembros, que hayan estado funcionando al menos durante el año (Artículo 5, LXIII).⁶⁷

En Ecuador, el artículo 48 de la Ley de Amparo también autoriza a cualquier persona natural o jurídica para intentar una acción de amparo cuando se trate de la protección al ambiente, incluyendo a las comunidades indígenas a través de sus representantes.⁶⁸

En el caso de Costa Rica, los amparos colectivos han sido admitidos por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materias relativas al ambiente, basándose en la previsión constitucional que establece el derecho de todos “a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado” (Artículo 50); atribuyendo a cualquier persona “la legitimación para denunciar los actos que infrinjan tales derechos”.⁶⁹

Por último, por ejemplo, en Colombia, si bien la acción de tutela también responde al carácter personal y privado de la acción de amparo, de manera que sólo puede intentarse por el titular del derecho fundamental protegido por la Constitución⁷⁰, ello no significa que los derechos difusos o colectivos no encuentren protección judicial, a cuyo efecto la Constitución ha regulado la “acción popular” para la protección de los mismos.⁷¹

⁶⁷ Adicionalmente, desde 1985, en Brasil se ha desarrollado las “acciones civiles colectivas”, en forma similar a las *Class Actions* del derecho norteamericano para la protección de derechos de grupo, como consumidores, aún cuando limitando la legitimación a las entidades públicas y a las asociaciones Véase Antonio Gidi, “Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, in Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinator), *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Editorial Porrúa, Tomo III, México 2003, pp. 2.538 y ss.

⁶⁸ Hernán Salgado Pesantes, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito 2004, p. 76.

⁶⁹ Véase sentencia 1700–03 de la Sala Constitucional, en Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, 2001, pp. 239–240.

⁷⁰ Véase Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*, Lexis, Bogotá 2005, p. 121. Es por ello que el artículo 6,3 de la Ley de Tutela expresamente dispone que la acción de tutela es inadmisibles cuando los derechos que se busca proteger son derechos colectivos como el derecho a la paz y otros referidos en el artículo 88 de la Constitución”, particularmente porque para tal fin se ha establecido una vía específica denominada “acción popular”.

⁷¹ Estas acciones populares están establecidas en la Constitución para la protección de los derechos e intereses relacionados con la propiedad pública, el espacio público, la seguridad pública y la salud, la moral administrativa, el ambiente, la libertad de competencia y otros de naturaleza similar. Todos estos son derechos difusos, y su protección se regula en la Ley 472 de 1998 relativa a las acciones populares. Esta ley también regula otras acciones para la protección de los derechos en caso de daños infringidos a una pluralidad de personas.

iv. La legitimación en las acciones contencioso administrativas de anulación y el tema del interés legítimo

También en materia contencioso administrativo, en lo que se refiere a las acciones de impugnación de actos administrativos por razones de ilegalidad e inconstitucionalidad con el objeto de anularlos judicialmente, en general se han establecido condiciones de legitimación activa para accionar, que sin duda inciden en el derecho de acceso a la justicia.

En Venezuela, por ejemplo, es en la propia Constitución donde se ha regulado a la Jurisdicción contencioso administrativa, la cual se ha atribuido al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa y Sala Electoral, y a otros tribunales establecidos legalmente, con competencia:

“para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa” (art. 259).

Esta previsión implica que teniendo los ciudadanos el derecho de acceso a la justicia, todos tienen entonces el derecho de accionar ante dichos órganos para solicitar la revisión judicial de actos y actuaciones administrativas. A tal efecto, en cuanto a la legitimación activa para iniciar juicios contencioso administrativos, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010,⁷² bajo una tendencia garantista del derecho de accionar, estableció en su artículo 29 que el mismo corresponde a quienes tengan “un interés jurídico actual” en relación con el objeto de la pretensión, es decir, que el interés exista al momento de realizarse la actuación procesal, basado en la relación o situación jurídica concreta de la persona, lo que dependerá por supuesto de la pretensión procesal que se formule ante la Jurisdicción.

En el caso de los juicios de nulidad contra los actos administrativos, respecto de la legitimación activa, la Ley Orgánica no estableció nada más, por lo que el “interés actual” exigido debe estar lógicamente condicionado por los efectos producidos por los actos impugnados.

Antes de la reforma de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, sin embargo, en materia de acciones de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares, la legitimación activa tradicionalmente fue atribuida a quienes fueran titulares de un “interés personal, legítimo y directo”⁷³ en la impugnación del acto administrativo; exigencia que fue precisamente eliminada en la LOJCA 2010, pero que no necesariamente ha desaparecido por completo, pues dependerá de los efectos del acto

⁷² La Ley Orgánica fue sancionada por la Asamblea Nacional el 15 de diciembre de 2009, y publicada en Gaceta Oficial No. 39.447 de 16 de junio de 2010. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010

⁷³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos de la legitimación activa en los recursos contencioso-administrativos contra los actos administrativos de efectos particulares”, en *Revista de Derecho Público*, Nº 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 227-233.

Tal como se había desarrollado jurisprudencialmente anteriormente, la necesidad de que el recurrente en los juicios de nulidad tuviese un interés personal, legítimo y directo en la impugnación, implicaba que tratándose de actos individuales o de efectos particulares, en principio, en el proceso sólo podían “actuar los sujetos a quienes directamente afecta el acto administrativo,”⁷⁴ es decir, “los que tuvieran un interés legítimo en su anulación.”⁷⁵ Esta noción de interés personal, legítimo y directo, fue precisada con acuciosidad por la Corte Primera de lo Contencioso- Administrativa en su sentencia del 13 de octubre de 1988 (caso: Cememosa), al clarificar que por *interés legítimo* “debe entenderse como la existencia de una tutela legal sobre la pretensión del actor;” que el interés sea personal “alude a la de que el actor haga valer en su nombre o en el de un sujeto o comunidad a los cuales representa, su pretensión;” y que el *interés sea directo*, se refiere a “que el efecto del acto recaiga sobre el actor” y que “el acto esté destinado al actor.” En fin la exigencia apunta a que “el impugnante sea el afectado, el que recibe los efectos inmediatos de la decisión sobre su esfera de intereses.”⁷⁶

Esta exigencia, sin embargo, comenzó a variar después de sancionada la Constitución de 1999, mediante sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en efecto, N° 873 de 13 de abril de 2000 (*Caso: Banco FIVENEZ vs. Junta de Emergencia Financiera*), en la cual consideró que con las previsiones de la nueva Constitución había “quedado tácitamente derogado el criterio legitimador exigido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues dicho criterio resulta incompatible con los principios que establece la nueva Constitución (Disposición Derogatoria única de la Constitución de 1999), al menos en lo que respecta a la exigencia de que el interés legitimador sea personal y directo,” refiriéndose en particular al derecho al acceso a la justicia, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva. La Sala concluyó entonces indicando que “el interés para recurrir que exige la nueva Constitución, obviamente, sigue siendo “legítimo”, ya que el ordenamiento jurídico no puede proteger intereses ilegítimos.” Sin embargo, por lo que respecta al interés directo, la Sala lo consideró sin aplicación por lo que el recurrente en estos procesos de nulidad, “cuando el particular pueda obtener de la impugnación del acto administrativo una ventaja o evitar un perjuicio, aunque no exista una relación inmediata entre la situación derivada o creada por el acto administrativo” debe admitirse la impugnación al ser “titular de un ‘interés indirecto’, lo cual lo legitima para ejercer el recurso contencioso administrativo.”

Consideró la Sala, en consecuencia, que es suficiente para impugnar tanto actos de efectos particulares como actos de efectos generales, “que se tenga un interés conforme con el ordenamiento jurídico, aunque dicho interés no sea personal y directo.” tratándose siempre, por supuesto de un interés legítimo y actual. Además, señaló la Sala que en lo que respecta a la exigencia de que el interés sea “personal,” que “la nueva Constitución permite el acceso a la justicia para la defensa de los intereses “difusos” y “colectivos,” concluyendo entonces que “el concepto de interés previsto en la nueva Constitución abarca los intereses estrictamente personales así como los intereses comunes de cuya satisfacción depende la de todos y cada uno de los que componen la sociedad.” Terminó la Sala Político Administrativa aclarando que, en todo caso, “no puede confundirse la legitimación por simple interés legítimo que

⁷⁴ Véase en *Gaceta Forense*, N° 27, pp. 127-132. Véase además en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema ... cit.*, Tomo V, Vol. I, cit., p. 293.

⁷⁵ Véase *Gaceta Oficial* N° 14.72 Extra, de 11-06-71.

⁷⁶ Véase *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 445 ss.

exige la nueva Constitución con la denominada acción popular” en cuyo caso “al particular deberá admitírsele la interposición del recurso con independencia de que pueda ostentar un derecho o interés lesionado.”⁷⁷

Pero a pesar de este criterio jurisprudencial de 2000, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 repitió en su texto la norma de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de 1976 (norma que había sido considerada tácitamente derogada por la Constitución por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo), exigiéndose el “interés personal, legítimo y directo” como condición de legitimidad para interponer el recurso contencioso de anulación contra los actos administrativos de efectos particulares (Art. 21.9); razón por la cual continuó siendo, hasta 2010, la condición básica de la legitimación para intentar demandas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares o para hacerse parte en los juicios. A partir la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, en la misma ni la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de ese mismo año estableció condición alguna del interés del recurrente para intentar acciones contencioso administrativas contra actos de efectos particulares, por lo que sobre la base esencial de tratarse siempre de un interés legítimo y actual, será la jurisprudencia la que irá delineando la legitimación.

En todo caso, distinta es la situación de la posibilidad de participación en los juicios como demandantes o como partes, de los entes, consejos comunales, colectivos y otras manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, en cuyo caso el acto administrativo impugnado debe tener vinculación con su ámbito de actuación. Esas entidades pueden incluso emitir su opinión en los juicios cuya materia debatida esté vinculada a su ámbito de actuación, aunque no sean partes (art. 10).

Se trata de lo que se ha regulado en la Constitución para la tutela judicial de los intereses colectivos o difusos (art. 26), como antes se ha dicho, en relación con situaciones jurídicas subjetivas que corresponden a una comunidad concreta o a la colectividad en general. Con ello, se ha reconocido también legitimación activa para actuar, a las entidades representativas de intereses colectivos legalmente establecidas y reconocidas (intereses colectivos), y a quienes en determinadas circunstancias invoquen la protección de los intereses supra-individuales que conciernen a toda la colectividad (intereses difusos), lo que se había recogido en el artículo 18.2 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004.

En todo caso, tratándose de la impugnación de actos administrativos de efectos generales, como los reglamentarios, la legitimación para impugnarlos y para hacerse parte en los juicios corresponde a cualquier ciudadano, pues es una acción popular, que por ejemplo alegue en tal; carácter, un simple interés en la anulación o en el mantenimiento del acto impugnado. La acción en estos casos, en efecto, es una acción popular contencioso administrativa, tal como se derivaba del artículo 21.9 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004, cuando disponía que “toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por un acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, puede demandar la nulidad del

⁷⁷ Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 582-583

mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad.”

v. La legitimación en las acciones contencioso administrativas por abstención o carencia: derecho de petición y transparencia

El ejercicio del derecho de acceso a la información administrativa para poder controlar la transparencia administrativa, que como derecho constitucional tienen que tener los ciudadanos en un Estado de derecho, está usualmente garantizado por la previsión, también de orden constitucional, del derecho de petición y a obtener oportuna respuesta, y que es el vehículo inicial para tener acceso a la información.

La Constitución venezolana, por ejemplo, establece en el artículo 51 el derecho de toda persona “de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad o funcionario público sobre los asuntos que sean de su competencia, y de obtener oportuna y adecuada respuesta,” agregando, incluso que “quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo.” A tal efecto la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981,⁷⁸ en su artículo 2 dispone que “toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa,” las cuales deben “resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo.” Esta obligación se reitera en el artículo 3 de la misma Ley que agrega que “los funcionarios y demás personas que presten servicios en la Administración Pública, están en la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por las faltas en que incurran,” pudiendo los interesados “reclamar, ante el superior jerárquico inmediato, del retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazo en que incurrieren los funcionarios responsables del asunto.”

Por otra parte, la Constitución misma en Venezuela ha garantizado a los ciudadanos el “derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular” (art. 143).

Estas disposiciones constitucionales y legales, relativas al derecho de acceso a la información, mediante la garantía del derecho de petición y a obtener oportuna respuesta, para controlar la transparencia administrativa, se complementan además, con la regulación expresa, dentro de las vías judiciales para controlar a la Administración, del recurso contencioso administrativo contra la omisión o carencia de la Administración, el cual desarrollado desde antaño por la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia,⁷⁹ se ha regulado en forma expresa en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010.⁸⁰

⁷⁸ Véase en *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario de 1-7-1981

⁷⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control”, en *El Derecho Venezolano en 1982, Ponencias al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 603-617

⁸⁰ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.451 de 22 de junio de 2010.

El artículo 9.2 de la Ley, como se ha dicho, establece entre la competencia de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la de conocer “de la abstención o la negativa de las autoridades a producir un acto al cual estén obligados por la ley,” correspondiendo la legitimación activa para intentar el recurso correspondiente al titular del derecho a obtener respuesta o decisión sobre determinado asunto. Por ello, en el texto de la demanda que se intente, la Ley Orgánica exige que se establezca la relación de los hechos y los fundamentos de derecho con sus respectivas conclusiones; debiendo producirse con el escrito de la demanda, los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado (art. 33). La demanda por abstención o negativa de la Administración, por otra parte, debe interponerse en el lapso de 180 días continuos contados a partir del momento en el cual la Administración incurrió en la abstención (art. 32.3).

Estas son las únicas previsiones específicas relativas a la admisibilidad de la acción por abstención o negativa de la Administración. Sin embargo, en relación con la legitimación activa para intentar el recurso por abstención o carencia, cuando de lo que se trata es de falta de respuesta a un derecho de petición basado en el derecho a la información que de acuerdo con lo resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “está legitimado en función del principio de transparencia en la gestión pública,” la misma Sala Constitucional ha determinado en 2010, “con carácter vinculante,” que:

“en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario que el solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la información.”⁸¹

Esta condición de admisibilidad establecida por la Sala Constitucional que impone a los recurrentes contra la abstención de la Administración de responder las peticiones, la obligación de manifestar expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la información en el texto de las mismas, se ha convertido a la vez en una limitación al acceso a la justicia, que los tribunales contencioso administrativos han desarrollado progresivamente.

Así lo resolvió la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 1636 de fecha 3 de diciembre de 2014, (caso: *Asociación Civil Espacio Público Vs. Ministro del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología*),⁸² en la cual se declaró inadmisibile el recurso por abstención formulado ante dicho Ministerio, para obtener respuesta a diversas solicitudes de información sobre diversas dificultades presentadas para los usuarios de internet de la empresa nacional de teléfonos, sobre si se habían realizado bloqueos o restricciones en diversos portales web de noticias , y si fueron realizadas a través de una orden gubernamental, solicitando “nombre de la persona que dio la orden, motivos de las mismas, así como, que se le provea de una lista de las páginas web bloqueadas y las fechas en que se realizaron dichas acciones.” La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, frente a ello, invocando el criterio vinculante de la Sala Constitucional, se limitó a expresar que la información requerida, podía “encontrarse en los informes anuales que son rendidos por los titulares de los ministerios ante la Asamblea Nacional,” los cuales son “de

⁸¹ Véase la antes mencionada sentencia N° 745 del 15 de julio de 2010 Caso: Asociación Civil Espacio Público) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html>

⁸² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/172301-01636-31214-2014-2014-1142.HTML>

carácter público,” procediendo, sin más a declarar la “inadmisibilidad de la pretensión de abstención formulada.”

Invocando estas sentencias, las Cortes de lo Contencioso Administrativo han venido declarando inadmisibles acciones contencioso administrativas contra la omisión administrativa en dar oportuna respuesta a peticiones de información formulada por diversas asociaciones, vaciando progresivamente el contenido tanto del derecho de acceso a la información como del derecho de petición y el derecho de acceso a la justicia.

Así, en sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 12 de agosto de 2015 (*Caso Asociación Civil Transparencia Venezuela contra el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN)*),⁸³ dictada al conocer del recurso por abstención intentado contra dicho servicio por no haber respondido las “denuncias sobre posibles hechos de corrupción de funcionarios adscritos a esa Institución” formuladas por la mencionada Asociación, la Corte Segunda afirmó que “la accionante no formuló concretamente solicitud alguna al Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), toda vez que, las comunicaciones remitidas al mencionado Servicio sólo contienen la información antes indicada y únicamente se limitó a incluir en cada una de las referidas comunicaciones la coletilla “a la espera de su pronta respuesta”, sin haber manifestado de manera clara y elocuente, que era lo que le solicitaba al accionado.” A pesar de que una denuncia de corrupción basta para que el órgano respectivo abra una averiguación y determine si se produjo o no, sin que nadie tenga que indicarle al funcionario qué, cuándo, cómo debe actuar, de ello concluyó la Corte primera observando que:

“la parte actora no señaló las razones ni los propósitos por los cuales requería que el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, le suministrara información referente a las presuntas denuncias efectuadas a funcionarios de ese Servicio por presuntos hechos de corrupción.”

Por ello declaró inadmisibile la acción, pero no contenta con ello, la misma Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, fue más allá, y afirmó sin base alguna que:

“aun cuando tales razones y argumentos hubiesen sido explanados por la accionante, ésta no posee legitimación alguna para solicitarle al Servicio Autónomo de Registros y Notarías, que le suministre información relacionada a supuestos hechos de corrupción, dado que dichas investigaciones deben ser realizadas por los Organismos del Estado creados a tal fin, por lo que, mal puede pretender la Asociación Civil actora, acreditarse legitimación para efectuar tales requerimientos.”

