



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO. EN PARTICULAR SOBRE LAS ENTIDADES PÚBLICAS BAJO RÉGIMEN PRIVADO

Gianfranco Córdova-Calle

Piura, marzo de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Córdova, G. (2018). *El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento peruano. En particular sobre las entidades públicas bajo régimen privado* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

GIANFRANCO ALTOBELLI CÓRDOVA CALLE

**EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN
EL ORDENAMIENTO PERUANO.
EN PARTICULAR SOBRE LAS ENTIDADES PÚBLICAS BAJO
RÉGIMEN PRIVADO**



**UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
Tesis para optar el Título de Abogado.**

2018

APROBACIÓN

Tesis titulada “*El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento peruano. En particular sobre las entidades públicas bajo régimen privado.*”, presentada por Gianfranco Altobelli Córdova Calle en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Luis Castillo Córdova

Director de Tesis

DEDICATORIA

Siempre a Dios ya que sin Él nada es posible.

A mi familia, quienes, a pesar de las vicisitudes de la vida, hemos encontrado la fuerza para siempre seguir adelante.

A Ghía, por ser la muestra más grande de amor que ha podido entregarme Dios.

A aquellas personas que ya no se encuentran físicamente conmigo, pero que siempre llevaré presente en mi corazón y mi mente.

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Luis Castillo Córdova, por su apoyo incondicional durante la confección del presente trabajo de tesis, quien no sólo es un excelente jurista, sino también una gran persona.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I: CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES | 5 |
| 1) Hacia la Constitución | 5 |
| 2) La Constitución Política de 1993 | 8 |
| 3) Los derechos fundamentales | 10 |
| 3.1) La dignidad humana | 10 |
| 3.2) Concepto de derechos fundamentales..... | 13 |
| 3.2.1) Hacia una primera aproximación..... | 13 |
| 3.2.2) El derecho como lo debido | 15 |
| 3.3) Los derechos fundamentales en el ordenamiento peruano | 16 |
| 3.3.1) Acerca del uso de las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales..... | 16 |
| 3.3.2) Una lista enunciativa y abierta de derechos constitucionales..... | 18 |
| 3.3.3) Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales..... | 20 |
| 3.3.4) La doble dimensión de los derechos fundamentales..... | 24 |
| CAPÍTULO II: ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA | 27 |
| 1) Una aproximación al Estado de derecho..... | 27 |
| 2) Del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho | 30 |
| 3) El Perú como Estado social y democrático de derecho | 31 |

| | | |
|--------|---|----|
| 4) | La Democracia..... | 36 |
| 4.1) | Conceptualización..... | 36 |
| 4.2) | Beneficios de la adopción de la democracia como sistema político..... | 40 |
| 4.2.1) | La democracia como media conducente al pleno desarrollo humano..... | 40 |
| 4.2.2) | La democracia como exigencia humana de la organización política de la convivencia social..... | 42 |
| 4.2.3) | La libertad y la igualdad en un Estado democrático..... | 43 |
| 5) | La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el régimen democrático..... | 45 |

CAPÍTULO III: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....

| | | |
|------|--|----|
| | | 51 |
| 1) | El derecho de acceso a la información pública..... | 51 |
| 2) | Contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública..... | 53 |
| 3) | Los sujetos del derecho de acceso a la información pública..... | 56 |
| 3.1) | Los sujetos activos..... | 56 |
| 3.2) | Los sujetos pasivos..... | 59 |
| 4) | Delimitación y características de la información, un pedido motivado y un plazo y costos razonables..... | 64 |
| 4.1) | Cualidades de la información pública..... | 64 |
| 4.2) | Un pedido inmotivado..... | 66 |
| 4.3) | Un plazo y costo razonables..... | 68 |
| 5) | Límites del derecho de acceso a la información pública..... | 72 |
| 5.1) | La intimidad personal y familiar..... | 72 |
| 5.2) | La seguridad nacional..... | 76 |
| 5.3) | Información expresamente excluida por ley..... | 81 |
| 6) | Excepciones al derecho de acceso a la información pública..... | 83 |
| 6.1) | El secreto bancario y la reserva tributaria..... | 84 |

CAPÍTULO IV: AUTONOMÍA RESPECTO A OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.....

| | | |
|----|--|----|
| | | 89 |
| 1) | Las libertades informativas..... | 89 |
| 2) | El derecho de petición..... | 93 |
| 3) | El derecho a la autodeterminación informativa..... | 98 |

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO V: DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ANTE PERSONAS JURÍDICAS BAJO RÉGIMEN PRIVADO | 105 |
| 1) Cuestiones Previas | 105 |
| 2) Personas jurídicas bajo régimen privado de titularidad pública .. | 107 |
| 3) El derecho de acceso a la información pública en las empresas del Estado | 111 |
| 4) Personas jurídicas bajo régimen privado de titularidad privada..... | 114 |
| 5) El ejercicio de función administrativa por delegación..... | 116 |
| 6) El derecho de acceso a la información pública en las entidades públicas bajo régimen privado | 118 |
| CONCLUSIONES | 123 |
| BIBLIOGRAFÍA | 129 |
| SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADAS | 137 |

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de Tesis surge a partir de la siguiente premisa: "La Información es Poder". No cabe duda que nos encontramos en un mundo en el cual la información no sólo implica conocimiento, sino que adicionalmente nos brinda una variedad de herramientas para la toma de decisiones, para influir o controlar la actividad de otros. En lo que respecta al ámbito jurídico el acceso a la información denominada "pública" es presupuesto para la vigencia de todo Estado que se precie de ostentar el estatus de Democrático.

Dado que si un Estado Democrático de Derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, lógicamente esto no podría apreciarse en la realidad si es que no existiera la posibilidad de que las personas puedan ejercer un control sobre las actividades de los representantes del Estado, básicamente no existiría democracia si no hay información de cómo los encargados de los órganos estatales desarrollan la función encomendada.

En el Perú, el problema más frecuente que acompaña al fenómeno de corrupción radica en la gradual pérdida de legitimidad de las instituciones democráticas. La solución más acorde ante este penoso panorama, consistiría en desarrollar los mecanismos de participación ciudadana en el control y vigilancia de los asuntos de interés público. Es a partir del reconocimiento constitucional del Derecho de Acceso a la Información Pública y la posterior entrada en vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que se produjo un gran avance para eliminar la cultura del secreto y promover la transparencia en

la actividad del Estado.

Dentro de este contexto de transición se centra nuestra investigación. En ella se pretende analizar desde el punto de vista constitucional y jurisprudencial los alcances del Derecho de Acceso a la Información Pública, su ejercicio por parte de las personas ante las entidades públicas, para arribar al punto central del presente trabajo que consistirá en explicar los alcances de aplicación de este derecho frente a entidades privadas, cabe resaltar que es un tema aún poco desarrollado en el derecho nacional. Para alcanzar este propósito, he considerado pertinente dividir el trabajo en cinco capítulos.

Los conceptos de Constitución y Derechos Fundamentales se muestran entrelazados de tal manera que resulta difícil hablar de uno u otro aisladamente, ya que se entiende que la primera es un pacto de límites al poder para asegurar una esfera de derechos y libertades al ciudadano. En el primer capítulo, se pretenderá esbozar el contenido de ambos términos.

Cuando exista un Estado con una Constitución mediante la cual se declaran y reconocen los derechos individuales y divide las competencias del ejercicio del poder, que los cumple mediante leyes y reglamentos, reúne entonces las características de un Estado de Derecho, siendo así en el segundo capítulo se tratará de definir lo que significa que un Estado sea considerado como tal, haciendo referencia a la Democracia como la forma de convivencia social, debido a que es en este escenario en el cual los derechos y libertades de las personas adquieren una especial protección por parte de las autoridades encargadas de impartir justicia.

El contenido constitucional del Derecho de Acceso a la Información Pública, considerando su dimensión objetiva y subjetiva, será tratado en el capítulo tres, para lo cual es necesario apoyarnos en la doctrina nacional y extranjera, así como la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por el Perú. Asimismo, se pretende desentrañar lo siguiente: quiénes son los sujetos activos o titulares de este derecho, los sujetos pasivos u obligados a brindar la información solicitada, la delimitación y características de la información pública y las excepciones con las que nos encontraremos de tal derecho.

Debido a la existencia de otros derechos fundamentales, como el derecho de libertad de expresión, el derecho de petición y el derecho de autodeterminación informativa, que guardan una estrecha vinculación al derecho materia de investigación, resulta de suma importancia hacer un esfuerzo para lograr su diferenciación, con el propósito de no caer en confusiones posteriores, este contenido será desarrollado en el capítulo cuatro.

Posteriormente, en el capítulo cinco se pretenderá explicar lo concerniente al Derecho de Acceso a la Información Pública ante Personas Jurídicas bajo Régimen Privado, ya que es un tema que presenta ciertas vicisitudes debido al tipo de información que dichas entidades pueden suministrar, lo que ha generado en diversos casos ciertos conflictos de intereses entre las personas interesadas y las entidades privadas.

CAPÍTULO I

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1) Hacia la Constitución

No hace falta razonar demasiado para darnos cuenta de que el ser humano es una realidad esencialmente social. Aristóteles lo plasmó de esta manera: “El hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar, es ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana”¹. Los seres humanos vivimos en contacto con nuestros semejantes y es a través de la relación con aquellos que buscamos y conseguimos satisfacer nuestras necesidades y lograr nuestra realización humana. En esa convivencia y debido a la diferencia de intereses que persigue cada persona, pueden producirse diversos conflictos. La solución de estos conflictos reclama la existencia de un sistema jurídico que con eficacia responda oportunamente con soluciones justas.

Sin embargo, no siempre ha sido así. Ha ocurrido que cuando aquellos que ostentan el poder y son llamados a establecer cierto orden lo ejercen de manera absoluta, de manera ilimitada, en el cual los derechos o no son reconocidos, o siendo reconocidos no son cumplidos. Siguiendo a Burdeau: “Toda sociedad se ordena en torno a un cierto ideal de vida en común, se desarrolla dentro de un Estado de conciencia nacida de la solidaridad por la cual sus miembros se sienten unidos. Pero no puede vivir y convertirse en una realidad que provoca y controla los

¹ ARISTÓTELES. *La Política*. Madrid. Editorial Espasa – Calpe S. A.. 12º edición, 1974, p. 23.

movimientos en vista de los cuales se armoniza el organismo social”².

Desde la época del antiguo régimen absolutista el monarca era la figura en la cual se concentraba todo el poder, por ello la preocupación de la población se centró en encontrar una forma de cómo limitarlo, de evitar el trágico abuso del poder del cual eran víctimas. El escenario es descrito por Loewenstein de la siguiente manera: “Es evidente y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en sí mismo un estigma (...) el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degradación. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y en arbitrario despotismo. De allí que el poder sin control adquiere un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder”³.

La posible solución a esta situación se encuentra en la posibilidad de desconcentrar el poder y dividirlo en varias funciones, asignando la titularidad de las mismas a diferentes órganos. Sin embargo, ello resultaría insuficiente para evitar injusticias y limitar de manera real el poder. Esto reclama incorporar un nuevo límite al ejercicio del poder: el reconocimiento y protección de unos derechos fundamentales, que funcionarán como “el límite efectivo de la acción del poder político dentro de una comunidad, de esta manera la Constitución es el derecho que tiene por finalidad limitar el poder político”⁴.

² BURDEAU, Georges. *Derecho Constitucional e Instituciones Públicas*, Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 21. Continuará diciendo este autor que “No hay, pues lugar a oponerlos como un aspecto de la antítesis libertad – autoridad. El poder es una condición del orden y la libertad sólo es posible dentro del orden. Por ello, el poder es el fenómeno social por excelencia, porque, por una parte, no se concibe fuera de la sociedad, y por otra, sin la actuación de un poder, una sociedad es un cuerpo inerte avocado a la decadencia”.

³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 28.

⁴ Cfr. VALLADOLID ZETA, Víctor. *Introducción al Derecho Constitucional*. Lima. Editora Jurídica GRIJLEY. p. 69.

En la actualidad, es un elemento esencial en la regulación política de un Estado, de la infinidad de estados que existen en todo el mundo resulta poco probable que haya uno que no cuente con una carta magna, a la vez su concepto es uno de los que ofrecen una mayor variedad de formulaciones, pero lo que nos interesa en este apartado es entender el *telos* de la Constitución Política.

Siguiendo a Pereira Menaut, “la Constitución en sentido material es una limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho (y también de la Política) y afirmando una esfera de derechos y libertades en favor de los ciudadanos. El aspecto de limitación del poder da lugar a la separación o división de poderes, que ello se haga por medio del Derecho genera el Imperio del Derecho o Estado de Derecho, y la esfera de derechos y libertades da lugar a los que toda Constitución contiene. En sentido formal, una Constitución es el documento (o documentos) legal que recoge todo lo dicho pero al que no se le puede atribuir valor más que si se observa en la realidad en un grado mínimamente razonable”⁵. Por lo tanto, podemos sostener que “la Constitución nació como un pacto para garantizar la libertad, reconociendo la legitimidad de un gobierno, de los legisladores y los jueces, a cambio que ellos respeten nuestros derechos fundamentales (...) No se entiende un acuerdo nacional, una hoja de ruta, al margen de la Constitución, porque ella misma encarna la idea de acuerdo”⁶.

Es de esta manera como se logra establecer un orden en la sociedad, tanto para los encargados de gobernar, estableciendo el límite al ejercicio del poder, como para los gobernados, mediante el respeto de sus derechos fundamentales. Es decir, que “el Estado está conformado por los gobernantes que son los detentadores del poder y gobernados que son los detentarios, por lo tanto la finalidad de la Constitución consiste en vincular o regular jurídicamente a estos dos sectores a través del encuadramiento jurídico del poder”⁷.

⁵ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *En Defensa de la Constitución*, Lima, Palestra Editores, 2011, p. 41.

⁶ HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2009, p. 465.

⁷ Cfr. CHANAMÉ, Raúl (et al). *Manual de Derecho Constitucional, Derecho, Elementos e Instituciones Constitucionales*. Editorial ADRUS, 2009, p.121.

En estricto, toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser “concebida como instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político. Esta finalidad puede alcanzarse a través de dos medios. El primero es evitando la concentración del poder político en unas solas manos y por tanto, previendo facultades a órganos constitucionales distintos. El segundo es reconociendo y garantizando a través de una lista cerrada o abierta, los derechos en cuanto persona”⁸.

2) La Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución peruana de 1993 que entró en vigencia el 29 de diciembre de 1993, se compone de un preámbulo y doscientos seis artículos distribuidos en seis títulos, dieciséis disposiciones finales y transitorias, dos disposiciones transitorias finales y una declaración final. Dividida en dos partes, “la primera que reconoce los derechos, libertades y principios que inspiran toda Constitución (parte dogmática) y, la segunda, que establece los mecanismos jurídicos para garantizar sus fines y que se inspiran en el principio de separación de poderes (parte orgánica)”⁹.

La nueva Carta Magna de 1993 presentó significativos cambios e innovaciones respecto a su predecesora de 1979. Así por ejemplo, en materia de derechos, cabe resaltar aquella que se produce en la sección referida a los “Derechos fundamentales de la persona”, al introducirse mediante el Art. 2º, inciso 5, el siguiente derecho: “A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”; y asimismo en el inciso 6 del mismo artículo 2º, se reconoce por primera vez el derecho: “A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Estos derechos son conocidos como el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la autodeterminación informativa respectivamente.

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los Derechos Constitucionales: Elementos para una teoría general*, Lima, Palestra Editores, 2005, p. 190.

⁹ HAKANSSON NIETO, Carlos, ob. cit., p. 108.

Es debido a la presencia de estos derechos reconocidos - y para su cabal protección - que el legislador constituyente introdujo una nueva Garantía Constitucional, la cual está recogida en el Art. 200°, inciso 3, que estipula lo siguiente: “La acción de hábeas data, procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución”. Posteriormente, este inciso sería modificado por el artículo único de la Ley N° 26470, publicada el 12 de junio de 1995, cuyo texto declara que "La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5 y 6 de la Constitución".

El derecho referido al acceso a la información pública, se vería luego enormemente desarrollado. Hacia el año 2002 se promulgó la Ley N° 27806, Ley de acceso a la información pública, que fuera modificada posteriormente por la Ley N° 27927, aprobándose; el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, según Decreto Supremo N° 043-2003-PCM del 2003 y su Reglamento, según Decreto Supremo N° 072-2003-PCM. Es a través de estos dispositivos legales sobre los que sientan las bases y desarrollan el contenido del derecho de acceso a la información pública.

De esta manera, quizá directa o indirectamente, lo que se produjo mediante el reconocimiento expreso del derecho recogido en el inciso 5°, del Art. 2° de la Constitución y su desarrollo posterior, “es la participación activa de la población en el fortalecimiento del sistema democrático, ya que a través del reconocimiento constitucional de tal derecho y su protección a través de un proceso constitucional se crean otros mecanismos para flexibilizar el rígido sistema de participación ciudadana que existía, ahora ya no sólo se permite a los ciudadanos elegir o ser elegidos, sino también conocer, evaluar y fiscalizar el funcionamiento de las entidades públicas, un logro que se puede conseguir a través de la información que ellas brinden al solicitante”¹⁰.

¹⁰ FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS - UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA, *Ensayos sobre la Constitución Política de 1993*, Arequipa, Editorial Mundo, 1996, p. 53.

3) Los Derechos Fundamentales

3.1) La dignidad humana

Todas las personas somos esencialmente iguales: compartimos la misma naturaleza humana; a partir de ella se nos reconoce el mismo valor: todos tenemos igualmente la condición de fin, somos en ese sentido, seres que valemos no como medios sino como fin en nosotros mismos. Esto hace a la dignidad humana. La igualdad entre todos los seres de la raza humana se predica en base a la dignidad.

Javier Hervada lo plasma de la siguiente manera: “la dignidad estará en la naturaleza humana, no sólo por sus cualidades o condiciones individuales, sino en tanto hombre mismo, distinto de toda criatura no espiritual. La dignidad es propia de la naturaleza humana y de ella hay que predicarla. La persona humana tiene dignidad precisamente por su naturaleza, por ser realización existencial de esa naturaleza humana”¹¹.

La definición ofrecida por la Real Academia Española respecto a este término consiste en la “calidad de digno”. A su vez, lo “digno” empleando el mismo diccionario, significa: “que merece algo en sentido favorable o adverso. Cuando se usa de una manera absoluta, indica siempre buen concepto y se usa en contraposición a indigno”. Armonizando ambas definiciones, podemos deducir a priori que el ser humano es merecedor de determinados derechos, entendiendo que la dignidad se concretiza cuando entra en vinculación con el corpus de derechos fundamentales.

De modo que los derechos fundamentales se convierten en realidades exigibles por el valor de la persona, es decir por su dignidad. La dignidad humana es, pues, el fundamento de los derechos fundamentales¹². La persona humana “tiene una dignidad

¹¹ HERVADA, Javier. *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 3era Edición, 2013, p. 222

¹² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Los Derechos de la Persona en el Ordenamiento Constitucional Peruano: Un Deslinde Terminológico”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia* N° 50, Abril-2005, Editora Normas Legales S.A., Trujillo – Perú. P- 14. cit. TOMÁS MALLEEN, Beatriz. *La Justificación de los Derechos Humanos*. En:

(un valor) que consiste en ser un fin en sí misma. La persona humana tiene un valor tal que no se permite considerarla como un medio”¹³. Siendo así la dignidad será el valor que adquiere una persona humana, para ser considerada como un fin y evitar de esta manera su mediatización. Como ha expresado el Tribunal Constitucional alemán, “al ser humano le corresponde en la comunidad un derecho a ser considerado y respetado; por ello lesiona la dignidad humana reducirlo a mero objeto del Estado”¹⁴.

En el plano internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos hace referencia a la dignidad humana en su artículo 1º: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En nuestra Constitución Política, el vocablo dignidad adquiere gran relevancia, ya que en el artículo 1º se establece que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su *dignidad* son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Sin lugar a dudas, lo que el constituyente peruano quiso dejar en claro es que la persona está inserta en una sociedad que debe respetarle y defenderla, no sólo como individuo, sino también como miembro conformante de ésta.

Por lo tanto, el hombre y su inherente dignidad serán “el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y a la afirmación de la dimensión trascendente y moral del ser humano”¹⁵, perfilándose como el centro de actuación del Estado y de la sociedad, logrando que se considere a la persona como un fin en sí mismo (rechazando cualquier forma de pensamiento que suponga su mediatización) obligando al primero a la creación de las condiciones adecuadas para su perfeccionamiento.

DURÁN LALAGUNA, Paloma (Coord.). “Manual de Derechos Humanos”, Comares, Granada 1993, ps. 80-85.

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho”, en *Foro jurídico: revista de derecho*, 2007, p. 27-40.

¹⁴ BverfGE 50, 166 (175), en CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El valor jurídico de la persona humana”, en *Revista Galega de Cooperación científica Iberoamericana*, 2005, pp. 31-40.

¹⁵ CANALES CAMA, Carolina. *Los Derechos Fundamentales. Estudio de los Derechos Constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 11.

El máximo intérprete de la Constitución ha desarrollado el doble carácter de la dignidad, indicando que produce determinadas consecuencias jurídicas:

“Primero, en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

Segundo, en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos¹⁶”.

Cabe destacar el carácter relacional del derecho a la dignidad humana, de este modo lo más frecuente es que su vulneración se produzca a través de la vulneración de otro derecho fundamental. Por ejemplo, en lo referido al derecho de acceso a la información Pública el Alto Tribunal ha establecido que: “En efecto, el derecho en referencia no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1 de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública”¹⁷.

¹⁶ Exp. N° 2273-2005-HC/TC, de 20 de abril del 2006, F. J. 10.

¹⁷ Exp. N° 1797-2002-HD/TC, de 29 de enero del 2003, F. J. 11.

3.2) Concepto de derechos fundamentales

3.2.1) Hacia una primera aproximación

El hombre al “constituir un fin en sí mismo, nunca podrá ser utilizado como medio, y de acuerdo con su esencia le corresponden determinados derechos básicos para su realización, su desarrollo como persona”¹⁸. De la naturaleza y consecuente dignidad del ser humano brotan una serie de derechos, que con el transcurso del tiempo, han adquirido la catalogación de fundamentales, estos “derechos fundamentales son la traducción jurídica de esas características y exigencias”¹⁹. De esta manera, “este reconocimiento y tratamiento es lo que le es debido al hombre por ser hombre, es decir, es lo justo. Y en la medida que ese reconocimiento y tratamiento es lo justo, se hace igualmente debido y exigible”²⁰.

