

C-No.156

Panamá, 24 de mayo de 2002.

Señora

MERCEDES GARCÍA DE VILLALAZ

Directora General de Aduanas

Ministerio de Economía y Finanzas

E. S. D.

Señora Directora General:

Al tenor del artículo 6, numeral 1 de la Ley 38 de 2000, de servir de consejera jurídica a los servidores públicos administrativos, acuso recibo de su Nota N°. 701-01-294 de 19 de abril de 2002, por medio de la cual nos solicita el criterio legal respecto a la siguiente interrogante:

¿Son de acceso público los expedientes contentivos de las solicitudes de exoneración de impuestos de los vehículos, así como el detalle de los nombres de los legisladores, marca y precios de los vehículos y las exoneraciones de impuestos e ITBM, de los Honorables Legisladores y Suplentes, solicitadas de conformidad con lo establecido en el artículo 238 del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa; y si con la entrada en vigencia de la Ley N°. 6 de 22 de enero de 2002, la información que se encuentra calificada como tal en otras disposiciones legales, mantiene su vigencia?

Opinión Legal de la Dirección Jurídica de Aduanas:

Las exoneraciones de impuestos de vehículos son beneficios reconocidos a los Honorables Legisladores y sus Suplentes, con fundamento en el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa, que a la letra dice:

“Artículo 238. Los miembros de la Asamblea Legislativa gozarán de las siguientes prerrogativas especiales:

1...

2. Importación libre de derecho de introducción y demás gravámenes de un vehículo cada dos (2) años, para su uso personal y de sus familiares dependientes. El Suplente de Legislador o Legisladora que haya actuado en cualquier tiempo durante el período legislativo, tendrá derecho a este privilegio cada tres (3) años y a una placa por el período correspondiente.

En caso de que el vehículo sea destruido por causa de accidente o que el propietario sea despojado de él definitivamente por robo, hurto o cualquier otra causa catalogada como pérdida total, el beneficiario de esta prerrogativa podrá acogerse a una nueva exención, siempre que pruebe debidamente los motivos que la justifiquen; y

3...”

Tales solicitudes de exoneración son presentadas ante la Dirección General de Aduanas, por los Corredores de Aduanas contratados por los Honorables Legisladores Principales y Suplentes, acompañadas por la certificación expedida por la Secretaria General de la Asamblea Legislativa, a fin de llevar un control de los Legisladores Principales y Suplentes que han pedido exoneraciones para el respectivo período gubernamental.

La Ley N°.6 de 22 de enero de 2002 “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones”, reconoce el acceso público y la transparencia en la gestión pública. En este sentido, el artículo 1 de la citada Ley, define ciertos términos, a saber:

“Artículo 1. Para efectos de la aplicación e interpretación de esta Ley, los siguientes términos se definen así:

...

5. Información confidencial. Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a los datos

médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual, su historial penal y policivo, su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual electrónico, así como la información pertinente a los menores de edad. Para efectos de esta ley, también se considera como confidencial a información contenida en los registros individuales o expedientes de personal o de recursos humanos de los funcionarios.

6. Información de acceso libre. Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que no tenga restricción.”

En este sentido, el artículo 28 de la Ley supracitada, establece que “esta deroga toda disposición legal o reglamentaria que le sea contraria.”

Por lo tanto, se considera que la Ley N°.6 de 2002, deroga la norma que regulaba el acceso a la información confidencial en expedientes administrativos que no guarden relación con expedientes de personal, es decir el artículo 70 de la N°.38 de 31 de julio de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley N°.45 de 27 de noviembre de 2000, sin perjuicio del derecho de acceso a la información de los titulares del dato, que a la letra señala:

“Artículo 1. El artículo 70 de la Ley 38 de 2000, queda así:
Artículo 70. Al expediente sólo tienen acceso, además de los funcionarios encargados de su tramitación, las partes interesadas, sus apoderados, los pasantes de éstos, debidamente acreditados por escrito ante el despacho, y los abogados, sin perjuicio del derecho de terceros interesados en examinar el expediente u obtener copias autenticadas o certificaciones de la autoridad respectiva, siempre que no se trate de información confidencial o de reserva que obedezca a razones de interés público, o que pueda afectar la honra o el prestigio de las partes interesadas, conforme a las disposiciones legales vigentes.

Cuando se trate de obtener copias de documentos o certificaciones que versen sobre información confidencial, aquéllas se emitirán únicamente a solicitud de autoridad,

del Ministerio Público, de los tribunales o de cualquier dependencia estatal que haga constar que la requiere para tramitar o resolver asunto de su competencia, en cuyo caso dicha autoridad debe cuidar que la información se maneje con igual carácter.