Simplemente, con esta sentencia se ha producido la negación al derecho de los ciudadanos a la transparencia gubernamental; del derecho de los ciudadanos a petición sobre asuntos administrativos, y a formular denuncias ante los órganos administrativos sobre hechos de corrupción, del derecho de acceso a la información, y del derecho de acceso a la justicia.⁸⁴

⁸³ Véase en <http://ca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/AGOSTO/1478-12-AP42-G-2015-000211-2015-0784.HTML>

⁸⁴ A esta sentencia le precedió la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de 28 de julio de 2015 (*Caso Asociación Civil Transparencia Venezuela contra el Instituto Nacional de Transporte Terrestre (INTT)*), en

V. El acceso a la justicia y el agotamiento de recursos previos

Otro tema relacionado con el derecho de acceso a la justicia, es el relativo a la restricción al mismo que pueda resultar del principio del necesario agotamiento previo de algunos procedimientos o acciones, lo que en el ámbito interno se regula en materia contencioso administrativo, y en el ámbito externo en materia de acceso a la jurisdicción internacional.

i. El sistema de agotamiento de los recursos administrativos para acceder a la justicia contencioso administrativa

En materia de control de legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos, uno de los principios que tradicionalmente se han establecido como condición de admisibilidad de las acciones para impugnarlos, ha sido el que deriva del privilegio establecido a favor de la Administración de poder revisar antes de que sean impugnados en vía contencioso administrativa, imponiéndose a los recurrentes la obligación de agotar previamente los recursos administrativos o gubernativos existentes. En esta materia, sin embargo, el derecho de acceso a la justicia contencioso administrativa ha venido teniendo prevalencia, habiéndose producido un cambio importante respecto del clásico principio del necesario agotamiento de la vía administrativa para poder acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, el principio, por ejemplo, como fue establecido inicialmente en Venezuela por la jurisprudencia de la antigua Corte Federal desde 1953, implicaba que:

“el recurso extraordinario, contra los actos ilegales de la Administración no puede ser llevado ante el órgano jurisdiccional competente, sino después de haberse agotado la vía administrativa. De suerte que el titular de un interés legítimo que haya sufrido lesión como consecuencia de un acto administrativo determinado, debe ante todo interponer el recurso legal de apelación en el término que para el caso ha establecido la ley reguladora de la materia. Si así no lo hiciera, la decisión queda firme, y ello, porque realmente conviene al orden social, la estabilidad de los actos de la Administración Pública, sin perjuicio, claro está, de la garantía debida a los administrados, quienes tienen a su alcance las vías adecuadas para hacer valer sus derechos”⁸⁵.

A partir de esa fecha, los actos administrativos en Venezuela no pudieron ser atacados de nulidad mediante el recurso contencioso-administrativo de anulación sino una vez agotada la vía administrativa a través de la interposición del recurso jerárquico respectivo,⁸⁶ procediendo el recurso de anulación solo contra el acto administrativo que fuera la última palabra de la Administración, o de un inferior, cuando no existiera recurso jerárquico que intentar contra su acto⁸⁷.

<http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/1478-28-AP42-G-2015-000185-2015-0705.HTML>

⁸⁵ Véase sentencia de la antigua Corte Federal, de 24-11-1953, *Gaceta Forense*, N° 2, Caracas 1953, pp. 185-186.

⁸⁶ Véase sentencia de la antigua Corte Federal, de 5-8-5853, *Gaceta Forense*, N° 21, Caracas 1958, pp. 70-76. En esta sentencia también se expresa que “esa decisión de la autoridad superior en la respectiva escala, que causa, estado, es la que puede impugnarse por medio del recurso contencioso-administrativo y, por tanto, la que tiene que provocar el interesado, por medio de la apelación o el reclamo para ante esa autoridad superior”.

⁸⁷ Artículo 124.2. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Las Condiciones de recurribilidad de los Actos Administrativos en la vía Contencioso-Administrativa”, en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 54, Caracas, 1966, pp. 83-11; en

En estos casos se hablaba de “acto que causaba estado,” cuando no había otra instancia administrativa que pudiera revisarlo. Sobre ello, la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de diciembre de 1961, expresó que “en ausencia, pues, de decisión Ministerial que agote la vía administrativa y cause estado dentro de la misma, resulta improcedente para la Corte dictar decisión alguna en el presente caso.” El principio se había definido anteriormente, por la antigua Corte Federal en sentencia de 28 de octubre de 1959 al señalar que “causan estado aquellos actos que no son susceptibles de apelación por haberse agotado la vía gubernativa o jerárquica, ya sean ellos definitivos, ya de trámite, siempre que estos últimos decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de tal modo que ponga fin al juicio o hagan imposible su continuación,” agregando que:

“Debe haberse agotado la vía administrativa, porque mientras tal cosa no ocurra, puede la Administración, en razón de la facultad que tiene el superior de revocar, suspender o modificar los actos del inferior dictar otra decisión que satisfaga, en todo o en parte, el reclamo del particular interesado y haga innecesario recurrir a la vía jurisdiccional. Es, pues, necesario que la resolución administrativa quede investida de una estabilidad que impida ulterior reforma, ya porque fue dictada por un funcionario que podía hacerlo sin apelación a ninguna otra autoridad superior; o ya porque, siendo apelable, se ha pronunciado sobre ella el funcionario más alto en la respectiva jerarquía administrativa. Es entonces cuando causa estado y puede recurrirse contra ella por la vía de lo contencioso-administrativo”⁸⁸.

Posteriormente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982⁸⁹ estableció una completa regulación de los recursos administrativos complementando lo que estaba previsto en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 sobre requisitos de admisibilidad,⁹⁰ distinguiendo entre actos que ponen fin a la vía administrativa y actos que no ponen fin a la vía administrativa, estableciendo en estos últimos casos la necesidad de agotarla mediante el recurso jerárquico.

La condición de admisibilidad, en todo caso, comentó a variar y a ser eliminada, precisamente para garantizar el acceso a la justicia en los casos en los cuales se ejerciera una pretensión de amparo constitucional conjuntamente con la acción contencioso administrativa de anulación, en cuyo caso el artículo 5° de la Ley Orgánica estableció que:

Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX. Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, Instituto del Estudio de Administración Local, Madrid, 1969, T. V, pp. 743-769.

⁸⁸ Véase en *Gaceta Forense*, N° 26, pp. 66-68. En igual sentido la misma Corte Federal, en sentencia de 5 de agosto de 1958, sostuvo lo siguiente: “Por otra parte, es bien sabido que el recurso contencioso-administrativo contra decisiones del Poder Administrador no puede intentarse sino cuando el interesado ha agotado la vía administrativa por medio del ejercicio El Recurso Jerárquico, que es precisamente la reclamación contra la decisión o un acto administrativo por ante el superior jerárquico, con el fin de que la revoque o modifique, por estimar que lesiona un derecho subjetivo o un interés legítimo del interesado y que transgrede normas legales vigentes. Esa decisión de la autoridad superior en la respectiva escala, que causa estado, es la que puede impugnarse por medio del recurso contencioso administrativo y, por tanto, la que tiene que provocar el interesado, por medio de la apelación o el reclamo para ante esa autoridad superior” (V., en *Gaceta Forense*, N° 21, pp. 71 y 72). En estos mismos términos se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en multitud de sentencias posteriores. (V., los extractos en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, T. V, Vol. I, Caracas, 1978, pp. 324 a 350).

⁸⁹ Artículo 95 LOPA.

⁹⁰ Artículos 84.5 y 124. 29

“Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación que se fundamenta en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aun después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la ley; y no será necesario el agotamiento de la vía administrativa”.

Por tanto, cuando se ejercía la acción de amparo contra actos administrativos, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación, no operaba la causal de inadmisibilidad por falta de agotamiento de la vía administrativa.

Posteriormente, en una evolución posterior, se ha abandonado totalmente la exigencia del agotamiento de la vía administrativa para poder impugnar los actos administrativos, y en cambio, la Ley Orgánica de la Administración Pública lo que ha establecido como derecho de los administrados en sus relaciones con la Administración, es a “ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones y omisiones de la Administración Pública” (Art. 7.10).

ii. El sistema de agotamiento de los recursos internos y el acceso a la justicia internacional

Igualmente como restricción al acceso a la justicia, pero en el ámbito de la justicia internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos exige en su artículo 46.1,a) que para cualquier reclamación internacional dirigida en contra un Estado por violaciones a los derechos humanos, deben haberse agotado previamente los recursos de la jurisdicción interna, “conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

Con ello, como sucede en general en todas las otras instancias internacionales de protección de los derechos humanos, se diseñó el sistema interamericano de manera de asegurar que el mismo no pueda sustituir las jurisdicciones de los propios Estados, que tienen la responsabilidad primordial de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención.

Sin embargo, ante el derecho humano de acceso a justicia, es claro que esta condición de inadmisibilidad derivada de la exigencia de agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna, solo debe ser aplicada e interpretada de manera que no se cause indefensión a las víctimas del ejercicio arbitrario del poder público, pues en general, conforme al artículo 29.a), de la Convención, ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de permitir que los Estados puedan suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en la propia Convención. Precisamente, por ello, por ejemplo, la Corte Interamericana ha indicado, que siendo el objetivo primordial de la Convención la protección internacional de los derechos humanos frente a las acciones arbitrarias de los Estados, la excepción de agotamiento de recursos internos no puede aplicarse cuando se trate de una situación de inexistencia de recursos internos efectivos que coloca a la víctima en estado de indefensión.

Y precisamente siempre se colocaría a la víctima en esa situación de indefensión, si la Corte procediera a conocer de alguna excepción de agotamiento de recursos internos sin analizar el fondo de las denuncias formuladas contra el Estado, en todos los casos en los cuales entre las mismas está precisamente la violación de las garantías judiciales, basadas en la ausencia de independencia y autonomía del Poder Judicial, lo que implica que los supuestos recursos internos son inexistentes en sí mismos o si existen son inefectivos. En esos casos, la Corte debe siempre resolver sobre el fondo de las denuncias formuladas, y no quedarse aisladamente en el análisis de la excepción preliminar.

En estos casos, como lo resolvió la Corte Interamericana desde su primera sentencia dictada en 1987 en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*,⁹¹ al analizar el tema de las excepciones basadas en la falta de agotamiento de los recursos internos para acceder a la justicia internacional, cuando se alegan violaciones a los derechos y garantías judiciales, y particularmente, violaciones a los derechos al debido proceso, a un juez independiente, a la defensa, a la presunción de inocencia y a la protección judicial, lo que significa juzgar sobre el funcionamiento mismo del Poder Judicial, sobre todo si se denuncia la inexistencia de autonomía e independencia del mismo. En esos casos, la Corte Interamericana, como es obvio y elemental, consideró que tenía necesariamente que considerar y juzgar las violaciones aducidas, y no podía juzgar aisladamente sobre la excepción de agotamiento de los recursos internos (se hubieran o no agotado efectivamente). Para hacerlo debía antes entrar a considerar el fondo de las denuncias formuladas, particularmente por que en situaciones de ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial. Con base en ello, la Corte decidió desde 1987, que “acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto.”⁹²

Como la propia Corte Interamericana lo interpretó en otra ocasión:

“... para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten

⁹¹ Véase *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C Nº 1. En dicho caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte en efecto consideró lo siguiente: “91. La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la inefectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo.”

⁹² *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C Nº1, párr. 68.

ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.”⁹³

En esas circunstancias, exigir el agotamiento de recursos internos, no sería otra cosa que decidir, sin motivación alguna, dándole un aval al Poder Judicial del Estado cuya independencia y autonomía es precisamente la que se cuestiona cuando se denuncia violaciones masivas al debido proceso.

Y eso fue lo que ocurrió recientemente en un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, decidido mediante sentencia No. 277 de 26 de mayo de 2014, ordenando el archivo del expediente, sin decidir nada sobre los méritos del caso, pues supuestamente la víctima no había agotado los recursos internos, negándose a juzgar sobre las denuncias efectuadas sobre la situación del Poder Judicial carente de autonomía e independencia, e ignorando de paso que efectivamente si se había agotado el único recurso interno disponible; negándose así a la víctima su derecho de acceso a la justicia internacional y protegiendo la arbitrariedad del Estado autoritario.⁹⁴ Decisión que a juicio de los Magistrados Jinesta Lobo, Castillo Víquez, Rueda Leal, Hernández López y Salazar Alvarado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, expresada en Nota separada a la sentencia No. 2015-11568 del 31 de julio de 2015, “pesa como una sombra en la trayectoria y jurisprudencia de la Corte Interamericana.”⁹⁵

Entre las denuncias formuladas en ese caso contra el Estado estaban las masivas violaciones por sus agentes a las garantías judiciales de la víctima, como fueron las violaciones a los derechos al debido proceso, a un juez independiente e imparcial, a la defensa, a la presunción de inocencia, y a la protección judicial; todo en medio de una situación de inexistencia de autonomía e independencia del Poder Judicial que la propia Corte Interamericana ya conocía

⁹³ Corte IDH: *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9; 24. Igualmente, *Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N° 70; 191; *Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia* de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, 90; *Corte IDH, Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C N° 187, 102; *Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N° 198, 61; *Corte IDH, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C N° 207, 129; *Corte IDH. Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Marzo de 2011. Serie C N° 223, 75.

⁹⁴ Véase la sentencia en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf. Véase sobre esta sentencia: Allan R. Brewer-Carías, *El Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estudio del caso y análisis crítico de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 277 de 26 de mayo de 2014, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014

⁹⁵ Sentencia, dictada en el juicio de habeas corpus a favor del ciudadano Dan Dojc, en el proceso de extradición que se le seguía en Costa Rica a petición del Estado venezolano. Véase el texto de la sentencia en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=644651&strTipM=T&strDirSel=directo&r=1. Véase la noticia de prensa sobre dicha sentencia en http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Sala-IV-extradicion-cuestiona-Venezuela_0_1504049615.html

por al menos tres casos anteriores decididos contra Venezuela: *Apitz Barbera y otros* (2008),⁹⁶ *María Cristina Reverón Trujillo* (2009),⁹⁷ y *Mercedes Chocrón Chocrón* (2011).⁹⁸

En esos supuestos, la Corte Interamericana siempre sostuvo que no se podía decidir la excepción de falta de agotamiento de recursos internos que pudiera alegar el Estado demandado, sin primero entrar a conocer y decidir si en el Estado cuestionado había o no esencialmente garantías judiciales, es decir, si el Poder Judicial efectivamente era confiable, idóneo y efectivo para la protección judicial.

Sin embargo, en el caso mencionado, apartándose de su propia jurisprudencia,⁹⁹ para no decidir sobre las violaciones alegadas y evitar juzgar al Estado denunciado, el cual por lo demás venía presionando sistemáticamente a la Corte en toda forma, la Corte se excusó, sin razón jurídica alguna y en desconocimiento absoluto e inconcebible de las características peculiares del proceso de amparo constitucional en Venezuela, en el argumento de que para que la víctima pudiese haber pretendido acudir ante la jurisdicción internacional para buscar la protección que nunca pudo obtener en su país, debió haber “agotado” los recursos internos en Venezuela, ignorando deliberadamente que en el caso, precisamente la víctima había intentado y agotado efectivamente, el único recurso disponible y oportuno que tenía al comenzar la etapa intermedia del proceso penal (noviembre de 2005) que fue la solicitud de amparo penal o “nulidad absoluta” de lo actuado por violación masiva de sus derechos y garantías constitucionales; recurso que jamás fue decidido por el juez de la causa, violando a la vez el derecho de la víctima a la protección judicial.

Lo que la inicua decisión de la Corte hizo en ese caso al ordenar archivar el expediente fue, en definitiva, resolver que para que la víctima que era un perseguido político pudiera pretender acceder a la justicia internacional buscando protección a sus derechos, debía previamente someterse ante jueces carentes de independencia e imparcialidad en el paródico proceso penal iniciado en su contra por razones que eran puramente políticas, y allí tratar de gestionar que el mismo pasara de una supuesta “etapa temprana” en la cual en criterio de la Corte supuestamente se encontraba (párrafos 95, 96, 97, 98 de la sentencia), y en la cual por lo visto, en criterio de la Corte, se podrían violar impunemente las garantías judiciales; para que se pudiera llegar a una imprecisa y subsiguiente “etapa tardía,” que nadie sabe cuál podría ser, y ver si se corregían los vicios denunciados; pero eso sí, con la víctima privada de libertad y sin garantía alguna del debido proceso, en un país como Venezuela donde simplemente no existe independencia y autonomía del Poder Judicial.¹⁰⁰

⁹⁶ Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

⁹⁷ Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf

⁹⁸ Véase en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf

⁹⁹ En definitiva, como lo observó el profesor Héctor Faúndez, “Curiosamente, la sentencia de la Corte Interamericana, apartándose de su práctica anterior, omitió examinar esta excepción preliminar junto con el fondo de la controversia, a fin de determinar si, en efecto, la presunta víctima había sido objeto del ejercicio arbitrario del poder público, sin que hubiera recursos efectivos disponibles para subsanar esa situación, o sin que la víctima tuviera acceso a esos recursos. Como muy bien observan los jueces disidentes, esta es la primera vez en la historia de la Corte que ésta no entra a conocer el fondo del litigio para decidir si es procedente una excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos.” Véase Héctor Faúndez Ledesma, “El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso: Brewer-Carías (Sentencia n° 277 de 26 de mayo de 2014),” en *Revista de Derecho Público*, No. 139, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 216.

¹⁰⁰ Véase entre otros trabajos: Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara,

Es decir, para la Corte Interamericana, la única forma para que la víctima en ese caso de ostensible persecución política, pudiera pretender obtener justicia internacional era que se entregara a sus perseguidores políticos, para que una vez privado de libertad y sin garantías judiciales algunas, tratase de seguir, desde la cárcel, un proceso judicial que estaba viciado desde el inicio; de manera que si después de varios años lograba que el mismo avanzara, y las violaciones a sus derechos se agravaran, entonces, si aún contaba con vida, o desde la ultratumba, podía regresar ante la Corte Interamericana a denunciar los mismos vicios que con su sentencia la Corte se negó a conocer.