En efecto, la dignidad de la persona humana exige –y por tanto obliga– a que la existencia de las personas se desarrolle dentro de un entorno político que favorezca más plenamente el reconocimiento, ejercicio y garantía de los derechos de las personas, es decir un ámbito que favorezca a su pleno desarrollo.

Es necesario recalcar el sentido histórico de los derechos fundamentales, de manera que estos puedan ser entendidos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”²¹.

¹⁸ GARCÍA TOMA, Víctor, *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima, Jurista Editores, 2009, p. 25.

¹⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El valor jurídico...*, ob. cit., p. 3.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Cuarta Edición, Madrid, Tecnos, 1991, p. 48.

Seguidamente, podríamos entender que con el término derechos fundamentales, se puede aludir a los derechos de la persona que están recogidos en el ordenamiento jurídico interno (básicamente dentro del texto constitucional) gozando de tutela jurídica, adquiriendo un carácter vinculante dentro del mismo.

En esta misma línea de pensamiento, para García Toma, “los derechos fundamentales son definidos como aquella parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular. Su denominación responde al carácter básico o esencial que estos tienen dentro del sistema jurídico instituido por el cuerpo político”²². En similares términos se pronuncia Castillo Córdova, manifestando que los derechos fundamentales pueden ser definidos como “aquellas concretas expresiones de la dignidad, libertad e igualdad humanas dispuestas jurídicamente, que han sido recogidas – expresa o implícitamente- en la norma constitucional, y que vinculan positiva y negativamente al poder político al punto de legitimar su existencia y actuación”²³.

Los derechos fundamentales en opinión del Tribunal Constitucional, son lo siguiente: “Tanto el derecho de petición como aquellos *otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo*, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica”²⁴.

De esta manera, los derechos fundamentales serán la *base* sobre la cual se sientan los cimientos del accionar político del Estado, ya que en palabras del máximo intérprete

²² Ídem, p. 27.

²³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales...*, ob. cit., p. 92.

²⁴ Exp. N° 1797-2002-HD/TC, citado, F. J. 5.

de la constitución son: “bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad”²⁵.

3.2.2) El derecho como lo debido

Dado que los derechos fundamentales se predicen en base a la persona humana, consideramos pertinente hacer una breve referencia respecto a su esencia. Tal como sostiene Castillo Córdova, “no es discutible que la persona es una realidad imperfecta que está llamada a la perfección, un ser con carencias y necesidades que se verán expuestas a través de nuestra complejidad dentro de nuestra unidad esencial. Al ser una realidad compleja pudiendo reconocer hasta cuatro dimensiones, con lo que es posible adscribir a cada dimensión distintos bienes humanos, por ejemplo en el ámbito material: la vida y la salud; en el ámbito espiritual: la educación y la libertad de culto; en el ámbito individual: el nombre y la intimidad; por último, en el ámbito social: la democracia como forma de gobierno”²⁶.

La finalidad del derecho será “favorecer lo más posible el pleno desarrollo de la persona humana, su felicidad, la cual es conseguida en la convivencia con otros. La Persona al necesitar relacionarse deberá contar con un orden regulador en las relaciones que establezca con sus semejantes, esto permite reconocer en el Derecho al menos las dos siguientes finalidades: La de favorecer la existencia de una convivencia humana y la de favorecer que en ésta, las personas alcancen lo más posible el desarrollo pleno de cada una”²⁷.

De este modo, “la finalidad del Derecho no puede formularse alejada de la persona humana, sino frente a ella; por lo que el Ius será lo justo, y lo justo será lo debido y lo

²⁵ Exp. N° 0050-2004-AI/TC, de 3 de junio del 2005, F.J. 72.

²⁶ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Democracia como Bien Humano Esencial”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 3, Nueva Época, Julio-Diciembre, 2010, p. 71-73.

²⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*. p. 10.

debido es lo que hay que dar, ni más ni menos, por lo que lo justo, lo debido, lo que hay que dar a la persona humana son los bienes humanos; y en la medida que el derecho es el término para designar lo suyo en relación de justicia, lo suyo de la persona humana son los bienes humanos”²⁸. Por lo que se ejercitará la justicia con “la persona humana cuando se le reconoce y otorga lo suyo propio, y lo suyo propio es adquirir el más pleno desarrollo posible, adquiriendo el mayor grado de perfeccionamiento humano posible (perfeccionamiento que se llevará a cabo mediante la satisfacción de las necesidades y exigencias humanas, es decir, a través de la adquisición de bienes humanos)”²⁹.

Contrario sensu lo injusto con la persona humana sería impedirle o negarle la adquisición de tales bienes. “Al ser esto lo justo, esto ya es Derecho, es decir, esto ya obliga, de modo que la persona humana se convierte en fuente de juridicidad: de ella brota una serie de principios y valores jurídicos que conforman el Derecho natural”³⁰.

A través de esta reflexión, Castillo Córdova plantea que una definición más elaborada de derechos humanos es la siguiente: “son el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas”³¹.

3.3) Los derechos fundamentales en el ordenamiento peruano

3.3.1) Acerca del uso de las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales

A lo largo del texto de la Constitución se usan indistintamente las expresiones “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, lo

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ídem*, p. 11.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

cual podría inducirnos al error de pensar que existe alguna diferencia entre ellos.

Tal es así, que la expresión “derechos humanos” es empleada en los artículos 14º, 44º, 56.1º, así como la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. Por otro lado, el Capítulo I, del Título I lleva por título “Derechos Fundamentales de la persona”, adicionalmente, la expresión “derechos fundamentales” aparece en los artículos 32º, 74º, 137.2º, 139.4º y 149º. Finalmente, el término “derechos constitucionales” se muestra en los artículos 23º, 137.1º, 162º y 200º de la carta magna.

Al respecto, es importante tener en cuenta que “la expresión Derechos Humanos sería una expresión que está reservada para significar los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos. Mientras que la expresión Derechos Fundamentales, estaría reservada para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas – la Constitución- y que gozan de una tutela jurídica reforzada”³².

De esta manera, cuando se empleen ambas expresiones, no debe entenderse que se refieren a dos realidades distintas, pues la expresión “derechos fundamentales” suele ser utilizada para designar a aquellos derechos humanos que han sido positivados en el ordenamiento interno.

Respecto a los “derechos constitucionales”, aluden al grupo de derechos de la persona que son recogidos y garantizados por la norma constitucional, de lo cual se desprende que todos los derechos contenidos en la Constitución Política de 1993 puede ser catalogados como derechos constitucionales.

De lo expuesto anteriormente, podemos concluir que “*derechos humanos, derechos fundamentales y derechos*

³² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales...*, ob. cit., p. 40.

constitucionales son expresiones que en el ordenamiento jurídico peruano pueden emplearse indistintamente para referir a los derechos de la persona en cuanto persona y al margen de supuestos grados de fundamentalidad y del nivel internacional o sólo nacional en el que ocurre el reconocimiento jurídico. Esto significa que, por ejemplo, para cuando se hable de la libertad de expresión, es indistinto – para el caso peruano- llamarle derecho humano, derecho fundamental o derecho constitucional”³³.

A manera de síntesis, podemos deducir que “los derechos fundamentales son aquellos que permiten al ser humano interactuar con los demás en la sociedad, de manera que pueda desarrollarse como persona. Tienen en la dignidad humana un componente y justificación que los hace exigibles, por ello están sujetos a una protección especial y a su cabal cumplimiento”³⁴.

3.3.2) Una lista enunciativa y abierta de derechos constitucionales

El Capítulo I, del Título I de la Constitución lleva por enunciado: “Derechos Fundamentales de la persona”, con lo cual se podría pensar que se trata de los únicos derechos fundamentales que la Constitución consagra, generando lo que sería una lista cerrada de derechos. Sin embargo, en este contexto es importante tener en cuenta lo regulado en el Art. 3º de la norma fundamental, que señala lo siguiente: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre”.

En la medida en que la enumeración de los derechos fundamentales establecida en dicho capítulo no excluye a los

³³ Ídem, p. 76

³⁴ RUBIO, M., EGUIGUREN F., BERNALES E. *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 44

demás derechos que la Constitución garantiza, por lo que podemos considerar que “todos los derechos recogidos en la constitución tienen un mismo reconocimiento y un mismo nivel de protección constitucional. Sea cual fuese la expresión empleada para designarlos –derechos fundamentales o derechos constitucionales- lo cierto es que todos ellos deben ser denominados con la misma expresión”³⁵.

Esta postura, se ve reforzada mediante el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que estableció lo siguiente: “De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorporar en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”³⁶.

Debemos tener en cuenta que los derechos enunciados a lo largo del texto constitucional, no son los únicos existentes, ni los únicos protegibles, ya que debemos “advertir que la Constitución prevé como derechos constitucionales –al menos a efectos de su tratamiento y protección- no sólo los derechos recogidos expresamente en la literalidad de su texto, sino también otros que sin estar positivados, deben ser asumidos como si realmente lo estuvieran en el texto constitucional, siempre y cuando sean de ‘naturaleza análoga a los positivados, o se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de la soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”³⁷.

³⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales...*, ob. cit., p. 67

³⁶ EXP. N° 1417-2005-AA/TC, de 8 de julio del 2005, F.J. 4

³⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales...*, ob. cit., p. 110

3.3.3) Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales

El contenido constitucional de un derecho fundamental es su contenido esencial, y este es el conjunto de atribuciones o facultades que darán sentido a su existencia y alcance, de modo que alguien pueda ser titular de ese derecho y hacer que el derecho sea ese derecho y no uno diferente, debemos dejar por sentado que dicho contenido no está formado por dos partes, una esencial y otra no esencial, sino que su contenido es uno sólo (un contenido único).

Por constituir la esencia del derecho, el contenido único no puede ser sacrificado ni restringido, pues sacrificar la esencia de la cosa supondrá su desaparición; es decir, el sacrificio de la esencia del derecho fundamental supondrá su vulneración.

Tal finalidad es satisfacer una necesidad o exigencia humana para permitir una mayor realización o perfeccionamiento humano, de modo que el contenido esencial del derecho fundamental estará compuesto por aquellos elementos que hagan posible la consecución del bien humano que está en el fundamento del derecho humano. Como el contenido único acoge sólo las atribuciones y facultades exigidas por la consecución de un determinado bien humano, son esas atribuciones las debidas a la persona humana. Recordemos que anteriormente se manifestó lo que significa ser justo con la persona humana, por lo que en este caso el actuar en justicia significará reconocer y garantizar el ejercicio las atribuciones o facultades que ofrece un derecho; lo cual a su vez supondrá la necesidad de identificarlas, es decir, de determinar cuáles son.

A partir de aquí es posible caracterizar el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental como un contenido único, limitado, ilimitable y delimitable³⁸. Con

³⁸ Al respecto Castillo Córdova ha manifestado lo siguiente: “a) *limitado* significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, inmanentes o internos, los cuales

base en este concepto, los derechos fundamentales serán realidades limitadas y orientadas a una finalidad determinada, lo que permitirá su coexistencia armónica, y quedará anulada la posibilidad de que dos contenidos esenciales o constitucionales de derechos fundamentales diferentes puedan realmente entrar en conflicto verdadero. No podrán entrar en conflicto ya que de la esencia de la persona no pueden surgir exigencias contradictorias ni bienes humanos contradictorios, además porque una vez constitucionalizados los derechos, el principio de interpretación de unidad y el principio de normatividad de la Constitución exige interpretar de modo armónico el contenido constitucional o esencial de todos los derechos fundamentales.

De esta manera, al no haber conflictos entre contenidos constitucionales o esenciales de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad y, en particular, la de ponderación, servirá para delimitar el contenido esencial o constitucional del derecho fundamental y determinar cuál de las dos partes ha invocado correctamente su derecho fundamental como cobertura constitucional de su pretensión.

Tal como sostiene Castillo Córdova, “el Supremo intérprete de la Constitución tiene claramente establecido un *iter* procedimental a la hora de resolver controversia que atañen a los derechos fundamentales. Este *iter* está compuesto por tres pasos: en primer lugar, el juez constitucional debe identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son demandados (...). En segundo lugar,

definen el contenido esencial del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal, b) *ilimitable* significa que ni el legislador ni nadie pueden desconocer esas fronteras inmanentes o internas que vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate; y c) *delimitable* significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto, la labor del poder político -en todo caso- es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 20.

el juez constitucional debe identificar la verdadera pretensión del demandante. (...) En tercer lugar, el juez constitucional deberá analizar si la verdadera pretensión del demandante forma parte del contenido constitucionalmente protegido de algunos de los derechos fundamentales que son objeto de tutela del proceso constitucional³⁹”.

Lo decisivo, pues, que deberá realizar todo operador jurídico a la hora de enfrentarse con un problema entre derechos fundamentales, será realizar una operación de delimitación del contenido constitucional de los derechos invocados, para determinar a cuál de los contenidos constitucionales concernidos pertenecen las pretensiones planteadas. En esta línea es relevante tomar en cuenta los siguientes cinco criterios:

- a) El criterio literal.- resulta lógico que debemos empezar su delimitación partiendo del texto constitucional. Lo que significará en primer lugar fijarse en la concreta disposición que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se trata de determinar (criterio de interpretación literal), pero por lo general es insuficiente criterio debido a que los derechos fundamentales son recogidos en normas abiertas y genéricas que precisan de concreción para su aplicación.
- b) El criterio sistemático.- del cual se desprenderá que “Es necesario acudir a todas aquellas disposiciones relacionadas con la disposición que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se desea delimitar (criterio de interpretación sistemática o unitaria). Este segundo criterio viene exigido además por el requerimiento hermenéutico de considerar a la Constitución como si de una unidad se tratase (principio de unidad de la Constitución)”⁴⁰.

³⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 14, Madrid, 2010, p. 105

⁴⁰ Ídem, p. 106

La principal consecuencia de esta consideración es que de dos disposiciones constitucionales no pueden concluirse dos normas contradictorias entre sí, sino que una ha de ser interpretada en concordancia y armonía con las demás, y viceversa.

- c) El criterio de la cláusula internacional.- nos dirigiremos a la Norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú y a la jurisprudencia que con base en esa normativa haya expedido los Tribunales internacionales con competencia para ello, pues así lo ha dispuesto la IV disposición final y transitoria de la Constitución (criterio de la cláusula internacional).
- d) El criterio teleológico.- se ha de tomar en consideración el bien humano que está detrás del derecho fundamental cuyo contenido se intenta determinar (interpretación teleológica). En efecto, como ya se ha dicho antes, detrás de los derechos humanos o fundamentales está la persona, y aquellos buscan la plena realización o perfeccionamiento de ésta, a través de la consecución de bienes humanos. No debemos olvidar que el contenido del derecho fundamental es un conjunto de facultades dirigidas a la adquisición del bien humano y consecuente realización humana esta es su finalidad.
- e) El criterio de concordancia práctica.- que ha de tomar en consideración las concretas circunstancias de cada caso a fin de justificar el alcance de protección constitucional que cada derecho fundamental trae consigo (criterio de concordancia práctica).

Asimismo, “el Principio de proporcionalidad o razonabilidad (...) jugará un rol especialmente importante para definir los alcances del derecho constitucional en las referidas circunstancias concretas”⁴¹. De igual modo, la ponderación se convierte así no en un juicio económico para

⁴¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los Derechos Constitucionales...*, ob. cit., p. 264

saber cuál derecho pesa más, sino el juego de principios de interpretación constitucional que permita justificar suficientemente cuál pretensión forma parte del contenido constitucional o esencial del derecho fundamental invocado.

Por último, es importante recalcar que “El contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada”⁴².

3.3.4) La doble dimensión de los derechos fundamentales

El contenido constitucional de los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: una subjetiva y otra objetiva, de lo cual se desprende que los “derechos operan, por una parte, como delimitadores de la esfera de libertad personal del ciudadano y, por otra, como elementos constitutivos del ordenamiento de los poderes del Estado”⁴³.

En palabras del Tribunal Constitucional, “En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores

⁴² EXP. N° 03850-2011-AA/TC, de 24 de octubre de 2011, F.J. 3.

⁴³ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 12ª Edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 2010, p. 196.

materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional”⁴⁴.

De este modo, debemos tener en cuenta “que todos los derechos fundamentales cuenta con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad”⁴⁵.

Hay que tener presente que, “se admite que todos los derechos cuentan con una dimensión subjetiva, compuesto por ese haz de facultades que atribuye el derecho a su titular y que hace que el derecho sea reconocido como tal derecho”⁴⁶. Respecto a la dimensión objetiva, debemos hallar su fundamento a lo largo del texto constitucional, haciendo un trabajo de integración y concordancia con de determinados mandatos constitucionales.

Para emprender tal tarea, es necesario tomar en cuenta el artículo 43° de la Constitución Política, que indica lo siguiente: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”. La significación de un Estado “social” radica en la posición que ocupa el poder político para coadyuvar a que los miembros de su comunidad logren superar las dificultades que se presenten al momento de ejercer sus derechos fundamentales.

A su vez, el artículo 44° del cuerpo constitucional indica que uno de los deberes primordiales del Estado consiste en garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. A través de este precepto se complementa la

⁴⁴ EXP. N° 3330-2004-AA/TC, de 11 de julio del 2015, F. J. 9.

⁴⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales...*, ob. cit., p. 308

⁴⁶ Cfr. *Ibíd.*

postura anterior respecto al estado social, ya que resultaría casi imposible que una persona pueda hacer uso de sus derechos, si es que las diversas instituciones estatales se mantienen en una posición pasiva.

Del mismo modo, no debemos olvidar la especial vinculación que tiene el poder público con la Constitución y los derechos fundamentales, ya que los tres poderes conformantes del Estado (legislativo⁴⁷, ejecutivo⁴⁸ y judicial⁴⁹) se encuentran al servicio de las personas.

Por último, se debe tener presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 Constitución Política), por lo que será el eje sobre el cual gire la actuación del poder político, ya que está destinado como medio a servir para que la persona alcance su pleno desarrollo.

⁴⁷ Artículo. 102.2° Constitución Política.- Son atribuciones del Congreso: (...) Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes.

⁴⁸ Artículo 118° Constitución Política.- Corresponde al Presidente de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

⁴⁹ Artículo 138° Constitución Política.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

CAPÍTULO II

ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA

1) Una aproximación al Estado de Derecho

El Estado de Derecho responde históricamente a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como la protección de otras valiosas libertades (de religión, de pensamiento, de información, etc.) y a garantías de derechos de diversa especie (penal, procesal, etc.).

Esta modalidad de Estado es así, “una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual, hecha por gente e individuos, sectores sociales, que frente a despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades; y que a su vez, cumpliendo el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad”⁵⁰.

De modo coherente, se “institucionaliza por vez primera y con un cierto carácter general tras la revolución francesa en los estados liberales del Siglo XVIII, desde un punto de vista jurídico con ella se generaliza la fórmula de lo que posteriormente se conocería como Estado de Derecho”⁵¹. En efecto, podemos constatar en su contenido que se establece lo que sería las bases sobre las cuales se sustentaría.

⁵⁰ DÍAZ, Elías. “Estado de Derecho y Legitimidad Democrática”, en CARBONEL, Miguel, VÁSQUEZ, Rodolfo (compiladores). *El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina*, Palestra Editores, Lima, 2009, p. 79.

⁵¹ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid, 1972, p. 19

De esta manera el artículo 16º de la Declaración de 1789, estableció lo siguiente: “La sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución”. Por otro lado, los Arts. 3º y 6º proclaman la absoluta primacía de la ley que es ‘expresión de la voluntad general’ en cuanto que ‘el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación’.

Se debe partir de la idea de que “todo Estado genera, crea, un derecho, es decir produce normas jurídicas, las cuales utiliza y aplica, sirviéndose de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, para orientar políticas, así como para resolver conflictos surgidos dentro de él”⁵². En palabras de Hayek, “despojado de todo tecnicismo significa que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano – normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos en base a este conocimiento”⁵³.

Hay que resaltar que la producción de un determinado derecho (entendido como ordenamiento jurídico) por parte de un Estado, no implica que éste merezca ser reconocido como un Estado de Derecho, ya que “esto implica sometimiento del Estado al Derecho, autosometimiento a su propio derecho, regulación y control equilibrado de poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de las leyes, pero - lo cual es decisivo- exigiendo que estas sean creadas según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con el debido respeto a los derechos fundamentales”⁵⁴.

La noción “remite a un estado de la razón o del entendimiento, que gobierna según la voluntad general racional y sólo busca lo mejor de modo general. El punto de partida es el individuo libre y autodeterminado, por lo que la actividad el Estado ha de ir dirigida a asegurar la libertad individual y a proteger el desarrollo de los sujetos desde sí mismos, habiéndose de regir la organización estatal y su regulación por principios racionales, trasladables a la ley como elementos

⁵² Ídem, p. 13.

⁵³ HAYEK, F. *A the Road to Serfdom* Londres, 1944, p. 54.

⁵⁴ DÍAZ, Elías. “Estado de Derecho y Legitimidad Democrática (...), ob. cit., p. 77.

nucleares”⁵⁵.

El Estado y sus órganos sólo pueden actuar con arreglo a una facultad que les otorga la norma jurídica, quedando limitados por ella. En esta línea, la norma obliga a todos en pie de igualdad y se prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

El Estado de derecho está íntimamente ligado con la democracia, considerándosele al primero como la institucionalización jurídica política de la segunda, por lo que deberán confluir los siguientes elementos para que su funcionamiento se desarrolle correctamente:

- a) Imperio de la Constitución, constituye la nota primaria y fundamental del Estado de derecho, la constitución y además la ley tendrá que responder a la voluntad general o a la que, se acerque más a ésta.
- b) División de poderes, que a la vez se desdobra en dos subprincipios: “el de especialización de las funciones, que son desempeñadas por órganos concretos de forma exclusiva y excluyente, y el de la independencia recíproca, para que cada uno esté libre de interferencias por parte del otro en lo relativo a su formación, funcionamiento y duración”⁵⁶.
- c) Fiscalización de la Administración, al poder ejecutivo, al gobierno en todos los órdenes y niveles.
- d) Protección de derechos y libertades fundamentales, que constituyen precisamente la razón de ser del Estado de Derecho.