La calificación de confidencialidad de una información deberá ser objetiva y ceñirse a las condiciones establecidas en leyes vigentes. El funcionario no podrá negarse a dar una información, so pretexto de que es confidencial o de reserva, si ésta no se encuentra previamente establecida como información confidencial o de reserva en normas legales vigentes.” (Resaltado de la Dirección de Aduanas).

Ante tales circunstancias, estiman que la información relativa a las exoneraciones de impuestos de vehículos son beneficios reconocidos a los Honorables Legisladores y sus Suplentes. No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley N°.6 de 22 de enero de 2002, existen diversas interpretaciones en cuanto a si la información que se encuentra calificada como tal en otras disposiciones legales, mantiene tal carácter.

Tal es el caso del artículo 29 de la Constitución Nacional que consagra el derecho a la intimidad y que por vía jurisprudencial ha elevado a Derecho Constitucional la confidencialidad de la información de carácter tributario, así las cosas la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 11 de julio de 1997 ha señalado:

“No puede perderse de vista que el Ministerio de Hacienda y Tesoro es el custodio de informaciones confidenciales de los contribuyentes en materia tributaria, lo que se establece a cargo del Ministerio del ramo el deber de salvaguardar los datos referentes a la tributación de las personas naturales y jurídicas, cuidando, de manera especial, la debida reserva de la información que se maneja en esa entidad recaudadora. Hay aquí un claro compromiso constitucional de implementar medios que garanticen la debida protección del derecho que tienen los contribuyentes a su intimidad y **a la confidencialidad de sus declaraciones tributarias.**” (Registro Judicial 1997, pág.113)

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

Antes de adentrarnos al análisis de la situación subjúdice, vale la pena referirnos al término de transparencia, con el objetivo de inquirir su contenido, para luego aclarar la interrogante.

La Ley N°.6 de 22 de enero de 2002 “*Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones*” define el concepto de transparencia como el deber que tiene la administración pública de exponer y someter al escrutinio de la ciudadanía la información relativa a la gestión pública, al manejo de los recursos que la sociedad le confía, a los criterios que sustentan sus decisiones políticas y a la conducta de los servidores públicos.

De la lectura de la norma se colige que la administración pública está obligada a exponer y someter a la sociedad información relativa a su gestión pública frente al manejo de la cosa pública y sobre todo, de los recursos económicos que le ha encomendado la sociedad, así como los criterios que fundamenta la toma de decisiones y su actuación institucional.

Si bien, en su origen, “la palabra transparencia se refiere a una cualidad ética cuando se le juridifica y se le refiere a una organización pública, de modo general, quiere calificar a un diseño administrativo que siguiendo diversas estructuras y procedimientos se encuentra abierto espontánea y permanentemente hacia la sociedad a la cual representa.”¹

Ese deber de la administración de informar a la ciudadanía esta entrelazado con la de responder públicamente por el resultado de su gestión en la administración pública. Es lo que en su origen terminológico, ha sido interpretada como: la obligación legal y ética, que tiene la administración de informar al ciudadano respecto a como ha manejado los recursos que le fueron encomendados para emplearlos en beneficio de la colectividad.

En conclusión, podemos decir que el principio de transparencia administrativa, debe ser interpretada en el sentido que favorezca la rendición de cuentas de las autoridades competentes ante la ciudadanía, y al cumplimiento del deber de proporcionar una información no sólo completa sino veraz. Empero esta información revelada a la ciudadanía, debe venir acompañada de la prudencia y la

¹ “El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos” citado por Juan Carlos Morón Urbina, Secretario Técnico Jurídico y de Ética de la Contraloría General del Perú. “Los deberes de Transparencia en la Gestión Pública p.1

transparencia fiscal, la cual contribuirá a incrementar la credibilidad del gobierno en su compromiso de aplicar políticas públicas acorde con estos principios.

