

Panamá, 20 de diciembre de 2002.

Ingeniero
Alex Anel Arroyo
Director Presidente del
Ente Regulador de los Servicios Públicos.
E. S. D.

Señor Director:

Con agrado pasamos a brindarle nuestra opinión jurídica, en torno a su *consulta administrativa*, identificada como nota DPER No.3312; a pesar de no referirse a un caso concreto, según lo ordena el literal primero del artículo 6 de la Ley 38 de 2000.

La consulta.

“Me es grato dirigirme a usted, en su condición de Máxima Consejera Jurídica de los Servidores Públicos Administrativos, ya que requerimos de su ilustrado criterio, relacionado con el Artículo 24 de la Ley No.6 de 22 de enero de 2002.

Sin embargo, nuestra inquietud surge porque hay quienes entienden que nuestra Institución deben atender a lo que señala el artículo 24 en comentario, ante situaciones que consideramos violaciones a la ley, en espera de saber qué opina la ciudadanía que no se ve afectada por las medidas que tomamos, a menos que se encuentren haciendo uso ilegal de los servicios que regulamos.

En consecuencia, reiteramos nuestra petición, ya que con mucha frecuencia debemos confeccionar resoluciones para detener el avance de empresas que no quieren ajustar su actuar a las leyes que rigen los sectores que controlamos en virtud de legislación vigente de la República, por lo que su parecer es de gran utilidad a fin de dilucidar el alcance que tiene la norma en cuestión, por las razones antes anotadas”.

Opinión jurídica de la entidad consultante.

De acuerdo al criterio de nuestra Asesoría Jurídica, las instituciones del Estado estamos obligadas a permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos, mediante consulta pública, audiencia pública, foros o talleres y participación directa en instancias institucionales.

"puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos", y nos señalan que la propia ley da ejemplos y son aquellos relativos a construcción de servicio, entre otros. Lo que deja a la imaginación e interpretación a qué otros quisiera referirse la ley, pero que definitivamente debe ser a materia semejante.

Ello no quiere decir, según la Asesoría Legal de esta Entidad, que si el Ente Regulador de los Servicios Públicos debe adoptar una medida para evitar que ciertas empresas violen la Ley, se deba dar participación ciudadana; nuestra ley nos indica que ante violaciones al ordenamiento jurídico de los sectores bajo nuestra jurisdicción, podemos tomar medidas inmediatas y hasta sancionar con multas diarias hasta que se cumpla con nuestra orden. Cosa distinta sería si vamos a modificar las reglas comerciales para el mercado eléctrico o a modificar el Plan Nacional de Numeración, para el cual hicimos consulta pública y hasta conversatorio. (Resolución No. 1D-2802 de 11 de junio de 2001)

Esta Entidad ha sido una de las pioneras en cuanto a participación ciudadana se refiere, las Audiencias y Consultas, Parciales o Públicas, están en nuestras Leyes, Decretos Ejecutivos y Resoluciones desde 1996, y siempre que se nos ordena que las realicemos lo hemos hecho, es más, en algunas ocasiones hemos consultado a grupos interesados como por ejemplo el reglamento que desarrolla el Decreto Ley No. 2 de 1997 sobre agua potable, y ciertas resoluciones que han ido a Consulta Pública como la 1D-2914 de 14 de agosto de 2001 que establece las metas de calidad de servicio que debemos cumplir los prestadores del servicio de agua potable y alcantarillado sanitario, sin que la Ley lo ordenara, sólo que lo permitiera, y sin que existiera la Ley de Transparencia, simplemente por dar participación a la ciudadanía en decisiones de importancia para grupos de ciudadanos o del país.

Otras como la JD-3286 de 22 de abril de 2002, no porque nuestra ley lo ordenara sino que se da en virtud de la Ley de Transparencia, porque entendemos que se trata de materia semejante a la indicada en el Artículo 24 de la Ley 6 de 2002, que afecta a grupos de ciudadanos.

Otras dignas de mención son aquellas Audiencias a fin de aprobar el procedimiento para la actualización semestral de las tarifas (JD-2487 de 16 de noviembre de 2000); la No. ID-2498 de 30 de noviembre de 2000 por la cual se acepta el procedimiento de audiencia pública mediante el cual se atendieran las objeciones técnicas a las solicitudes de cambios de parámetros técnicos y la Resolución No. JD-2654 de 9 de marzo de 2001 por la cual se aprobó el procedimiento para la Audiencia Pública para el

Régimen tarifario de transmisión que estará vigente hasta el 2005 y muchas más.

El derecho aplicable.

En términos específicos, la ley que regula la materia objeto del presente dictamen es la Ley 6 de 2001, específicamente sus artículos 24 y 25. Veamos:

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 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.