Asimismo, en este tipo de Estado van a confluir la participación de los ciudadanos y del Estado, pero más precisamente respecto a los segundos (órganos y poderes), a sus representantes y gobernantes, dirigiéndolos a actuar acorde a las normas jurídicas bajo el imperio de la ley.

⁵⁵ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *Derechos Fundamentales y el Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Dilex, S.L., 2007, p. 33-34

⁵⁶ *Ibidem*.

2) Del Estado Liberal al Estado Social y Democrático de Derecho

La ideología del liberalismo estaba “basada principalmente en dos pilares: el individualismo y el abstencionismo estatal. En definitiva, la eficacia del liberalismo clásico como sistema capaz de resolver los difíciles y complejos problemas que en el marco de una moderna sociedad industrial se plantea tanto a nivel de la expansión y el desarrollo económico como a nivel de la acción ejecutiva y administrativa de los órganos de gobierno. La cultura de masas, la sociedad de consumo, el constante progreso de la técnica, etc., son hechos y problemas que no parecen encontrar suficiente solución a través de los instrumentos y procedimientos típicos del estado liberal”⁵⁷.

En reacción ante tales problemas lo que se propugna en el Estado social de derecho es un Estado intervencionista y activo, la principal novedad que trae consigo es la figura de un Estado que sobre sí mismo administra el poder ejecutivo y administrativo; y por ser un Estado del bienestar, en cuanto que constituye su objetivo primordial. Este nuevo tipo de Estado, intenta compatibilizar dos elementos, neocapitalismo y bienestar, en el marco de una sociedad industrial, su institucionalización jurídico – política se llevará a cabo mediante la fórmula del Estado Social de Derecho.

A medida que dicho modelo se iba asentando, empezaron a surgir diversos problemas, la idea de procurar un bienestar para todos, hace que se utilice a la técnica. Se tiende a “pensar que es el progreso tecnológico quien puede conducir a la socialización, a la democratización, y a la nivelación socio-económica, por lo que tan ineficaz e inútilmente, se dice, habían suspirado las antiguas ideologías”⁵⁸.

Indudablemente la técnica (producción en series, automatización, propaganda para el consumo, etc.) nivela, pero no es menos cierto que la nivelación está muy lejos de la verdadera democracia. Lo que producía el neocapitalismo es una nivelación, pero en los aspectos más superficiales de la vida social, de manera que aumentada la producción, aumentaba el consumo, pero subsisten aún significativas desigualdades. Por otro lado, en el ámbito político “la administración y la burocracia sustituyen a la

⁵⁷ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Legitimidad Democrática (...)*, ob. cit., p. 97.

⁵⁸ Ídem, p. 108

política, los expertos en medios sustituyen a los expertos en fines, dando por sentado que el fin a conseguir – el bienestar general – no precisa ya de mayor clarificación ni concreción”⁵⁹.

Para López Aranguren, “la tendencia actual al socialismo en el plano económico, cualesquiera que sean el grado cuantitativo y el carácter estatificado o no de este socialismo, parece estar inscrita en la realidad misma. En cualquier caso, el motor no puede ser – no debe ser – el interés capitalista determinado a dar la primacía a los bienes suntuarios de consumo para conseguir así, como un subproducto ético, el bienestar material de todos, sino la organización inspirada en una auténtica voluntad de justicia, de dar a cada uno lo suyo, de la democratización económico social”⁶⁰.

Frente a este contexto, se tratará de hacer coincidir socialismo y democracia e institucionalizarse conjuntamente en el llamado Estado Democrático de Derecho, lo que significará que el viejo Estado de Derecho, sin dejar de serlo, tendrá que “constituirse en Estado de justicia, que aparecerá como legítimo, como justo, en función de unos determinados valores históricos que son la democracia, el socialismo, la libertad y la paz”⁶¹.

Este cambio, como todo proceso evolutivo se ha ido forjando gradualmente, no podemos pensar que del neocapitalismo se pasa naturalmente al socialismo, del Estado social de derecho no se pasa naturalmente al Estado democrático de derecho, ya que la superficial y aparente socialización que produjo el neocapitalismo no coincide plenamente con el socialismo, como tampoco la democratización que produjo por sí mismo la técnica es ya si más la democracia, de un nivel a otro (es sumamente importante tener en cuenta esto) hay un salto cualitativo y real de primer orden.

El objetivo del Estado democrático de derecho sería superar de modo efectivo las limitaciones del Estado de derecho y del Estado social de derecho, permitiendo el acceso de todos a los derechos y a los mecanismos de participación política y económica que se esbozan en

⁵⁹ Ídem, p. 110

⁶⁰ LÓPEZ ARANGÜREN, José Luis. *Ética y Política*. Editorial Guadarrama, Madrid, 1963, p.303.

⁶¹ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Legitimidad Democrática (...)*, ob. cit., p. 114

estos tipos de Estado.

Ahora el nuevo Estado social y democrático de derecho, tendrá “como primer presupuesto la obligación que tienen los poderes públicos de intervenir para que la igual jurídica política que asegura el Estado de Derecho se transforme en una auténtica igualdad social, económica y cultural, lo que conmina a una actitud correctora de las desigualdades”⁶². De este modo, la actuación de los poderes públicos consistirá en facilitar los bienes y servicios públicos indispensables para integrar a los sujetos y a los grupos en la sociedad; al tiempo que en cuanto que el disfrute real de los derechos y libertades hace menester que haya un grado mínimo de bienestar que deje paso a la participación en la esfera comunitaria.

3) El Perú como Estado Social y Democrático de Derecho

El Perú en el Art. 43° de su Constitución Política recogerá lo que será su modo de actuar, la forma de destinar sus políticas sociales y económicas en pro del bienestar de la sociedad, recordando que tal como lo dispone su Art. 1°, el fin supremo del Estado es la persona humana y su dignidad.

La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. En lo concerniente al aspecto social, “no es otra cosa que una forma de gobierno que, además de sustentarse en el poder soberano del pueblo, apunta hacia el bienestar social como objetivo de toda decisión. De allí que la existencia del Estado Social, bien que implícita, resulta inobjetable en sus alcances, siendo necesario un referente para toda decisión en la que sus componentes o elementos puedan encontrarse en entredicho”⁶³.

Tal como sostiene Rubio Correa, “es importante destacar que el Estado Social como búsqueda del bienestar debe ser un referente para toda decisión de la política y de la administración pública. No sólo se trata de que el Estado social busque el bienestar de todos como un acaudalado, que no es, distribuyendo recursos para una vida mejor de las personas. En realidad, si bien el Estado debe preocuparse por el bienestar

⁶² GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *Derechos Fundamentales y el Estado Social (...)*, ob. cit., p. 33-34

⁶³ EXP. N.º 1956-2004-AA/TC, de 5 de octubre de 2004, F. J. 6.

de las personas, lo cierto es que dentro de la misma organización política, las personas deben preocuparse por el bienestar de los demás entre sí”⁶⁴.

En el mismo sentido el Alto Tribunal manifiesta que “la labor que queda reservada al Estado responde, antes que a una teoría jurídico-social de los derechos fundamentales, a una teoría institucional de los mismos. En efecto, la clásica polémica planteada entre los férreos postulados del Estado liberal y el Estado social hoy debe concebirse como superada. Ninguna de las dos posturas, consideradas por separado, permite una cabal comprensión y protección de los derechos fundamentales”⁶⁵. Continúa diciendo el Tribunal que “de un lado, la rígida concepción individualista del hombre frente al Estado, en donde todos los factores de ligazón entre estas dos entidades aparecían como peligrosos, pues podían significar inaceptables incidencias en la esfera subjetiva de los individuos, no es más una filosofía que maximice el rol de los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno. De otro lado, la hermética doctrina que propugna como elemento medular el necesario sacrificio de los derechos subjetivos ante la supuesta primacía de los principios constitucionales de connotación social como la seguridad ciudadana o el orden público, tampoco satisface los cánones de una apropiada labor tuitiva de los derechos constitucionales. La persona humana, como titular de derechos, no tiene por qué ser entendida de modo excluyente, o como individuo o como miembro de una comunidad, pues ambas concepciones confluyen en ella”⁶⁶.

En otra sentencia, el Tribunal complementa la idea esgrimida anteriormente, al indicar que “El Estado social y democrático de derecho, en otras palabras, no niega los valores del Estado liberal, los comparte y los hace suyos, pero, a su vez, los redimensiona en el entendido de que el ser humano no solo requiere contar con una serie de seguridades y protecciones alrededor de sus clásicos derechos de tipo individual y político, sino también satisfacer diversas necesidades derivadas en lo fundamental de la posición o *status* económico social que ocupa”⁶⁷.

⁶⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2ª Edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011, p. 33.

⁶⁵ EXP. N.º 0011-2002-AI/TC, de 10 de junio de 2002, F. J. 12.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ EXP. N.º 1956-2004-AA/TC, citado, F.J. 4.

En esta especie de esclarecimiento respecto al alejamiento de un régimen y acercamiento a otro, podemos decir que “la función de un Estado social consistirá en la protección activa del ser humano por la organización estatal, especialmente en los derechos que no son estrictamente individuales (la salud, la seguridad social, la educación, etc.), mientras que en los derechos individuales (libertad de expresión, de reunión, a la propiedad) la regla es que el Estado se abstenga, en los derechos sociales la regla es que sea promotor, lo que sí debe quedar claro es que se trata de crear una síntesis entre el Estado liberal y el Estado social, de manera que se protejan todos los derechos y no sólo los individuales”⁶⁸.

En lo concerniente al Estado peruano como democrático, su fundamento se estructura en base a la democracia y la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto imprescindible para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos podemos encontrar los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2°, inciso 17 y 30° a 35°, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2°, inciso 4), *de acceso a la información pública* (artículo 2°, inciso 5), de asociación (artículo 2° 13) y de reunión, previsto en el artículo 2° 12° de la Carta Fundamental.

Como se ha manifestado anteriormente, el ordenamiento jurídico peruano basará su accionar en la persona humana y su dignidad, ante lo cual el respeto hacia ella y sus derechos constituirán la base de lo democrático, ya que no puede existir democracia en una sociedad donde

⁶⁸ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano (...)*, ob. cit., p. 42.

no se respeten los derechos de sus miembros. En palabras del Alto Tribunal, “una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra herida de muerte”⁶⁹.

Las libertades de expresión e información jugarán un papel importante en la consecución de un Estado democrático, el máximo intérprete de la Constitución indica que “las libertades de información y expresión constituyen libertades preferidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues su ejercicio es consustancial al régimen democrático”⁷⁰. Asimismo, respecto al derecho de acceso a la información pública se ha señalado también que “es consustancial a un régimen democrático (...) uno de los modos posibles de cumplir dicho principio, y con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes”⁷¹.

Del mismo modo, se deben tener en cuenta la coexistencia del Principio de Tolerancia, en la medida que “el poder ejercido por el mayoría debe distinguirse de todo otro en que no solo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando sólo estén constituidos por una minoría de personas; o en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios”⁷².

Al ser un país tolerante, se pretenderá “la eliminación de toda práctica violenta y autoritaria”⁷³, presupuesto que no sólo debe limitarse a la vida política, sino también abarcar la convivencia social y todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos; por ello, es de suma importancia enfatizar que en nuestro régimen constitucional debe fomentarse el diálogo y los medios pacíficos para resolver conflictos entre sus miembros.

⁶⁹ EXP. N.º 4677-2004-PA/TC, de 07 de diciembre de 2005, F. J. 12.

⁷⁰ EXP. N.º 1048-2001-PA/TC, de 09 de octubre de 2002, F. J. 2.

⁷¹ EXP. N.º 2579-2003-HD/TC, de 06 de abril de 2004, F.J. 5

⁷² EXP. N.º 0042-2004-AI/Tc, de 13 de abril de 2005, F.J. 3.

⁷³ EXP. N.º 1027-2004-AI/Tc, de 20 de mayo de 2004, F.J. 13.

A modo de conclusión, del desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos concluir que “la democracia es un sistema que exige poner al ser humano como el centro de la vida social y política; que exige la observancia de los derechos humanos, especialmente del de participación política y de los que colaboran efectivamente en que haya pluralidad y expresión de todos. La democracia requiere que los principios que la informan sean aplicados extensivamente en la vida política y la sociedad. Asimismo, la democracia es incompatible con la violencia y el autoritarismo. Por el contrario florece cuando se busca la concertación”⁷⁴.

4) La Democracia

4.1) Conceptualización

El poder al juridificarse puede adquirir determinadas formas, “cualquier forma política poseerá un marco jurídico, un conjunto de bases normativas que ordenan y encauzan racionalmente su funcionamiento. Instituciones que organizan el poder y su ejercicio, así como su dinámica, el poder se ejerce en una sociedad y lo ejercen quienes tienen el control de las instituciones, cuyas decisiones, al ser ejecutadas afectan a la comunidad”⁷⁵.

De este modo, el Estado no es sólo una institución de poder jurídicamente organizado, ya que constituye la expresión materializada de un conjunto de principios y valores predominantes en periodos históricos determinados. De las distintas formas políticas (totalitarismo, autoritarismo, democracia), cada una poseerá distintas expresiones, así al hablar de formas políticas democráticas, nos referimos a que el Estado, el gobierno y toda la sociedad constituyen instituciones, estructuras, conductas y prácticas democráticas.

Etimológicamente “la palabra griega *demokratia* se compone de *demos* que quiere decir ‘pueblo’, y de *kratos*, que quiere decir ‘poder’, lo que significaría “poder del pueblo”, por lo tanto la

⁷⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano (...)*, ob. cit., p. 24.

⁷⁵ MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Reinvención de la democracia: el desafío de la democracia en el Perú*. Fondo Editorial del Congreso del Perú, 1ª Edición, Lima, 2010, p. 30.

democracia sería un sistema y régimen político donde el pueblo es el que manda”⁷⁶. El poder del pueblo recaerá sobre éste mismo, ya que “en este proceso primero hay un movimiento ascendente de transmisión de poder del pueblo hacia el vértice de un sistema democrático; y después un movimiento descendente del poder del gobierno sobre el pueblo. Así el pueblo se convertirá al mismo tiempo, gobernante, y en un segundo momento, gobernado”⁷⁷.

Si el pueblo se gobierna a sí mismo directamente, “se habla de democracia pura o directa, son muchos los autores que ponen como ejemplo a la polis griega. Si se gobierna a sí mismo, pero no directamente se producirá la figura conocida como representación; y entonces se dice que los gobernantes representan al pueblo y que el pueblo se gobierna indirectamente por medio de sus representantes, sería la llamada democracia indirecta o representativa. Se da por establecido que el pueblo se gobierna a sí mismo y que es soberano, se echa mano de una ficción jurídica: la de que los gobernantes (o el gobierno) representan al pueblo, y por ende, lo que hacen los gobernantes en ejercicio del poder se supone como hecho por el pueblo mismo”⁷⁸.

Para Bockenforde, “la democracia se refiere a la formación, a la legitimación y al control de los órganos que ejercen el poder organizado del Estado y que llevan a cabo las tareas que se encomiendan, siendo un principio configurador de carácter orgánico y formal”⁷⁹, a su vez Lucas Verdú amplía más el panorama diciendo que el concepto de democracia se refiere a un “régimen político que institucionaliza la participación del pueblo en la organización y ejercicio del poder público, que se funda en el respeto de la dignidad y libertad de la persona humana, y que exige la intercomunicación permanente entre gobernantes y gobernados,

⁷⁶ SARTORI, Giovanni. *La Democracia en 30 Lecciones*. Santillana Ediciones Generales S.L., Madrid, 2009, p. 15.

⁷⁷ Ídem, p. 21.

⁷⁸ BIDART CAMPOS, Germán José. *Lecciones Elementales de política: Sociedad, Estado y Derecho*. Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 266.

⁷⁹ BOCKENFORDE, Erns Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Editorial Trotta, 2000, p.119.

y el reconocimiento de los grupos intermedios entre el individuo y el estado”⁸⁰.

A través del último concepto podemos ir desentrañando lo que el término democracia significa realmente. De este modo se puede establecer que la democracia como régimen político “configura la estructura del Estado y se encamina a establecer una estructura político- social para la consecución de determinados objetivos que tendrán como base a la persona humana (ya que no puede ser de otra manera), en la cual la participación de los individuos alcanza su máximo grado al exigirse una relación estrecha entre los llamados a gobernar y la sociedad gobernada (ya que a través del sufragio universal se eligen a los gobernantes). Por último, no debe perderse de vista que el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad humana serán el eje del sistema, por lo que ante la existencia de grupos minoritarios deberán ser tratados con tolerancia y evitando cualquier tipo de menoscabo de sus intereses⁸¹.

Para profundizar la idea expuesta anteriormente, para Domínguez Haro⁸² existirá una triada modélica que institucionaliza a la democracia como:

- a) Una forma política, porque la democracia es un sistema político, es una forma de organización jurídico-política del Estado, que estimula, promueve y garantiza los derechos humanos, materializándose en un Estado democrático de derecho. Por lo que se constituye un sistema de reglas de participación política ciudadana, por medio de la competencia, para el ejercicio y control del poder político.
- b) Una forma de vida, un modo de vivir, un estilo personal y colectivo de vida. En cuanto al plano sustantivo, se espera que la persona en su interrelación con los otros tenga

⁸⁰ LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Democracia*, *Gran Enciclopedia Rialp*, Tomo VII, Ediciones Rialp S.A., Madrid 1972, p. 375.

⁸¹ ORREGO AZULA, César. *Derecho de Acceso a la información Pública*. Tesis (Master en Derecho). Piura: Universidad de Piura, 2006, p. 6 y ss.

⁸² Cfr. DOMINGUEZ HARO, Helder. *El derecho a la Democracia. Repensando un modelo societario constitucional*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 152.

incumbencia cotidiana en el escenario social, dentro de un mínimo de bienestar y desarrollo socioeconómico para el ejercicio de la libertad en condiciones iguales y la prosperidad del colectivo humano.

- c) Una forma de deliberación del hombre, que es su halo humanista, principista, ético, el respeto a sí mismo y el reconocimiento de los otros. El hombre de carne y hueso, sobre la base de un plexo valorativo y en común acuerdo con una racionalidad liberadora-democrática. En cuanto ser libre tenga la posibilidad de serlo en la realidad: el libre desenvolvimiento de cada uno sea condición del libre desenvolvimiento de los demás

La democracia es “la creación política más grandiosa en la historia de la humanidad, y lo es (...) porque está ligada a una racionalidad ética, vinculada al reconocimiento pleno de la dignidad del hombre que se traduce en los principios de libertad e igualdad”⁸³, pero a su vez como régimen político es uno muy exigente, en efecto, al ser exigente conllevaría una mejor satisfacción de las aspiraciones de las personas, pero a la vez, resulta indudablemente difícil cumplir con todas sus reglas. Por lo que resultará poco probable (por no decir que imposible) que se sostenga un modelo democrático, en un Estado de elevado nivel de analfabetismo, o que tenga grandes desigualdades económicas y sociales, o que permanezca bajo la sombra de la sociedad del secretismo, sin que haya una apertura para que el ciudadano conozca el accionar de las entidades llamadas a favorecer y asumir en su desarrollo actividades públicas.

Para que una sociedad se considere democrática es necesario que los actores sociales participen en las tareas de gobierno a todo nivel y se sientan integrados a ellas, que se respeten los derechos fundamentales individuales y colectivos, y que existan instancias formales para reclamarlos y hacerlos valer; que los gobernantes tengan conciencia de las necesidades esenciales de la población y busquen satisfacerlas respetando el marco institucional de la democracia, por lo que “es fundamental que la ciudadanía tenga

⁸³ Ídem, p. 30.

una amplia y transparente información de las decisiones y hechos políticos que acontecen en su sociedad, así como de otros asuntos que se generan, producen y desarrollan en el entorno sociopolítico”⁸⁴.

4.2) Beneficios de la adopción de la Democracia como sistema político

4.2.1) La Democracia como medio conducente al pleno desarrollo humano

Está ordenado en el Art. 1º de nuestra carta magna que la persona sea el centro de la actividad estatal, de modo que se tenderá a procurar un mayor desarrollo en sus diversos ámbitos, todo esto teniendo como punto de partida su dignidad, la necesidad que tiene de desarrollarse y lograr la máxima realización posible. De esta manera, el ámbito político en el cual se desenvuelva jugará un papel importante en su formación y asentamiento de determinadas ideas e ideales que posteriormente guiarán su accionar, no sólo como individuo, sino como miembro perteneciente a una comunidad compleja.

Tal como sostiene Dahl, “cuando un pueblo adopta activamente la democracia, tiende a producir el mejor sistema político factible para él, o al menos el mejor de los estados posibles, en general (...) si se echa una mirada realista a la exigencia histórica y contemporánea se aprecia que entre las sociedades existentes antes o ahora, las que más cerca están de satisfacer los criterios de la idea democrática son en línea generales, mejores que las demás”⁸⁵.

En el mismo sentido, Stuart Mill sostiene que “siendo el primer elemento de un buen gobierno (...) la virtud e inteligencia de los seres humanos que componen la comunidad, la mayor excelencia que cualquier forma de

⁸⁴ MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, *Reinvención de la democracia (...)*, ob. cit., p. 39.

⁸⁵ DAHL, Robert A. *La Democracia y sus Críticos*. Barcelona, Editorial Paidós Ibérica S.A., 1992, p. 104.

gobierno puede poseer es la de promover la virtud e inteligencia de las propias personas. La primera pregunta que debe hacerse respecto a cualquier institución política es hasta qué punto tiende a fomentar en los miembros de la comunidad las diversas cualidades morales e intelectuales que desean para ellos”⁸⁶.