Por ende, para que la administración pública, pueda recuperar la confianza de la comunidad, en la gestión de los recursos y de la cosa pública, debe poner énfasis en los principios de honestidad, transparencia fiscal, administrativa y de justicia en relación directa con los administrados y contribuyentes. Para ello, debe mejorar su sistema de información y consulta y regular los procedimientos de auditoría.²

En cuanto a que debe entenderse por información de acceso libre o de carácter público, de acuerdo a la propia ley 6 de 2002, es todo tipo de información en manos de los agentes del Estado o de cualquier institución pública que no tenga restricción. Esta norma cumple con el principio de acceso público, al indicar que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información veraz y oportuna, en poder de las autoridades.³

Ahora bien, los competentes para supervisar el nivel de transparencia con que actúan los funcionarios públicos son el propio gobierno con sus diversas dependencias, y como tales se encuentran habilitadas de acuerdo al anterior precepto, a dictar las directrices y procedimientos, en consonancia con la ley, para la rendición de cuentas de la gestión pública. Es decir, las auditorías, procedimientos y demás actividades de fiscalización deben considerar la evaluación de los indicadores de transparencia en la gestión pública con la misma importancia con que se mide y valora la legalidad, eficiencia, eficacia y economicidad.⁴

Sin el ánimo de apartarnos del tema, y sin dejar de considerar la doctrina, se debe analizar el contexto general del artículo 1, numeral 5, 6 y el artículo 11 de la Ley 6 de 2002, para responder a su interrogante. Veamos:

“Artículo 1. Para efectos de la aplicación e interpretación de esta Ley. Los siguientes términos se definen así:

1...

...

5. información confidencial. Todo tipo de información en manos de agentes del estado o de cualquier institución

² Ministerio de Economía y Finanzas-Banco Central de reserva del Perú; Lima enero 2001. págs 2 y 3

³ Ley 6 de 22 de enero de 2002, p. 9

⁴ Op. Cit p.a 5 y 6.

pública que tenga relevancia con respecto a los datos médico y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual, su historial penal y policivo, su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico, así como la información pertinente a los menores de edad. Para efectos de esta ley, también se considera como confidencial la información contenida en los registros individuales o expedientes de personal o de recursos humanos de los funcionarios.

6. Información de acceso libre. Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que no tenga restricción.

Artículo 11. Será de carácter público y de libre acceso a las personas interesadas, la información relativa a la contratación y designación de funcionarios, planillas, gastos de representación, costos de viajes, emolumentos o pagos en concepto de viáticos y otros, de los funcionarios del nivel que sea y/o de otras personas que desempeñen funciones públicas.”

En cuanto al numeral 5, del artículo 1, se descarta la situación planteada en la interrogante expuesta por la Dirección de Aduanas, toda vez que la solicitud de exoneraciones de vehículos de los Honorables Representantes y Suplentes, es en atención a la investidura y al cargo que representan. Esto es a las prerrogativas o privilegios que en virtud de su posición gozan en el ejercicio de sus funciones.

Como se puede apreciar, esto no es información confidencial y para que así fuera, la reserva a la transparencia debe estar expresamente establecida en la ley. Se ha revisado las normas legislativas con detenimiento y en ninguna de sus disposiciones evidencia esa reserva de confidencialidad, y como dispone la propia ley de transparencia para que una información tenga carácter restringido y de confidencialidad, la propia ley expresamente debe señalarlo como tal, mientras tanto es una información de carácter público. De hecho, el artículo 16 de la ley 6 de 2002, sostiene que para que las instituciones del Estado nieguen el otorgamiento de una información por considerarla confidencial o de acceso restringido, deberán hacerlo a través de resolución motivada, estableciendo las

razones en que fundamentan la negación y que se sustenten en la ley.
(Subrayado de la Procuraduría)

Además, el artículo 70 de la ley 38 de 2000, no ha sido derogado por la ley 6 de 2002, por el contrario, esta ley vino a complementar el contenido de esa disposición en relación a la información confidencial o de reserva que obedezca a razones de interés público o que pueda afectar la honra o el prestigio de la partes interesadas en un proceso administrativo conforme a las normas legales vigentes, lo cual obviamente no guarda relación con el caso planteado.

En otro orden de pensamiento, podemos decir que la interrogante expuesta se encuentra relacionada con el artículo 11 de la ley 6 de 2002, y que hace referencia al acceso libre y público a las personas interesadas, respecto a la información relativa a la contratación y designación de funcionarios, planillas, gastos de representación, costos de viajes, emolumentos o pagos en concepto de viáticos y **otros**, de los funcionarios del nivel que sea y/o de otras personas que desempeñen funciones públicas.

El concepto de emolumentos o pagos de viáticos y **otros** el cual destacamos, también hace referencia a otras situaciones como pueden ser las prerrogativas y privilegios, de que son objetos los funcionarios públicos de diversos niveles, en razón de su investidura y del cargo que representan. Lo anterior, no hace más que descansar en el principio de rendición de cuentas y que preceptúa la obligatoriedad de todo servidor público de responsabilizarse individualmente de sus actos en el ejercicio de sus funciones y en la comunicación de los resultados de su gestión ante la sociedad. Esta obligación de rendir cuentas también les corresponde a los cuerpos directivos colegiados de las instituciones públicas.