En palabras de los Jueces **Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot** expresadas en su importante Voto *Conjunto Negativo* a la sentencia, estando “de por medio el derecho a la libertad personal:

“Pretender que el señor Brewer Carías regrese a su país para perder su libertad y, en esas condiciones, defenderse personalmente en juicio, constituye un argumento incongruente y restrictivo del derecho de acceso a la justicia, al no haberse analizado en el caso precisamente los aspectos de fondo invocados por la hoy presunta víctima relacionados con diversas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, que de manera consustancial condicionan los alcances interpretativos del artículo 7.5 del Pacto de San José respecto al derecho a la libertad personal “ (Párrafo 116)

En realidad, hubiera bastado que los señores jueces, para percatarse de esa situación, y decidir en justicia, se hubieran leído – si no querían leer los alegatos y argumentos formulados en el caso, así como los dictámenes y *amicus curiae* que se presentaron en juicio -, al menos sus propias sentencias anteriores en las cuales la Corte ya había analizado y considerado la situación del Poder Judicial en Venezuela; y sobre todo, se hubiesen leído uno de los más recientes informes sobre la problemática estructural del Poder Judicial en Venezuela publicado solo dos meses antes de dictarse la sentencia (Ginebra en marzo de 2014), por la Comisión Internacional de Juristas, titulado Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela. En la Presentación al mismo, el Secretario General de la Comisión, Wilder Tayler, explicó que:

“Este informe da cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela, comenzando con el Ministerio Público cuya función constitucional además de

Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57, y en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, N° 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138. Publicado en Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. *La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 163-193; “Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una “jurisdicción disciplinaria judicial”), en *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia org., Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas 2012, pp. 9-103; “The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary,” en *Venezuela. Some Current Legal Issues 2014*, Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2014, pp. 13-42

proteger los derechos es dirigir la investigación penal y ejercer la acción penal. El incumplimiento con la propia normativa interna ha configurado un Ministerio Público sin garantías de independencia e imparcialidad de los demás poderes públicos y de los actores políticos, con el agravante de que los fiscales en casi su totalidad son de libre nombramiento y remoción, y por tanto vulnerables a presiones externas y sujetos órdenes superiores.

En el mismo sentido, el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son "provisionales" y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio TSJ, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista. [...]"

Luego de referirse a que "el informe da cuenta además de las restricciones del Estado a la profesión legal," el Sr. Tayler concluyó su Presentación del Informe afirmando tajantemente que:

"Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobadamente ineficiente para cumplir con sus funciones propias. En este sentido en Venezuela, un país con una de las más altas tasas de homicidio en Latinoamérica y en el familiares sin justicia, esta cifra es cercana al 98% en los casos de violaciones a los derechos humanos. Al mismo tiempo, el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes."¹⁰¹

Ese Poder Judicial, cuya situación de falta de independencia y autonomía quedó probada y evidenciada en el expediente ante la Corte Interamericana, y que por estar particularmente constituido en su gran mayoría por jueces provisorios, la propia Corte ya conocía y había decidido en los mencionados casos contra Venezuela: Apitz Barbera y otros,¹⁰² María Cristina Reverón Trujillo (2009,¹⁰³ y Mercedes Chocrón Chocrón,(2011)¹⁰⁴; fue el Poder Judicial que, sin embargo, en el caso Brewer-Carías, la misma Corte no se atrevió a juzgar, y al contrario, lo avaló, pero sin motivación alguna, al decidir que en el mismo supuestamente se podían realmente corregir las violaciones masivas cometidas en un proceso penal viciado de raíz, cuyo objeto además era la persecución política; negándosele así a la víctima el acceso a la justicia y al derecho a la protección internacional .

Lo que más llama la atención de la ceguera de la Corte Interamericana, sin duda deliberada, para negarse a apreciar y juzgar sobre a las violaciones a las garantía judiciales de la víctima

¹⁰¹ Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

¹⁰² Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

¹⁰³ Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf

¹⁰⁴ Véase en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf

derivadas de la situación del Poder Judicial en Venezuela, es que en cambio, en la misma ciudad donde tiene su sede la Corte Interamericana, en un tribunal nacional, como la muy importante Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sus magistrados no tuvieron ningún reparo cuando fue necesario para decidir un caso concreto, en apreciar sobre la situación de dicho Poder Judicial y sobre las faltas de garantías judiciales que en Venezuela existen para cualquier enjuiciado.

Y así, en una reciente sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica No. 2015-11568 del 31 de julio de 2015,¹⁰⁵ dictada con motivo de conocer un recurso de habeas corpus a favor del ciudadano croata, nacionalizado venezolano, Dan Dojc, quien se encontraba detenido en Costa Rica desde el 19 de diciembre del 2014, bajo un proceso de extradición, la Sala resolvió declarar con lugar la acción, ordenando la inmediata libertad del amparado, considerando que en el caso había “una evidente y palmaria inexistencia de prueba en el proceso de extradición que se sigue contra el amparado.” La Sala consideró que el tribunal penal que tramitó la extradición en Costa Rica había omitido “verificar que el Estado requirente (Venezuela) aportara la prueba de cargo que respalda la investigación judicial, que se sigue en Venezuela contra el amparado, donde se le atribuyen los delitos de estafa y otros,”¹⁰⁶ concluyendo que “no existe evidencia que demuestre que la petición de extradición contiene elemento de prueba o indicio comprobado sobre la posible comisión de una acción delictiva.”

A estos motivos puramente procesales y garantistas originados por las fallas cometidas por el propio Estado requirente en la petición de extradición, que la Sala Constitucional consideró totalmente insuficientes por ausencia de prueba, se sumaron otras “razones adicionales” para declarar con lugar el habeas corpus expresadas por el magistrado Cruz Castro, relativas al “tema de la independencia de la judicatura,” dando cuenta de los diversos informes que señalaban “una debilidad notable de la independencia de la judicatura, situación que nuevamente no asegura el respeto de los derechos fundamentales de una persona sometida a un procedimiento de extradición, en las condiciones del caso que se examina.” El Magistrado se refirió expresamente al Informe del Consejo Económico y Social de la ONU (E/c.12/Ven./CO3) del 19 de junio de 2015, estimando:

“que jueces provisionales, no aseguran, de ninguna forma, la independencia de la judicatura, lo que incide directamente en la vigencia de las garantías del debido proceso para el amparado cuando se remita a Venezuela. Esta independencia de los jueces es una garantía fundamental para asegurar la vigencia de un estado constitucional y los derechos fundamentales de la persona

¹⁰⁵ Sentencia, dictada en el juicio de habeas corpus a favor del ciudadano Dan Dojc, en el proceso de extradición que se le seguía en Costa Rica a petición del Estado venezolano. Véase el texto de la sentencia en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=644651&strTipM=T&strDirSel=directo&_r=1.

Véase la noticia de prensa sobre dicha sentencia en http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Sala-IV-extradicion-cuestiona-Venezuela_0_1504049615.html. Véase la noticia de prensa sobre dicha sentencia en La Nación, San José en http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Sala-IV-extradicion-cuestiona-Venezuela_0_1504049615.html

¹⁰⁶ Sobre el caso, véase la reseña de prensa: “Detenido en Costa Rica un estafador del Fondo Chino. Dan Dojc estafó al Fondo Conjunto Chino Venezolano por el orden de 84 millones 916 mil 150 dólares”, en *Ultimas Noticias*, Caracas 20 de febrero de 2015, en <http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/actualidad/sucesos/detenido-en-costa-rica-un-estafador-del-fondo-chin.aspx>

sometida a enjuiciamiento. Si no hay independencia de los jueces, las garantías básicas de los ciudadanos, se debilitan y el poder represivo se convierte en un instrumento descontrolado [...].”

Jueces provisionales, fiscales provisionales, sometidos a la dirección y nombramiento de una autoridad política, pueden convertirse en “delegados del poder” pero no para juzguen conforme a los hechos, sino para que lo hagan según “voluntades políticas” que convierten el aparato judicial y la fiscalía, en una estructura que tiende un buen manto para ocultar la arbitrariedad y el abuso de poder [...]

En estas condiciones, el proceso de extradición posee vicios esenciales de orden jurídico político. El amparado no enfrenta condiciones satisfactorias que aseguren que el Estado venezolano posee las condiciones para asegurar que ciudadano sometido a este proceso de extradición, enfrenta una acción represiva que responda a garantías básicas como la independencia de jueces y fiscales, que tenga la tutela debida del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al haber denunciado la Convención Americana de Derechos Humanos. No hay debido proceso si juzgan jueces nombrados sin estabilidad, si acusan fiscales provisionales, sin garantías que aseguren su independencia en tutela de los derechos fundamentales y la vigencia de un juicio justo. La división de poderes que es la condición política básica que sustenta el propio enjuiciamiento penal, no existe bajo los supuestos que he reseñado. No hay condiciones elementales que aseguren el equilibrio, la ponderación y los controles que requiere la actividad represiva del estado, razón por la que agrego estos argumentos para considerar que la privación de libertad bajo el mandato y voluntad del estado requirente, no es legítima en este caso, sino que contiene elementos que me demuestran que no hay condiciones institucionales que aseguren la defensa efectiva y los derechos fundamentales del amparado.”

En sentido similar, en la misma sentencia, en “Nota separada” de los Magistrados Jinesta Lobo, Castillo Viquez, Rueda Leal, Hernández López y Salazar Alvarado. expresaron que:

“entre las condiciones esenciales para la tutela de la libertad personal, está, la necesidad de que exista un sistema de justicia independiente que garantice la objetividad e imparcialidad de los jueces, condición sin la cual sería nugatoria la defensa de la libertad frente al ejercicio del poder punitivo del estado.

Por esa razón, el juez llamado a intervenir en un proceso de extradición, no puede limitarse a la función meramente mecánica de comprobar los requisitos que establece la ley (o la Convención de Extradición en aquellos casos que exista relación bilateral con el país requirente). El juez tiene la obligación de ser cuidadoso de que la documentación aportada realmente cumpla con el objetivo de comprobar que se trata de una acusación formal, objetiva y legítima, que reúne los requisitos constitucionales y legales, así como que la persona requerida tendrá las garantías de defensa básicas de toda democracia una vez extraditado.

Con base en ello, los Magistrados destacaron que “en el proceso de extradición, no se aportó prueba ni indicio comprobado de que la persona requerida ha cometido delito en el país requerido,” omisión que consideraron “en sí misma es grave y suficiente para rechazar el pedido de extradición, pero lo es aún más cuando el país requirente ha sido cuestionado reiteradamente por carecer las garantías mínimas de un sistema de justicia objetivo e imparcial [...], haciendo referencia como prueba “del deterioro del sistema de justicia venezolano,” precisamente, a:

“la prueba y escrito de amicus curiae ([3] Entre ellos, la Inter American Bar Association, el Internacional Bar Association’s Human Rights Institute, Association of the Bar of the City of New York, The Netherlands Institute of Human Rights, las Comisiones de Derechos Humanos de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela con el apoyo de decenas de profesores, el Grupo de Profesores de Derecho Público de Venezuela, la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Jesús González Pérez) presentados por el prestigioso constitucionalista Dr. Allan Brewer Carías en su caso vs Venezuela, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 277 de 26 de mayo de 2014, caso que pesa como una sombra en la trayectoria y jurisprudencia de la Corte Interamericana y en el cual se desnuda la realidad que vive el sistema judicial venezolano en la actualidad.([4] Estudio del caso y análisis de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 277 de 26 de mayo de 2014, Colección y Alegatos Jurídicos No. 14, Editorial Jurídica de Venezuela Caracas, 2014).

En esta forma, en la misma ciudad de San José, donde tiene su sede la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ésta no quiso ver, ni quiso enterarse de la grave situación del Poder Judicial en Venezuela, de la cual en cambio sí se enteró y entró a conocer la Corte Suprema del país sede. Esta, por ello, lo dijo a la Corte Interamericana lo que ésta no quiso ver, rechazando enviar a Venezuela a una persona detenida por delitos comunes cuya extradición había sido solicitada, precisamente por considerar que allá no gozaría de garantías judiciales ni de debido proceso. Ello, en contra de lo apreciado por la Corte Interamericana, de considerar que dicho Poder Judicial sí era confiable, incluso para juzgar sobre delitos políticos falsamente imputados a un perseguido político.

VI. El problema de la restricción del acceso a la justicia internacional para controlar los estados al estar sometido a la voluntad de los mismos

Por supuesto, cuando uno hace referencia a la justicia internacional y al derecho de acceso a la misma, la vigencia misma de este derecho está condicionada por la ratificación por parte de los Estados de alguna Convención Internacional que la regule, como es el caso precisamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue ratificada por casi todos los Estados americanos.

Por ello, el derecho de acceso a la justicia internacional en materia de derechos humanos, por ejemplo, en definitiva queda sujeto a la voluntad de los Estados de ratificar las Convenciones pertinentes, y de no denunciarlas como parte de sus políticas públicas, lo que en muchos casos ha buscado restringirse por ejemplo, atribuyendo rango constitucional al derecho humano a la protección internacional de los derechos fundamentales, como fue precisamente el caso de Venezuela, con la previsión del artículo 31¹⁰⁷ del texto fundamental, y además, dándosele incluso rango constitucional no solo a los derechos establecidos en los convenios internacionales,¹⁰⁸ sino a éstos mismos.¹⁰⁹

Sin embargo, a pesar de estas previsiones, el Estado totalitario que se apoderó del país, durante la última década desarrolló una política contraria al derecho de acceso a la justicia internacional en materia de derechos humanos, que ha conducido a la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Todo comenzó a partir de 2003 después de que con ocasión de la arbitraria destitución de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en violación de sus garantías judiciales, estos recurrieron ante el sistema interamericano buscando protección a sus derechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictara sentencia en fecha de 5 de agosto de 2008,¹¹⁰ condenando al Estado por la violación de las garantías judiciales. y ordenándole al Estado la reincorporarlos a las víctimas a cargos similares en el Poder Judicial.

Contra esta sentencia de la Corte Interamericana, los abogados del propio Estado recurrieron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, ejerciendo una bizarra “acción de control de la constitucionalidad referida a la interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008,” la cual tres meses después, decidió mediante la sentencia N° 1.939 de 12 de diciembre de 2008,¹¹¹ que declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte Interamericana, fundamentándose para ello, en un precedente ocurrido en el Perú en 1999, citado ampliamente cuando el Tribunal Superior Militar rechazó la ejecución de una sentencia de la Corte Interamericana.¹¹²

¹⁰⁷ Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.// El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.”

¹⁰⁸ “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

¹⁰⁹ “Artículo 339. El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.”

¹¹⁰ Véase Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182, en www.corteidh.or.cr

¹¹¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

¹¹² Véase sobre el caso la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* el 4 de septiembre de 1998 (Excepciones Preliminares), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf; y de 30 de mayo de 1999. El Congreso del Perú incluso aprobó el 8 de julio de 1999 el retiro del reconocimiento

El fundamento de la "acción" para que se declarase "inaceptable y de imposible ejecución por parte del propio Estado" la sentencia de la Corte Interamericana impugnada, fue que sus decisiones "no son de obligatorio cumplimiento y son inaplicables si violan la Constitución," argumentando los abogados del Estado que lo contrario "sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado," a cuyo efecto denunciaron que la Corte Interamericana de Derechos Humanos violaba:

"la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción violentando el principio de autonomía del poder judicial, pues la misma llama al desconocimiento de los procedimientos legalmente establecidos para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por los jueces que contraríen el principio postulado esencial de su deber como jueces de la República."

Para decidir, la Sala Constitucional, en definitiva, consideró que de lo que se trataba era de una "presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional," que buscaba que la Sala aclarase "una duda razonable en cuanto a la ejecución" del fallo de la Corte Interamericana, deduciendo entonces que de lo que se trataba era de "acción de interpretación constitucional" que la propia Sala constitucional había creado a partir de su sentencia de 22 de septiembre de 2000 (caso *Servio Tulio León*).¹¹³

Ejerciendo esta competencia, la Sala consideró que el propio Estado tenía la legitimación necesaria para intentar la acción, ya que la Corte Interamericana había condenado a la República, buscando de la Sala Constitucional "una sentencia mero declarativa en la cual se establezca el verdadero sentido y alcance de la señalada ejecución con relación al Poder Judicial venezolano en cuanto al funcionamiento, vigilancia y control de los tribunales."

La Sala para decidir, consideró que la Corte Interamericana, para dictar su fallo, además de haberse contradicho al constatar la supuesta violación de los derechos o libertades protegidos por la Convención, había dictado:

"pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia y estableció directrices para el Poder Legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisibile."

La Sala consideró en definitiva, que la Corte Interamericana "utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con

de la competencia contenciosa de la Corte, lo cual fue declarado inadmisibile por la propia Corte Interamericana en la sentencia del caso *Ivcher Bronstein* de 24 de septiembre de 1999, estableciéndose el principio de que un "Estado parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del Tratado como un todo." Véase en Véase Sergio García Ramírez (Coord.), *de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México 2001, pp. 769-771.

¹¹³ Véase *Revista de Derecho Público*, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Le recours d'interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla", en *Le renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70.

carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999” (artículos 254, 255 y 267), desconociendo “la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada, al ordenar la reincorporación de los jueces destituidos,” razón por la cual la consideró la sentencia internacional como “inejecutable,” con fundamento en normas constitucionales, exhortando, de paso:

“al Ejecutivo Nacional [para que] proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión; y el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en el aludido Tratado.”

Con esta sentencia el Estado comenzó el proceso de Venezuela de desligarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por tanto, cercenar el derecho de los venezolanos a la protección internacional de sus derechos fundamentales, desligándose de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizando para ello a su propio Tribunal Supremo de Justicia, el cual lamentablemente ha demostrado ser el principal instrumento para la consolidación del autoritarismo en el país.¹¹⁴

Con base en todos estos precedentes, en 2011, la Sala Constitucional procedió a completar su objetivo de declarar “inejecutables” en Venezuela las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consolidando una supuesta competencia que inventó para ejercer el “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que por supuesto no tenía ni puede tener,¹¹⁵ cuando conforme al artículo 31 de la Constitución, lo que tiene el Estado es la obligación de adoptar, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley, “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales” de protección de derechos humanos. Y ello lo hizo la Sala Constitucional mediante la sentencia No. 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (*Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),¹¹⁶ dictada con motivo de otra “acción innominada de control de constitucionalidad” que fue intentada de nuevo por los abogados del Estado contra otra sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta vez la de 1º de septiembre de 2011 dictada en el caso *Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*.¹¹⁷ En ella, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había condenado al Estado venezolano por la violación del derecho al sufragio pasivo del ex Alcalde Sr. Leopoldo López cometida por la Contraloría General de la República al establecer administrativamente una “pena” de inhabilitación política, contra el mismo, considerando que dicho derecho político conforme a la Convención

¹¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; y “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en Revista de Administración Pública, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

¹¹⁵ Sobre las competencias de los Tribunales Constitucionales, véase: en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, Cambridge University Press, New York 2011.