De lo anterior, podemos concluir que de algún modo u otro, la adopción de la democracia como forma de gobierno, conducirá a potenciar las cualidades humanas de los miembros que conforman la sociedad. Siguiendo con el razonamiento de Dahl, “supongamos que los adultos deben poseer, entre otras, las siguientes cualidades: tener capacidad para cuidarse a sí mismos, en el sentido de cuidar sus propios intereses, ser moralmente autónomos, sobre todo con respecto a las decisiones de mayor importancia para ellos y para los demás, actuar en forma responsable, sopesando los cursos de acción alternativos del mejor modo posible, considerando sus consecuencias y tomando en cuenta los derechos y obligaciones propios y ajenos, aceptar debatir libre y francamente con los demás los asuntos conducentes a adoptar juicios morales. (...) La mayoría de personas, por no decir todos, tienen la capacidad potencial de desarrollar estas cualidades, y de que el grado en que lo hacen depende fundamentalmente de las circunstancias que rodean su nacimiento y posteriormente el medio en el que se desenvuelven”⁸⁷.

Finaliza el autor su teoría, manifestado que “entre esas circunstancias está la naturaleza del régimen político en que vive la persona y sólo los sistemas democráticos puedan proporcionar las condiciones en los que puedan desarrollarse plenamente las cualidades mencionadas, ya que todos los demás regímenes reducen, y a veces en forma drástica, la medida en que los adultos pueden actuar para proteger sus intereses (y muchos aún la de los demás), ejercer la

⁸⁶ MILL, John Stuart. *Considerations on Representative Government*. Indianápolis, Editorial C.V. Shields, 1958, p.25, citado por DAHL, Robert A. *La Democracia y sus Críticos*, ob. cit.

⁸⁷ *Ibidem*, 114-115.

autodeterminación, asumir la responsabilidad en las decisiones trascendentes y participar libremente con los otros en la búsqueda de la mejor decisión”⁸⁸.

4.2.2) La Democracia como exigencia humana de la organización política de la convivencia Social

La característica principal de la organización política en la gestión del bien común de una comunidad social será su legitimidad, que vendrá marcada “en la medida que promueva en la mayor medida de lo posible la plena vigencia y ejercicio de los derechos humanos, a través de los cuales la persona alcanza mayores cotas de perfeccionamiento humano y de realización personal”⁸⁹.

De las diferentes formas de organización política es la democracia el sistema en el cual puede constatarse la participación de los individuos. Su justificación radica en que “la presencia del beneficiario de lo que se formula como fin promoverá una organización tal que favorezca en la mayor medida de lo posible la consecución del mismo. De manera que si la organización política debe favorecer en la mayor medida de lo posible la plena realización de la persona a través de la más plena vigencia de sus derechos humanos, es razonable pensar que la participación de la persona en tal organización resulta siendo beneficiosa para la consecución del fin”⁹⁰.

Esta forma de organización vendrá “exigida por la misma consideración de fin de la Persona y se constituye en una necesidad humana esencial en la medida que brota de su esencia. (...) Consecuentemente, la organización política democrática se convierte hoy en día en un bien humano para la Persona cuya consecución le es debida a ella, convirtiéndose en lo justo humano y, por ello, en un derecho humano”⁹¹.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 116.

⁸⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La Democracia como (...)*, ob. cit., p. 76.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*

4.2.3) La Libertad y la Igualdad en un Estado Democrático

La democracia es conducente a la libertad en al menos tres sentidos⁹²:

- a) Libertad General: la presencia de ciertos derechos y libertades es necesaria para la configuración de un régimen democrático. Derechos como la libertad de acceso a la información pública, la organización política, la libertad de expresión, no pueden estar ausentes, ya que brindan al ser humano un ámbito de libertad personal más amplio que el que pueden prometer cualquier otra clase de régimen.
- b) Libertad de Autodeterminación: a través de ella la persona va a vivir bajo el imperio de la ley que ella misma elige. El hombre al asociarse, deberá tomar decisiones que afectan al conjunto social, decisiones que se tornan en obligatorias para todos y aun así autogobernarse. Como la democracia maximizará las oportunidades de autodeterminación entre los integrantes de una asociación, es la mejor solución.
- c) Autonomía Moral: el hombre al vivir bajo el acuerdo de leyes elegidas por sí mismo, participando en el proceso de elección de dichas leyes, facilita el desarrollo personal de los ciudadanos como seres sociales y morales, permitiéndoles promover y proteger sus principales derechos. Debemos dejar en claro que una persona moralmente autónoma es aquella que basa sus decisiones en base a sus propios principios morales y todo lo significativo que pueda depender de ellos, mediante un proceso reflexivo y deliberativo.

Respecto al valor de la igualdad, “en la medida en que la idea y la práctica de la democracia están justificadas por

⁹² MILL, John Stuart. *Considerations on Representative (...)*, ob cit, p. 110-113, citado por DAHL, Robert A. *La Democracia y sus Críticos*, ob. cit.

los valores de la libertad, el desarrollo humano y la protección de y promoción de intereses humanos compartidos, presupone asimismo tres clases de igualdad: la igualdad moral intrínseca de todos los individuos; la expresada por la presunción de que todos los adultos tienen derecho a la autonomía personal cuando se trata de determinar qué es lo mejor para ellos; y como consecuencia de lo anterior, la igualdad política de los ciudadanos. Asimismo, la íntima relación que existe entre la democracia y ciertas clases de igualdad conduce a esta poderosa conclusión moral. Si la libertad, el desarrollo personal y la promoción de intereses comunes son finalidades positivas y si las personas con intrínsecamente iguales en sus méritos morales, entonces las oportunidades para alcanzar tales bienes tienen que distribuirse equitativamente entre todos ellos”⁹³.

La Constitución consagra, a su vez, el principio de igualdad y el derecho a la igualdad⁹⁴. Así, la igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una existencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que este lo respete, proteja o tutele.

A su vez, el derecho a la igualdad va a presentar dos dimensiones: formal y material. En su dimensión formal, “impone una exigencia al legislador para que este no realice diferencias injustificadas; pero también a la Administración Pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse de forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley)”⁹⁵, mientras que en su dimensión material, “el derecho a la igualdad no solo es una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Al respecto las sentencias de los EXP. N.º 00606-2004-AA/TC, de 28 de junio de 2004, F.J. 9; y EXP. N.º 05652-2007-PA/TC, de 6 de noviembre de 2008, F.J. 17.

⁹⁵ EXP. N.º 00606-2004-AA/TC, citado, F.J. 10.

prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual”⁹⁶.

5) La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el régimen democrático

La transparencia en la actuación del Estado, es decir, “el grado de publicidad y de apertura de los procesos estatales, en la toma de decisión, y de la publicidad en cuanto a los actores que han participado en ellos y en cuanto a los criterios y argumentos utilizados, viene percibiéndose como barómetro de realización de un Estado democrático de derecho”⁹⁷. De modo que, “la ocultación o retención de informaciones públicas, que podrían indicar o revelar una capacidad deficiente del sistema político-administrativo de resolver problemas o que podrían poner en duda la razonabilidad de las estructuras del poder o de los procesos de formación de voluntad, se considera hoy como una de las principales características de un régimen débil o dictatorial, y en todo caso de un régimen con problemas de legitimación”⁹⁸.

La promoción de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos por parte del Estado es una demanda social que cada vez cobra mayor vigor. Esta tendencia creciente hacia la transparencia surgirá como una reacción a las demandas de las organizaciones de la sociedad civil, de los medios de comunicación y de los organismos internacionales.

Debe quedar claro que el derecho de acceso a la información pública constituye “un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación

⁹⁶ EXP. N.º 00606-2004-AA/TC, citado, F.J. 11.

⁹⁷ SOMMERMANN, Karl Peter. “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho”, en GARCÍA MACHO, Ricardo (Ed.), *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p.11-12.

⁹⁸ *Ibídem*.

libre y racional de la opinión pública”⁹⁹, lo cual es reafirmado en el dicho que la democracia “es por definición el gobierno del público en público”¹⁰⁰. De ahí que si bien en la Constitución no aparece explícitamente el principio de transparencia, sin embargo contiene disposiciones que serán concreciones de este principio¹⁰¹.

Podemos constatar que “históricamente se ha presentado que el principal componente de su ejercicio es el ámbito positivo-activo, léase la posibilidad de difundir las noticias. Sin embargo, también se llegó a reconocer la existencia de un ámbito negativo-pasivo, relacionado con la capacidad de las personas de recibir informaciones (...). No obstante, esta configuración liberal del derecho a la información se ha visto trastocada con la evolución de la respuesta constitucional ante las necesidades crecientes de las comunidades en la actualidad. Por eso, se ha llegado a incluir dentro de un genérico derecho a la información un ámbito negativo-activo. Y ¿qué llega a significar éste? Se refiere a la capacidad de la persona de poder acceder a la información que la considere necesaria en tanto es parte básica de su desarrollo personal y de su calidad de ciudadano”¹⁰².

Tal como está diseñado, “la finalidad del derecho de acceso a la información pública se sustenta en una suerte de control de los actos de los funcionarios públicos, lo cual es una manifestación consustancial del régimen democrático, en la medida que los particulares pueden evaluar el desempeño de aquellos que los representan o de quienes han sido delegados para la realización de una labor de carácter oficial”¹⁰³.

⁹⁹ EXP. N° 1797-2002-HD/TC, citado, F. J. 11.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Al respecto en el EXP. N° 1797-2002-HD/TC, citado, F.J. 11, el Tribunal establece como ejemplos de dicha publicidad lo dispuesto en el Art. 109 del Texto Constitucional que establece que “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”; así también lo dispuesto en el Art. 139°, inciso 4, que dispone que “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley”.

¹⁰² EXP. N° 3619-2005-HD/TC, de 21 de julio del 2005, F.J. 10.

¹⁰³ ¿Cuáles son los parámetros dentro de los cuáles se puede acceder a la información pública?, en *JUS Doctrina y Práctica*, N° 01, 2009, p. 305.

A través del ejercicio de este derecho lo que se busca es estrechar los vínculos entre la Administración y los administrados, lo que a su vez repercute en manifestaciones de publicidad, transparencia y gestión de información, útiles para reafirmar el compromiso del Estado Social y Democrático de Derecho, trazados a partir de los lineamientos establecidos en los Arts. 3° y 43° de nuestra Carta Magna.

Por ello, se debe destacar que “con carácter general, (...) la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Y es que si en el Estado democrático de derecho no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo, no se permitiría cumplir a cabalidad con tal principio. Asimismo, uno de los modos posibles de cumplir dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes”¹⁰⁴.

Es de esta manera, “la transparencia constituye uno de los principios de los estados democráticos que ha alcanzado un gran valor en la actualidad. Debido al debilitamiento de los regímenes autoritarios que, por lo general, son poco transparentes. Del mismo modo, el valor de la democracia cobra un nuevo y mejor sentido, reivindicándose de la información como un vehículo de libertad”¹⁰⁵, sin embargo tal como establece el Alto Tribunal, “el principio de transparencia no agota aquí sus contenidos, en la medida en que impone también una serie de obligaciones para los entes públicos no solo con relación a la información, sino en la práctica de la gestión pública en general”¹⁰⁶.

En ese mismo orden de ideas, la Defensoría del pueblo ha identificado a la transparencia en el desarrollo de las funciones públicas como un presupuesto esencial de un Estado que se precie de ser democrático, siendo que “tal característica genera la obligación en los funcionarios públicos de rendir cuentas sobre las decisiones que toman y también tiene como consecuencia que las personas puedan acceder a la

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ PEZO CASTAÑEDA, Eduardo. *Transparencia y Acceso a la Información en las empresas públicas*, en *Actualidad Jurídica*, N° 222, 2012, p. 269.

¹⁰⁶ EXP. N° 565-2010-HD/TC, de fecha 05 de septiembre de 2010, F. J. 5.

información que obra en poder de las entidades estatales. De esta forma, los funcionarios públicos son gestores de una organización creada al servicio de la ciudadanía y, por ello, se encuentran expuestos a la fiscalización que la sociedad ejerce”¹⁰⁷.

En el plano internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que “el acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite contar con un debate público, sólido e informado. De esta manera el acceso a la información habilita a las personas para asumir un papel activo en el gobierno, condición necesaria para el mantenimiento de una democracia sana”¹⁰⁸.

Asimismo, se hizo hincapié en otros dos principios que se tornan importantes al tratar este tema, son los de máxima divulgación y publicidad. Al respecto, este órgano indicó que “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”¹⁰⁹, además que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”¹¹⁰. Para completar esta idea de principios conexos, hace su aparición el principio de responsabilidad, ya que “conforme se ha advertido, si la información fuera perfecta y el ejercicio del poder transparente no habría necesidad de pedir cuentas a nadie. La demanda por la rendición de cuentas, la

¹⁰⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 96. Balance a dos años de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, Lima, 2005, p. 9.

¹⁰⁸ RELATORÍA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Estudio especial sobre el Derecho de Acceso a la Información*, 2007, p. 33.

¹⁰⁹ Ídem, p. 39

¹¹⁰ Ibídem.

demanda por hacer transparentes hechos y razones, surge por la opacidad del poder (...). De ahí que resulte meritorio que cuanto más transparente sea la gestión pública estaremos frente a administraciones más responsables y más comprometidas con los fines públicos, puesto que el secreto, por lo general, incentiva prácticas en defensa de intereses de grupos o individuales, pero no necesariamente hacia fines públicos”¹¹¹.

¹¹¹ EXP. N° 565-2010-HD/TC, citado, F. J. 6.

CAPÍTULO III

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1) El derecho de acceso a la información pública

Nuestro país al adoptar como régimen político al sistema democrático – así lo estipula el Art. 43° CP - se encuentra en la obligación de defender a la persona (basada en la idea de su dignidad), convirtiéndose el respeto a sus derechos fundamentales en una expresión de esa defensa, siendo así uno de esos derechos es el recogido en el Art. 2,5° CP, mediante el cual toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, exceptuándose las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

La importancia del reconocimiento de este derecho va más allá de lo que supondríamos como la simple obtención de la información que poseen las entidades públicas, reducir este derecho simplemente a esta idea tan lineal, sería negarnos a ser parte de la construcción de una democracia real en un país como el nuestro, tan flagelado por actos irregulares y/o carentes de la objetividad necesaria, llevados a cabo por la administración en sus diferentes ámbitos y niveles.

De este modo, el acto de solicitar y posteriormente obtener información pública conllevaría a dotar a los gobernados de los datos necesarios para formarse un juicio sobre el desempeño que el gobierno de turno viene realizando. Y es que es menester que “toda información que produzcan las entidades públicas sea divulgada para que los ciudadanos y las ciudadanas conozcan y analicen si las entidades públicas están o no cumpliendo con sus obligaciones, los retos y el logro de sus metas, siendo posible que se puedan identificar y prevenir actos de negligencia administrativa o de corrupción, que socavan la legitimidad y la confianza de las personas en las instituciones”¹¹².

No cabe duda que la desconfianza en los órganos estatales se agrava constantemente al salir a la luz diversos actos ilegales que han cometido funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por lo que si lo que se busca es confianza “ello implicará que los funcionarios del Estado rindan cuentas ante los ciudadanos y ciudadanas sobre las decisiones que toman y que puedan acceder a la información que obra en poder de las entidades estatales. De esta manera, los funcionarios públicos son entendidos como gestores de una organización creada al servicio de la ciudadanía, encontrándose expuestos a la fiscalización que la sociedad ejerce”¹¹³.

La labor de la ciudadanía en esta tarea es esencial, ya que en la medida en que ésta se muestra desinteresada frente a temas de transparencia, “los funcionarios públicos seguirán el impulso natural de esconder información sobre sus actos. La pasividad y el desinterés ciudadano por fiscalizar y exigir más de sus funciones públicas puede ser proporcional al grado de eficiencia, predictibilidad y servicio público por parte de éstos”¹¹⁴.

Ante esta situación aparece justificado el derecho de acceso a la información pública, el cual paulatinamente ha cobrado una connotación

¹¹² Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 165 - Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2013*. Lima, 2013, p. 13.

¹¹³ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 60 El Acceso a la Información Pública y la Cultura del Secreto*. Lima, 2001, p. 9.

¹¹⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Resultados de Consulta Ciudadana. Transparencia Económica y Fiscal: Estado de avance y tareas pendientes*. Lima, 2001, p. 28.

mayor, de manera que “sólo fomentando este acceso libre será posible ir consolidando un sistema efectivamente democrático en el Perú y, fomentando también, la fiscalización sana y la participación necesaria de la ciudadanía en la res pública”¹¹⁵.

2) Contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública

Partiremos de la idea ya enunciada en el capítulo I de este trabajo, de que el contenido constitucional de un derecho estará compuesto por dos ámbitos, una dimensión subjetiva o ámbito de libertad y una dimensión objetiva o ámbito prestacional. De modo que, al utilizar la primera la persona dispondrá de una serie de atribuciones, que al ejercitarlas libremente permitirán diferenciar este derecho de otro, mientras que a través de la segunda el poder político deberá promover las condiciones necesarias para que dicho ejercicio se realice de manera efectiva, por lo que el Estado no sólo estará vinculado negativamente – a través de la no obstrucción en el libre ejercicio de las facultades que otorga el derecho – sino, que estará obligado constitucionalmente a llevar a cabo todas las acciones necesarias para que los derechos se plasmen en la realidad y no sean sólo declaraciones en papel.

Sobre el contenido constitucional de este derecho, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de manifestarse. Para el Alto Tribunal de la Constitución, “[E]l contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, por ejemplo los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no”¹¹⁶. Continúa diciendo el Tribunal, que “[N]o sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se

¹¹⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Un caso de acceso a la información en entidades públicas”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Lima, 2004, pp. 15-27.

¹¹⁶ EXP. N.º 1792-2002-HD/TC, citado, F.J. 16.

proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa”¹¹⁷.

Precisamente, en el ámbito subjetivo el derecho de acceso a la información pública podrá ser ejercitado de manera individual y colectiva. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, manifestando que “se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna”¹¹⁸.

En otra parte de la citada sentencia señaló que el mencionado derecho también “puede ser ejercitado colectivamente, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática”¹¹⁹.

Lo que el Alto Tribunal estipula con lo expresado, es que no puede ni debe existir una sociedad en la que sus miembros no puedan acceder a la información pública, negar o imposibilitar el ejercicio este derecho sería generar un ambiente que desfavorezca la plena realización de sus miembros, ya que por un lado no se tendría forma de saber cómo el Estado está desarrollando la función de defender a la persona y su dignidad, asimismo se generaría una de las condiciones necesarias para

¹¹⁷ EXP. N.º 1792-2002-HD/TC, citado, F.J. 16.

¹¹⁸ EXP. N.º 1797-2002-HD/TC, citado, F. J. 10.

¹¹⁹ Ídem, F.J. 11.

propiciar un gobierno como el padecido en los años 90's, democrático en teoría, pero que en la práctica se violentaron muchos derechos fundamentales, cabría imaginar si el derecho en mención hubiera sido ejercitado de manera correcta y los operadores jurídicos respondido adecuadamente, si otra sería la historia que ya conocemos.

Por consiguiente, el contenido constitucional de este derecho “no sólo ofrece la facultad de acceder a información que se contiene en los distintos registros o bancos de datos creados o mantenidos por cualquier entidad pública”¹²⁰, sino que la obligación de las entidades públicas consistirá en entregar información ‘de calidad’, que deberá ser completa, actual, precisa y cierta, por lo que con la entrega de información que no corresponde al pedido o a la totalidad del mismo, se estará vulnerando el derecho en mención.

En otra sentencia, se estipula que “nadie puede ser arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos del Estado o personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización. Asimismo, tal como lo expresa el artículo 2, inciso 5 de la Constitución, la persona que solicite la información pública sólo tendrá que abonar el costo que suponga tal pedido. Dicho costo tendrá que ser proporcional, quedando vedada cualquier exigencia de pagos exagerados, ya que de lo contrario, también se estará afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública”¹²¹.

El establecimiento de un costo excesivo o desmesurado puede constituir un verdadero impedimento para el acceso a la información pública, más en una realidad como la nuestra, en la que las diferencias económicas son bastante marcadas, de manera que se deberán descartar costos que no sean estrictamente vinculados a los pertinentes a la reproducción de la documentación solicitada.

El derecho de acceso a la información, por lo demás, “no es un atributo carente de límites en su ejercicio, sino que se encuentra

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ EXP. N.º 04912-2008-HD/TC, de 7 de septiembre de 2009, F.J. 6.

condicionado desde la propia Constitución, a respetar determinados derechos o bienes de relevancia constitucional, como ocurre con la intimidad, la seguridad nacional o aquellos otros que de manera razonable y proporcional sean considerados por la ley”¹²².

En suma, se puede afirmar que el contenido constitucional del derecho de acceso a la información supone garantizar que toda persona pueda solicitar sin expresión de causa aquella información que obre en las entidades públicas, siempre que no se encuentre dentro de las excepciones preestablecidas y asumiendo el costo razonable de su reproducción (dimensión subjetiva). Es en este contexto en que también se ha observado una transformación en el derecho de acceso a la información, que ya no puede ser visto sólo como un derecho individual clásico o libertad negativa que reclama una esfera de exclusión o de ‘coto vedado’ para el Estado, sino que hoy se señala que la libertad de información tiene actualmente perfiles muy nítidos de un auténtico derecho social, pues interesa y compromete a la sociedad toda y no sólo al individuo.

Por su parte, a la Administración Pública le corresponde proporcionar dicha información necesariamente de forma completa, clara y actual (dimensión objetiva).

3) Los sujetos del derecho de acceso a la información pública

3.1) Los sujetos activos

Los derechos fundamentales son preexistentes al Estado y se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por nuestro país, así lo establece la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución.

Al hablar de titularidad de los derechos fundamentales es lógico que la persona humana sea el sujeto por excelencia, siendo su principal destinatario de exigibilidad de su cumplimiento el Estado; sin embargo son oponibles a terceros, es decir a otras personas natural o jurídica, mediante los procesos constitucionales.

¹²² EXP. N.º 0007–2003–AI/TC, de 02 de julio de 2004, F.J. 3.

Mediante sus diferentes sentencias el Tribunal Constitucional ha establecido determinadas pautas para determinar el sujeto activo de este derecho fundamental. Al respecto ha establecido que: “la Constitución Política del Estado ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento de la facultad de *toda persona* de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública”¹²³. Del mismo modo, en otra sentencia ha estipulado que “*nadie* puede ser arbitrariamente impedido de acceder a la información pública”¹²⁴.

