



San José, 6 de febrero 2017

DH-0114-2017

Licda. Ericka Ugalde Camacho  
Jefa de Área  
Comisión Permanente de Gobierno y Administración  
COMISION-GOBIERNO@asamblea.go.cr

Estimados señora:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestarle que en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes, sobre el expediente número **20.103 "LEY PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"**, me permito indicar lo siguiente:

### **1. Resumen Ejecutivo**

La justificación para la presentación del proyecto se fundamenta básicamente en lo siguiente:

La garantía establecida en el artículo 30 constitucional cuya redacción establece el acceso a los departamentos administrativos con el propósito de obtener información de carácter público, dejando a salvo únicamente aquellos asuntos que sean declarados secretos de Estado.

Se plantea una preocupación alrededor de los abusos y encubrimientos de manejos abusivos y administraciones cuestionables que atentan contra el principio de transparencia en la función pública.

Se indica que la Sala Constitucional ha ido evolucionando y fortaleciendo una posición a favor del derecho de acceso a la información de carácter público, como un elemento importante de la transparencia en la función pública.

Se considera que la denominación más acertada sobre este tema es lo relacionado con el derecho de acceso a la información administrativa, como un mecanismo de control en manos de las personas sujetas de derechos, de manera que les permita ejercer un control óptimo de la legalidad y, en general, de la eficacia y eficiencia en el accionar de la institucionalidad pública.

Asimismo, se hace mención a los límites intrínsecos y extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa.

## **2. Conformidad o inconformidad de la DHR:**

Esta Defensoría expresa su conformidad parcial con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados.

## **3. Competencia del mandato DHR.**

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (Principios de París) la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos. Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

## **4. Aspectos generales del proyecto de ley:**

Dentro de la exposición de motivos que propiciaron la redacción del proyecto se manifiesta lo siguiente:

La garantía establecida en el artículo 30 constitucional cuya redacción establece el acceso a los departamentos administrativos con el propósito de obtener información de carácter público, dejando a salvo únicamente aquellos asuntos que sean declarados secretos de Estado.

Se plantea una preocupación alrededor de los abusos y encubrimientos de manejos abusivos y administraciones cuestionables que atentan contra el principio de transparencia en la función pública. Esto por cuanto se considera que bajo el amparo de lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 54 de la Ley General de Administración Pública (LGAP), y otras normas especiales, se ha desarrollado la costumbre de declarar privadas las sesiones de las juntas directivas de los órganos colegiados.

Se indica que la Sala Constitucional ha ido evolucionando y fortaleciendo una posición a favor del derecho de acceso a la información de carácter público, como un elemento importante de la transparencia en la función pública. Esto se fundamenta en distintas resoluciones en las cuales se hace referencia a que las organizaciones colectivas del Derecho Público están llamadas a ser "verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan

escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados” [Desde la óptica de la DHR, más que administrados, serían las personas en su condición de sujetos de derechos]

Esto se observa también como una necesidad de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y aplicación de los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas, incorporados en el artículo 11 constitucional<sup>1</sup>. Se menciona además que el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando se tutelen valores y bienes constitucionalmente relevantes.

Se considera que la denominación más acertada sobre este tema es lo relacionado con el derecho de acceso a la información administrativa, como un mecanismo de control en manos de las personas sujetas de derechos, de manera que les permita ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por la institucionalidad. Se agrega que: *“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.”*<sup>2</sup>

Se hace mención también a los límites intrínsecos y extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa. En cuanto a los límites intrínsecos se menciona que cuando la información administrativa no se encuentra dentro de la categoría de interés público, no se puede acceder. Además, en el párrafo segundo del artículo 30 constitucional, se incluye el tema de los secretos de Estado, teniendo en cuenta que este es un asunto de reserva de ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 1º de la LGAP. Se recuerda también que esta es una deuda país desde hace más de 50 años desde la vigencia de la actual Constitución Política ya que no se ha promulgado una ley sobre secretos de Estado y materias clasificadas. Lo anterior ha propiciado la costumbre del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunos temas como secreto de Estado.

En cuanto a las limitaciones extrínsecas de derecho de acceso a la información, se menciona lo dispuesto en el artículo 28 de la CP, específicamente en cuanto a que *“las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.”* También se menciona lo dispuesto en el artículo 24 relacionado con el derecho de autodeterminación informativa, lo cual garantiza a todas las personas una esfera de intimidad.

Adicionalmente, se hace mención a lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución Política, los artículos 60 y 75 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, así como en lo dispuesto en el artículo 41 del Código Municipal, cuyos textos hacen mención a lo siguiente:

Constitución Política:

---

<sup>1</sup> Reformado por Ley N° 8003 del 8 de junio 2000. LG # 126 de 30 de junio del 2000.

<sup>2</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 2005-12783, refiriéndose a la interpretación del artículo 30 constitucional.

*Artículo 117. (...) Las sesiones serán públicas salvo que por razones muy calificadas y de conveniencia general se acuerde que sean secretas por votación no menor de las dos terceras partes de los Diputados presentes.*

Sobre la referencia al artículo 60 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, en realidad se debe observar lo dispuesto en el artículo 61, donde se menciona lo relacionado con la publicidad de las sesiones y acceso a documentos.

Reglamento de la Asamblea Legislativa:

*Artículo 61.- Publicidad de sesiones y acceso a documentos. Las sesiones de las Comisiones Legislativas Plenas serán públicas, salvo lo establecido en el inciso j) del artículo 114 de este Reglamento. Habrá libre acceso a cualquier documento de los expedientes en poder de estas Comisiones y de los documentos relacionados con ellos.*

*Artículo 75.- Publicidad de las sesiones. Las sesiones de las comisiones serán públicas. No obstante, sus respectivos Presidentes podrán declararlas privadas si lo estimaren necesario.*

Código Municipal:

*Artículo 41.- Las sesiones del Concejo serán públicas. El Concejo deberá reglamentar la intervención y formalidad de los particulares.*

Finalmente, se indica que además de la concordancia con la jurisprudencia que se ha desarrollado en el país sobre la transparencia y rendición de cuentas, el proyecto está relacionado con la iniciativa global identificada con el nombre de la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP por sus siglas en inglés).