Artículo 8. Las instituciones del Estado están obligadas a brindar, a cualquier persona que lo requiera, información sobre el funcionamiento y las actividades que desarrollan, exceptuando únicamente las informaciones de carácter confidencial y de acceso restringido.

Artículo 14. La información definida por esta Ley como de acceso restringido no se podrá divulgar, por un periodo de diez años, contado a partir de su clasificación como tal, salvo que antes del cumplimiento del periodo de restricción dejen de existir las razones que justificaban su acceso restringido.

Se considerará de acceso restringido, cuando así sea declarado por el funcionario competente, de acuerdo con la presente Ley:

1. La información relativa a la seguridad nacional, manejada por los estamentos de seguridad.
2. Los secretos comerciales o la información comercial de carácter confidencial, obtenidos por el Estado, producto de la regulación de actividades económicas.
3. Los asuntos relacionados con procesos o jurisdiccionales adelantados por el Ministerio Público y el Órgano Judicial, los cuales sólo son accesibles para las partes del proceso, hasta que queden ejecutoriados.
4. La información que versa sobre procesos investigativos realizados por el Ministerio Público, la Fuerza Pública, la Policía Técnica Judicial, la Dirección General de Aduanas, el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, la Dirección de Análisis Financiero para la Prevención de Blanqueo

- de Capitales, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor y el Ente Regulador de los Servicios Públicos.
5. La información sobre existencia de yacimientos minerales y petrolíferos.
 6. Las memorias, notas, correspondencia y los documentos relacionados con negociaciones diplomáticas, comerciales o internacionales de cualquier índole.
 7. Los documentos, archivos y transcripciones que naciones amigas proporcionen al país en investigaciones penales, policivas o de otra naturaleza.
 8. Las actas, notas, archivos y otros registros o constancias de las discusiones o actividades del Consejo de Gabinete, del Presidente o Vicepresidentes de la República, con excepción de aquellas correspondientes a discusiones o actividades relacionadas con las aprobaciones de los contratos.
 9. La transcripción de las reuniones e información obtenida por las Comisiones de la Asamblea Legislativa, cuando se reúnan en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras para recabar información que podría estar incluida en los numerales anteriores.

En caso de que las autoridades correspondientes consideren que deba continuarse el carácter de restringido de la información detallada en este artículo, corresponderá a los Órganos Ejecutivo, Legislativo o Judicial, según sea el caso, emitir resoluciones por las cuales se prorrogará hasta por un máximo de diez años adicionales, la restricción sobre la información mencionada en este artículo. En ningún caso el carácter de restringido podrá superar los veinte años, contados a partir de la primera clasificación, procediendo la divulgación de la información si antes del cumplimiento del periodo de restricción adicional dejaren de existir las razones que justificaban tal acceso restringido.

El proceso de terminación de la restricción al acceso de la información opera de pleno derecho por el solo transcurso del tiempo, sin necesidad de resolución o acto administrativo alguno.

En caso de que exista un documento que contenga en forma parcial información cuyo acceso se encuentre restringido en los términos de este artículo, deberá proporcionarse el resto de la información que no esté exceptuada”.

“Artículo 24. Las instituciones del Estado en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos, mediante las modalidades de participación ciudadana que al efecto establece la presente Ley. Estos actos son, entre otros, los relativos a construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios”.

“Artículo 25. Sin perjuicio de las contempladas en otras leyes, se establece como modalidades de participación ciudadana en los actos de la administración pública, las siguientes:

1. *Consulta pública.* Consiste en el acto mediante el cual la entidad estatal pone a disposición del público en general información base sobre un tema específico y solicita opiniones, propuestas o sugerencias de los ciudadanos y/o de organizaciones sociales.
2. *Audiencia pública.* Similar a la consulta pública, excepto que el acto de recibir sugerencias, opiniones o propuestas se realiza en forma personal ante la autoridad que corresponda, de acuerdo con el tema que se trate.
3. *Foros o talleres.* Reunión selectiva o pública de actores relevantes o afectados junto con la autoridad competente, que permita el conocimiento profundo sobre un tema o sirva de mecanismo de obtención de consenso o resolución de conflictos.
4. *Participación directa en instancias institucionales.* Actuación de ciudadanos o representantes de organizaciones sociales en las instituciones públicas de consulta o toma de decisiones específicas.

Parágrafo. Las instituciones de la administración pública están obligadas a publicar, antes de la celebración de cualesquiera de los actos administrativos sujetos a participación ciudadana, la modalidad de participación ciudadana que adoptará en cumplimiento del presente artículo”.

La cuestión de derecho.