La referencia a toda persona habla del sujeto universal de la información: toda persona. El reconocimiento de una titularidad amplia de este derecho resulta importante, ya que no se niega a ninguna persona acceder a la información pública, facilitando de esta manera el control sobre las actividades del Estado, ya que es de suponer que si la vigilancia sólo estaría en manos de un grupo de personas, se estarían empleando métodos discriminatorios para su ejercicio, yendo en contra de lo regulado por el artículo 2º, inciso 2 de la carta magna. Resulta obvio que esta facultad corresponde a las personas naturales, pero cabría preguntarnos si también las personas jurídicas, extranjeros y los niños podrán solicitar tal información, lo cual intentaremos responder.

Respecto a los extranjeros, podrán ejercer los derechos que la constitución y la ley les permite sin afectar el principio y derecho a la igualdad ante la ley, ya que se podrán expedir leyes especiales por la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas, así lo ha estipulado el artículo 103º de la Constitución.

Los extranjeros gozarán de los derechos fundamentales que son propios de cualquier persona humana, pero no de aquellos que para el goce y ejercicio se requiera de la nacionalidad peruana (por ejemplo los llamados “derechos políticos”¹²⁵, recogidos en el

¹²³ EXP. N.º 950-2000-HD/TC, de 13 de diciembre de 2000, F. J. 5.

¹²⁴ EXP. N.º 4477-2009-HD/TC, de 23 de junio de 2010, F.J. 3.

¹²⁵ Artículo 31º Constitución Política. - Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser

artículo 31° de la Constitución). Siendo así, debido a la “ausencia de restricción constitucional expresa, así como la necesidad de optar por una interpretación que favorezca el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que viene impuesta por el principio favor libertatis, debemos concluir favorablemente acerca de la titularidad del derecho de acceso a la información en el caso de los extranjeros”¹²⁶.

De igual manera se establece en el artículo 55 de la Ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703, que: “los extranjeros en el territorio de la República tienen los mismos derechos y obligaciones que los peruanos con las excepciones que establecen la Constitución del Estado, la presente Ley y demás disposiciones legales de la República”.

En caso de los menores de edad, la Convención sobre Derechos del Niño dispone en su Art. 17° que “todos los niños tienen derecho a recibir información adecuada a su nivel de desarrollo, a su vez el Art. 13, 1°, expresa que “el niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo”. Al respecto, el reglamento de la Ley N° 27806, en el Art. 11° que versa sobre la presentación de la solicitud de acceso a la información pública, expresa que para su presentación al tratarse de menores de edad no será necesaria la presentación del documento de identidad.

Sobre las personas jurídicas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido importante para establecer el ejercicio de sus derechos, de manera que ha dispuesto que “la doctrina jurisprudencial de este Colegiado es uniformemente clara en el sentido de que las personas jurídicas, no obstante su configuración y estructura formal, son titulares indiscutibles de los derechos fundamentales que – de acuerdo con su naturaleza y características

elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

¹²⁶ CASTRO CRUZATT, Karin. “El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (coord.). *Los derechos fundamentales: estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*. Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 148.

– corresponda”¹²⁷, continúa diciendo que “si bien el acceso a la información suele ser invocado por las personas naturales como un derecho necesario para la consolidación de diversos objetivos propios de su autodeterminación, no existe razón alguna para suponer que el mismo atributo no pueda ser objeto de invocación por parte de las personas jurídicas, ya que si la existencia de estas supone, para quienes las integran, la realización de determinados objetivos o finalidades, es perfectamente legítimo que, como garantía para la consecución de tales objetivos, les resulte necesario tomar conocimiento de diversos tipos de información que obren en poder del Estado o en cualquiera de sus organismos. Este mismo Colegiado, por otra parte, ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1219-2003-HD/TC que el derecho de acceso a la información tiene una naturaleza relacional, en tanto permite la realización de otros derechos fundamentales, premisa que siendo cierta en el ámbito de las personas naturales, lo es, con igual intensidad, en el caso de las personas jurídicas”¹²⁸.

2.2) Los sujetos pasivos

En una primera aproximación resulta obvio que la información pública estará en poder de entidades públicas, por lo tanto, pertenecientes al Estado, y es que éste se ordena para llevar a cabo las diferentes funciones que tiene a cargo, por lo que existirán entidades que a su vez contendrán órganos a cargo de una autoridad y con personal a su cargo que desempeñe determinadas labores. Siendo así, el principio de acceso universal resultaría insuficiente si es que el acceso a la información sólo podría ser ejercido respecto de un número limitado de entidades o administraciones públicas. De ahí que con relación a los sujetos obligados dicho principio se traduzca en una exigencia general de entregar información.

El artículo 2º concordante con el artículo 8º del Texto Único Ordenado de la Ley de transparencia y acceso a la información pública, ha establecido que las entidades administrativas obligadas a entregar información solicitada por los ciudadanos son las recogidas en el Art. I del Título Preliminar de la Ley de

¹²⁷ EXP. 644-2004-HD/TC, de 17 de octubre de 2005, F.J. 2.

¹²⁸ Ídem, F.J. 3.

Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, siendo las siguientes:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados
2. El Poder Legislativo
3. El Poder Judicial
4. Los Gobiernos Regionales
5. Los Gobiernos Locales
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Al respecto se ha indicado que estas entidades “son las que asumen el carácter público a fin de ser los responsables de brindar la información exigida constitucionalmente”¹²⁹. Es una lista en la que se enumeran diversas entidades públicas, pero lo que debe quedar claro en el razonamiento del ciudadano común es que éstas se encuentran obligadas como sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública, de entregar la información relativa al desarrollo de las funciones desempeñadas por sus distintas reparticiones, por lo que debe eliminarse paulatinamente ese prejuzgamiento de si una determinada entidad entregará o no la información requerida.

El Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha sido claro en este sentido, ya que han sido declaradas fundadas demandas de hábeas data interpuestas contra el Presidente de la República¹³⁰, el Congreso¹³¹ o contra algún Ministerio¹³², de este

¹²⁹ EXP. N.º 3619-2005-HD/TC, de 21 de julio de 2005, F.J. 7.

¹³⁰ EXP. N.º 959-2004-HD/TC, de 19 de noviembre de 2004, F.J. 2.

modo la obligación de proporcionar la información pública, va desde la actividad llevada a cabo por la misma figura del Presidente de nuestro país, hasta las entidades con una menor asignación de funciones, por lo que “no existe entidad del Estado o persona de derecho público, excluida de dicha obligación”¹³³.

Consecuentemente, dicha obligación se extiende a las entidades del gobierno central: poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, así como los órganos constitucionales autónomos como el Tribunal Constitucional, Ministerio Público, el Jurado Nacional de Elecciones, El Consejo Nacional de la Magistratura¹³⁴ o la Defensoría del Pueblo. Asimismo, a otros órganos a los que alude la Constitución como la Contraloría General de la República o la Superintendencia de Banca y Seguros¹³⁵. De forma similar, a los organismos públicos descentralizados como la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria¹³⁶ u otras instituciones como las universidades públicas y también a las privadas.

En el plano del derecho administrativo, Morón Urbina ha sostenido que en “la ley de procedimiento administrativo ha considerado importante empezar su contenido fijando el punto de visto orgánico y organizativo de su ámbito, identificando cuales son las personas jurídicas obligadas a proceduralizar sus declaraciones de voluntad y seguir los preceptos generales en su actuación”¹³⁷. A su vez Abruña Puyol ha manifestado que “de la interpretación de los artículos I y II.1 del Título Preliminar de la Ley N° 27444, se pueden señalar algunas características que identifican a estas entidades: 1) En nuestro ordenamiento se ha reconocido a una pluralidad de organizaciones, no necesariamente dependientes unas de otras la actuación como administración

¹³¹ EXP. N.º 214-2000-HD/TC, de 17 de octubre de 2001, F.J. 2.

¹³² EXP. N.º 315-2000-HD/TC, de fecha 17 de 2001, F.J. 3.

¹³³ EXP. N.º 915-2000- HD/TC, de fecha 15 de octubre de 2001, F.J. 3.

¹³⁴ EXP. N.º 2579-2003-HD/TC, de 6 de abril de 2004.

¹³⁵ EXP. N.º 1219-2003-HD/TC, de 21 de enero de 2004.

¹³⁶ EXP. N.º 1254-2000HD/TC, de 29 de diciembre de 2000.

¹³⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, p. 22.

pública; y 2) El ejercicio de la potestad administrativa que caracteriza a la actividad administrativa”¹³⁸.

Pienso que si bien a este conjunto de entidades públicas se les considera como sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública porque así lo determina la Ley N° 27806, su fundamentación puede ir más allá, y podríamos decir que las personas podemos solicitar información respecto a éstas porque la finalidad de la Administración pública es el bien común, no limitado a clases o grupos determinados, administrarán un bien de carácter social, es decir un bien público compartido y distribuido entre miembros del Estado, de acuerdo con sus aptitudes y condiciones, sin igualitarismos mecánicos ni diferencias arbitrarias, por lo que al corresponder un bien a todos nosotros, estamos legitimados para solicitar un determinado tipo de información de cómo se maneja ese bien hacia quienes deben realizar determinada actividad porque para eso fueron creados.

A diferencia de lo que ocurre en la administración privada donde se manejan bienes con un interés particular, en la administración pública se manejan bienes, servicios y recursos humanos con el propósito de otorgar prestaciones públicas idóneas de todo orden al administrado. En este contexto, se considera que la administración pública no sólo tiene un papel de organización y normatividad de las instituciones y procedimientos de orden público, sino que fundamentalmente debe actuar como promotor de respuestas a las necesidades públicas y asegurando los objetivos constitucionales. Por lo tanto, la información se caracteriza como pública bajo la “posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas”¹³⁹, además “que constituyen parte de las funciones esenciales del Estado”¹⁴⁰.

Es preciso indicar que de la consideración de sujetos pasivos en el derecho de acceso a la información pública, resultarán comprendidas también las personas privadas que ejercen funciones

¹³⁸ ABRUÑA PUYOL, Antonio. “El concepto de Administración Pública”, en ZEGARRA VALDIVIA, Diego y BACA ONETO, Víctor. *La Ley de Procedimiento Administrativo General 10 años después*. Lima, Palestra Editores, 2011, p. 19.

¹³⁹ EXP. N.º 2579-2003, citado, F. J. 12.

¹⁴⁰ EXP. N.º 3619-2005, citado, F.J. 11.

públicas, como es el caso de las notarías o notarios que por disposición legal otorgan fe pública de una serie de actos o situaciones jurídicas¹⁴¹. En ese sentido, siendo el notario un “profesional del derecho autorizado por el Estado para brindar un servicio público en el ejercicio de su función pública, comparte la naturaleza de cualquier funcionario público en cuanto a la información que genera. En esa medida, toda la información que el notario origine en el ejercicio de la función notarial y que se encuentre en los registros que debe llevar conforme a la ley sobre la materia, constituye información pública, encontrándose la misma dentro de los alcances del derecho fundamental del acceso a la información, sobre todo si se tiene en cuenta que en el servicio notarial es el notario el único responsable de las irregularidades que se cometan en el ejercicio de tal función”¹⁴²

La misma consideración resulta aplicable a los colegios profesionales, toda vez que son entidades de derecho público que ejercen por mandato de la ley, funciones administrativas, criterio que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional cuando sostuvo que “ninguna entidad del Estado o persona de derecho público estará excluida de la obligación respectiva, salvo que la información solicitada pueda afectar la intimidad, la seguridad nacional o se encuentra expresamente prohibida por ley. Siendo los Colegios Profesionales instituciones autónomas con personalidad de derecho público, de acuerdo con el artículo 20° de la Constitución, corresponde, en el presente caso, verificar si se ha configurado la vulneración del derecho a solicitar y recibir información”¹⁴³.

Precisar que la obligación de los colegios profesionales se refiere a aquellas funciones que la ley les encarga desempeñar, sobre todo cuando se trata de profesiones que por disposición legal

¹⁴¹ Artículo 2 Decreto Legislativo N° 1049.- El Notario El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

¹⁴² EXP. N.° 301-2004-HD/TC, de 5 de marzo de 2004, F.J. 4.

¹⁴³ EXP. N.° 1851-2002-HD/TC, de 29 de marzo de 2004, F.J. 1-2.

exigen la colegiación obligatoria. En todos estos casos, el acceso se ajusta a aquella información relacionada con el desarrollo de las funciones públicas encargadas o asignadas a tales entidades y no a la información que se genera como consecuencia de sus actividades de naturaleza privada.

Asimismo, ya que este tema será desarrollado en el capítulo V, conviene adelantar que en el caso de las personas jurídicas privadas que prestan servicios públicos o en general que ejercen funciones administrativas también se encuentran obligadas a brindar información pública, así lo establece el Art. 9º de la Ley N° 27806.

4) Delimitación y Características de la Información, un pedido inmotivado y un plazo y costo razonables

4.1) Las cualidades de la información pública

Es necesario indicar que el derecho de acceso a la información recae sobre la información que “está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o que está legalmente obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes ejerzan o administren funciones, servicios, funciones o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligada a recolectar en cumplimiento de sus funciones”¹⁴⁴.

Por su parte, el Art. 10º de la Ley N° 27806, dispone que “las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato”, a su vez el artículo 61º, inciso 1 del Código Procesal Constitucional establece que “dentro de la información pública están incluida aquella que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la

¹⁴⁴ Ver RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *El derecho de acceso a la información en el Marco Jurídico Interamericano*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.1/09. 30 de diciembre de 2009.

administración pública tenga en su poder cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material”.

Tal como anunciamos anteriormente, el derecho de acceso a la información pública, no sólo exige que las entidades públicas entreguen la información que sea requerida por el solicitante, sino que ésta deberá reunir ciertas características.

Al respecto, lo que consideramos como una información de ‘calidad’ es lo que le corresponde a la persona en su calidad de fin, sostener lo contrario sería que este derecho se vea satisfecho con el suministro de cualquier tipo de información, lo que obviamente no fortalecería la formación de una opinión pública bien informada. En efecto, será deber de la entidad pública, el entregar la información de manera clara y completa, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, al señalar que los componentes que deberá tener la información pública para que sea considerada transparente¹⁴⁵, son los siguientes:

- a) Accesibilidad.- Accesible es la información que está amigablemente puesta al alcance del ciudadano. Esto supone la necesidad de trabajar la información al interior de las administraciones, por ejemplo creando índices de búsquedas, o estableciendo archivos de fácil manejo por un ciudadano con educación básica. Hacer accesible la información supone, pues, organizar archivos y establecer estándares mínimos de atención eficiente al pedido de información
- b) Relevancia.- La relevancia de la información tiene que ver con los usos de la información en la agenda de las políticas públicas. La información relevante es aquella que impacta o sirve para la toma de decisiones y para el control por parte de los ciudadanos.
- c) Calidad.- La calidad de la información en buena cuenta tiene que ver también con la relevancia, pero en este caso se incide en la consistencia de la información. En la posibilidad de que

¹⁴⁵ EXP. N.º 00566-2010-HD/TC, de 30 de septiembre de 2010, F.J. 5.

pueda ser contrastada o confirmada. También en esto incide la forma en que es presentada al ciudadano.

- d) **Confiabilidad.**- Se trata aquí más bien de una reacción del ciudadano frente a la información disponible en la Administración. Confiable es la información que es accesible, relevante y contrastable. En buena cuenta una información confiable es la que brinda una administración transparente y bien organizada.

Vale decir que al reunir estos elementos que conforman una información transparente otorgarán al ser humano la herramienta adecuada para formarse una global, pero a la vez minuciosa idea del desempeño que vienen ejerciendo las autoridades, y sólo de esta manera se podrá fiscalizar su actuación. Como ya se ha señalado, la información “debe ser cierta, completa, precisa, correcta, actualizada, oportuna y veraz”¹⁴⁶, y es que tanto el negar la entrega de información, como entregarla en diferentes términos a los señalados, supondría atentar contra el contenido constitucionalmente protegido por este derecho.

Asimismo, la finalidad de lograr la mayor transparencia de la administración pública, se vería gravemente afectada, ya que de nada sirve obtener una información falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa, prácticamente su utilidad sería nula, por lo que se genera en los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información “un deber de conservar la información debidamente actualizada y de atender las solicitudes de información con especial diligencia, de modo que la respuesta que reciban los solicitantes cumpla con las características antes señaladas”¹⁴⁷.

4.2) Un pedido inmotivado

Tal como establece la norma constitucional toda persona tiene derecho de “solicitar sin expresión de causa” la información que requiera de una entidad pública, en similares términos se

¹⁴⁶ EXP. N.º 5104-2011-HD/TC, de 11 de mayo de 2011, F.J. 5.

¹⁴⁷ CASTRO CRUZATT, Karin. *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información* (...), ob. cit., p. 156.

refiere la Ley N° 27806, que en su Art. 7° indica que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública. En ningún caso se exige expresión de causa para el ejercicio de este derecho”, lo que conlleva que no sea necesario acreditar un interés en la información solicitada, evitando de esta manera que la entidad encargada haga una previa evaluación respecto a las razones que llevan a la persona a solicitar determinada información.

De este modo se garantiza al solicitante acceder a la información sin que importen las razones que motivan a realizar su pedido. Los motivos pueden ser varios, desde satisfacer una simple curiosidad, temas académicos o carácter científico, hasta la posibilidad de una futura decisión de carácter económico, lo que si no varía es el trato que se les brindará a esos pedidos, ya que todos deben ser admitidos y tramitados de la misma manera.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional es contundente, ya que manifiesta que "otra característica del derecho en cuestión es la ausencia de expresión de causa o justificación de la razón por la que se solicita la información; este carácter descarta la necesidad de justificar la petición en la pretensión de ejercer otro derecho constitucional (v.gr. la libertad científica o la libertad de información) o en la existencia de un interés en la información solicitada, de modo tal que cualquier exigencia de esa naturaleza es simplemente inconstitucional"¹⁴⁸. Así, la negativa del funcionario público que exige “un interés para otorgar la información solicitada constituye una respuesta hasta cierto punto esperada por quien no se quiere sentir fiscalizado en su actuación pública, desconociendo que el funcionario público está para ayudar en la gestión de la cosa pública lo cual es de interés – en principio – de la ciudadanía”¹⁴⁹.

Por otro lado, está justificado exigir al solicitante que “realice su pedido de manera concreta y precisa”¹⁵⁰, pero evitando una exigencia de extrema minuciosidad o precisión que pueda

¹⁴⁸ EXP. N° 2579 – 2003-HD/TC, de 6 de abril de 2004, F.J. 3.

¹⁴⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Un caso de acceso a la información (...)*, ob. cit., p. 16.

¹⁵⁰ Art. 10, inciso d) del Reglamento de la Ley de transparencia y acceso a la información pública.- Expresión concreta y precisa del pedido de información.

constituirse como un serio obstáculo, por lo que la solicitud deberá contener los elementos que permitan identificar el documento o documentos que se soliciten. Los alcances de esta disposición deberán ser tratados con la mayor flexibilidad posible, no olvidemos que existen porcentajes de población que no cuentan con la adecuada educación para que realicen un pedido en términos que lo haría un hombre de leyes, por lo que la autoridad encargada deberá ofrecer mayores facilidades a los peticionarios.

4.3) Un plazo y costo razonables

Una vez presentada la solicitud de acceso a la información, ésta deberá ser atendida y consecuentemente entregar la información al interesado, en principio el plazo máximo que debe transcurrir en este periodo es de siete días útiles, que podrá ser prorrogado por un plazo de cinco días útiles adicionales, de mediar circunstancias que hagan inusualmente difícil reunir la información solicitada. En este supuesto, la entidad deberá comunicar por escrito, antes del vencimiento del primer plazo, las razones por las que hará uso de tal prórroga, de no hacerlo se tomará como denegado el pedido.

Se ha establecido el supuesto en el que la entidad a quien se le hizo el pedido de información, no la posea, pero conozca su ubicación y destino, esta circunstancia deberá ser puesta en conocimiento del solicitante¹⁵¹.

Si existe un superior jerárquico respecto a quien inicialmente se realizó el pedido, y este último no otorgó la información requerida, y se ha negado el pedido o se ha guardado silencio ante lo solicitado, corresponderá, si se desea agotar la vía administrativa, interponer recurso de apelación.

Si frente a la apelación presentada se obtiene una respuesta negativa, o no existe pronunciamiento por el plazo de diez días útiles desde que es presentado el recurso, el peticionario podrá dar por agotada la vía administrativa, teniendo en este caso la posibilidad de recurrir a la vía judicial para que su solicitud sea

¹⁵¹ Así está establecido en el inciso b) del artículo 11° de la Ley 27806.

atendida.

En lo referente al costo de reproducción, del texto constitucional se desprende que las personas que desee obtener información en poder de las entidades públicas deben asumir el costo que supone el pedido, lo que no supone que el ejercicio del derecho esté condicionado al pago de una contraprestación, sino que los ciudadanos que deseen obtener copias – en distintos formatos – de los documentos que han solicitado, deberán sufragar dicho costo.

El artículo 17° de la Ley N° 27806 presenta una disposición bastante genérica en la que señala que el solicitante “deberá abonar solamente el importe correspondiente a los costos de reproducción”, haciendo hincapié que cualquier costo adicional se entenderá como una restricción el ejercicio de derecho”. Asimismo, el Art. 13° del Reglamento de la Ley en mención, precisa que “se podrá incluir aquellos gastos directa y exclusivamente vinculados con la reproducción”, añadiendo que “en ningún caso se podrá incluir (...) el pago de remuneraciones o infraestructura que pueda implicar la entrega de información ni cualquier otro concepto ajeno a la reproducción”.

Debemos precisar que el costo no es por la información, sino por el soporte que la contiene, por lo que el costo que suponga el pedido deberá circunscribirse estrictamente al importe relativo a los costos de reproducción de la información requerida. Siendo así, las entidades públicas no deben colocar montos que sean desproporcionados o que estén relacionados a servicios que no estén directamente ligados al costo de reproducción de la información, “por ende no deben ser excesivos, ya que pueden convertirse en obstáculos tangibles para el acceso a la información requerida. De allí que se entienda que estos deban de ser proporcionales y racionales”¹⁵².

Siguiendo a la Defensoría del Pueblo¹⁵³, el costo de reproducción deberá ser determinado teniendo en cuenta

¹⁵² EXP. N° 03351-2008-HD/TC, de 14 de abril de 2009, F.J. 8.

¹⁵³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 96 (...)*, ob. cit., p. 134.