## **5. Análisis del contenido del proyecto:**

ARTÍCULO 1.- Reforma a los párrafos uno y dos del artículo 54 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), N° 6227 de 30 de mayo de 1978.

Para entender con mayor amplitud esta iniciativa, resulta importante tener presente el texto original del artículo 54 de la LGAP que se pretende reformar y cuyo texto se establece lo siguiente:

*Artículo 54.-*

*1. Las sesiones del órgano serán siempre privadas, pero el órgano podrá disponer, acordándolo así por unanimidad de sus miembros presentes, que tenga acceso a ella el público en general o bien ciertas personas, concediéndoles o no el derecho de participar en las deliberaciones con voz pero sin voto.*

La reforma a este punto 1 se plantea en los siguientes términos:

*1.-Las sesiones del órgano serán siempre públicas y transmitidas en tiempo real por cualquiera de los medios tecnológicos que se dispongan, pero el órgano podrá*

*determinar, acordándolo así por unanimidad de sus integrantes presentes, que la sesión sea privada cuando se tengan que discutir asuntos que hayan sido previamente declarados confidenciales por tratarse de secretos industriales o comerciales de conformidad con las competencias del órgano.*

En este primer punto, cuando se hace mención a que las sesiones del órgano serán siempre públicas, habría que tener claro si se refiere a la posibilidad de considerar la presencia física de cualquier ciudadano, incluso, fuera de horario normal de la institución y si ello significaría la obligatoriedad de asignar espacios suficientes para las personas que estén dispuestas a asistir a las sesiones del órgano colegiado en las distintas entidades u órganos del Estado sujetos a esta legislación.

Con el fin de asegurar la aplicación real y efectiva de esta reforma pareciera necesario analizar la frase "serán siempre públicas". Esto ante la eventualidad de que no necesariamente implicaría la presencia física de las personas interesadas pero si la posibilidad de acceder de alguna forma a la información que se debate en las sesiones y que la misma no tenga restricción, excepto cuando se trate de asuntos debidamente justificados y establecidas por norma escrita, tal y como lo ha subrayado y reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los siguientes términos: "*...en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones. Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos.*"

Sería importante revisar la segunda parte del punto 1, específicamente, lo relacionado con la posibilidad de declarar privadas las sesiones, en cuya agenda estén de por medio asuntos confidenciales, secretos industriales o comerciales, y agregaríamos nosotros, eventuales afectaciones al principio de autodeterminación informativa, consagrado en el artículo 24 constitucional. Esto considerando que un solo voto disidente podría poner en peligro la divulgación de información de carácter privado y, consecuentemente, podría originar algún tipo de conflicto en vía jurisdiccional.

El punto 2 original del artículo 54 de la LGAP, establece lo siguiente:

*2. Tendrán derecho a asistir con voz pero sin voto los representantes ejecutivos del ente, a que pertenezca el órgano colegiado, salvo que este disponga lo contrario.  
(...)*

En la reforma a este punto 2 se plantea:

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

En cuanto a los términos iniciales tanto del artículo original como de la reforma pareciera que se faculta a los representantes ejecutivos a asistir con voz pero sin voto a las

sesiones; sin embargo, en la práctica, es difícil observar que este tipo de personal ejerza ese derecho que le estaría dando la redacción de este artículo sin que medie una autorización del órgano colegiado. Lo que se agrega es el derecho de asistir a otras personas –igualmente- con voz pero sin voto, salvo que se disponga lo contrario. Lo que valdría la pena aclarar, es si esta decisión también se tomaría por unanimidad de los miembros presentes.

Con el establecimiento de esta posibilidad de participación a cualquier persona en las deliberaciones -con voz pero sin voto- podría significar sesiones con la presencia de un número indeterminado de personas que podrían complicar el normal desarrollo de las mismas.

Una respetuosa sugerencia respecto a este punto 2, sería revisar la redacción del mismo de manera que se logre una mayor claridad y precisión, sobre todo en cuanto a su aplicabilidad sin dejar de lado el objetivo principal de ajustarse a las nuevas tendencias sobre acceso a la información administrativa, rendición de cuentas y participación ciudadana, así como cumplir con toda la legislación nacional e internacional sobre los principios de transparencia y publicidad administrativas y el derecho humano y constitucional de acceso a la información pública. Una opción a valorarse podría ser un cambio en el término "asistir" por "participar".

ARTÍCULO 2. Adición de un artículo 4 bis.

En este caso se sugiere agregar que la información de carácter público, sea publicada de conformidad con las nuevas tendencias por medio de plataformas de datos abiertos y se ajuste a lo que se menciona en esta misma reforma legislativa, respecto a la iniciativa de la Alianza para un Gobierno Abierto, específicamente, a lo que el país ha ido desarrollando con base en tres ejes fundamentales, relacionados con: a) Transparencia y acceso a la información; b) Lucha frontal contra la corrupción; c) Participación ciudadana.

Finalmente, es importante considerar que en materia de datos abiertos, se debe tener presente no sólo la disponibilidad legal del dato, sino también que la información está disponible al público general, si está libre de costos y si tiene una licencia expresa que permita su libre uso, reuso y redistribución.

Agradecida por la deferencia consultiva,

  
Montserrat Solano Carbonell  
Defensora de los Habitantes de la República



c. archivo