¹¹⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

¹¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia Leopoldo López vs. Venezuela, 2011,” en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1.095-1124

(art. 32.2) solo podía ser restringido, mediante sentencia judicial que imponga una condena penal,¹¹⁸ ordenando la revocatoria de las decisiones inconvenionales.

En este caso, el Procurador General de la República justificó la supuesta competencia de la Sala Constitucional en su carácter de “garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales,” conforme a la cual la Sala no podía dejar de realizar “el examen de constitucionalidad en cuanto a la aplicación de los fallos dictados por esa Corte y sus efectos en el país,” considerando de nuevo que las decisiones de dicha Corte Interamericana sólo pueden tener “ejecutoriedad en Venezuela,” en la medida que “el contenido de las mismas cumplan el examen de constitucionalidad y no menoscaben en forma alguna directa o indirectamente el Texto Constitucional;” es decir, que dichas decisiones “para tener ejecución en Venezuela deben estar conformes con el Texto Fundamental.”

La Sala, en definitiva, consideró que lo que se había impuesto al ex Alcalde recurrente, había sido una “inhabilitación administrativa” y no una inhabilitación política considerando que la decisión de la Corte Interamericana en el caso, con órdenes dirigidas a órganos del Estado “se traduce en una injerencia en las funciones propias de los poderes públicos” y desconocía “la lucha del Estado venezolano contra la corrupción,” alegando finalmente que la Corte Interamericana había transgredido el ordenamiento jurídico venezolano, pues desconocía:

“la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción, violentando el principio de autonomía de los poderes públicos, dado que la misma desconoce abiertamente los procedimientos y actos legalmente dictados por órganos legítimamente constituidos, para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República que contraríen el principio y postulado esencial de su deber como órgano contralor, que tienen como fin último garantizar la ética como principio fundamental en el ejercicio de las funciones públicas.”

Como consecuencia de ello, la Sala Constitucional, conforme a lo solicitado por el propio Estado, procedió a ejercer el también bizarro “control innominado de constitucionalidad,” invocando el anterior fallo sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso: *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*),¹¹⁹ y la sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000 (Caso Servio Tulio León Briceño) sobre creación del recurso de interpretación constitucional,¹²⁰ supuestamente por existir una aparente antinomia entre la Constitución, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la

¹¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como “inejecutable”), en Alejandro Canónico ‘Sarabia (Coord.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita 2012*, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 293-371

¹¹⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss.

¹²⁰ Véase sobre esta sentencia los comentarios en Marianella Villegas Salazar, “Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional,” en *Revista de Derecho Público*, No. 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 417 ss.; y Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional*. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,” y concluir su competencia:

“para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.”

En esta forma, lo que la Sala Constitucional realizó fue un supuesto “control de convencionalidad” pero para declarar “inconvencional” la propia sentencia de la Corte Interamericana, declarándola inejecutable en Venezuela, exhortando al Ejecutivo Nacional, de nuevo a denunciar la Convención Americana, y acusando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de persistir:

“en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.”

La decisión política que se había venido construyendo por los órganos del Estado, de desligarse de sus obligaciones convencionales y denunciar la Convención, para cercenarle a los venezolanos su derecho de acceso a la justicia internacional, en lo cual un actor de primera línea fue la Sala Constitucional, finalmente se manifestó el día 6 de septiembre de 2012, cuando el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Sr. Nicolás Maduro, quien ejerce actualmente la Presidencia de la República, luego de denunciar una supuesta campaña de desprestigio contra al país desarrollada por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citando entre otros casos decididos, el caso *Leopoldo López*, y más insólito aún, casos aún no decididos como el caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, sin duda para a presionar indebidamente a los jueces de la propia Corte Interamericana, manifestó formalmente al Secretario General de la OEA la “decisión soberana de la República Bolivariana de Venezuela de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cesando en esta forma respecto de Venezuela los efectos internacionales de la misma, y la competencia respecto del país tanto de la manifestó formalmente al Secretario General de la OEA, para el país, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹²¹

Esta decisión de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo fue realizada de mala fe frente el derecho internacional, sino en abierta violación a expresas

¹²¹ Véase la comunicación No. 125 de 6 de septiembre de 2012 dirigida por el entonces Canciller de Venezuela, Nicolás Maduro, dirigida al Secretario General de la OEA, en <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/Carta-Retiro-CIDH-Firmada-y-sello.pdf>

normas de la Constitución de 1999,¹²² quedando así cercenado el derecho de los venezolanos a la protección internacional.

Ello, por ejemplo, ha sido considerado por el magistrado Cruz Castro, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en sus razones adicionales expuestas en la sentencia de habeas corpus No. 2015-11568 del 31 de julio de 2015,¹²³ en el caso del procedimiento de extradición del ciudadano Don Dojc, a favor del mismo, como argumento fundamental para acordar el amparo a la libertad personal, estimando “que el Estado venezolano presenta serias debilidades jurídico-políticas para asegurarle al amparado un enjuiciamiento que cumpla con las garantías básicas de un debido proceso, conforme a las normas constitucionales y el derecho internacional de los derechos humanos,” indicando al efecto específicamente:

“1. El hecho que Venezuela haya denunciado la Convención Americana de Derechos Humanos, constituye una amenaza grave al respeto efectivo de los derechos fundamentales. Un país que adopta una política que reduce los instrumentos que tutelan derechos fundamentales, tanto en su dimensión individual como social, no brinda las garantías y la confianza que requiere un proceso de extradición. Enviar a un ciudadano a un país que ha denunciado una Convención que tutela de derechos fundamentales, no brinda la confianza suficiente para admitir que el ciudadano que se entrega a otra jurisdicción, será tratado conforme a las garantías básicas que merece cualquier ciudadano, no importa su nacionalidad. Estimo que esta denuncia del Pacto de San José abre una serie de interrogantes que no me brindan una razonable convicción en el sentido que este ciudadano sometido a este proceso de extradición, se le dará el reconocimiento efectivo de todas sus garantías judiciales en un sentido amplio [...]”

Esto, sin embargo, no lo vio la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela, al decidir mediante sentencia No. 277 de 26 de mayo de 2014,¹²⁴ archivar el expediente, absteniéndose de juzgar sobre las denuncias formuladas sobre la situación del Poder Judicial carente de autonomía e independencia, e ignorando la denuncia de la Convención Americana por Venezuela que había sido comunicada

¹²² Véase, entre otros, Carlos Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, Instituto de Derecho Público, Valencia, España, No. 20/2º semestre 2012; en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, No.2, Chile, 2012; en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Porrúa, No. 18, Julio-Diciembre, 2012; en la Revista de Derecho Público, No.131, Caracas, julio-septiembre 2012; en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013, Anuario 2013, Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia 2013 (disponible en: Fundación Konrad Adenauer www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/ y en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?dconstla)

¹²³ Sentencia, dictada en el juicio de habeas corpus a favor del ciudadano Dan Dojc, en el proceso de extradición que se le seguía en Costa Rica a petición del Estado venezolano. Véase el texto de la sentencia en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=644651&strTipM=T&strDirSel=directo&r=1. Véase la noticia de prensa sobre dicha sentencia en La Nación, San José en http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Sala-IV-extradicion-cuestiona-Venezuela_0_1504049615.html

¹²⁴ Véase la sentencia en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf. Véase sobre esta sentencia: Allan R. Brewer-Carías, *El Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio del caso y análisis crítico de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 277 de 26 de mayo de 2014*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

más de un año antes, fundamentándola precisamente entre otros argumentos, en que ese caso Allan R. Brewer-Carías estaba pendiente de decisión. Al contrario de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, el Juez Internacional que era el llamado naturalmente a apreciar la situación de falta de garantías judiciales, le negó a la víctima su derecho de acceso a la justicia internacional, considerando así que el Poder Judicial en Venezuela supuestamente le brindaba las garantías y la confianza que requería un juicio político, protegiendo en definitiva la arbitrariedad del Estado autoritario.

VII. Acceso a la justicia, debido proceso, y tutela judicial efectiva

De todo lo anteriormente expuesto, resulta que quizás el derecho humano más fundamental, en cualquier sociedad democrática, es sin duda el derecho a la justicia, que es la que como monopolio del Estado, éste debe garantizar a los individuos de manera de asegurarse que éstos no pretendan hacerse justicia con sus propias manos.

Por ello, el derecho a la justicia se configura como un haz de derechos o más precisamente de garantías judiciales que comprende, entre otros, el derecho de acceso a la justicia, que viene a ser quizás, la más importante, pues es mediante su ejercicio que las otras garantías judiciales, como el derecho al debido proceso en general, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a una decisión oportuna, pueden llevar a tener efectividad.

Por ello, por ejemplo, la Constitución de Venezuela distingue como formando parte del derecho humano a la justicia, cuatro garantías judiciales fundamentales a las cuales destina dos normas:

Por una parte, el artículo 26 que declara que “toda persona tiene (i) *derecho de acceso a los órganos de administración de justicia* para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; (ii) [derecho] *a la tutela efectiva* de los mismos y (iii) [derecho] *a obtener con prontitud la decisión correspondiente.*”

Por la otra, el artículo 49 de la Constitución, también declara “el [derecho al] *debido proceso* [que] se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas,” enumerándose entre los que lo componen, las siguientes garantías judiciales: el derecho a la defensa y la asistencia jurídica; el derecho a ser notificada de los cargos; el derecho de acceder a las pruebas; el derecho de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a ser oído; el derecho a un tribunal independiente e imparcial; el derecho a un intérprete; el derecho al juez natural; el derecho a no confesarse culpable o declarar contra sí mismo; el derecho a ser sancionada por actos u omisiones previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes; el derecho a no ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente; el derecho a exigir responsabilidad del Estado por errores judiciales.

Dichos derechos o garantías judiciales, todos, por supuesto, están entrelazados y son interdependientes, pero no por ello pueden interpretarse indiscriminadamente, y establecerse alguna relación de genero/especie entre ellos que no responda a su propia naturaleza y formulación en los textos.

Esto ha ocurrido por ejemplo, en mi criterio, en el campo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la interpretación que el Juez Antonio Cançado Trindade le ha dado a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, extensiva incluso respecto de los derechos constitucionales de los Estados Parte. En efecto, en un Voto Concurrente a la sentencia del caso, "Cinco Pensionistas" vs. Perú de 2003, el Juez Cançado se refirió al "amplio alcance del derecho de acceso a la justicia, en los planos tanto nacional como internacional," agregando que "tal derecho no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial;" para concluir afirmando que:

*"el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configurase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, a la propia realización de la justicia."*¹²⁵

El Juez Cançado, con esta aproximación, le dio un sentido omnicompreensivo al derecho de "acceso" a la justicia, identificándolo con el "derecho a la justicia," cuando en realidad, el primero puede considerarse como uno de los componentes del segundo, pudiendo considerarse como lo hemos analizado en estas notas, más bien como "el derecho de accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias."¹²⁶ Por ello, en nuestro criterio, la relación género / especie que en el ámbito latinoamericano consideramos que existe en esta materia es la que se establece entre el "derecho a la justicia" y el "derecho de acceso a la justicia"; y no como se deduce de lo antes indicado, entre el "derecho de acceso a la justicia" y el "derecho a la justicia" o a obtener justicia. Considerando que el "derecho general a la justicia" como lo declaró la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la sentencia líder 1739-92, se entiende

"como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado -declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos-; lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos y corregir los entuertos que origina la vida social, en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación."

En todo caso, siempre se trata de destacar progresivamente la protección judicial, lo que ha llevado incluso a que en otros países, como ha sucedido en España, a establecer otras relaciones de género / especie en esta materia. Allí, partiendo del artículo 24 de la

¹²⁵ Véase Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es.

¹²⁶ Véase Paola Andrea Acosta Alvarado, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p.50.

Constitución de 1978 que establece el derecho de todas las personas "a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión," en efecto, se ha establecido otra relación género/especie, considerándose que es el "derecho a la tutela judicial efectiva," como el derecho fundamental de contenido complejo y fuerza expansiva, el que comprende el derecho de las personas a tener libre acceso a los tribunales para solicitar de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en Derecho; y que en consecuencia, comprende tres derechos esenciales: el derecho de acceder al proceso o a la jurisdicción, el derecho a la defensa contradictoria, y el derecho a la efectividad de la sentencia.

En fin, sea cual fuere el ángulo bajo el cual se estudie el tema del acceso a la justicia como derecho fundamental, se trata de las garantías judiciales más esenciales al hombre, de manera que negarla es la negación misma del Estado de derecho, y propugnar el renacimiento del reino de la arbitrariedad como forma de gobierno. Sin la garantía de acceso a la justicia, además, no existiría democracia, pues no habría posibilidad alguna de controlar el ejercicio del poder, es decir, al Estado, y por supuesto, sería imposible hacer efectivo el derecho ciudadano a la transparencia de la actividad gubernamental.

New York, agosto 2015

Regulación y Sistemas de Evaluación de la Transparencia en España¹

Sumario

I. La transparencia en España. II. La entrada de la transparencia en la agenda política. III. La ley española de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. IV. Los sistemas de medición y evaluación de la transparencia. V. El sistema de acreditación de la transparencia. VI. A modo de conclusión. VII. Bibliografía.

Francisco Delgado Morales²

F. Javier López Carvajal³

Javier Sierra Rodríguez⁴

Asociación Española
de Acreditación de la Transparencia

¹ Este artículo fue presentado como comunicación en el GT P11. “La transparencia y la evaluación de la transparencia” del VI Congreso Internacional GIGAPP 2015 celebrado en Madrid en septiembre de 2015, siendo completado con nuevas tablas y gráficos, así como añadido información respecto a la organización del CTBG y al Sistema de Acreditación de la Transparencia.

² Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología, Máster en Estudios de Opinión y Postgrado en Gestión de Iniciativas para el Empleo en el Ámbito Local. Es Consultor del Sector Público. Presidente de la Asociación Española de Acreditación de la Transparencia.

³ Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología. Es Consultor del Sector Público. Secretario del Colegio de Ciencias Políticas y Sociología de la Región de Murcia.

⁴ Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración, Diplomado en Gestión y Administración Pública y DEA en Derecho Público. Es gerente de la empresa Consultores CSA, profesor asociado de la Universidad de Murcia.

I. Introducción

La transparencia en España ha pasado a formar parte del debate social como una pieza angular de los discursos políticos y de las noticias de los medios de comunicación, estando asociada a la lucha contra la corrupción y el fraude, la rendición de cuentas de los cargos públicos y el acceso a la información. La transparencia ha llegado a nuestra sociedad para quedarse tras un periodo de crisis prolongada y estallido de casos de corrupción que han provocado una mayor conciencia ciudadana sobre la necesidad de mayor limpieza en la actividad política y de las Administraciones Públicas, invadiendo de esta manera los ámbitos político, institucional y social.

Hoy nadie cuestiona los beneficios que reporta la transparencia gubernamental al desarrollo de las sociedades democráticas (Villoria y Ramírez-Aluja, 2011), siendo considerada incluso rentable porque previene la corrupción y el malgasto de fondos públicos, pero también porque produce conocimiento y porque es susceptible de originar nuevas economías a través de la reutilización de datos, las nuevas formas de participar y relacionarse con lo público, así como el surgimiento de un nuevo sector relacionado con la transparencia (Sánchez de Diego, 2014).

II. La entrada de la transparencia en la agenda política

España era hasta diciembre del año 2013 el único país de Europa con más de un millón de habitantes que no contaba con una ley de acceso a la información pública⁵. La comparación con el entorno más cercano no dejaba en buen lugar a España en esta materia, considerando que otros países europeos como el Reino Unido disponían de una Ley de Libertad de Información vigente desde 2005 o que en Suecia la transparencia informativa estaba regulada en la Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas desde 1766 (Ackerman y Sandoval, 2005).

Una posible explicación a esta tardía incorporación de la legislación en materia de transparencia hay que buscarla en que la demanda ciudadana aún era emergente y no tenía la suficiente fuerza como para que fuese incluida en la agenda política. Para que un problema o cuestión se incluya en la agenda y se diseñen las políticas públicas necesarias para afrontarlo uno de los aspectos fundamentales es la relevancia social que adquiera y hasta hace relativamente poco no era entendido como un problema cardinal.

De hecho, en 2004 España era ajena a cualquier preocupación respecto a la necesidad de transparencia y tenía los índices de satisfacción con el funcionamiento de la democracia más altos de Europa y del mundo occidental (Llera, 2012). Sin embargo, esto va cambiando como consecuencia del impacto de la crisis económica surgida en 2007, de las reformas y recortes producidos en este periodo y de los casos de fraude y corrupción que se van conociendo, lo que origina que tome forma una conciencia ciudadana que exige la necesidad de profundización democrática. La corrupción política afecta de forma general a la percepción

⁵ Este era uno de los argumentos utilizados por Access Info Europa para solicitar una ley de transparencia. Esta organización promueve el derecho de acceso a la información como derecho humano, el derecho ciudadano a saber, vinculándolo con la participación ciudadana y la lucha contra la corrupción.

que se tiene de las instituciones y los gobernantes, generando desconfianza sobre ellos y de la labor que desempeñan en las instituciones democráticas (Villoria y Jiménez, 2012).

En paralelo se ha ido conformando un fenómeno que se ha asociado a la desafección política como respuesta social a periodos en los que el aparato gubernamental no es capaz de solucionar los problemas de los ciudadanos y, en este caso, por no atajar con eficacia los estragos de la crisis económica. Se trata de un evento que supone un distanciamiento de la ciudadanía de la política que se traduce en aumento de la desconfianza y desinterés en los partidos, los políticos, el proceso político y las instituciones (Torcal y Montero, 2006). Sin embargo, la singularidad del caso español estriba en el tipo de reacción ciudadana ante esta situación. Las consecuencias propias de la desafección son la apatía y la poca implicación en los asuntos políticos, pero en España lo que se ha producido es una participación reactiva de la ciudadanía (Valencia, 2013), es decir, un mayor interés y exigencia de transformaciones del sistema democrático, así como de una nueva forma de hacer política. De modo que los ciudadanos, ahora con mayor intensidad, entienden que en democracia, además de ganar las elecciones, es necesaria la transparencia en la acción de gobierno y la participación ciudadana en los asuntos que les conciernen (Calderón y Lorenzo, 2010).