únicamente los siguientes parámetros o criterios:

- a) Gastos o costos en los que incurre la entidad como consecuencia directa de la reproducción de la información solicitada. Así por ejemplo, el monto del soporte en el que se entrega la información o el que supone incorporar la información en dicho soporte.
- b) Gastos o costos derivados o generados de manera exclusiva de la reproducción del pedido de información. De este modo se excluyen todos aquellos gastos o costos fijos de las administraciones públicas, es decir, aquellos en los que se incurren independientemente de que se atiendan o no solicitudes de información, como el servicio eléctrico, el arrendamiento de locales, el pago de vigilancia, etc.

La misma entidad identifica de esta manera los llamados “cobros por conceptos ajenos al costo de reproducción, o también llamados cobros ilegales. De otro parte, están los llamados cobros arbitrarios, ubicando en este rubro a los cobros desproporcionados cuya finalidad en realidad es recabar recursos presupuestales adicionales, y cobros que exceden el precios del mercado”¹⁵⁴.

Al respecto, el Alto Tribunal ha sostenido que “el derecho de acceso a la información pública resultaría siendo ilusorio si el costo que se exige por la reproducción de la información representa un monto desproporcionado o ausente de un fundamento real (...), ello ocasionaría el efecto práctico de una denegatoria de información”¹⁵⁵, por lo que la transparencia en la actuación de las entidades públicas sería sólo una ficción, ya que resulta contradictorio que haya predisposición a la entrega de información, que ésta exista, pero que no se cuente con los medios para obtenerla o que teniéndolos, se exijan cobros que muchas personas no pueden costear, o que pudiéndolos costear no sean legales, obviamente estaríamos yendo contra la finalidad de este derecho.

¹⁵⁴ Ídem, pp. 135-137.

¹⁵⁵ EXP. N° 1912-2007-HD/TC, 13 de noviembre de 2013, F. J. 4.

Si bien, no ha sido un tema muy desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en los últimos años se han establecido algunos criterios para delimitar un poco más este asunto. Así, se ha establecido que el “límite objetivo para la fijación de este monto es el coto que ofrece el mercado para realizar la reproducción de documentos”¹⁵⁶, pero precisa que esto no supone “equiparar el costo de la reproducción que debe regular la entidad pública con el costo que ofrece el mercado”¹⁵⁷. Es decir, el costo de mercado será un parámetro que nos permitirá detectar los casos en los que la tasa por reproducción sea excesiva.

En otra sentencia¹⁵⁸, se señalan los mandatos que contiene el derecho de acceso a la información pública, refiriendo que:

- a) Si una entidad pública posee la información que se le solicita en un determinado soporte o formato, cuando menos tiene la obligación de entregarla en ese mismo soporte, a menos que se trate de uno palmariamente caduco o que hace impracticable su acceso (mandato definitivo).
- b) Las entidades públicas tienen el deber de mantener en condiciones idóneas la información que poseen: es decir, en condiciones que permitan su acceso, uso y aprovechamiento efectivo y futuro. Esto último implica que las entidades - en el marco de sus demás deberes y compromisos constitucionales - deben actualizar los medios o soportes en los que la información pública se encuentra almacenada, salvaguardando en todo caso la integridad y fidelidad de su contenido (mandato de optimización).
- c) Las entidades públicas tienen el deber de crear y conservar toda información en soportes actuales y bajo estándares accesibles. En otras palabras, deben facilitar que la información que poseen pueda ser entregada y reproducida de la forma más sencilla, económica, idónea y segura posible (mandato de optimización).

¹⁵⁶ EXP. N.º 1847-2013-HD/TC, de 23 de julio de 2014, F. J. 7.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ EXP. N.º 4865-2013-HD/TC, de 14 de julio de 2014, F. J. 9.

Por consiguiente y con la finalidad de procurar que el derecho de acceso a la información tenga el mayor alcance y desarrollo, se deben tomar las medidas necesarias para realizar la entrega de la información, adecuándose a la realidad de cada caso.

5) Límites del derecho de acceso a la información pública

Los derechos fundamentales no son ilimitados, por lo que su “contenido jurídico no se extiende ilimitadamente, sino que tiene en sí mismo unos contornos, una especie de fronteras propias, límites inmanentes o límites internos”¹⁵⁹. En lo referente al derecho en mención, su contenido viene dispuesto por la propia constitución y la Ley N° 27806, además serán las específicas circunstancias de los casos concretos donde se determine de configurar sus límites y su mismo contenido.

En la última parte del Art. 2°, inciso 5 de la Constitución Política se ha dispuesto que no forma parte del contenido constitucional del derecho de acceso a la información pública, la facultad de recibir información que afecta la intimidad personal y las que se excluyen por ley o por razones de seguridad nacional.

En similar sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, ya que ha dispuesto que “el derecho a la información no es un atributo carente de límites en su ejercicio, sino que se encuentra condiciona desde la propia constitución, a respetar determinados derechos o bienes de relevancia constitucional, como ocurre con la intimidad, la seguridad nacional o aquellos otros que de manera razonable y proporcional sean considerados por la ley”¹⁶⁰.

5.1) La intimidad personal y familiar

El derecho fundamental a la intimidad está recogido en el Art. 2,7° de la Constitución, en los siguientes términos: “toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la

¹⁵⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo II, 2° Edición, Lima, Palestra Editores, 2006, p. 1020.

¹⁶⁰ EXP. N.º 0007-2003- AI/TC, de 27 de julio de 2004, F.J. 3.

intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”.

El derecho a la intimidad o a la vida privada involucra el cúmulo de actos, situaciones o circunstancias que, por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. Mediante este derecho se protege tanto la intimidad de la persona como la de su entorno familiar, y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados.

Tal como sostiene Eguiguren Praeli, el derecho a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: “como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida la intimidad como secreto, atentan contra ella todas las intromisiones o divulgaciones ilegítimas respecto a hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, la intimidad trasciende y se realiza en el derecho de toda persona a tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”¹⁶¹.

No cabe duda de que toda persona tiene la necesidad de contar con un espacio íntimo, un ambiente alejado de todo tipo de intromisión, ya que “brota de la misma naturaleza del hombre, que sin dejar de ser un ser social, necesita un espacio íntimo, impenetrable por cualquier otro”¹⁶², de manera que poseamos la facultad de excluir a los demás de ese ámbito personal, rechazando cualquier tipo de injerencia por parte de otro, tanto en la toma de conocimiento intrusiva como la divulgación ilegítima de los datos que se hayan obtenido.

Asimismo, si bien no existe una diferenciación expresa contenida en la norma constitucional, la intimidad personal y la intimidad familiar comprenden a dos entornos diferentes, pero que

¹⁶¹ EGUIRUREN PRAELI, Francisco. “La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad. Conclusiones”, en CASTILLO CÓRDOVA, Luis (Coord.), *Las libertades de expresión e información*. Palestra, Lima, 2006, pp.145-146.

¹⁶² LUQUE RAZURI, Martín. *Acceso a la Información pública documental y la regulación de la información secreta*. Ara Editores, Lima, 2002, p. 178.

al confluir ambas son complementarias entre sí en la persona humana. Así “el primer espacio de protección es la intimidad personal, constituido por el ámbito restringido en torno al individuo mismo como una reserva no divulgable (hábitos privados, preferencias, relaciones humanas, emociones, sentimientos, secretos, salud, problemas congénitos, entre otros), mientras que el otro espacio viene descrito por la intimidad familiar, es decir que está vinculado a todos los eventos y situaciones que pertenecen a las relaciones que se desarrollen dentro del ámbito familiar”¹⁶³

De modo que, la vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola intromisión externa o perturbación no autorizada en las áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como con la divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular. Son estas acciones las que configuran la violación del derecho, sin necesidad de que con ellas se produzca ningún daño o perjuicio adicional a la persona afectada, bastando la simple molestia ocasionada por la intromisión en la esfera íntima o privada, o por la comunicación no deseada ni autorizada a terceros de aspecto que forman parte de ésta y que su titular desea mantener en reserva”¹⁶⁴.

El derecho a la intimidad se plantea como límite del derecho de acceso a la información pública, en la medida que resulta posible la presencia de información privada en las entidades públicas, ya que su uso es bastante frecuente. Por ejemplo, el caso de las personas atendidas en un hospital del estado, o información bancaria en una entidad financiera, por lo tanto su una entidad pública llega a poseer este tipo de información que atañe al ámbito privado de la persona, no será posible que otro pueda acceder a ella por medio del derecho de acceso.

Para Castillo Córdova¹⁶⁵, las razones por las que no sería posible solicitar ni recibir información que afecta la intimidad de

¹⁶³ BOZA, Beatriz. *Acceso a la Información del Estado. Marco Legal y Buenas Prácticas, Ciudadanos al día*, Lima, 2004, p. 67.

¹⁶⁴ EGUIRUREN PRAELI, Francisco. *La libertad de expresión e información (...)*, ob. cit., p. 146.

¹⁶⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional (...)*, ob. cit., pp. 123 y ss.

las personas es sencilla: El contenido constitucional de un derecho no puede otorgar la facultad de amenazar o violar otro derecho constitucional. Continúa el autor manifestando que si bien el Art. 2,5° de la Constitución sólo se haga referencia a la intimidad personal como excepción, no significa que se tenga derecho a acceder a la información que afecte a la intimidad familiar, ya que todos tenemos reconocidos este derecho con rango constitucional.

Asimismo, al predicar la no vulneración del derecho a la intimidad, deberá ser extensible a todos los demás derechos constitucionales, por lo que no se puede entregar información que pueda violar el contenido constitucional de algún otro derecho fundamental. La justificación sería la misma empleada para sustentar la no entrega de información que afecta el derecho a la intimidad personal y familiar: que el contenido del derecho de acceso a la información pública no puede otorgar a la persona la facultad que habilita a violar otro derecho constitucional.

No obstante esto no quiere decir que cierta información privada referida a una persona no pueda ser conocida mediante el derecho de acceso, ya que una información es pública (y por tanto susceptible de conocimiento) cuando sea idónea para que las entidades públicas puedan adoptar decisiones en el ejercicio de sus funciones. Esta idea viene reforzada por lo que dispone el Tribunal Constitucional, al manifestar que “parece omitirse que no se trata de informaciones vinculadas al ámbito estrictamente particular o privado de quienes las proporcionan, sino a determinados requisitos exigibles en el ámbito de los procedimientos administrativos municipales seguidos ante la corporación municipal demandada. Siendo esto así, su carácter particular deja de ser tal, para convertirse en documentos con carácter público que no se encuentran exceptuados de reserva o protección legal alguna”¹⁶⁶.

Será función del juez constitucional ir estableciendo nuevos criterios a través de los cuales se vaya definiendo cuando una información relativa a la intimidad personal o familiar pueda ser conocida a través del ejercicio del derecho de acceso a la información pública dibujando de mejor manera este límite.

¹⁶⁶ EXP. N.º 644-2004-HD/TC, de 11 de noviembre de 2005, F.J. 4.

5.2) La seguridad nacional

Es una tarea bastante compleja tratar de definir la ‘seguridad nacional’, debido a que a lo largo de la historia se le han dado diferentes interpretaciones dependiendo del contexto social y político en el cual se encontraba, además porque no existe un consenso ni doctrina que explique de manera adecuada lo que el vocablo significa.

Dependerá de la capacidad de cada estado, su situación interna y externa que harán que la interpretación de amenazas y los objetivos nacionales sean vistos de diferente manera, lo que llevará a que una determinada situación pueda ser considerada atentatoria contra la seguridad nacional, mientras que en otra nación no suceda de esta manera.

En nuestro continente la mayoría de países latinoamericanos durante las décadas de los 60 y 70, “no sólo se caracterizaron por las constantes violaciones a los derechos humanos y a las principales libertades ciudadanas; también desarrollaron, desde las esferas militares que les servían de soporte, una formulación política e ideológica denominada Doctrina de la Seguridad Nacional. En su nombre se cometieron y justificaron incontables atropellos y persecuciones en contra de los opositores del régimen, de las organizaciones sociales autónomas y de los esfuerzos progresistas”¹⁶⁷. Está implícito sostener que las libertades de expresión e información, sufrieron severas restricciones para su adecuado ejercicio, siendo suprimidas en muchas ocasiones.

Posteriormente, se produjo un tránsito progresivo hacia gobiernos democráticos, erradicando paulatinamente los gobiernos militares y las autocracias, sin embargo aún estaba presente la doctrina de la seguridad nacional. Ésta, ahora bajo nuevos matices seguía siendo empleada por algunos sectores castrenses y políticos, ejerciendo influencia en las relaciones entre civiles y militares.

¹⁶⁷ EGUIGUREN PRAELI, Francisco Javier. *Derecho a la Libertad de Expresión e Información*. Palestra Editores, Lima, 2004, p. 44.

En nuestro país, ha sido bastante frecuente el argumento sostenido por mandos militares y altas autoridades gubernamentales, según el cual permitir amplios márgenes de acción informativa en este campo podría debilitar la seguridad nacional, desprestigiar a las instituciones oficiales o para hacer propaganda a los grupos terroristas. Si bien no puede predicarse de todos los casos, en la realidad muchas veces estos planteamientos han sido utilizados para ocultar o impedir la difusión de graves situaciones de violación de derechos humanos perpetradas por miembros de las fuerzas armadas y de los agentes de seguridad.

En este contexto, constituye un verdadero aporte que los «Principios de», suscritos el 16 de noviembre del 2000 por un Grupo de Trabajo integrado por diversos representantes de organismos internacionales y nacionales vinculados a la protección de la libertad de expresión, hayan establecido en el Principio N° 8 lo siguiente:

“8. Excepciones al derecho a la información

(...)

Es inaceptable que bajo un concepto amplio e impreciso del concepto de seguridad nacional se mantenga el secreto de la información. Las restricciones por motivos de seguridad nacional sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses de gobierno y no de la sociedad en su conjunto”.

La posibilidad de afectar la seguridad nacional ha sido el motivo que ha llevado al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, al establecer dos listas de supuestos de información respecto de los cuales no podrá ser ejercido el derecho de acceso a la información en entidades públicas. Tal como sostiene la Defensoría del Pueblo, “la ley ha pretendido dejar atrás un esquema de clasificación ambiguo e impreciso como el que existía hasta antes de su vigencia. Así por ejemplo, el concepto de seguridad nacional fue utilizado de manera exageradamente amplia, tal como se aprecia de los manuales de clasificación de información de las

Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que acogieron criterios injustificados para mantener en reserva la información que tenían en su poder. Dichos manuales utilizaron hasta cinco tipos de clasificación de información que no era de acceso público (secreta, estrictamente secreta, reservada, estrictamente reservada y confidencial)”¹⁶⁸, por lo que la finalidad de la actual ley ha sido superar esta clasificación.

La ley en mención ha calificado a este tipo de información como secreta¹⁶⁹ y como reservada¹⁷⁰, recogida en los Arts. 15° y 15-A°, respectivamente.

¹⁶⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 96 (...)*, ob. cit. p. 24.

¹⁶⁹ Artículo 15° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información Secreta. El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que se sustente en razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163° de la Constitución Política del Perú, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia del CNI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley. En consecuencia la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

- 1) Información clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente interno como externo.
- 2) Información clasificada en el ámbito de inteligencia tanto en el frente externo como interno.

¹⁷⁰ Artículo 15-A° de la Ley de acceso a la información pública.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada.

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada. En consecuencia la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

- 1) La información que por razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno cuya revelación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático. En consecuencia se considera reservada la información que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país y cuya revelación puede entorpecerla.
- 2) Por razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, se considerará información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático.

Sin necesidad de agotar la expresión, trataremos de arribar a un concepto de seguridad nacional, por lo que podríamos entender esta expresión como el aseguramiento de las condiciones de seguridad política, estabilidad económica, integridad social y resguardo militar, que garantice el pleno desarrollo y estabilidad de un estado. En términos similares se pronuncia la Ley de acceso a la información pública de Guatemala, que en su Decreto N° 57-2008, establece que la seguridad nacional: “son todos aquellos asuntos que son parte de la política del Estado para preservar la integridad física de la nación y de su territorio a fin de proteger todos los elementos que conforman el Estado de cualquier agresión producida por grupos extranjeros o nacionales beligerantes, y aquellos que se refieren a la sobrevivencia del Estado-Nación frente a otros Estados”.

Nuestro Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha manifestado que “La Constitución, sin embargo, caracteriza a la Seguridad Nacional como un bien jurídico íntimamente vinculado a la Defensa Nacional, más que a la seguridad ciudadana o al llamado orden público interno”¹⁷¹. Asimismo, se diferencia la seguridad nacional de la seguridad ciudadana, de modo que “el concepto de Seguridad Nacional no debe confundirse con el de seguridad ciudadana. Aquella implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático. Supone, pues, un elemento político o una ideología que se pretende imponer, y sólo puede equipararse a la seguridad ciudadana por excepción o emergencia, cuando ésta es perturbada gravemente. La seguridad ciudadana normalmente preserva la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración”¹⁷².

Por lo tanto, no debemos confundir cualquier tipo de amenaza que se presente ante un Estado como atentatoria contra la seguridad nacional, ya que existen varios tipos de conductas

¹⁷¹ EXP. N.º 005-2001-AI/TC, de 15 de noviembre de 2001, F.J. 2.

¹⁷² *Ibidem*.

antisociales y parasociales¹⁷³ de mayor o menor incidencia en la armonía de una sociedad, pero serán aquellas que incidan directamente contra el mantenimiento del estado de derecho, mejor dicho del estado social y democrático de derecho, las que puedan ser consideradas dentro del concepto de seguridad nacional.

En nuestro ordenamiento, a lo largo del texto constitucional se concibe a la seguridad nacional como un bien jurídico, así se desprende de la lectura de los artículos 70°, 72°, 163° a 175°. De similar manera como ocurre con la excepción referida al derecho a la intimidad, no formará parte del contenido constitucional de un derecho la facultad de atentar contra un bien jurídico constitucional, como se predicara de la posible agresión a un derecho fundamental.

Al respecto, Castillo Córdova manifiesta que “debido a que la constitución debe ser interpretada como un todo unitario y sistemático (criterio de interpretación unitaria y criterio de interpretación sistemática de la constitución), no puede admitirse la posibilidad de que el contenido constitucional del derecho de acceso a la información pública abarque la facultad de agredir un bien jurídico constitucional”¹⁷⁴.

Siendo así, no se podrá obtener información que obre en dependencias públicas, pero que se encuentre exceptuada porque su divulgación ponga en riesgo la seguridad nacional del Estado peruano. Asimismo, sobre la información calificada como secreta y reservada serán los responsables de su clasificación los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por éste.

¹⁷³ De la sentencia en mención, se desprende que la necesidad comprensible, real y legítima, de combatir la delincuencia común organizada en bandas armadas responde, más bien, al objetivo de preservar el orden interno o la seguridad ciudadana, que a la finalidad de proteger el Estado de Derecho, el régimen constitucional o la integridad territorial; es decir, que al bien jurídico de la seguridad nacional. La delincuencia común, aún organizada en bandas armadas, carece de la motivación político-ideológica que es elemento constitutivo del delito de terrorismo que atenta contra la seguridad nacional.

¹⁷⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional (...)*, ob. cit., p. 1027.

Cabe indicar que sobre la información secreta una vez que ha sido clasificada como tal, no podrá ser dada a conocer por el periodo de 5 años, posteriormente puede sufrir un proceso de desclasificación, ya que transcurrido ese plazo puede ser solicitada y será entregada si el titular del pliego o sector respectivo considera que su divulgación no pone en riesgo la seguridad de las personas, la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático. Caso contrario la persona encargada deberá indicar por escrito las razones por las cuales considera que dicha información debe seguir siendo secreta y el plazo aplicable.

Sobre la información reservada no se establece un periodo que deba permanecer fuera del acceso de las personas, sólo se establece que los responsables de la clasificación son los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por éste.

5.3) Información expresamente excluida por ley

La Constitución es clara al establecer que sólo por ley, se podrán establecer excepciones para acceder a la información pública, lo que implicará el sometimiento al principio de legalidad formal, en concordancia con el Art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷⁵ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 30º.- Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

¹⁷⁶ Al respecto, la Corte señala que «las leyes a los que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo (...) Sólo la ley formal, entendido como la ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención». En la misma OC se señala que las delegaciones legislativas en esta materia sólo son admisibles si se encuentran expresamente autorizadas por la Constitución, supuesto que ciertamente no se verifica en nuestro ordenamiento. V. Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 9 de mayo de 1986. F. J. 35.

La ley entendida como el segundo nivel en el rango normativo, por debajo de la norma constitucional que ocupa el primer lugar. Asimismo, concebida como “manifestación de la voluntad popular en la medida que es aprobada a través de mecanismos democráticos (mayorías) por los representantes de los ciudadanos, es la forma jurídica más idónea para desarrollar los distintos preceptos constitucionales”¹⁷⁷. Así lo dispone la última parte del Art. 18º de la Ley de transparencia y acceso a la información pública que se encarga de asegurar esta garantía de legalidad formal señalando que “no se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley”.

Como sostiene la Defensoría del Pueblo, “no será posible regular ni tampoco invocar excepciones que se encuentren previstas en normas con rango de ley como decretos de urgencia u ordenanzas regionales o municipales y menos aún en normas infralegales. En el caso de los gobiernos regionales y locales, conviene agregar a lo ya indicado, que la prohibición de limitar o establecer excepciones al derecho de acceso a la información se debe a que dicha materia no es de su competencia, sino del gobierno central”¹⁷⁸. Lo que también es predicable de la norma reglamentaria, ya que sólo podrá intervenir en los parámetros que la misma ley imponga.

Tal como sostiene Castillo Córdova¹⁷⁹, referencia especial merece el caso de los decretos legislativos (que tendrá rango de ley, pero son emanadas por el poder ejecutivo en virtud de una delegación expresa efectuada por el poder legislativo), ya que sí es posible admitir el establecimiento de límites y excepciones al derecho de acceso a la información a través de este medio. El primer fundamento es que el parlamento participa de manera directa en confección de la ley, mientras que lo hará indirectamente en el decreto legislativo, además sólo existen determinadas materias que serán indelegables al poder ejecutivo (que son las mismas que no serán delegadas a la Comisión Permanente del

¹⁷⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional (...)*, ob. cit., p. 1028.