Desde nuestro punto de vista, al estar redactada la consulta en términos generales, todo parece indicar que el distinguido consultante requiere algunas consideraciones interpretativas de lo que en la ley de Transparencia se entiende por Participación Ciudadana.

La Participación Ciudadana como mecanismo de control social

La promoción del control social y la participación ciudadana por parte del Estado se sustenta en la necesidad de recuperar para la población y los servidores del Estado el sentido de lo público y generar capacidades que faciliten e impulsen procesos para democratizar la administración pública.

En este interés la Ley 6 de 2002, ha establecido el mecanismo de la publicitación sin necesidad de petición o solicitud, de cierta información de carácter público, además del novedoso sistema de participación ciudadana, por medio del cual las entidades del Estado tienen la obligación de consultar a la ciudadanía respecto de asuntos considerados de interés público o que tienen incidencia en la ciudadanía. Es decir, que con el fin de propiciar la transición que permitiera pasar de un sistema cerrado y discrecional a un sistema abierto y reglado, la Ley 6 de 2002 estableció el mecanismo de obligar a las entidades públicas a publicar sin necesidad de solicitud información; y, además que participaran a la ciudadanía de las diversas opciones regulatorias que serían tomadas en cuenta antes de la decisión o regulación.

Así las cosas la participación es vista como un medio para generar control social, por lo cual es a la vez, un mecanismo en pro del desarrollo de evaluaciones para facilitar la interacción entre los ciudadanos y/o sociedad civil y los servidores públicos en su quehacer de la gestión pública.

Recordemos, pues, es un **fin esencial** del Estado el **facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.**

Esta obligación estatal se sustenta además en el hecho ineludible de ser Panamá una república participativa. O sea, todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública.

Para cumplir con ese fin de permitir la representación efectiva y real de los intereses de las personas, se pueden realizar las siguientes acciones:

1. Convocar audiencias públicas.
2. Incorporar a los planes de desarrollo y de gestión pública, las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana.
3. Difundir y promover los mecanismos de participación y los derechos de los ciudadanos.
4. Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos.
5. Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan.
6. Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.

En términos concretos se puede participar de la generación de espacio de colaboración y evaluación ciudadana en la gestión pública atendiendo dos frentes de actuación:

- 1) la generación de herramientas, capacitación, organización y asesoría a grupos de ciudadanos y
- 2) el desarrollo de tecnologías y la asesoría a las organizaciones públicas para que faciliten el derecho a la vigilancia, evaluación y control del quehacer Estatal.

Por lo dicho desde enero de dos mil dos, en virtud de la expedición de la Ley 6 de ese año, se le asigna a la Administración Pública la responsabilidad específica de incentivar la formación de mecanismos de control social y prestarles el apoyo requerido.

Para el Ente Regulador de los Servicios Públicos (en lo sucesivo el Ente), esta obligación se concreta en diseñar estrategias orientadas a fortalecer la participación ciudadana en general y la de la población usuaria de los servicios regulados, en particular; respecto del proceso de toma de decisiones y en la búsqueda de colaboración entre la empresa prestadora del servicio público y la sociedad. Además se traduce en promover la asociación y reorganización de grupos de veedores de los Servicios Regulados.

Así pues, el Ente debe velar porque los ciudadanos puedan vigilar la gestión pública y sus resultados, la gestión privada de servicios públicos. En otras palabras el Ente tiene la crucial tarea de *generar procesos que contribuyan a estructurar el control y la vigilancia de los servicios públicos prestados por las empresas, a través de defensorías de los usuarios; coadyuvar en la aplicación del control social a través de permitir el acceso a información pública relacionada con los servicios públicos privatizados; y, atender a la comunidad en sus peticiones, quejas y reclamos frente a las empresas reguladas.*

Propiciar esa evaluación y control social de la gestión de los servicios públicos, por medio de presentar a la luz la información pública relevante. Esta es una de las características esenciales de los Estados Participativos. Sería un error imaginar que el sistema pluralista se sustenta en el secretismo y la discrecionalidad en el acceso a la información oficial o relativa a los servicios públicos.

Igualmente sería un contrasentido del valor democrático, afirmar que la evaluación ciudadana de los actos públicos, produce el conflicto entre empresa privada concesionaria de servicios públicos con la ciudadanía-clientela. No es cierto que debe haber conflicto alguno entre las entidades del sector privado con la clientela, si las actuaciones del Ente Regulador se ciñen a propiciar una buena vigilancia y además, a respaldar la veeduría de servicios de parte de los propios clientes.