Esta toma de conciencia y de exigencia ciudadana se muestra en el cambio que se produce en la percepción sobre los principales problemas de España. Según los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), la evolución de la percepción sobre la corrupción y el fraude como problema ha tenido un fuerte incremento entre 2011 y 2015, pasando de ser señalado por el 2,4% de las personas entrevistadas en enero de 2011 al 43,7% en julio de 2015.

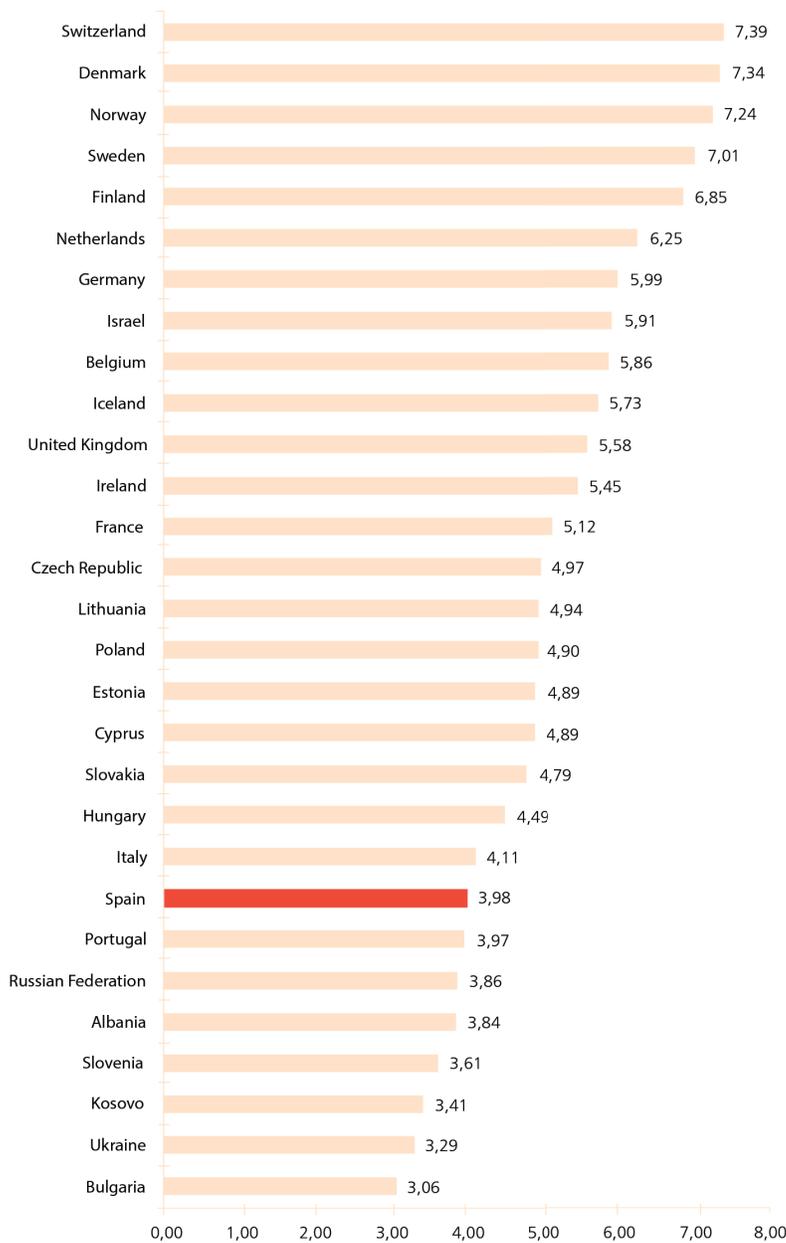
Gráfico 1
Evolución de la Corrupción y el fraude como problema de España (%)



Fuente: elaboración a partir de datos del CIS.

En la misma línea, los datos de la sexta oleada de la Encuesta Social Europea muestran que España aparece a la cola de los países en la valoración que hacen del grado de satisfacción con su democracia sólo por delante de Portugal, Rusia, Albania, Kósovo, Ucrania, Eslovenia y Bulgaria y lejos de los países que se consideran más avanzados.

Gráfico 2
Valoración de la satisfacción media con la democracia (Escala 0-10)



Fuente: elaborado a partir de la Encuesta Social Europea – 6ª edición 2012.

En este contexto aparecía la demanda de transparencia entendida como una barrera para evitar el abuso del sistema por los gobernantes en función de sus propios intereses (Carcar, 2014), bajo la percepción de la clase dirigente como una élite extractiva (Acemoglu y Robinson, 2013).

Aparecían, pero ahora como demanda ciudadana, los elementos fundamentales sobre los que gira el concepto de transparencia: la rendición de cuentas y la participación ciudadana. Son las dimensiones liberal, que no entiende la rendición de cuentas vinculadas a una cultura de opacidad y secretismo, y la republicana de la transparencia, que considera que para que exista una participación real la transparencia es un requisito previo (Villoria y Ramírez-Aluja, 2011).

Por otro lado, el derecho a la información complementa esta demanda ciudadana, como elemento básico de la misma. Si entendemos que la rendición de cuentas en un Gobierno democrático se considera algo esencial, previamente es necesario que la ciudadanía cuente con la información acerca de la acción de ese Gobierno (Ackerman y Sandoval, 2005).

Estas demandas de información y participación ciudadanas se vertebran como derechos en todas las sociedades modernas y España no podría seguir dejando de lado un tema de esta centralidad. Para conseguirlo es necesario, por tanto, la existencia de un sistema político, jurídico y económico realmente transparente (Lizcano, 2011) siendo necesario, por tanto, que fuera legislado.

En la calle se vino a convertir en una de las reivindicaciones de movimientos sociales y políticos que aparecieron en paralelo a la eclosión de la crisis. Por un lado, el 15M⁶ hizo suya la reivindicación de una Ley de Transparencia en España como mecanismo de contener la corrupción, apoyándose en la labor de ONG's como Info Access y Coalición Pro Acceso⁷. Por otro lado, al amparo de las reivindicaciones sociales, los estudios y análisis realizados por instituciones como Transparencia Internacional España (TI)⁸ y otras entidades que trabajan en este ámbito desde hacía años comenzaron a tener una mayor trascendencia y difusión, acaparando portadas y titulares de los principales medios de comunicación y manteniendo la atención sobre la materia.

En definitiva, la confluencia de estas circunstancias ha llevado a que la necesidad de transparencia e información pública sea un eje central del debate político actual en España, y punto fundamental de la agenda política, de modo que la necesidad de legislar se convirtiera en algo ineludible.

⁶ El 15M es un movimiento ciudadano también conocido como los "indignados" que surgió como consecuencia de las protestas producidas a partir del 15 de mayo de 2011 y que propugnaba una mayor participación ciudadana y reformas del sistema democrático. En el seno de este movimiento se llegó a poner en marcha un grupo de trabajo denominado "ley de transparencia ya" que propugnaba la regulación e impulso de esta materia como medida de contención de la corrupción política.

⁷ La Coalición Pro Acceso se define a sí misma como una "plataforma civil creada en 2006 para promover la aprobación de un ley de transparencia".

⁸ Es una organización internacional que promueve la lucha contra la corrupción a través de las reformas institucionales, la transparencia y la rendición de cuentas.

III. La ley Española de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Hasta la publicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁹, España era uno de los pocos países avanzados que carecía de una Ley de Transparencia bajo el concepto que se entiende actualmente, ya que anteriormente si ha existido regulación del acceso a la información en las normas de procedimiento administrativo y en algunas leyes de trasposición de directivas europeas, pero las mismas han sido restrictivas o de escaso conocimiento y aplicación (Guichot, 2011), siendo reiteradas las propuestas de regulación normativa de la transparencia desde la doctrina jurídica (Cotino, 2013).

Con la publicación de la **Ley 19/2013, de 9 de diciembre**, por un lado se culminaba un proceso iniciado años atrás en el que la ciudadanía y los cambios sociales y políticos habían tenido un papel impulsor fundamental y, por otro, se iniciaba un desafío colectivo para la implantación de una nueva forma de organización, de entender la función pública y la relación con los ciudadanos, así como de aprehender la cultura de la transparencia.

La idea de una verdadera legislación sobre transparencia estaba presente con fuerza desde 2004¹⁰ e incluso llegó a aprobarse un anteproyecto de ley en 2011 en los últimos meses del Gobierno socialista¹¹. Sin embargo, no es hasta 2012 cuando el Gobierno del Partido Popular presentó un proyecto de ley que tras diversos vaivenes y modificaciones sería aprobado.

Se trata de una ley no consensuada con el resto de grupos políticos del Congreso de los Diputados y que levantó airados debates desde que se presentó como proyecto hasta su aprobación. No obstante, y conociendo sus carencias y límites, debe observarse que durante su tramitación y en el periodo de enmiendas el texto sufrió mejoras sustanciales; que se contó con un proceso participativo con consultas públicas y la participación de expertos; y que en todo caso supone un avance claro frente a la precedente inexistencia de legislación en la materia.

El hecho de ser conocida como ley de transparencia no es baladí, ya que responde a las expectativas y demandas sociales en la materia, de ahí que fuese necesario incluir el derecho de acceso a la información porque sin él no se podría considerar una legislación de transparencia completa. De hecho, se incorporan al texto las dos vertientes básicas correspondientes a publicidad activa y reactiva, la primera según Villoria (2014:9) se corresponde con la acción del gobierno que *"pone los datos a disposición de la ciudadanía, en portales y páginas web, sin esperar a que los ciudadanos los demanden, proactivamente"*, mientras que la segunda como *"derecho de acceso, el gobierno responde a las demandas de documentos que le hace la ciudadanía, reactivamente"*. La Ley de Transparencia regula también el buen gobierno, aunque en menor medida, abordándolo como una declaración de principios para luego tipificar las infracciones y un régimen sancionador en esta materia.

⁹ BOE núm. 295/2013, de 10 de diciembre.

¹⁰ Fue una de las propuestas del PSOE incluidas en el programa electoral del socialista José Luis Rodríguez Zapatero durante las elecciones que le llevarían a convertirse en Presidente del Gobierno en 2004.

¹¹ El anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros de 29 de julio de 2011 vio interrumpida su tramitación por el adelanto de las elecciones generales al 20 de noviembre de 2011.

La ley consagra estos tres elementos (**transparencia, derecho de acceso y buen gobierno**) como ejes fundamentales de la acción política y la vincula con la regeneración democrática. En su preámbulo aparece un triple objetivo: incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública; reconocer y garantizar el acceso a la información; y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos y las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

Los cuarenta artículos de la ley se estructuran en tres títulos de extensión asimétrica. El título primero se ocupa de la transparencia en la actividad pública y se compone a su vez de tres capítulos, cada uno dedicado al ámbito subjetivo de aplicación, la publicidad activa y el derecho de acceso a la información. Los títulos segundo y tercero, de menor articulado, regulan el buen gobierno y el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno respectivamente. La ley se completa con ocho disposiciones adicionales y nueve finales.

El **ámbito subjetivo** de aplicación de la Ley se regula en los artículos 2 a 4 y abarca a la mayoría de organizaciones que tienen algún tipo de vinculación o financiación pública. Sin embargo, estos sujetos tienen distintas obligaciones según su naturaleza, tipología y tipo de relación con lo público, por lo que se pueden distribuir en lo que Ares (2014) clasifica en tres niveles de transparencia según la exigencia que la ley les impone.

En un **primer nivel** y con obligaciones de publicidad activa y sometidas a las derivadas del derecho de acceso a la información se encuentran las Administraciones Públicas y las instituciones del Estado, junto a organizaciones reguladas por el derecho público y otras tipologías más concretas como fundaciones públicas, asociaciones de entidades públicas o sociedades mercantiles mayoritariamente en manos de la Administración Pública.

El **segundo nivel** estaría constituido por partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, así como por entidades privadas que superen unos límites de ingresos públicos, estando sometidas a algunas de las obligaciones de publicidad activa.

En el **tercer nivel** se encuentran contratistas del sector público y otras tipologías de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas y que estarían obligadas a suministrar información al órgano de la Administración Pública con el que se relacionan en caso de ser solicitada

Las obligaciones que atienden a publicidad activa (arts. 6 a 8) abarcan una multiplicidad de ámbitos de las organizaciones como información institucional, organizativa, de planificación, jurídica, económica, presupuestaria o estadística. Entre la **información institucional, organizativa y de planificación** se destaca el organigrama e identificación de responsables, los planes y programas con indicación de recursos y medios o la obligación de evaluación y publicación. Dentro del bloque de información de **relevancia jurídica** también se incorporan las directrices, instrucciones, acuerdos, los anteproyectos de Ley y proyectos de Decretos Legislativos, los proyectos de reglamentos, memorias e informes de los expedientes de elaboración de textos normativos, entre otros. Respecto a la información **económica, presupuestaria y estadística** se incluyen los contratos, datos estadísticos de los procedimientos de contratación utilizados, convenios, subvenciones y ayudas públicas, las

cuentas anuales e informes de auditoría, las retribuciones de altos cargos y las resoluciones de compatibilidad de empleados públicos.

Esta publicidad activa se ejercerá desde el campo de las nuevas tecnologías, primando el uso de las herramientas digitales para la publicación de la información y para el ejercicio del derecho de acceso. Es por ello que el legislador dedica una parte del articulado legal al denominado Portal de la Transparencia (art.10) y que también se recojan los principios técnicos en los que ha de basarse el portal: accesibilidad, interoperabilidad y reutilización de la información contenida en el mismo (art. 11).

El **derecho a la información pública** se regula en los artículos 12 a 16 y se conecta con el artículo 105 b) de la Constitución Española (CE) en el que se prevé el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. En esta línea el artículo 12 establece:

«Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley. Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica».

Cuadro 1
Ámbito subjetivo de la aplicación de la ley de transparencia

Nivel	Tipo de entidad	Obligaciones
Primer nivel	1. La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.	Art.2. Todas estas entidades deben cumplir con las obligaciones de publicidad activa previstas en los artículos 5 a 8 de la Ley y satisfacer del derecho de acceso a la información pública. (Se consideran Administraciones Públicas las comprendidas en los puntos 1 al 4)
	2. Las Entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.	
	3. Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.	
	4. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas.	
	5. Las Corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.	
	6. La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo.	
	7. Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.	
	8. Las fundaciones del sector público.	
	9. Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades.	
Segundo nivel	1. Los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales.	Art. 3. Cumplimiento de algunas obligaciones de publicidad activa.
	2. Las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.	
Tercer nivel	1. Personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas.	Art.4. Estos sujetos no tienen obligación alguna de publicidad activa o de satisfacción del derecho de acceso a la información. Solamente deben suministrar al órgano que proceda determinada información pública.
	2. Adjudicatarios de contratos del sector público.	

La posible confusión conceptual que puede generar la utilización de los términos «archivos y registros» en la CE y por otro lado «información pública» en la ley es atajada en el artículo 13 de la ley, entendiendo por esta:

« Los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones ».

No obstante, estas posibilidades de acceso se someten a ciertas limitaciones, especialmente las concernientes a la seguridad nacional y aquellas que salvaguardan la protección de datos personales. Asimismo, la ley marca las pautas para ejercer el derecho de acceso a la información, las posibles causas de inadmisión de las solicitudes de información, su tramitación y finalmente su resolución.

En este punto hay que destacar uno de los aspectos que han suscitado mayor debate, el denominado silencio administrativo negativo y que en España se produce cuando la Administración no da respuesta a una solicitud de un ciudadano en el plazo previsto y por tanto debe entenderse por desestimada. El silencio de la Administración supone la denegación o rechazo de la solicitud y de ahí la controversia: que una Ley de Transparencia recoja esta figura que para muchos expertos es entendida como un paso atrás en el derecho a saber y el derecho de acceso a la información de los ciudadanos. Tal es el caso de Campos Acuña (2014:21) que se refiere al silencio administrativo negativo como “*obstáculo en la materialización de la nueva filosofía*” de transparencia que debe invadir la Administración Pública.

También ha existido un intenso debate de la doctrina jurídica respecto al carácter de ley ordinaria de la regulación del derecho de acceso a la información pública. En España la Constitución reserva algunas materias a su regulación por ley orgánica, cuyos contenidos gozan de unas garantías reforzadas por ser necesario un procedimiento de aprobación más rígido que requiere una mayoría cualificada.

El derecho de acceso a la información era susceptible de ser considerado como un derecho fundamental por su conexión con el artículo 20 de la Constitución que establece como tal la libertad de información, por lo que bajo este supuesto parte de la doctrina planteaba que hubiese sido oportuna su regulación como ley orgánica (Sánchez de Diego, 2013; Guichot 2014).

No es menor la controversia generada por la más que posible colisión entre la Ley de transparencia y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal¹². El carácter ordinario de la primera y orgánico de la segunda hace que se relacionen en función del principio de competencia legislativa, es decir, según exista o no reserva constitucional de la materia para ser regulada como ley orgánica, siendo inválida la norma “invasora” que legisle sobre aquello que corresponde a la tipología contraria en caso de colisión (López et al. 1997:81).

En este sentido, debe de existir un especial equilibrio entre el derecho de acceso a la información y el derecho fundamental a la protección de datos de terceros (Davara, 2014), que se ve reflejado pormenorizadamente en el artículo 15 de la Ley de transparencia al establecer distintas cautelas cuando se pueda afectar a este tipo de información.

En consecuencia, será necesario siempre el consentimiento expreso del interesado en aquellos casos en los que la información contenga datos de especial protección, como son los datos relativos a ideología, religión, creencias, y afiliación sindical. Además, el consentimiento expreso deberá ser por escrito, con la salvedad de que el interesado lo

¹² BOE núm. 298/1999, de 14 de diciembre.

hubiese hecho manifiestamente público con anterioridad a que se solicitase el acceso a la información. Igualmente, cuando se encuentren con datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no llevasen amonestación pública al infractor, o sobre origen racial, salud y vida sexual, sólo se podrá realizar el acceso a la información cuando se cuente con un consentimiento expreso del afectado y si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley. Pese a la existencia de estos supuestos, no deben entenderse como un límite del derecho de acceso a la información, sino como una garantía para los interesados y un concepto central de la transparencia (Almoacid, 2014).