¹⁷⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 96 (...)*, ob. cit., p. 151.

¹⁷⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional (...)*, ob. cit., p. 1028 y ss.

Congreso¹⁸⁰), siendo así no existe impedimento para que mediante un decreto legislativo se puedan establecer limitaciones al ejercicio de este derecho.

De este modo, en caso el poder ejecutivo emita una ley que exceda a las facultades delegadas, la acción de control puede estar a manos del congreso que fue quien le delegó esa potestad, del Tribunal Constitucional que analizará su constitucionalidad o del poder judicial en referencia a los casos sobre los cuales deba pronunciarse.

El segundo fundamento radica en que, ni el poder legislativo ni ningún otro órgano constitucional están habilitados para vulnerar la Constitución, por lo que las demás normas (en sus diferentes niveles) deben ir vinculadas con ésta, impidiéndose su trasgresión.

6) Excepciones al Derecho de Acceso a la Información Pública

Como sostuvo Morón Urbina, en la II Conferencia Nacional de Acceso a la Información Pública del año 2009, las excepciones son “situaciones excluyentes normativamente previstas que facultan a la autoridad legítimamente denegar el acceso a la información existente por proteger bienes constitucionalmente relevantes (seguridad nacional) y jurídicamente protegidos o derechos fundamentales vinculados a la vida privada de los titulares de la información (derecho a la intimidad personal y otros)”.

Ya que las excepciones restringen el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, su interpretación extensiva “se encuentra vedada implícitamente por el principio general que se deriva del inciso 9) del artículo 139° de la Constitución, y está desarrollado por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil; asimismo, está precisado, de mejor forma aún y de modo categórico, por el artículo 18° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a tenor del cual los límites al derecho de acceso a la información pública “deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un

¹⁸⁰ Art. 101, inciso 4 de la Constitución Política.- No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

derecho fundamental”.

Las excepciones al derecho de acceso a la información pueden ser clasificadas en tres tipos: Información Secreta, Información Reservada e Información Confidencial. Sobre las dos primeras ya se tuvo la oportunidad de hablar de ellas, por lo que es necesario precisar el contenido del supuesto más importante de la información considerada como confidencial¹⁸¹.

6.1) El Secreto Bancario y la Reserva Tributaria

Este tipo de excepción se encuentra recogida tanto en la última parte del Art. 2,5° de la Constitución, que indica que “el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso

¹⁸¹ Artículo 15° - B de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.- El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

1. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.
2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.
3. La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses de que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.
4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.
5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado.
6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.

investigado”, asimismo en el Art. 15-B de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que indica que no se podrá ejercitar tal derecho respecto a la información recogida por el secreto bancario y tributario.

El máximo intérprete de nuestra constitución, ha sostenido que el bien jurídico vida privada “está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento a la persona jurídica misma y de un grupo reducido, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. Y este concepto de daño es determinante, pues no se trata de verificar únicamente el acceso de un tercero a dichos datos, sino [que] se deberá corroborar si ello trae consigo un daño”¹⁸², aunque sea razonablemente potencial.

El secreto bancario y la reserva tributaria están íntimamente ligados a la vida privada de la persona, siendo elementos conformantes de ésta, de ese ámbito que deberá estar exento del conocimiento de los demás, permitiendo un ámbito irreductible, en el cual la persona pueda desarrollarse libremente. De este modo, “mediante el secreto bancario y la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de ‘biografía económica’ del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no sólo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad”¹⁸³. Sería inconsecuente no estar atentos a la realidad y desatender los constantes ataques a las personas que incurren a determinados centros bancarios a realizar diversas operaciones, por lo que suministrar este tipo de información sin alguna limitación supondría exponer peligrosamente a las personas a este tipo de ataques.

Al ser parte del derecho a la intimidad, no se podrá sostener del secreto bancario y la reserva tributaria su autonomía como derechos, pero debe quedar por sentado que no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad, por lo

¹⁸² EXP. N° 00009-2007-PI/TC, de 29 de agosto de 2007, F.J. 44.

¹⁸³ EXP. N° 000004-2004-AI/TC y acumulados.

que “únicamente se encuentran constitucionalmente proscritas aquellas limitaciones cuyo propósito es el de quebrar la esfera privada del individuo y ocasionarle perjuicios reales y/o potenciales de la más diversa índole, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos y se encuentren dentro de los márgenes de lo informado por la razonabilidad y la proporcionalidad”¹⁸⁴, lo que desemboca en que tanto el secreto bancario como la reserva tributaria puedan ser levantados a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

La relación entre el secreto bancario y la reserva tributaria con el derecho de acceso a la información pública, consiste en que este tipo de información pueda estar en posesión de una entidad pública, lo que implica que se encuentre en la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), el Banco Central de Reserva o alguna otra entidad del mismo rubro.

Conforme a lo previsto en el artículo 85° del Código Tributario, “tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros, así como la tramitación de las denuncias a que se refiere el Artículo 192°”.

A su vez, el artículo 140° de la Ley N° 26702, Ley del Sistema Financiero y de Seguros, señala expresamente que: “Está prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados

¹⁸⁴ EXP. N° 2838-2009-HD/TC, de 31 de enero de 2011, F.J. 14.

en los artículos 142° y 143°. También se encuentran obligados a observar el secreto bancario: 1) El Superintendente y los trabajadores de la Superintendencia, salvo que se trate de la información respecto a los titulares de cuentas corrientes cerradas por el giro de cheques sin provisión de fondos, 2) Los directores y trabajadores del Banco Central de Reserva del Perú y 3) Los directores y trabajadores de las sociedades de auditoría y de las empresas clasificadoras de riesgo.

A través de lo expresado, podemos sostener que no es posible recibir información relativa al secreto bancario y reserva tributaria, ya que su límite estaría impuesto por la ley, que es uno de los elementos delimitadores del contenido constitucional del derecho de acceso a la información pública.

CAPÍTULO IV

AUTONOMÍA RESPECTO A OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

El presente capítulo del trabajo de tesis, surge de la necesidad de consolidar la autonomía del derecho de acceso a la información pública respecto a otros derechos fundamentales, debido a que es necesario poseer una base teórica sólida para evitar posibles confusiones respecto a las atribuciones que ofrece un determinado derecho; y de esta manera poder plasmar en la práctica el correcto uso éstas.

Siendo así, los derechos con los cuales guarda estrecha relación el derecho de acceso a la información, son el derecho de petición y el derecho de autodeterminación informativa. Procederemos a analizar cada uno de ellos.

1) Las libertades informativas

Los derechos de expresión e información se encuentran regulados en el Art. 2º, inciso 4 de nuestra Constitución, mediante el cual se estipula que toda persona tiene derecho “a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

Es conveniente recordar que de conformidad con la cuarta disposición final de la Constitución, los derechos y libertades que la norma constitucional reconoce se interpretarán de conformidad con lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En el plano internacional, la regulación del derecho a las libertades informativas, ha sido recogida en diferentes documentos. Tales como, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 19° prevé que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende “el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”.

Por su parte, el artículo 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que la libertad de expresión comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento”.

En el ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Art. IV reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio. En la misma línea, el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que este derecho “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La lógica pregunta que surge de lo expuesto anteriormente, es si la libertad de expresión y la libertad de información tienen el mismo contenido protegido, ya que de ser ese el caso, no tendría sentido tratar de establecer una distinción entre una u otra. Por tal motivo, es necesario acudir a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para obtener las pautas necesarias y entender mejor los alcances de ambos derechos. En una primera aproximación el máximo tribunal nos indica que “aun cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2° de la Constitución las ha

reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto”¹⁸⁵.

Al constatar que son dos derechos distintos, conviene establecer los criterios sobre los que basan su diferencia. De este modo, “mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente”¹⁸⁶.

Como señala Eguiguren Praeli, “la Convención garantiza el derecho y libertad no sólo de expresar el pensamiento, sino también de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, con lo que se habría ampliado el antiguo contenido de este derecho, que se concebía vinculado a la libre comunicación del individuo de las propias ideas y expresiones”¹⁸⁷. Es así que, el derecho a las libertades informativas ha sufrido cambios sustanciales, ya que si contrastamos la regulación que tuvo en sus inicios a través de la denominada libertad de imprenta, a lo que en la actualidad y con las connotaciones marcadas por el fortalecimiento de un sistema democrático, es indudable que el contenido con el que se presenta a través del texto constitucional y de forma más detallada en los instrumentos internacionales, se ha ampliado notablemente.

Retomando lo referente a las diferencias entre el derecho a la libertad de expresión e información, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “mientras que con la libertad de expresión se garantiza la *difusión* del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz”¹⁸⁸. Otra diferencia, radica en la propia

¹⁸⁵ EXP. N° 0905-2001-AA/TC, de 14 de agosto de 2002, F.J. 9.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. “La libertad de pensamiento y expresión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Ius et Veritas*, Lima, 2010, p. 103.

¹⁸⁸ EXP. N.º 0905-2001-AA/TC, citado, F.J. 9.

naturaleza de cada derecho, ya que “los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser”¹⁸⁹.

En lo que concierne a la relación de las libertades informativas con el derecho de acceso a la información pública, este último se presenta como una condición elemental para el normal ejercicio de las primeras, ya que el acceso a las fuentes de información (en este caso públicas) es un paso previo para posteriormente expresar o informar lo que pudiéramos conocer en relación al ejercicio del poder público.

Como sostiene la Defensoría del Pueblo en función a “los asuntos públicos, el principal productor o poseedor de información es el Estado; de ahí que el acceso a la información en poder de las administraciones públicas resulte vital para una adecuada provisión de información a los miembros de la sociedad y para el funcionamiento del sistema democrático”¹⁹⁰.

Además, por ejemplo como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia N° C-053 del 16 de febrero de 1995, el acceso a la información tiene una estrecha relación con otros derechos fundamentales. Así, tiene manifestado que “la regla general de acceso a la documentación pública, es condición de posibilidad de la libertad de expresión, que no puede ejercitarse en su plenitud sin un conocimiento oportuno, completo y veraz de los hechos y actuaciones públicas” (fundamento jurídico N° 7.5).

Siendo así, sin información pública no hay posibilidad de conocer el accionar del Estado, por lo que formarse ideas respecto a este tema sería una tarea sumamente difícil de cumplir, ya que nuestras ideas, pensamientos, razonamientos y/o deducciones no tendrían sustento alguno; y sin argumentos válidos lo que se quiere expresar sólo serían palabras vacías, por lo que es menester que el ejercicio del derecho de

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 48. Situación de la Libertad de Expresión en el Perú. Septiembre 1996 – Septiembre 2000*. Lima, 2000, p. 31.

acceso a la información pública se ejerza bajo las luces de un Estado social y democrático de derecho, que tenga como base la dignidad del ser humano. Por consiguiente, al contar con las herramientas necesarias, nuestra participación en el fortalecimiento de la democracia a través de la formación y consolidación de la opinión pública se plasmará activamente y los ciudadanos dejaremos de ser simples espectadores.

2) El derecho de petición

La persona humana por su dignidad justifica la obligación de los poderes públicos de promover la realidad para que ella alcance su más plena realización a través de la vigencia de sus derechos fundamentales. En este marco, es bastante frecuente que los gobernados eleven peticiones hacia los gobernantes, lo cual encuentra su lógica en la urgente satisfacción de las necesidades personales o de un grupo que las propicia.

En palabras de Harris, “la expresión de solicitudes, favores o pedidos se encuentra relacionada con la aparición del poder entre los grupos humanos más primitivos; esta concepción del poder como facultad para otorgar o quitar beneficios es la que habrá de permear las culturas humanas, como expresión de quienes no tienen poder frente a quienes lo ejercen”¹⁹¹.

El concepto del derecho de petición ha ido evolucionando de acuerdo a la época y el sistema político que imperaba en ella, pero es la democracia el medio en el cual este derecho encuentra una mayor relevancia, ya que este modelo político implica una participación más activa por parte del ciudadano en la cosa pública.

En nuestro ordenamiento el derecho de petición se encuentra regulado en el Artículo 2º, inciso 20 del texto constitucional a través del cual se estipula que toda persona “tiene derecho a formular peticiones individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las fuerzas armadas y de la policía nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición”. Al respecto Luna Cervantes ha manifestado que el derecho de petición “se concibe como una solicitud de obtención de una

¹⁹¹ HARRIS, Marvin. *Nuestra Especie*. Alianza, Madrid, 1994, p. 363

decisión graciable, por lo tanto sujeta a la discrecionalidad de un órgano competente de la Administración Pública”¹⁹².

El Tribunal Constitucional ha establecido que este derecho se muestra como un componente estructural básico del orden jurídico objetivo, ya que “permite la consagración práctica del postulado previsto en el artículo 1 del referido texto que concibe a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del estado. De este modo, la garantía de su vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también deber ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica”¹⁹³.

Lo que se busca a través del ejercicio de este derecho es que las relaciones entre el Estado y los particulares, no se limiten al esquema gobernante-gobernados, sino más bien a otorgar a los ciudadanos instrumentos que permitan hacer realidad uno de los presupuestos de un Estado social y democrático de derecho, el cual consiste en que las autoridades estén al servicio de las personas.

Respecto al contenido esencial del derecho de petición, éste “tiene dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y por la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primer aspecto es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos a la autoridad, y el segundo, irremediamente unido al anterior, que es el que se refiere a recibir una respuesta del impetrado, respuesta que, de conformidad con lo previsto por la Constitución, debe necesariamente hacerse por escrito y dentro del plazo que la ley establezca”¹⁹⁴. De este modo, es un derecho que tiene dos momentos importantes, el primero mediante el cual una persona se dirige a la autoridad para realizar por escrito el pedido; y producto de este pedido es que se debe otorgar una respuesta también por escrito.

El derecho de petición puede ser de dos clases, una de ellas es el derecho de petición simple que funciona como instrumento de participación ciudadana y muy cerca de la libertad de expresión u

¹⁹² LUNA CERVANTES, Eduardo. “El derecho de petición”, en *La Constitución Comentada artículo por artículo*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 195.

¹⁹³ EXP. N.º 1042- 2002/AA/TC, de 6 de diciembre de 2002, F.J. 2.2.

¹⁹⁴ EXP. N.º 0941-2001-AA/TC, de 19 de agosto de 2002, F.J. 3.

opinión, referido a la formulación de denuncias sobre irregularidades administrativas, alguna iniciativa, quejas, súplicas u otras manifestaciones en las que no se encuentre en juego un derecho subjetivo o interés legítimo directo del peticionante, y en las que, en todo caso, la decisión de la autoridad deba tener un amplísimo margen de discrecionalidad o sea graciable. La segunda clase, consisten en el derecho de petición calificada, que implica la adopción de un acto o decisión concretos por parte de la autoridad, basado en la solicitud o reclamo planteados por el peticionante. Contrariamente a lo que ocurre con la anterior clase de petición, lo que resuelva la autoridad tendrá consecuencias sobre algún derecho subjetivo o interés legítimo del actor.

Sobre el sujeto activo, “puede ser cualquier persona, nacional o extranjero”¹⁹⁵; y, de otro lado, el sujeto pasivo o destinatario, recae “en las entidades públicas y, en general, los funcionarios que las representen con autoridad”¹⁹⁶.

Mediante la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, se encontrarán concreciones del derecho de petición, siendo así en su artículo 106°, inciso 1 se ha establecido que “cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado”. Además, se ha dispuesto que el plazo legal para responder por escrito una petición es de 30 días hábiles¹⁹⁷.

Asimismo, la Ley N° 27444, ha dispuesto una regulación articulada de diferentes supuestos en los que se ejerce el derecho de petición, por lo que podemos encontrar hasta cinco ámbitos de operatividad del mencionado derecho:

¹⁹⁵ EXP. N.º 0941-2001-AA/TC, citado, F.J. 4

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Art. 142 Ley de Procedimiento Administrativo General: No puede exceder de treinta días el plazo que transcurra desde que es iniciado un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta aquel en que sea dictada la resolución respectiva, salvo que la ley establezca trámites cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.

- a) La petición graciosa¹⁹⁸, mediante la cual un administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular. Esta modalidad es la que está ligada a la figura tradicional del derecho de petición, ya que la petición no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que se atiene a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia, por lo que la satisfacción de su interés no es seguro.
- b) La petición subjetiva¹⁹⁹, a través de la cual cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.
- c) La petición cívica²⁰⁰, es utilizada para exponer críticas y formular sugerencias para mejorar la calidad y extensión del servicio administrativo, así como exponer la existencia de problemas generales, trabas u obstáculos normativos o viciosas prácticas administrativas que afectan el acceso de los ciudadanos a las entidades públicas.
- d) La petición consultiva²⁰¹, mediante la cual se busca obtener un asesoramiento en una materia administrativa concreta y el sentido de la normativa vigente que comprende su accionar, particularmente aquella que es emitida por la propia entidad. Lo que se busca es eliminar cualquier resquicio de duda o incertidumbre en torno a la relación administrado-administración.

¹⁹⁸ Art. 112° Ley de Procedimiento Administrativo General

¹⁹⁹ Artículo 107° Ley de Procedimiento Administrativo General.

²⁰⁰ Artículo 108° Ley de Procedimiento Administrativo General.

²⁰¹ Artículo 111° Ley de Procedimiento Administrativo General.

- e) La petición informativa²⁰², es aquella que se vincula con la obtención de documentación oficial contenida en los bancos informáticos o registros manuales de la institución requerida.

Precisamente sobre esta última forma de petición es que puede suscitarse alguna confusión respecto al derecho de acceso a la información pública, partiendo de la idea de que ambos habilitan al titular a solicitar información que está en poder de entidades públicas. Sobre este tema, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional quien ha manifestado que “en la medida en que el derecho de acceso a la información pública garantiza que cualquier persona, sin expresión de causa, pueda solicitar la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, éste termina constituyéndose en una modalidad o concreción del derecho de petición”²⁰³, de lo que se desprende que son derechos con atribuciones diferentes, siendo uno (el acceso) la forma concreta del otro (la petición).

Asimismo, el Alto Tribunal ha establecido que “la petición informativa es aquella que se encuentra referida a la obtención de documentación oficial contenida en los bancos informativos o registros manuales de la institución requerida. En ese sentido, la petición prevista en el artículo 110° de la Ley N.º 27444 está destinada a obtener el suministro de datos estadísticos, dictámenes, resoluciones, etc. que pudieran obrar en poder de un ente administrativo. Dicha modalidad debe ser concordada con lo dispuesto en los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución y las leyes N.º. 27806 y 27927, respectivamente”.

Ante este supuesto, lógicamente puede surgir la interrogante respecto a qué derecho invocar si se requiere solicitar información contenida en poder de entidades estatales, precisamente si esta información está referida a datos estadísticos, dictámenes, resoluciones, etc. Considero que de presentarse esta situación una persona puede invocar cualquiera de los dos derechos indistintamente, tanto el derecho de acceso a la información, como el derecho de petición en su aspecto informativo; y esto por la razón de que el Tribunal Constitucional no ha indicado que puede utilizarse esta forma de petición de forma exclusiva,

²⁰² Artículo 110° Ley de Procedimiento Administrativo General.

²⁰³ EXP. N.º 1797-2002-HD/TC, citado, F.J. 7.

sino que la ha manifestado como una forma de solicitar los documentos a los que hemos hecho mención anteriormente.

Lo que será conveniente que el requirente evalúe al momento de solicitar información pública, es tener presente el contenido y finalidad de cada derecho, ya que mientras en el de petición la contestación de la autoridad hacia la cual se dirige el pedido, debe realizarse por escrito en un plazo determinado (obviamente más amplio) y sin la seguridad de que su solicitud sea resuelta positivamente, en el derecho de acceso a la información pública, la autoridad encargada deberá poner a disposición del solicitante la información solicitada (en un plazo menor), ya que no corresponde que el encargado de facilitarla haga uso de su discrecionalidad para evaluar si entrega o no determinada documentación, de modo que ante la negativa o la demora del pedido ya se estaría vulnerando el contenido constitucional de este derecho.

De este modo una sustancial diferencia radicarán en que mediante el ejercicio del derecho de petición, la autoridad haciendo uso de su discrecionalidad debe responder a la petición en un plazo legal (que como advertimos anteriormente es de 30 días hábiles), mientras que cuando una persona ejerce su derecho de acceso a la información la entidad debe brindar la documentación requerida (en un plazo mucho más corto), quedando su discrecionalidad relegada, ya que si la información exigida no infringe un límite impuesto a este derecho o se trata de información que no se encuentra bajo alguna excepción, la autoridad no tendrá mayor remedio que expedir la información requerida, ya que lo solicitado es algo a lo que se tiene derecho, por lo que no se está a la espera de la gracia de la autoridad.

Respecto a la garantía constitucional a la cual se puede recurrir cuando se vulnera o amenaza estos derechos, la acción de amparo protegerá al derecho de petición, mientras que el hábeas data será la vía para salvaguardar el derecho de acceso a la información pública.

3) El derecho a la autodeterminación informativa

El derecho debe ir adaptándose a las exigencias sociales, evolucionado en sí mismo, permitiendo que las nuevas y predecibles conductas humanas se encuentren reguladas por disposiciones normativas

que guíen el accionar de las personas; y siempre teniendo como finalidad lograr el mayor desarrollo de los miembros de la comunidad.

Siendo así, la preocupación de los operadores jurídicos respecto al desarrollo de las fuentes de almacenamiento informático se vislumbrará con mayor incidencia en el mundo entero a partir de la década de los años sesenta, etapa en la cual la informática reveló su “capacidad de procesar, relacionar y transmitir información a gran velocidad y ello motivó la búsqueda de soluciones dirigidas a conciliar el uso necesario de esta herramienta, con el respeto a los derechos fundamentales”²⁰⁴.

Será a través de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la Ley de Cargo, de 15 de diciembre de 1983, que se colocarán las bases para el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa, medida que fue el punto de partida para que varios países presten la atención necesaria ante este nuevo escenario. La mencionada sentencia en su texto indica que el derecho a la autodeterminación conlleva: “la libertad de decisión, de control, supone además que el individuo tenga la posibilidad de acceder a sus datos personales, que pueda, no sólo tener conocimiento de que otros procesen informaciones relativas a su persona, sino también someter el uso de éstos a un control, ya que, de lo contrario, se limitará su uso de decidir por autodeterminación”.