Además, no olvidemos que el conflicto es reconocido como un reflejo de la realidad social contrapuesta y compleja. Puesto que el conflicto y la tensión son inevitables, es mejor que se expresen de forma abierta y no clandestina. Si el conflicto es consustancial a la sociedad pluralista, el objetivo es sacarle el máximo provecho. Si no se hace así, la negación de la competencia no conduce a su supresión sino que la convierte en una atmósfera de confrontación, ya que no hay unas reglas establecidas de comportamiento cívico para disciplinarla y hacerla productiva.

En el caso del entorno de los mercados regulados, el control social significa un aumento de la participación del ciudadano y provoca una mayor afloración de la información. Ello implica que el ciudadano, al tener un mayor conocimiento de la complejidad de las políticas regulatorias, comprende mejor las diversas opciones y se integra más en el sistema de decisión administrativa. Por tanto buscarán

adquirir mayor información sobre los asuntos públicos que la que les ofrecen los agentes económicos que gestionan los servicios públicos. La presión para conseguir más información implica que a largo plazo mas y mejores instituciones políticas menos secretas. Acceder a esos pedidos de información de parte de los poderes públicos ofrece pues una mayor legitimidad del sistema regulatorio.

¿La participación ciudadana implica el derecho ciudadano de acceder a información no pública o de acceso restringido o confidencial?

Con todo y las aclaraciones precedentes, es bueno tener claro que, si bien se debe propiciar la participación ciudadana, ello no implica que las entidades del Estado, tengan la obligación de participar a los ciudadanos de información de acceso restringido o confidencial, como la listada en los artículos 13 y 14 de la Ley 6 de 2002.

“Artículo 13. La información definida por la presente Ley como confidencial no podrá ser divulgada, bajo ninguna circunstancia, por agentes del Estado.

En el caso de que la información de carácter confidencial sea parte de procesos judiciales, las autoridades competentes tomarán las provisiones debidas para que dicha información se mantenga reservada y tengan acceso a ella únicamente las partes involucradas en el proceso judicial respectivo.”

En efecto, si bien el Ente debe atender a lo que señala el artículo 24 comentando, ante situaciones que se consideren podrían violar los artículos 13 14 y de la Ley 6 de 2002, por ejemplo que se pida la realización de una audiencia para conocer secretos industriales o comerciales de las empresas reguladas, el Ente no está obligado a participar a los asistentes de dicha información, ni a auspiciar tal evento, si ello involucra la directa violación de la Ley.

En este orden de ideas, si se pide la formación de mesas de diálogos y en las discusiones se solicita información relativa a la intimidad de alguna persona, la Administración no está obligada al suministro de tales datos, pues de hacerlo pondría en riesgo la dignidad humana.

La participación ciudadana es pues un medio para dar publicidad, únicamente, de la información pública, no de la información que por mandato de la ley no tiene tal carácter.

Igualmente, tampoco puede ser visto este valioso mecanismo de control social como un medio para detener el avance de las investigaciones que inicie el Ente en contra de empresas que no quieren ajustar su actuación a las leyes que rigen los sectores regulados en virtud de legislación vigente de la República.

¿Se tiene que ser usuario de un servicio para poder exigir participación ciudadana en la regulación de ese sector?

En cuanto a la legitimación para exigir participación ciudadana, la Ley no dice con claridad que para participar en los mecanismos de la consulta pública, audiencia pública, foros o talleres o la participación directa en instancias institucionales, se deba tener algún tipo de legitimación específica. Sólo basta que la persona se sienta afectada por la regulación de un servicio del cual es o pueda ser cliente. En este sentido se debe seguir la regla de legitimación abierta, dada por la Ley 6 de 2002 a "toda persona", pues se trata de una materia regida por principios propios de los derechos de los consumidores o derechos difusos.

En este orden de ideas, nos parece que poco o nada tiene que ver que las personas que quieran participar de la forma de control social, esté o no al día en el pago de sus cuentas de servicios públicos; o exigir el paz y salvo del pago de los servicios, objeto de discusión, de hacerlo así, se estaría creando un requisito que no se encuentra en la Ley, y por tanto prohibido por nuestro derecho positivo.

En efecto recordemos lo señalado en el artículo 47 de la Ley 38 de 2000 que a la letra establece lo siguiente:

“Artículo 47. Se prohíbe establecer requisitos o trámites que no se encuentren previstos en las disposiciones legales y en los reglamentos dictados para su debida ejecución. Constituye falta disciplinaria la violación de este precepto y será responsable de ésta el Jefe o la Jefa del Despacho respectivo”.

Sobre lo mismo es de recordar que se infiere de la Ley 6 de 2002 que ella establece, entre sus principios de acceso a la información la gratuidad y la informalidad.

Con la pretensión de haber colaborado con su Despacho quedo de usted,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.