En lo que respecta al **buen gobierno**, la ley contempla una serie de principios de aplicación para los altos cargos y asimilados de la Administración General del Estado, las autonomías y las entidades locales. Así, las personas comprendidas en su ámbito de actuación deberán observar en el ejercicio de sus funciones lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico, promoviendo el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas y adecuando su actividad a siete principios generales y nueve principios de actuación regulados en el artículo 26.

Estos principios vienen a suponer una guía de buenas prácticas y comportamiento para el ejercicio de la responsabilidad pública. El hecho de que el legislador estatal regule el buen gobierno e incluya un régimen sancionador supone un avance en la materia, ya que se pasa de códigos bienintencionados sin mecanismos que contribuyan a su cumplimiento a elevarlos a rango de ley¹³, quedando abierta además la posibilidad a que las comunidades autónomas y las entidades locales desarrollen sus normas de buen gobierno ampliando los principios que la Ley estatal establece¹⁴.

Para velar por el cumplimiento de la Ley se crea el **Consejo de Transparencia y Buen Gobierno**, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, cuya finalidad es *«promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno»*.

Dicho Consejo se rige por dos órganos principales: la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno y su Presidente. La Comisión se compone por ocho integrantes entre los que hay un Presidente, un Diputado, un Senador y por representantes del Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Agencia Española de Protección de Datos, Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. El Presidente del Consejo es nombrado por un periodo no renovable de cinco años entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional a propuesta del ejecutivo y previo refrendo de la misma por el Congreso de los Diputados.

¹³ De forma complementaria y ampliando todas las medidas que hacen referencia al buen gobierno desde 2014 se encuentra en sede parlamentaria la tramitación un proyecto de Ley reguladora del Ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado.

¹⁴ En 2009 la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) aprobó su “Código de Buen Gobierno Local” recogiendo como decálogo los principios de transparencia y ética pública, así como una serie de medidas para mejorar la calidad democrática y la gestión a nivel local. Desde entonces son muchos los municipios y provincias que o bien se han adherido a este código de la FEMP o bien han optado por desarrollar sus propios Códigos de Buen Gobierno. En cualquier caso, la aprobación de dichos códigos tiene carácter superficial si solamente se aprueban como mera declaración de intenciones sin un compromiso real o mecanismos para su observancia.

Las funciones que se atribuyen al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se regulan en el artículo 38. de la Ley y varían entre la adopción de recomendaciones para el cumplimiento de la ley, la emisión de memorias de evaluación sobre su grado de cumplimiento y de informes perceptivos sobre proyectos normativos relacionados con su objeto, el asesoramiento sobre la materia y la promoción de acciones de formación y sensibilización, entre otras.

En cuanto a las disposiciones finales, éstas se ocupan de los plazos de su entrada en vigor. La regulación en materia de Buen Gobierno (Título II) entró en vigor al día siguiente de su publicación, mientras que se establecía un año para la vigencia los Títulos I y III referentes a la publicidad activa, el derecho de acceso a la Información y el Consejo de la Transparencia¹⁵.

Por su parte las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales disponen de un plazo de dos años para proceder a su adaptación a lo dispuesto por la ley. Este plazo concluirá en diciembre de 2015 y supone el periodo del que las administraciones autonómicas y locales disponen para adecuar su estructura y sus medios técnicos para cumplir con los preceptos legales establecidos en la misma. No obstante, las propias Comunidades Autónomas españolas se han sumado a la producción legislativa propia de normas de transparencia, buen gobierno y ámbitos relacionados como la participación, de modo que hay dos autonomías con leyes en tramitación y once con leyes aprobadas, algunas incluso anteriores a la ley estatal de transparencia (Velasco, 2013).

¹⁵ El Estatuto del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno fue aprobado mediante el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre (BOE núm. 268/2014, de 5 de noviembre).

Cuadro 2¹⁶
Situación de la legislación autonómica propia en materia de transparencia

Autonomía	Norma
	Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía
Andalucía	Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía
Aragón	Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón
Asturias	En tramitación
Baleares	Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears
Canarias	Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública
Cantabria	Carece de Ley propia en estos momentos
Castilla y León	Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León
Castilla La Mancha	Carece de Ley propia en estos momentos
Cataluña	Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña
Comunidad Valenciana	En tramitación
Extremadura	Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura
Galicia	Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega.
La Rioja	Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja
Madrid	Carece de Ley propia en estos momentos
Murcia	Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de Murcia
Navarra	Ley Foral 11/2012, de 21 de Junio, de la Transparencia y del Buen Gobierno
País Vasco	En tramitación

¹⁶ El cuadro refleja la información sobre legislación Autonómica en materia de Transparencia a fecha 10 de octubre de 2015.

En definitiva, la aprobación de la **Ley 19/2013, de 9 de diciembre** parece suponer un avance fundamental en materia de transparencia en España, aunque no será hasta su total puesta en práctica cuando se pueda comprobar que realmente sea así. De hecho, inicialmente existían esperanzas de que la ley resultante tuviera un alcance mayor y más profundo, sin que ello fuese óbice para la aparición de posturas escépticas sobre su capacidad real para generar transparencia (Rubiños, 2014). Algunas instituciones formularon propuestas y realizaron críticas que no han sido satisfechas con el articulado de la ley, entre ellas Transparencia Internacional España que en su informe de 2013 titulado "Posición y consideraciones de transparencia internacional España sobre el nuevo proyecto de ley de transparencia", consideraba como principales deficiencias que no se recogiese de forma más clara y explícita las infracciones y sanciones a políticos y funcionarios públicos por incumplimientos en materia publicidad activa; que se limitase específicamente el acceso a aquella información que perjudique determinadas cuestiones tales como los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, o la protección al medioambiente; o el déficit de independencia respecto al ejecutivo con el que nace el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; entre otras.

Por último, cabe mencionar que la ley no establece ningún tipo de mecanismo de certificación o acreditación del cumplimiento de las obligaciones derivadas en materia de transparencia. Esta omisión da lugar a un espacio que se pretende cubrir con la puesta en marcha del Sistema Español de Acreditación de la Transparencia que se trata en este texto más adelante.

IV. Los sistemas de medición y evolución de la transparencia

Como se ha avanzado, no existe una regulación específicamente referida a transparencia que establezca un método de certificación de las instituciones y que verifique que han hecho suya esas propuestas ciudadanas que están siendo recogidas en las normas. Por el contrario, sí existen diferentes entidades que nacen con el objetivo de comprobar y medir la transparencia de las instituciones.

Las organizaciones que se dedican a realizar esta labor son de diferente naturaleza, desde asociaciones a fundaciones u organismos de universidades, entre otros. Sus metodologías son dispares, algunas con recogida de datos mediante cuestionario y otras con la mera revisión de las páginas webs. También existen diferencias entre las que tienen un número amplio de indicadores y otras que exigen apenas unos pocos requisitos; o las que se dedican a una multiplicidad de tipologías y las que se centran solo en ONGs, estas últimas con un mayor recorrido y experiencia en relación a la transparencia (Gálvez, Caba y López, 2009; Medina 2009). Entre ellas se puede destacar **Transparencia Internacional España**, la Fundación Lealtad dentro del ámbito de las ONG's¹⁷, el **Mapa Infoparticipa** de la Universidad Autónoma de Barcelona; el ranking y resultados de los test de aplicación de la Ley de transparencia elaborados por **Departamento de Economía de la Empresa** de la Universidad Rey Juan Carlos; el conjunto de índices dinámicos de transparencia **Dyntra** de la Asociación de Transparencia Pública, entre otros.

¹⁷ La Fundación Lealtad contribuye a generar confianza entre los donantes de fondos a organizaciones y para ello elabora y publica periódicamente mediciones de transparencia de ONGs, certificándolas en función del cumplimiento de varios principios y buenas prácticas de transparencia.

Se destaca expresamente la labor realizada por Transparencia Internacional, que se ha convertido en referencia para las Administraciones Públicas en España por los diversos índices de transparencia que publica según la tipología de las organizaciones que analiza: Ayuntamientos¹⁸, Comunidades Autónomas¹⁹, Diputaciones²⁰, Parlamentos²¹, entre otros. La publicación de sus informes tiene un gran impacto mediático, y consecuentemente un peso de especial importancia para el ámbito político e institucional, lo que ha llevado a convertirlo en un índice de referencia para las Administraciones en España.

Su actividad ha conllevado una fuerte implicación de las Administraciones y un afán por la obtención de una buena posición en sus índices, entendiéndose que ese resultado comporta de manera directa un avance significativo en el nivel de transparencia de las mismas.

No obstante, y paradójicamente, el éxito los indicadores elaborados por TI España puede llevar a su perversión. A consecuencia de la relevancia de la transparencia en la actualidad, cualquier noticia en este ámbito ha adquirido una gran trascendencia, ocupando portadas y editoriales de los principales medios de comunicación. Se ha asimilado que un buen puesto en el ranking de TI supone un nivel de transparencia máxima cuando no deja de ser una simple comprobación de la publicación de una información en la web.

Eso ha llevado a que muchas de las Administraciones dispongan de un apartado de su web dedicado a transparencia, pero se limiten a incluir básicamente los ítems de los indicadores que diseña TI España. Esta circunstancia pone de manifiesto que muchas de las Administraciones lo que se plantean como objetivo es, simplemente, aparecer en el top de la calificación que hace TI España, para salir en los medios, más que buscar la transparencia propiamente dicha. Es decir, al final un sistema que busca unos objetivos concretos de transparencia puede tener como consecuencia que se convierta en mera propaganda o cumplimiento formal, algo totalmente alejado del fin originario que persigue evaluar el nivel de apertura de la información de las Administraciones y el impulso a la publicación de información.

Igualmente, el hecho descrito ha tenido otra consecuencia. Aprovechando el camino abierto por TI España y su impacto mediático, muchas entidades se han lanzado a una desmedida carrera de elaboración de rankings, con sus propios sistemas de indicadores (cada cual diferente en cuanto a número y énfasis en aspectos diferentes), buscando posicionarse como referencias dentro del ámbito de la transparencia. La existencia de mediciones de transparencia es fruto de una necesidad innegable, ya que es la forma de evaluar la información que muestran las entidades y de impulsar la preocupación por la materia. No obstante, las diferentes metodologías empleadas y la utilización de indicadores que dejan fuera elementos cualitativos, organizativos y de introducción de cultura de la transparencia, que son los que realmente reflejan la transparencia en una organización (Delgado, 2015), originan contradicciones en los resultados, confusión respecto a la credibilidad de los sistemas de medición y la apertura de una peligrosa puerta a la utilización propagandística de los resultados según la posición obtenida en una u otra medición.

¹⁸ Índice de los Ayuntamientos (ITA).

¹⁹ Índice de las Comunidades Autónomas (INCAU).

²⁰ Índice de las Diputaciones (INDIP).

²¹ Índice de los Parlamentos (IPAR).

De esta forma, se observa la necesidad de seguir avanzando en los modelos de medición, pero dando un paso más hacia la transparencia de fondo y hacia su incorporación en la cultura de las organizaciones, llegando incluso a su superación y sustitución por sistemas más complejos y completos de certificación, evitando que la transparencia se quede en su capa más superficial y que exista un compromiso estable y un objetivo permanente de mejora a lo largo del tiempo.

V. El sistema de acreditación de la transparencia

En este marco contextual y en paralelo a la promulgación de la Ley, nació la Asociación Española de Acreditación de la Transparencia, constituida el 9 de diciembre de 2013, coincidiendo con la fecha que adopta la Ley española de Transparencia y Buen Gobierno. Esta Asociación se constituía como base para sustentar el Sistema Español de Acreditación de la Transparencia, cuyos precedentes se encuentran en el proyecto presentado en el I Congreso Internacional de Open Government celebrado en la Universidad de Valencia en noviembre de 2013 (Sierra, López y Pleguezuelo 2013) y que se concretan en la creación de un sistema de certificación de la transparencia.

La Asociación se configura como una organización que agrupa a profesionales que trabajan en consultoría y auditoría en el campo de la transparencia, así como a las entidades que han asumido y están comprometidas con los más altos estándares en la materia. Tiene como finalidad promover la transparencia, el gobierno abierto y el buen gobierno como elementos interrelacionados que se retroalimentan entre sí y que pueden redundar en una mejora de la gestión de las organizaciones públicas y privadas y de la profundización en la calidad democrática y la rendición de cuentas. En la actualidad su objetivo principal es la expansión del sistema y la realización de las primeras experiencias piloto de acreditación que se están llevando a cabo con Ayuntamientos, Colegios Profesionales y empresas públicas, entre otros.

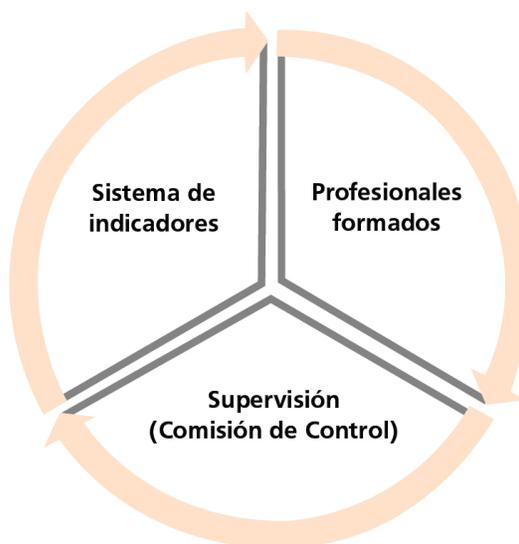
El sistema de acreditación supone un paso más a la mera medición o evaluación de indicadores que realizan diversas organizaciones pro-transparencia, porque pretende ser una certificación que comprende un enfoque transversal y sistémico y supone que las instituciones que se acojan a él deberán hacer un replanteamiento profundo de la misma que les lleve a incorporarla en sus procesos como parte inherente a su cultura de funcionamiento y estructura organizativa. Así, las organizaciones finalmente certificadas no solo deben estar sujetas a las exigencias legales sobre transparencia, sino también a aquellas obligaciones éticas o dimanantes de la demanda social y tendencias imperantes en cada momento, y que suponen en definitiva abrirse más a los ciudadanos y convertirse realmente en instituciones transparentes.

De hecho, la vocación del Sistema Español de Acreditación de la Transparencia es erigirse en la certificación de referencia en materia de transparencia en España. Para ello, todo su diseño se ha configurado buscando que sea un sistema creíble, por lo que se ha dotado de unos indicadores exigentes y una metodología rigurosa, de modo que genere a su vez un amplio prestigio para las organizaciones que ostenten la certificación. Al mismo tiempo, los indicadores a cumplir facilitan que las organizaciones incorporen la transparencia en sus procesos cotidianos y que no se convierta en algo traumático o que origine un esfuerzo

adicional, sino que sea algo natural de la organización, de manera que su utilidad radique en ver sus beneficios como organización transparente susceptible de obtener una mayor confianza de los ciudadanos.

A continuación, y siguiendo a Sierra (2014), se analiza de forma breve los elementos y fases que configuran el Sistema Español de Acreditación de la Transparencia. En sí mismo, el Sistema es un complejo engranaje que está compuesto por diferentes piezas y mecanismos de supervisión mutuos que procuran que no se pierda en ningún momento esa rigurosidad y alto nivel de exigencia al que se ha hecho alusión. Los elementos principales que a continuación se describen son el sistema de los indicadores a cumplir por las organizaciones que deseen certificarse, la existencia de profesionales formados en la metodología que ayuden acompañando a las organizaciones en el proceso de adaptación y el mecanismo de control de la actividad certificadora y de retroalimentación y mejora del propio sistema.

Gráfico 3
Elementos básicos del sistema de acreditación



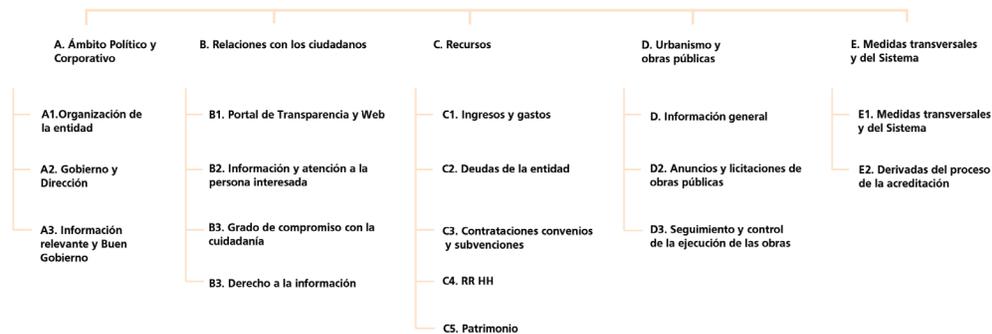
En **primer lugar**, se abordan los indicadores como elemento del sistema. Son un total de 152 que se agrupan en cinco grandes bloques en función de los contenidos que abarcan: ámbito político corporativo, relaciones con los ciudadanos, recursos, urbanismo y obras públicas, así como medidas transversales y obligaciones derivadas del proceso de acreditación.

Los indicadores son de diseño propio, aunque se han visto influenciados en su configuración por los existentes en los índices de Transparencia Internacional y en las obligaciones derivadas de las normas y leyes de transparencia. Entre ellos se distingue según sean de obligado cumplimiento y supongan una mejora no exigible. La medición de los mismos hace que se diferencie entre aquellos que son indicadores dicotómicos (cumple/no cumple) y los que se valoran con una puntuación según su grado de cumplimiento.

Además, los indicadores se conciben como elementos vivos en continua revisión y mejora, estando abiertos a su adaptación paulatina conforme al nivel de exigencia social respecto a la transparencia. Además, el propio proceso de funcionamiento del sistema hace necesaria cierta flexibilidad porque los indicadores son de diferente aplicación en función de la realidad concreta con la que pueden encontrarse los profesionales que se dediquen a la acreditación y de la aplicabilidad de algunos de ellos en función de la distinta naturaleza de cada tipo de organización.

De ahí que está previsto que la compilación de indicadores se vaya ampliando y modificando anualmente gracias a las experiencias de acreditación realizadas, de modo que se incorporen indicadores nuevos o se profundice en la comprobación de aspectos de carácter cualitativo.

Gráfico 4
Clasificación de los indicadores según la materia que abarcan
Indicadores del sistema de acreditación



Fuente: adaptado de Sierra (2014).