La información de carácter público que preceptúa el artículo 11 de la ley 6 de 2002, es uno de los deberes de la Administración Pública y su cumplimiento involucra una serie de aspectos organizacionales que acompañan el funcionamiento de la institución, así como la información relativa a los ingresos/egresos presupuestarios y su destino.

La rendición de cuentas y transparencia, que dispone el artículo 1, en sus numerales 12 y 13, es el deber de responder públicamente por la eficacia de la gestión y resultados; así como de la transparencia personal de los agentes públicos (declaración jurada de bienes y rentas, declaración de intereses

económicos, remuneración del cargo, emolumentos, prerrogativas, etc.)⁵ Esto es en razón del deber funcional de rendir cuentas por el uso del poder público.

Con base al principio de información activado por el ciudadano, este tiene derecho a conocer los resultados de la gestión pública, y la administración pública no puede autolimitarse en dar respuestas al particular, sólo de forma veraz y puntual sino también debe mantenerle al tanto con respecto a datos relevantes de la administración como lo indica el artículo 11 de la Ley 6 de 2002 antes citado. (Consulta N°.104 de 3 de abril de 2002)

Por consiguiente, se pretende que la Administración cumpla con la nueva visión de dar a conocer sus actos, rindiendo cuentas por el poder público que le fue conferido por el pueblo, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución Política; con ello, se busca mejorar la calidad del servicio público y dar participación a los ciudadanos en los asuntos públicos y devolver credibilidad al ejercicio funcional de la administración.

Los funcionarios públicos, por tanto, no sólo deben cumplir suministrando la información sino que deben mantener una actitud permanente dirigida a que el acceso a la información sea clara y sencilla para todos los interesados por lo que se alinea con el principio de publicidad, de manera que el Estado garantice una organización interna donde se sistematice la información, al acceso de los ciudadanos.

En cuanto a la Sentencia de 11 de julio de 1997, a la cual usted alude, ésta guarda relación directa con la declaración de renta y la protección de las declaraciones del contribuyente, la cual, a consideración de este despacho, no guardan relación con las solicitudes de exoneración de gravámenes de un vehículo, que son prerrogativas o privilegios de que gozan los funcionarios en razón de su investidura y el cargo que ocupan.

Conclusión.

1. El principio denominado transparencia es el deber de la administración pública de exponer y someter al escrutinio de la ciudadanía la información relativa a la gestión pública, al manejo de los recursos que la sociedad le confía, a los criterios que sustentan sus decisiones y a la conducta de los servidores públicos.

⁵ VAUGHN, Robert. Transparencia-Los Mecanismos: Gobierno Abierto y Rendición de Cuentas. Agosto 2000, p-1 y 2.

2. Toda limitación o reserva a la transparencia debe ser especificada en la ley y los servidores públicos están obligados en caso de negar una información por considerarla confidencial o de acceso restringido, a sustentar o justificar a través de una resolución motivada, las razones en que se **fundamenta su negación con sustento en la ley.**
3. La nueva visión de las instituciones públicas debe estar focalizada en la función de dar cuenta por el ejercicio del poder público, bajo principios de prudencia, transparencia administrativa y fiscal.
4. La protección al contribuyente en cuanto a su declaración de renta, se explica por considerarse información confidencial o de reserva y no debe confundirse con las solicitudes de exoneraciones de impuestos de vehículos, las cuales son de carácter público como privilegios de que gozan los funcionarios del órgano legislativo en razón de la investidura y del cargo que ocupan en la Administración Pública; así como otros funcionarios con las mismas prerrogativas.
5. Los agentes públicos deben mantener una transparencia personal en la rendición de cuentas no sólo ante los superiores jerárquicos sino frente a la ciudadanía a la cual debe responder con fiabilidad y prudencia.
6. Por el principio de especificidad, la reserva a la transparencia debe estar establecida por ley y ser específica para determinada clase de información (en razón de la materia) y no de modo general para la entidad o sus dependencias, dado que se le consagra en función de la naturaleza de la información y no un privilegio por el carácter de la entidad.⁶

En estos términos dejo contestada su interesante consulta, me suscribo de usted con respeto y consideración.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/cch.

⁶ Morón, Juan Carlos Urbina, Secretario Técnico Jurídico y de Ética de la Contraloría General del Perú. Los deberes de Transparencia (accountability) en la Gestión.