En **segundo lugar** están los profesionales de la consultoría, que realizan el acompañamiento a las organizaciones interesadas en obtener la certificación, y los auditores, quienes realizan la verificación de cumplimiento de los indicadores. Para poder ejercer en el marco del sistema es necesario cumplir una serie de requisitos que se justifican por la rigurosidad que se busca y la complejidad del mismo, entre los que están la posesión de titulación universitaria, un mínimo de tres años de experiencia profesional y la superación de una prueba selectiva.

Dichas pruebas se celebran en el marco de cursos de homologación de consultores y auditores. Sólo aquellos profesionales que las superen pueden desarrollar su labor como consultor o auditor bajo el paraguas del Sistema Español de Acreditación de la Transparencia. Este requisito garantiza que quienes se dediquen profesionalmente a la certificación cuenten con los conocimientos y herramientas necesarias que aseguren los niveles mínimos exigidos por el sistema.

Además, para los profesionales de consultoría y auditoría se prevé la necesidad de un reciclaje continuo por la constante evolución de la compilación de indicadores de adaptación anual, así como por los cambios normativos e institucionales que se puedan producir y que alteren el nivel de exigencia o la manera de interpretar el contenido de los indicadores.

Aparte, en el caso de los auditores se establecen ciertas normas para asegurar la realización de su trabajo con independencia y neutralidad, como su asignación por la Asociación mediante un sistema de turnos regulado o la existencia de incompatibilidades, debiendo declinar su participación en el caso de existir algún tipo de relación personal, profesional o académica, presente o pasada, entre el auditor y la entidad a acreditar, sus integrantes o el consultor que haya realizado el acompañamiento, que puedan socavar la credibilidad de la certificación o generar dudas sobre su objetividad.

Como **tercer elemento** del sistema, se encuentra la Comisión de Control, formada por académicos de reconocido prestigio y cuya misión es la supervisión de las certificaciones a través de la selección y revisión exhaustiva de una muestra de las otorgadas el año inmediatamente anterior, colaborando a su vez en la revisión anual de las normas e indicadores del sistema con la ampliación, modificación y supresión de indicadores.

Estos son los tres pilares fundamentales del sistema, dando por hecho la existencia de un cuarto sujeto que sería la organización a certificar, sobre la cual no se requieren características especiales más allá del cumplimiento de los indicadores y de una voluntad unívoca de mejorar sus niveles de transparencia, pudiendo ser organizaciones públicas, semipúblicas e incluso entidades privadas sin que sea necesario que estén sujetas a las obligaciones establecidas por la ley de transparencia.

En lo que respecta al proceso de certificación, en condiciones ordinarias las organizaciones interesadas en certificarse deben someterse a un proceso de tres etapas: adaptación, auditoría y mantenimiento.

Gráfico 5
Fases del proceso de certificación



La **fase de adaptación** contempla todas las acciones preparatorias de la organización para poder cumplir con los indicadores del sistema, por lo que incluye a su vez las actividades de acompañamiento con el apoyo de un consultor de transparencia, las acciones de inmersión en la cultura de la transparencia, la adaptación de las herramientas tecnológicas que permitan la publicación online de la información, así como la elaboración y disposición de la información a través de internet.

El proceso de acompañamiento estándar incluye la realización de un diagnóstico inicial en el que se realiza una medición de los indicadores, destacando la información que se debe confeccionar para su publicación y las herramientas tecnológicas que son necesarias para una mejor disposición de la información. El diagnóstico sirve para conocer el punto de partida de la organización respecto al cumplimiento de los indicadores y en él, se incluyen unas recomendaciones operativas para guiar a la organización hasta la obtención de la certificación.

En paralelo se contempla la celebración de actividades para generar una cultura proclive a la transparencia en el seno de la organización. Entre estas actividades se contempla la firma de un documento de compromiso con la transparencia, reuniones informativas con los directivos de la organización y los representantes de los trabajadores, acciones formativas y de sensibilización destinadas a toda la plantilla, así como la designación de un responsable de transparencia.

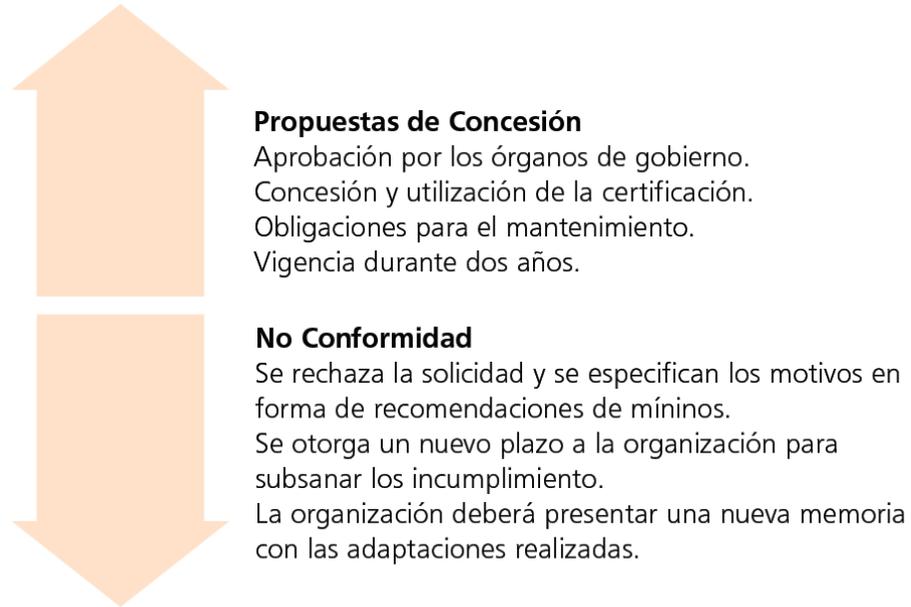
Una vez finalizadas las actividades descritas, se inicia la adaptación de la organización mediante los cambios tecnológicos que procedan en su web o en su programa de gestión interna vinculado a esta, procediendo a su alimentación siguiendo las indicaciones y recomendaciones del diagnóstico inicial.

Cuando la organización da por finalizado este proceso, el consultor realiza una actualización del diagnóstico con una nueva medición de los indicadores, de modo que pueda valorar si se cumplen o si es necesario hacer cambios, mejoras o ampliaciones de información. En caso positivo, el diagnóstico, junto con la memoria descriptiva de las actividades realizadas se presenta como solicitud para iniciar la siguiente etapa.

La **fase de auditoría** se desarrolla a través de un auditor designado por el Sistema siguiendo sus normas internas, el cual realiza una revisión y evaluación de los indicadores y memoria de la labor realizada durante el proceso de consultoría comprobando tanto los aspectos documentales, como los formales y de contenido, procediendo a la calificación de la entidad como apta o no apta para la certificación.

En caso de concesión, la media global de las valoraciones en los indicadores que se miden mediante puntuaciones da lugar a la clasificación del certificado obtenido en alguna de las categorías básica, destacada, avanzada o de excelencia, correspondiendo cada una a un mayor nivel de transparencia

Gráfico 6
Posibilidad ante la fase de auditoría



En caso de obtener la conformidad del auditor se procede a formular la propuesta de certificación de la entidad, mientras que si se declara no apta se deniega provisionalmente, emitiendo un informe con unas recomendaciones de mínimos a cumplir para obtener la acreditación e iniciando una segunda vuelta del proceso.

La propuesta de certificación se refrenda por los órganos de gobierno de ACREDITRA, dando lugar a su concesión y permitiendo desde ese momento la utilización de la imagen corporativa del certificado como entidad transparente. Para su mantenimiento la organización se compromete a ejecutar un plan anual de transparencia, a celebrar actividades formativas para su plantilla y a mantener el cumplimiento de lo establecido en los indicadores del sistema. En cualquier caso el certificado tiene una validez de dos años desde su concesión, por lo que su mantenimiento exige que transcurrido este plazo se deba superar una nueva auditoría para verificar el cumplimiento de los indicadores que estén vigentes en ese momento.

VI. A modo de conclusión

La transparencia en España se ha incorporado con fuerza como uno de los principales temas de la agenda política, lo que ha llevado a su inserción en el ordenamiento jurídico estatal con una ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y con la proliferación de normas en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

La ley de transparencia supone un paso positivo, pero su mera regulación no la asegura, pudiendo crearse incertidumbres porque su puesta en práctica conlleva obligaciones que

pueden verse dificultadas por falta de medios humanos, técnicos o por resistencias al cambio y a la inmersión en una cultura de trabajo transparente.

Más allá de que no se cumplan los mandatos de publicidad activa, se corre el riesgo de generar una transparencia solo aparente, publicándose información que en la práctica no sirva para informar al ciudadano o para facilitar la rendición de cuentas. Queda por delante, asimismo, el reto de articular los procesos y flujos de trabajo que hagan del derecho de acceso un canal efectivo para conseguir información de las entidades públicas.

En España se reconoce la labor activa y fundamental que ha desempeñado Transparencia Internacional y otras organizaciones similares para impulsar la preocupación por la opacidad de las entidades públicas, utilizando para ello sus herramientas de medición y los indicadores que han estimulado la incorporación de la transparencia en la agenda mediática, pública y política, así como el conocimiento y aclaración sobre aquello que forma parte de su objeto y por tanto debe ser publicado.

Respecto a las mediciones de transparencia, en el momento actual es necesario realizar un replanteamiento de este tipo de mediciones para abarquen no sólo lo que se publica, sino cómo se publica, en un afán por conseguir una transparencia de fondo y no solo de forma. El nivel de exigencia de los indicadores a utilizar debería ir elevándose de forma más intensa, ya que es habitual observar altas puntuaciones en las mediciones de referencia por lo que paulatinamente se va restando vigencia a las mismas.

Además, se hace conveniente racionalizar la existencia de índices y facilitar información para que los periodistas y medios de comunicación sean capaces de discriminar la atención que les prestan, de modo que se preserve el reconocimiento de aquellos que son más objetivos, rigurosos y completos, para que la proliferación de organizaciones de la transparencia no cree confusión entre la opinión pública o haga que pierdan su credibilidad.

Por último, en lo que respecta a los dispositivos para asegurar la transparencia, el Sistema Español de Acreditación de la Transparencia tiene la aspiración de cubrir el vacío existente de entidades certificadoras que posean una orientación específica a la transparencia en el ámbito de lo público, siendo su aspiración convertirse en un sistema que verdaderamente logre que las organizaciones certificadas sean los referentes de transparencia y accesibilidad para los ciudadanos.

VII. Bibliografía

- Acemoglu, Daron y James A. Robinson (2012). Por qué fracasan los países. Bilbao: Deusto.
- Ackerman, John M. e Irma E. Sandoval (2005). "Leyes de Acceso a la Información en el Mundo", Cuadernos de Transparencia, núm. 7. México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.
- Almoacid Lamelas, Víctor, coord. (2014). Implantación Práctica de la Ley de Transparencia en los Ayuntamientos. Madrid: El Derecho Editores.

- Ares González, Valle (2014). "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33.
- Campos Acuña, Maria Concepción (2014). "Las entidades locales ante las obligaciones de transparencia. Una primera aproximación a la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Revista Digital CEMCI*. Granada: Centro de Estudios y de Cooperación Internacional.
- Calderón, Cesar y Sebastián Lorenzo, coords. (2010). *Open Government: Gobierno Abierto*. Jaén: Algón Editores.
- Cárcar Benito, Jesús Esteban (2014). "Una reflexión sobre la Transparencia en el nuevo acceso a la información pública en España", *Más Poder Local*, núm. 20, pp. 34-41
- Davara Rodríguez, Miguel Ángel (2014). "La ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8, pp. 883-889.
- Delgado Morales, Francisco (2015). "Sistemas de Medición y Transparencia en los Ayuntamientos", *Revista Española de la Transparencia*, núm. 0, pp. 12-17
- Cotino Hueso, Lorenzo (2013). "Derecho y «Gobierno Abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, pp. 51-92
- Gálvez, Rodríguez, Maria del Mar, Maria del Carmen Caba Pérez y Manuel López Godoy (2009). "La transparencia on-line de las ONGs españolas", *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 13, pp. 63-86.
- Guichot Reina, Emilio (2011). *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Documento de trabajo núm. 179. Madrid: Fundación Alternativas.
- Guichot Reina, Emilio, coord. (2014). *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Lizcano Álvarez, Jesús (2011). "Transparencia en los Gobiernos locales", *Revista Democracia y Gobierno Local* núm. 15, pp. 5-9.
- Llera Ramos, Francisco (2012). "Crisis y Desafección Política en la encrucijada andaluza", *Actas Foro de Expertos FE01/12*, Sevilla: Centro de Estudios Andaluces.
- López Guerra, Luís, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui (1997). *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol. I. Madrid: Tirant Lo Blanch.

- Medina Rey, José María (2009). "Transparencia y Buen Gobierno en las ONGD", Revista Española del Tercer Sector, núm. 11.
- Ridao Martín, Joan (2014). "La regulación de la transparencia y el acceso a la información pública en la esfera autonómica. Un estudio comparado", Revista General de Derecho Constitucional, núm. 19.
- Rubiños Gil, Maria (2014). "La transparencia, la comunicación y la confianza en las instituciones públicas: los casos comparados de la Freedom of Information Act en el Reino Unido y la Ley de Transparencia, Buen Gobierno y Acceso a la Información en España", III Congreso Internacional de Comunicación Política y Estrategias de Campaña. Santiago de Compostela: ALICE.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, Manuel (2013). "Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública", en Correidora y Alfonso, Loreto y Lorenzo Cotino Hueso, Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 285-324.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, Manuel (2014). "El día después de la Ley de Transparencia", Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 33.
- Sierra Rodríguez, Javier (2014). "Certificación en Transparencia: El sistema español de Acreditación de la Transparencia". Más Poder Local, núm. 21, pp. 28-32.
- Sierra, Javier., López, Francisco Javier y Pleguezuelo, Manuel (2013). "Sistema de Acreditación de la Transparencia y Buen Gobierno: una propuesta". I Congreso Internacional Open Government. Valencia: Universidad de Valencia.
- Torcal, Mariano y José Ramón Montero (2006). "Political Disaffection in Contemporary Democracies". Social Capital, Institutions, and Politics. Londres: Routledge.
- Valencia Sáiz, Ángel (2013). "Democracia y Crisis: El malestar de la democracia", XI Congreso de Ciencia Política. Sevilla: AECPA.
- Velasco Rico, Clara Isabel (2013). "Análisis en clave competencial del Proyecto de Ley estatal sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno", REAF, núm. 17, pp. 279-328.
- Villoria, Manuel y Álvaro Rodríguez-Alujas (2011). "La transparencia: marco conceptual", Revista Democracia y Gobierno Local, núm. 15. Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 10-15.
- Villoria, Manuel y Fernando Jiménez (2012). "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", REIS, núm. 138, pp. 109-134.
- Villoria, Manuel (2014). "La publicidad activa en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias". Govern Obert. Barcelona: Generalitat de Catalunya.



Crónicas

Crónica sobre la resolución N° 14-2014-I del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Primera, de las 8:00 horas del 12 de marzo de 2014.

Mediante la resolución N° 14-2014-I del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Primera, de las 8:00 horas del 12 de marzo de 2014, se declaró sin lugar la demanda interpuesta por el actor, entonces Subgerente de la Junta de Protección Social, que pretendía -en lo medular- la nulidad de la sanción de ocho días de suspensión que le fuera impuesta por la Contraloría General de la República. Esta sentencia quedó firme al ser rechazado de plano y por el fondo el recurso de casación interpuesto en su contra, según lo determinó el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, mediante resolución número 00046-A-TC-2015 de las 10:10 horas del 30 de abril de 2015.

Los tres temas que se abarcaron fundamentalmente en esta sentencia fueron los siguientes:

a. Artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y excepción de caducidad.

Se estableció en esta sentencia, que el plazo de un año para que opere la caducidad de la acción, previsto en el artículo 39, inciso 1) del Código Procesal Contencioso Administrativo, se empieza a contabilizar hasta que la discusión del acto administrativo en sede administrativa se haya agotado, es decir, hasta que pase de ser un acto final a uno definitivo. Esta condición no se determina con la finalización de la fase recursiva -resolución de los recursos de revocatoria y apelación- sino que también se debe tomar en cuenta, la gestión de revisión que puede presentar la administración, al comunicársele la recomendación vinculante de sanción y que está contemplada el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Se destaca adicionalmente, que el Tribunal señaló que en el caso concreto se presentaron actos que dejaron sin efecto el plazo de caducidad anual referido, a saber, la resolución que acogió en forma provisional la solicitud de medida cautelar anticipada presentada por el actor y mediante la que se ordenó la suspensión de la sanción impuesta, de modo que el plazo anual de caducidad quedó sin efecto, hasta que aquel Tribunal rechazó dicha medida cautelar.

b. Artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: Régimen sancionatorio.

En cuanto a este punto el Tribunal indica que el artículo es claro al establecer que un servidor puede ser sancionado en tres supuestos: a) Cometer infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización contemplado en esa ley; b) Provocar con su actuar una lesión a la Hacienda Pública; c) Cometer infracciones al ordenamiento de control y fiscalización que provoquen lesiones a la Hacienda Pública. Señala el Tribunal que estos tres supuestos son independientes entre sí, y al efecto se refiere al artículo 211 de la Ley General de la Administración Pública, de conformidad con el cual un servidor puede ser sancionado

por el sólo hecho de infringir el ordenamiento jurídico con su actuación dolosa o culposa. Es decir, es suficiente, como sucedió en este caso, que exista una infracción al ordenamiento jurídico, y por ese único supuesto, puede el servidor ser sancionado, independientemente de que haya provocado una lesión a la Hacienda Pública.

Con fundamento en el presupuesto referido y en los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, el Tribunal procedió a realizar el análisis del acto final sancionatorio emitido por la Contraloría General de la República, y lo estimó ajustado a Derecho.

c. Daños y perjuicios.

El hecho de que la sanción impuesta trascendió a los medios de comunicación y pudo afectar la imagen del actor, es una conducta ajena a la conducta administrativa impugnada y a los sujetos de derecho público demandados.

Elaborado por: MSc. Paula Serra Brenes, Fiscalizadora, División Jurídica de la Contraloría General de la República.

Crónica sobre la aplicación indebida de beneficios de Convención Colectiva a niveles gerenciales de una entidad pública (Resolución del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José No. 203-2012 de las 7:30 horas del 27 de enero de 2012)

En el año 2001 la Contraloría General de la República sustanció, un procedimiento administrativo en contra de un grupo de funcionarios del nivel gerencial de una entidad pública, que otorgaron y recibieron de manera indebida sendos beneficios establecidos en una convención colectiva.

En este procedimiento administrativo y habiendo declarado la nulidad evidente del otorgamiento de beneficios convencionales, la Contraloría General recomendó de manera vinculante la destitución de dichos servidores y, además, dispuso la obligación de reintegrar las sumas otorgadas irregularmente en perjuicio de la Hacienda Pública.

Ahora bien, en lo que refiere puntualmente al tema disciplinario, materializado en la recomendación vinculante de destitución de sus cargos, interesa mencionar que los servidores respectivos decidieron interponer tres procesos judiciales –los cuales se tramitaron de manera conjunta bajo la figura de la acumulación de procesos- ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los cuales se incoaron y se tramitaron de conformidad con las disposiciones de la –entonces vigente y hoy derogada- Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esto último es importante de destacar, habida cuenta que el régimen procesal establecido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa disponía, que el proceso era

conocido y resuelto por el Juzgado Contencioso Administrativo, pudiendo las partes impugnar ante el Tribunal Contencioso Administrativo la sentencia de fondo que llegara a emitir el Juzgado y, finalmente, se establecía la posibilidad de acudir ante la Sala Primera mediante un recurso de casación.

En el caso que nos ocupa, los tres procesos fueron presentados en el año 2003 y no fue sino hasta el año 2015 que la Sala Primera dispuso finalmente, rechazar los recursos de casación incoados y, confirmar así, la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Contencioso Administrativo y ratificada por el Tribunal Contencioso Administrativo que declaró sin lugar la demanda presentada por los actores.

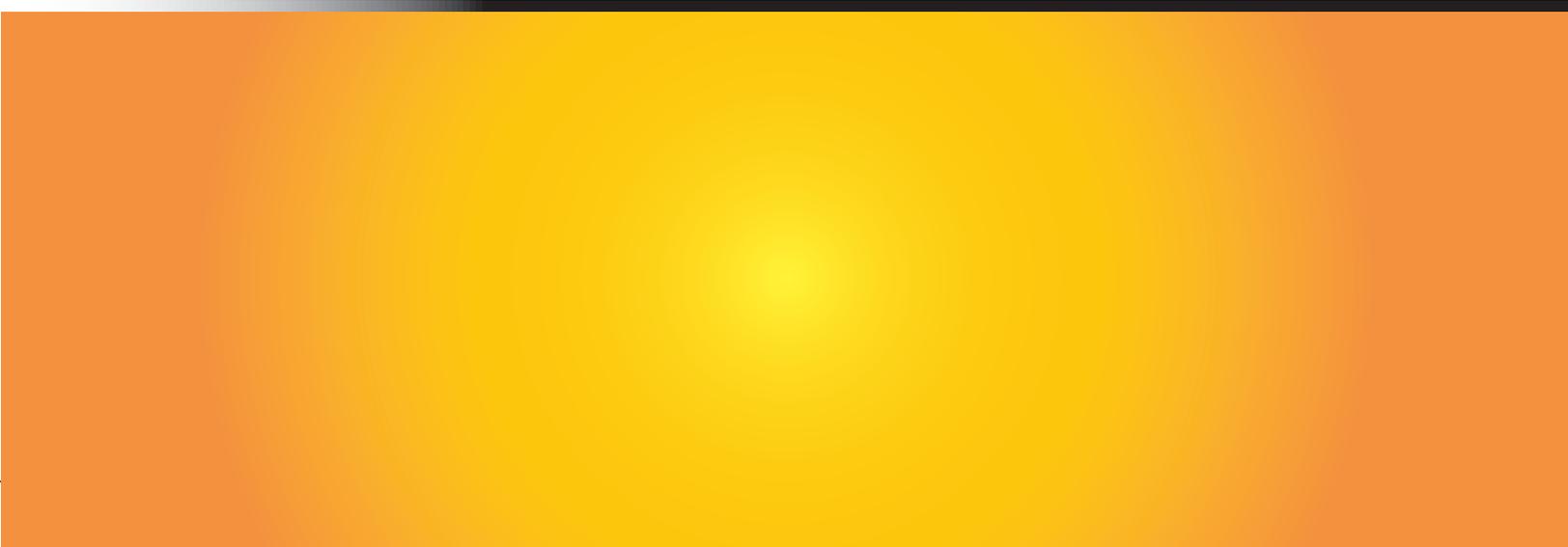
Más allá de la reflexión que de manera natural y espontánea surge, en virtud de la cantidad de años que demoró el trámite de estos tres procesos judiciales desde la interposición de la demanda (2003) hasta el rechazo de los recursos de casación (2015), importa destacar que la confirmación de la sentencia de primera instancia vino a restablecer una legalidad que fue quebrantada y, además, ratificar la plena validez de la acción de fiscalización objetiva llevada a cabo por la Contraloría General, en contra de acciones que infringieron el Ordenamiento de Control y Fiscalización Superiores de la Hacienda Pública.

Resta acotar, la importancia que reviste el hecho de que las Administraciones Públicas verifiquen siempre y de manera rigurosa, la legalidad de todas aquellas conductas administrativas en las que medie la disposición de fondos públicos, velando porque se cumpla la normativa legal y técnica y las sanas prácticas en el manejo de los recursos públicos.

Elaborado por: Lic. Jaïnse Marín Jiménez, Gerente Asociado, División Jurídica de la Contraloría General de la República.



Consultas Relevantes



División Jurídica

Oficio: 12259-2015

Consultante: Municipalidad de Abangares

Tema: Municipal

Subtema: Salario, pluses e incentivos a nivel municipal

Asunto: Consulta sobre la suspensión o no del pago del salario a un alcalde al que un juez penal le ha impuesto medidas cautelares que le impiden acercarse a la Municipalidad.

Respuesta: Se aclara previamente que mediante la potestad consultiva, la CGR no pretende la resolución de casos concretos, mucho menos los que se encuentren ya en estrados judiciales. Se expone cuál ha sido la jurisprudencia de la Sala Constitucional al respecto y se indica que ha cambiado su posición sobre el tema en dos ocasiones. Recientemente, ha adoptado la interpretación a favor de la improcedencia del pago de salario a funcionarios que cuenten con medidas cautelares por un proceso penal, aunque no se trate de la prisión preventiva, siempre que se le imposibilite asistir al trabajo.

Oficio: 14015-2015

Consultante: Concejo Municipal de Cóbano

Tema: Urbanismo

Subtema: Plan regulador costero

Asunto: Se emite criterio sobre la procedencia de que un particular financie la elaboración del IFAS (Índice de Fragilidad Ambiental) requeridos para la elaboración de Planes Reguladores Costeros.

Respuesta: En criterios anteriores, la Contraloría ha hecho referencia a la posibilidad de que sujetos externos a la Municipalidad, sean privados o públicos, participen en la elaboración de sus Planes Reguladores Costeros. Sin embargo, aquellos no pueden elaborar el plan desde su inicio y luego solo presentarlo a la Municipalidad para su aprobación, sino que deben tomar como punto de partida disposiciones que el gobierno local ha debido considerar. Asimismo, es posible que sujetos privados realicen donaciones que sean utilizadas para financiar dichos proyectos. Igualmente, fondos del mismo origen pueden destinarse al contrato de una entidad técnica que colabore con la municipalidad para la elaboración de los IFAS, como requisito necesario de los Planes Reguladores, sobre todo cuando es usual que algunas municipalidades no cuenten con el personal necesario para llevarlo a cabo por cuenta propia. Debe alertarse que dicha donación debe ser incondicionada, y que una vez que la administración cuenta con los fondos, debe seguir los procedimientos respectivos de contratación administrativa para elegir a la empresa o institución que le colaborará.

Oficio: 11032-2015

Consultante: Municipalidad de Tibás

Tema: Municipal

Subtema: Salario, pluses e incentivos a nivel municipal

Asunto: Se realizan una serie de preguntas en torno al salario de los alcaldes pensionados que opten por continuar percibiendo su pensión más un 50% por concepto gastos de representación.

Respuesta: Debe resaltarse que los gastos de representación que se indican en el artículo 20 del Código Municipal no tienen una naturaleza propiamente salarial, sino que se trata de un rubro especial (lo que había sido definido en un oficio anterior de la CGR). Esto que no se puede contabilizar para el cálculo del aguinaldo o demás prestaciones legales de naturaleza salarial, y que no está sujeto al régimen de cotizaciones de la CCSS.

Por otro lado, se tiene que los alcaldes poseen el derecho a la seguridad social, como un derecho fundamental, regulado en el artículo 73 de la Constitución Política. Dado que los alcaldes pensionados pueden optar por el pago del salario, o de la pensión más el 50% por concepto de gastos de representación, en caso de recibir salario y de requerir incapacitarse, percibirá el subsidio general que se establece para todo trabajador en caso de enfermedad o cualquier otra situación incapacitante. Lo que no corresponde reconocer en este supuesto al alcalde, es el subsidio complementario que permite mantener el 100% del monto del salario.

Ahora bien, cuando el alcalde opta por percibir pensión más el 50% de gastos de representación, en caso de que se encuentre incapacitado para laborar, la situación resulta distinta de la regulada en el supuesto anterior, ya que no se le podría otorgar subsidio alguno por no estar cotizando para el régimen de seguridad social de la Caja Costarricense de Seguro Social. Recuérdese lo dicho en relación con que ese 50% de gastos de representación no tiene base ni naturaleza salariales, razón por la cual dicho funcionario, en ese supuesto, no aporta o cotiza al régimen de seguridad social. Al respecto, obsérvese también que un Alcalde en esa condición, ya está percibiendo una remuneración del Régimen de Pensiones de Invalidez, Vejez y Muerte, porque conserva su condición de jubilado por este régimen o cualquier otro de los especiales, de ahí que no se pueda entender que se encuentra en un estado de desprotección frente a una circunstancia de enfermedad.

Finalmente, en el caso de un vicealcalde que sustituye a un alcalde que recibe pensión, se tiene que el salario del primero se calculará con base en lo estipulado en el artículo 20 (salario o pensión más el 10% de gastos de representación), según le corresponda.

División de Fiscalización Evaluativa y Operativa

Oficio: 8766-2015

Consultante: Consejo de Transporte Público

Tema: Control Interno

Subtema: Independencia funcional y de criterio de la Auditoría Interna

Asunto: Se realizan una serie de consultas sobre las potestades de la auditoría interna, principalmente en relación con las sesiones de la Junta Directiva del Consejo y la posibilidad que tiene la Administración en intervenir en algunas de ellas.

Respuesta: La auditoría interna del Consejo depende jerárquicamente de su Junta Directiva. Sin embargo, esta dependencia no puede ir en contra de la independencia funcional de los funcionarios de la auditoría, y encontrará en aquella sus límites. La principal responsabilidad del jerarca se encuentra en el establecimiento, mantenimiento, perfeccionamiento y evaluación del sistema de control interno, como lo establece el artículo 10 de la Ley General de Control Interno.

Junto con esto, se tiene que dentro de las obligaciones y potestades de las auditorías internas, se encuentra la de solicitar al jerarca la incorporación de asuntos que considere importantes, en la agenda de las sesiones de la Junta. Además, al jerarca le corresponde instruir de manera adecuada al responsable de la conformación del orden del día para que en los asuntos relacionados con la Auditoría Interna se comprenda y respete la relación jerárquica directa existente entre la Auditoría Interna y la Junta Directiva del CTP, a fin de que no se quebrante esa jerarquía, que no se obstruya el cumplimiento del deber del jerarca de conocer los asuntos presentados por la auditoría interna y que tampoco se lesione el principio de independencia funcional y de criterio ni el ejercicio de la función de Auditoría Interna.

Además, se permite expresamente la asistencia de los miembros de la auditoría a las sesiones del órgano. Para esto, deberá existir un acuerdo respecto a los alcances de dicha participación. Una denegatoria en este sentido, se admitiría únicamente con una fundamentación legal y no podría generar un debilitamiento al sistema de control interno.

Oficio: 13482-2015
Consultante: Ministerio de Hacienda
Tema: Proceso Presupuestario
Subtema: Ejecución Presupuestaria

Asunto: Consulta sobre la posibilidad de que los sobrantes de los recursos asignados por ley a instituciones descentralizadas para su operación y financiamiento, puedan constituirse en un superávit específico.

Respuesta: Se emite un criterio jurídico no vinculante, por cuanto la CGR no es la rectora en el tema específico. Sobre lo consultado, se tiene que el considerar que los recursos asignados en forma genérica para la operación y las actividades sustantivas de las instituciones, puedan generar sobrantes al final del año que se clasifiquen como superávit específico, descalificaría la incorporación del rubro de superávit libre, en el Clasificador Oficial de Ingresos para el Sector Público, dado que todo remanente sería específico. Esto haría inaplicable toda la legislación administrativa que se refiere al concepto de superávit libre y se dejaría sin financiamiento a instituciones que por ley se les asigna parte del superávit libre de otros sujetos, como es el caso del Fondo Nacional de Emergencia.

Oficio: 14298-2015
Consultante: Asamblea Legislativa
Tema: Municipal
Subtema: Concejo Municipal de Distrito

Asunto: Se solicita criterio sobre la aplicación de los esquemas de control interno, manejo de presupuesto institucional, contratación administrativa, responsabilidad de los funcionarios, recaudación de cauciones, y otros similares, de la misma manera en que funciona para las municipalidades.

Respuesta: Los Concejos Municipales de Distrito, son órganos adscritos a las municipalidades que tienen una función de coadyuvancia en la atención de las competencias de la última. Poseen personalidad jurídica otorgada por la Ley No 8173, autonomía funcional y patrimonio propio. Sin embargo, dicha autonomía no es plena, y no puede extenderse a tal punto que dicho órgano se convierta en una "municipalidad" distrital. Igualmente, debe respetar todo el bloque de legalidad que cubre a las administraciones públicas, como las disposiciones de control interno, contratación administrativa, presupuestos, responsabilidad de sus funcionarios, entre otros.

División de Contratación Administrativa

Oficio: 11229-2015

Consultante: Dirección General de Migración y Extranjería

Tema: Tipos de contrato

Subtema: Fideicomiso

Asunto: Consulta sobre la procedencia de las inversiones con recursos de distintos contratos de fideicomisos maneja el órgano, y que fueran refrendados por esta Contraloría General, que además actualmente se encuentran en etapa de ejecución. De la mano con lo anterior, se consulta si resulta o no necesario modificar los contratos de fideicomiso, y en caso afirmativo si se requeriría nuevamente el refrendo contralor. Adicionalmente, pregunta si se deben aprobar o no los Reglamentos de Política de Inversión que a la fecha se encuentran elaborados y conocidos por la Junta Administrativa.

Respuesta: La Tesorería Nacional es la encargada de girar disposiciones en cuanto las inversiones que se puedan realizar estas administraciones en torno a los contratos de fideicomiso mencionados, lo que implica que los mismos deben ajustarse a las directrices del órgano competente. El ajuste con esta normativa, no implica que se necesite llevar a cabo algún tipo de modificación en el objeto contractual, sino que se trata de ajustes de tipo operativo. Por este motivo, no se estaría en ningún supuesto que amerite el refrendo contralor. Sobre la aprobación de Reglamentos de Política de Inversión, se tiene que es una decisión exclusiva de la administración.

Oficio: 11551-2015

Consultante: Ministerio de Hacienda

Tema: Materias excluidas de los procedimientos ordinarios de contratación

Subtema: Actividad contractual entre sujetos de Derecho Público

Asunto: Consulta sobre la posibilidad de contratar con la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, sin tener que pasar por los procedimientos ordinarios de contratación, con el fin de elaborar la estructura necesaria para la implementación

de la aplicación de la factura electrónica y los comprobantes económicos de manera obligatoria para distintos sectores económicos o tipos de obligados a tributar.

Respuesta: En primer lugar, la CGR recuerda algunas pautas que ha destacado para la celebración de contratos entre sujetos de Derecho Público que no sigan los procedimientos ordinarios de contratación. En este sentido se tiene que ambos sujetos deben contratar en el marco de sus competencias; también, debe existir un equilibrio entre las prestaciones que cada parte se obligue a cumplir. Finalmente, las erogaciones de recursos que se realicen, deben estar debidamente presupuestadas y disponibles.

Respecto a los servicios ofrecidos por la ESPH, se tiene que en términos generales no existe una obligación legal para que las restantes entidades cuando requieran contratar alguno de tales bienes o servicios deban necesariamente contratar a esa entidad, pues si bien en dado caso se cuenta con la posibilidad de verse excepcionado de llevar a cabo un procedimiento ordinario, debe analizarse la idoneidad de dicha institución para satisfacer la necesidad pública perseguida, cumpliendo así con la obligación de administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia.

Finalmente, se tiene que el órgano encargado de definir e interpretar las competencias legales del ESPH, es la Procuraduría General de la República. En este sentido, para optar por la excepción indicada, se debe verificar que la competencia de proveer la solución tecnológica llave en mano para el desarrollo e implementación de la factura electrónica se derive de las regulaciones establecidas en el marco legal que aplica a la ESPH, en particular la Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, Ley N° 7789 y sus reformas.

Oficio: 12728-2015

Consultante: Municipalidad de Guácimo

Tema: Capacidad para contratar con la administración

Subtema: Prohibiciones

Asunto: Emisión de criterio sobre la condición de parentesco que puede existir entre personas que procrearon hijos comunes, aun cuando no convivan en matrimonio o en unión de hecho.

Respuesta: El tema ha sido analizado previamente por la institución dentro de los trámites de levantamiento de incompatibilidad. En concreto se tiene que el supuesto de que las personas tengan hijos en común, sin que medie entre ellos un vínculo que los relacione, entendiéndose matrimonio o unión de hecho; no se encuentra regulado dentro de los casos de prohibición, por lo que no le aplica esta limitación para contratar con la administración. Sin embargo, esto no exime a los involucrados de respetar el deber de probidad, e impedir que se genere un conflicto de intereses dentro del procedimiento de contratación.



Contraloría General de la República

Publicaciones
●●●●●Cgr