Como sostiene Murillo de la Cueva, “el elemento determinante de la necesidad o interés social sobre el que se construye este derecho es el progreso tecnológico, principalmente el derivado de los avances que resultan de la combinación de las virtualidades de la informática y de las telecomunicaciones, aplicadas a la captación, relación, almacenamiento y comunicación de datos personales”²⁰⁵, lo que crea un escenario en el que se posibilita a terceros, ya sean públicos o privados, reunir tal caudal de información sobre las personas, que prácticamente no queden aspectos de su vida al margen del conocimiento ajeno.

²⁰⁴ SERRANO PÉREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas, Madrid, 2003, pp. 18-19.

²⁰⁵ MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad”, en MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas y PIÑAR MAÑAS, José Luis. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 15.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español en la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, ha mostrado la necesidad de intervenir ante esta nueva realidad, de manera que el derecho a la autodeterminación informativa “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, (...) se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular”.

Es así que, considero que la manipulación de los datos que están referidos a rasgos característicos de una persona, como son su raza, orientación sexual, afiliación a un partido político o sindical, etc., puede exponer a las personas a diversas manifestaciones de discriminación. Imaginemos a un empleador que decide no contratar a personas que sean miembros del algún sindicato laboral de trabajadores, lógicamente si conoce que determinada persona está inscrita en alguna organización de este tipo, podría no contratarla, lo que evidentemente no guardaría relación con el perfil del puesto que se pretende ocupar, sino que se discriminará a tal persona sólo por su pertenencia a un sindicato. Ahora imaginemos que tal situación llegue al punto de convertirse en un negocio, personas que almacenan este tipo de datos en bancos clandestinos y que son ofertados como si fueran simple mercancía, lógicamente esto es uno de los extremos que se pretende evitar.

En el Perú el derecho a la autodeterminación informativa no tiene antecedentes en los textos constitucionales anteriores al de 1993. En la actual Constitución se encuentra regulado en el artículo 2º, inciso 6, mediante el cual se estipula que toda persona tiene derecho a “que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Este derecho es complementado por lo dispuesto en el Art. 61º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional mediante el cual toda persona pueda acudir al proceso de hábeas data para “conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o

informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales”.

A través de lo estipulado por el artículo 61º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional es que el Alto Tribunal a través de su jurisprudencia ha realizado una clasificación de los tipos de hábeas data. En ella diferencia entre el hábeas data puro que estará vinculado a la protección del derecho de autodeterminación informativa, y el hábeas data impuro para la defensa del derecho de acceso a la información pública. Asimismo, dentro del hábeas data puro encontraremos diversas categorías de hábeas data²⁰⁶; cuyo contenido irá aparejado con la acción que una persona desee realizar respecto a la información que se maneja sobre sí misma en los bancos de datos.

Este derecho pese a su condición de fundamental y con su creciente importancia, en vista a la presencia de la informática en la mayoría de ámbitos de nuestra vida, no contaba con una ley que desarrolle su contenido y regule su ejercicio, como sucede con el derecho de acceso a la información pública y la Ley N° 27806. Sólo existían esfuerzos aislados para proteger el derecho a la autodeterminación informativa, como era la Ley N° 27489, que regula la actividad de las centrales privadas de información de riesgo.

Hace algunos años se promulgó la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733, de 3 de julio de 2011, y su reglamento mediante Decreto Supremo N° 003-2013-MINJUS, de 22 de marzo de 2013, a través de estas normas se procura otorgarle “un adecuado

²⁰⁶ Así lo establece la sentencia del EXP. N.º 06164-2007-HD/TC, que en su F.J. 2, manifiesta que los tipos de hábeas data son los siguientes: 1. Hábeas Data Puro: Reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos almacenados en bancos de información computarizados o no, 1.1. Hábeas Data de Cognición, 1.1.1. Hábeas Data Informativo, 1.1.2. Hábeas Data Inquisitivo, 1.1.3. Hábeas Data Teleológico, 1.1.4. Hábeas Data de Ubicación, 1.2. Hábeas Data Manipulador, 1.2.1. Hábeas Data Aditivo, 1.2.2. Hábeas Data Correctivo, 1.2.3. Hábeas Data Supresorio, 1.2.4. Hábeas Data Confidencial, 1.2.5. Hábeas Data Desvinculador, 1.2.6. Hábeas Data Cifrador, 1.2.7. Hábeas Data Cautelar, 1.2.8. Hábeas Data Garantista, 1.2.9. Hábeas Data Interpretativo, 1.2.10. Hábeas Data Indemnizatorio.

tratamiento”²⁰⁷ al derecho fundamental a la protección de datos personales.

Uno de los puntos más resaltantes de la mencionada ley, es su exposición de motivos, en la cual se expresa que “la informática ha alterado la realidad económica, social y cultural en la que se basaba la sociedad anterior, haciendo de la información el elemento clave del poder. A la luz de esta nueva realidad, la sociedad actual ha sido denominada como Sociedad de la Información”. De este modo, el legislador es consciente de la necesidad de proteger este derecho, que aunque es reciente, la posibilidad de su vulneración puede ser bastante frecuente si es que no se perfila su contenido protegible, ya que es innegable que en esta era digital los avances tecnológicos sigan surgiendo de manera vertiginosa, creando nuevas formas de lesión de este derecho.

El derecho a la intimidad está muy relacionado con el derecho a la autodeterminación informativa, siendo así, autores como Chanamé Orbe consideran que “el derecho a la autodeterminación informativa comprende y protege un plexo de derechos relacionados con todos los aspectos sensibles de las personas, en esa línea el derecho a la intimidad resultaba ser uno de ellos, considerando al derecho a la intimidad como uno de los contenidos de un derecho mayor que es el derecho a la autodeterminación informativa”²⁰⁸, lo que no debe llevarnos a confundir el contenido de cada derecho, ya que ambos gozan de protección expresa e independiente.

Sobre la diferencia existente entre ambos derechos, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, indicando que “mientras que el derecho a la intimidad protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, el derecho a la

²⁰⁷ Artículo 1 de la Ley de Protección de Datos Personales.- La presente Ley tiene el objeto de garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen.

²⁰⁸ CHANAMÉ ORBE, Raúl. *A la búsqueda de una mejor protección del derecho a la intimidad: ¿Entre el hábeas data o la Ley de Protección de Datos?*, Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N° 86, 2014, p. 32-33.

autodeterminación informativa garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de datos que les conciernen”²⁰⁹, pero protegiendo a la persona en sí misma, “no únicamente en los derechos que le conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos”²¹⁰.

Por otro lado, a diferencia de lo que sucede con el derecho de acceso a la información pública en el que sólo se puede solicitar información a entidades públicas o empresas privadas que brinden servicios públicos o ejerzan función administrativa, en el caso del derecho a la autodeterminación informativa se puede “solicitar información (...) contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos”²¹¹. En ese sentido, también ha quedado regulado por la Ley N° 29733, que en su Art. 19° establece que “el titular de datos personales tiene derecho a obtener la información que sobre sí mismo sea objeto de tratamiento en bancos de datos de administración pública o privada”.

Respecto al régimen de excepciones para la restricción del derecho a la autodeterminación informativa el máximo intérprete de la Constitución ha manifestado que “se encuentran estipuladas en el Art. 4° del Reglamento de la Ley de Protección de datos personales”²¹², lo que permitirá que finalmente dejen de aplicarse las excepciones de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Uno de los aspectos que más llama la atención, es el desconocimiento por parte de los ciudadanos del contenido esencial tanto del derecho de acceso a la información pública como del derecho a la autodeterminación informativa, ya que se pudo detectar a través de la revisión de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional; que las personas para conocer información pertenecientes a su persona, la cual estaría contenida en entidades públicas o privadas, invocaban el derecho de acceso a la información pública, lo que sería incorrecto, puesto que dicha pretensión guarda relación con los alcances del derecho a la autodeterminación informativa.

²⁰⁹ EXP. N.º 1792-2002-HD/TC, citado, F.J. 3.

²¹⁰ EXP. N.º 04739-2007-HD/TC, de 15 de octubre de 2007, F.J. 2.

²¹¹ EXP. N.º 03855-2013-HD/TC, de 30 de enero de 2014, F.J. 3.

²¹² EXP. N.º 04027-2013-HD/TC, de 14 de julio de 2014, F.J. 7.

Un ejemplo de la situación expuesta anteriormente, se encuentra en el Exp. N° 00693-2012-HD/TC, mediante el cual el demandante solicita a AFP Integra le entregue copias certificadas de todo su expediente administrativo, pero invoca la afectación de su derecho de acceso a la información pública.

Por lo que resulta necesario, tener claro que si se trata de acceder a información que pueda calificarse como pública obrante ante una entidad pública, el derecho en juego será el de acceso a la información pública. Mientras que si la información a la que se quiere acceder corresponde a la persona que la solicita (como su titular), el derecho que debería invocarse es el de autodeterminación informativa, aunque se encuentre en bases de datos que tenga a disposición entidades públicas o privadas.

CAPÍTULO V

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ANTE PERSONAS JURÍDICAS BAJO RÉGIMEN PRIVADO

1) Cuestiones previas

Como sostuvimos en el capítulo III las entidades que pueden ser consideradas como sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública, son las que se encuentran contempladas en el artículo I del título preliminar de la Ley de procedimiento administrativo general, Ley N° 27444. Dentro del listado que se presenta, hay un inciso que nos llama la atención; y es el referido a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado.

Lo que pretenderemos a continuación será desentrañar cuál es el alcance del inciso 8 del artículo I de la Ley N° 27444, para de esta manera poder determinar qué entidades están comprendidas dentro de esta categoría.

Como punto de partida, y siguiendo el razonamiento al que arriba Abruña Puyol, a las personas jurídicas bajo régimen privado se les “exigen dos condiciones. La primera, que se trate de una persona jurídica bajo el régimen privado, siendo esta una expresión en la que pueden estar comprendidas tanto personas privadas como a organizaciones

públicas”²¹³.

Continúa el autor diciendo que, “la segunda condición, es que esta persona jurídica ostente un título en virtud del cual se gestiona el servicio público o se ejerza la función administrativa”²¹⁴. De este modo, en base a lo dispuesto por el inciso 8, este título puede ser:

- a) Concesión: mediante la cual la Administración Pública encarga la gestión de un servicio público a una persona jurídica bajo el régimen privado de titularidad privada.
- b) Delegación: es la técnica que permite la transferencia de funciones entre organizaciones de la propia Administración Pública, no obstante en nuestro ordenamiento a partir de lo dispuesto por el Art. 67º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, pareciera que es posible la delegación de funciones públicas en entes privados de origen privado.
- c) Autorización: es la técnica mediante la cual un ente generalmente privado después de cumplir unas condiciones legales o reglamentarias mínimas se le levanta la prohibición del ejercicio de un derecho o libertad.

Serán dos las consecuencias que se desprenden de lo expuesto anteriormente, “primero que las personas jurídicas bajo el régimen privado pueden ser tanto personas jurídicas de titularidad pública como privada; segundo, que el título de gestión del servicio público o de ejercicio de función administrativa sólo puede ser, la concesión o la delegación”²¹⁵.

²¹³ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Lima, Palestra Editores, p. 76.

²¹⁴ Ídem, pp. 77-78.

²¹⁵ Al respecto, como sostiene Abruña Puyol la autorización no es una técnica adecuada para otorgar el ejercicio de funciones públicas de ningún estilo, pues su objeto es hacer posible el ejercicio de actividades propias, en principio, de los sujetos que tienen un derecho preexistente para realizarlas, aunque esté condicionado a la supervisión de acomodación al interés general.

2) Personas jurídicas bajo régimen privado de titularidad pública

En palabras bastante simples, la empresa pública representa una actividad empresarial de la Administración Pública. Dicha actividad tiene como elementos esenciales “la organización unitaria de elementos personales y materiales para desarrollar una actividad económica y la existencia de una influencia o control dominantes por parte de la administración pública”²¹⁶.

El carácter público de este tipo de empresa estará basado en la persona titular de aquella, siendo el criterio tradicional la consideración como pública cuando “es creada por los poderes públicos, o cuando estos ostentan la propiedad del capital, lo cual incluye aquellas en que el Estado tenga la participación mayoritaria del capital social”²¹⁷.

La empresa pública llevará a cabo “actividades mercantiles, de servicio o de industria bajo un régimen jurídico especial, ya que se regirá tanto por normas de derecho administrativo y de derecho privado, según la naturaleza de sus actos”²¹⁸. De este modo, va a presentar una “naturaleza dual, un híbrido, mezcla de institución del gobierno central y de empresa privada”²¹⁹.

Por lo tanto, las empresas del Estado no son administraciones públicas, debido a que no ejercen potestades administrativas, lo que conlleva que no realicen función pública, ya que su objeto es la gestión económica o los servicios públicos²²⁰; sin estar sometidas a las normas de Derecho Público que regulan la función pública, así como tampoco a la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Sin embargo, como sostiene Abruña Puyol, siguiendo a García Trevijano, “una entidad, aunque sea una tautología, es un ente y esto en

²¹⁶ RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo. *Privatización de la empresa pública y post – privatización*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p.49.

²¹⁷ Idem, p. 53.

²¹⁸ PEZO CASTAÑEDA, Eduardo. “Transparencia y Acceso a la Información (...)”, Ob. Cit., p.271.

²¹⁹ ALVAREZ RODRICH, Augusto. *Principios de Empresas Estatales y Privatización*. Lima, Universidad del Pacífico, 1992, pp. 119-120.

²²⁰ Sobre la diferencia entre función pública, gestión económica y servicio público puede revisarse ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. ARA Editores, Lima, 2004, pp.560-564.

el Derecho tiene un significado preciso: sujeto con personalidad jurídica²²¹, de modo que una empresa de titularidad pública no es en estricto Administración Pública, pero ello no implica que dejen de ser entidades públicas del Estado.

Existen diferentes tipos de empresas públicas, que la doctrina ha clasificado de la siguiente manera²²²:

a) Según su forma jurídica

El Decreto Legislativo N° 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, en su Art. 4° estipula que dicha actividad se desarrolla bajo la forma de: i) sociedad anónimas, y de ii) empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones, las cuales se organizan bajo la forma que disponga la ley de su creación.

Las empresas públicas pueden ser creadas como entidades de derecho público o adoptar la forma de sociedades mercantiles, en ambos casos la Administración Pública propietaria de su patrimonio ejercerá un control efectivo sobre su accionar.

b) Según sus titulares

Tanto los gobiernos locales, regionales y el gobierno central pueden controlar a las diferentes empresas públicas que hayan creado. Siendo así, las leyes orgánicas que regulan la organización, competencias y funciones de los tres niveles de gobierno reconocen como parte de su organización a las empresas que creen para prestar determinados servicios públicos o realizar alguna actividad económica.

Para el gobierno central, es la Ley orgánica del poder ejecutivo, Ley N° 29158, la norma que señala a las empresas de propiedad del Estado como entidades públicas conformantes de este Poder, precisamente en su Art. 41° se estipula que “corresponde al Poder Ejecutivo determinar el ámbito de actuación de las Empresas del Estado.

²²¹ ABRUÑA PUYOL, Antonio, *Delimitación jurídica de la Administración Pública* (...), Ob. Cit., p. 99.

²²² Esta clasificación ha sido desarrollada por ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *Principios de Derecho* (...), Ob. Cit., p. 650 y ss.

La realización de actividades empresariales por parte del Gobierno Nacional debe estar formalizada a través de una forma jurídica empresarial y haber sido expresamente autorizada mediante ley ordinaria”.

En el ámbito regional, es la Ley orgánica de gobiernos regionales, Ley N° 27867²²³, la que en su Art. 15°, inciso j), manifiesta que es una atribución del consejo regional, “aprobar la creación, venta, concesión o contratos, disolución de sus empresas y otras formas empresariales, bienes y/o activos regionales (...) conforme a la Constitución y la Ley”. Asimismo, en el Art. 72° señala que “son recursos de los Gobiernos Regionales los señalados en la Ley de bases de la descentralización y las empresas del Estado de alcance regional de su circunscripción que transferirá el Gobierno nacional, en el marco de la jerarquización y la gradualidad establecidos en los artículos 45 inciso a) y 81 de la presente Ley.”

En el marco de los gobiernos locales, la Ley orgánica de municipalidades, Ley N° 27972, recoge en el Art. 20°, inciso 24) como una de las atribuciones del alcalde la de proponer “la creación de empresas municipales bajo cualquier modalidad legalmente permitida”. Del mismo modo, en el Art. 35° se detallan los alcances de la actividad empresarial municipal, por lo tanto “las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores. Dichas empresas adoptan cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial y su objeto es la prestación de servicios públicos municipales”.

Los municipios serán propietarios de las empresas que establezcan, así lo dispone el Art. 56° de la citada ley, al señalar que “son bienes de propiedad municipal (...) las acciones y participaciones de las empresas municipales”.

²²³ Posteriormente modificada por la Ley N° 27902, mediante la cual se regula la participación de los Alcaldes Provinciales y la Sociedad Civil en los Gobiernos Regionales y fortalecer el proceso de Descentralización y Regionalización.

c) Según la participación del agente público en el capital

Mediante el Art.4º del Decreto Legislativo N° 1031, quedarán establecidas las formas a través de las cuáles se verá repartido el capital público dentro de las empresas estatales. Se puede presentar una mezcla de capital público y privado en diferentes porcentajes, es decir, con mayoría o minoría del capital público, pero siempre con una presencia significativa en la gestión y control empresarial.

En esa línea, las empresas del estado pueden ser:

- Empresas del Estado de accionariado único: empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su junta de accionistas.
- De accionariado privado: empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejercer el control mayoritario de su Junta General de Acciones, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.
- Empresas del Estado con potestades públicas: empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación.

Asimismo, es conveniente señalar que cabe la posibilidad de que el Estado posea accionariado minoritario en las empresas privadas, pero en este supuesto no desarrolla actividad empresarial, por lo que estas empresas están sujetas a las disposiciones de la Ley general de sociedades y demás normas aplicas a ellas.

d) Según el contexto en que operan las empresas

Las empresas públicas pueden actuar de dos maneras: la primera, mediante la dación de bienes - en un régimen de competitividad - en igualdad de condiciones que una empresa de naturaleza privada, la segunda, mediante la prestación de un servicio público que se realiza en régimen de monopolio.

Como sostuvimos anteriormente las empresas del estado pueden presentarse en los tres niveles de gobiernos (local, regional y central), por lo que es necesario indicar que si bien el artículo. 2º del Decreto legislativo N° 1031 señala que “las disposiciones del presente Decreto legislativo y su Reglamento son aplicables a las empresas del Estado bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE²²⁴”, lo dispuesto por la primera disposición complementaria, transitoria y modificatoria prescribe que las disposiciones de los artículos 3²²⁵, 4²²⁶, numeral 5.2²²⁷ del artículo 5, artículo 6²²⁸, numerales 7.1²²⁹ y 7.3²³⁰ del artículo 7 y el artículo 10²³¹ del mencionado decreto legislativo, también son de obligatorio cumplimiento para las empresas del Estado pertenecientes a los niveles del gobierno local y regional.

3) El derecho de acceso a la información pública en las empresas del Estado

Una vez determinada la naturaleza de entidad pública de las empresas públicas es necesario desarrollar cómo la Ley de transparencia

²²⁴ Según lo dispuesto por el Art. 1º de la Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, el FONAFE es una Empresa de Derecho Público adscrita al Sector Economía y Finanzas, encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado. Asimismo, en el inciso 2º del mencionado artículo, sustituido por el Artículo 3 de la Ley N° 28840, publicada el 23-07-2006, manifiesta que no se encuentran comprendidas dentro del ámbito del FONAFE: Las Empresas Municipales, Las Empresas y Centros de Producción y de Prestación de Servicios de las Universidades Públicas, El Seguro Social de Salud – EsSalud, La Empresa Petróleos del Perú – PETROPERU S.A.

²²⁵ Este artículo expresa que la actividad empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso a la inversión privada.

²²⁶ Se recogen las formas en las que puede desarrollarse la actividad empresarial del Estado.

²²⁷ Se regulan los encargos especiales que pueden recibir las empresas del Estado.

²²⁸ Establece las formas de distribución de los dividendos en las empresas del Estado.

²²⁹ Señala los requisitos para ser director de una empresa del Estado.

²³⁰ Indica que las designaciones de directores que no corresponden a la participación accionaria del Estado, se rigen exclusivamente por las disposiciones aplicables al sector privado.

²³¹ Regula lo referido a los bienes de las empresas del Estado.

y acceso a la información pública ha regulado las obligaciones de transparencia de dichas empresas.

Es a través de la modificatoria introducida por el artículo 8° la Ley N° 27927, que se ha dispuesto de forma expresa que “las empresas del Estado están sujetas al procedimiento de acceso a la información previsto en la ley”. De esta manera, se puede sostener que las empresas estatales ya sea que ejerzan función administrativa o presten servicios públicos o realicen cualquier actividad económica, son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública.

Sobre las empresas del Estado recaen las mismas disposiciones que son aplicables a cualquier entidad pública en general, por lo que designará a un funcionario responsable de entregar la información, deberá contar con una adecuada infraestructura, así como organizar y sistematizar la información, atender las solicitudes de acceso a la información en el plazo previsto, entre otras.

Respecto al tratamiento de la excepción relativa a la información confidencial²³² que almacenen las empresas del estado, ésta deberá interpretarse de manera restrictiva – como toda excepción a un derecho fundamental – no pudiendo comprender otros supuestos que los señalados por la ley de transparencia y acceso a la información pública u otras normas de igual jerarquía.

Siendo así, se debe tener en cuenta lo dispuesto por la quinta disposición complementaria, transitoria y modificatoria del Decreto Legislativo N° 1031, que estipula que “la información confidencial de las empresas del Estado comprende, entre otros, al secreto comercial, el cual deberá entenderse como toda aquella información tangible o intangible susceptible de ser usada en negocios, industria o práctica profesional que no sea de conocimiento general, así como aquella información cuya divulgación puede ocasionar un perjuicio a la empresa. Esta información puede ser de carácter técnico, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, planes de comercialización, información de investigación y desarrollo, estudios, planes especiales de

²³² Recordemos que una de las excepciones que se plantean al acceso a la información pública está referida a la información protegida por el secreto comercial, (...) industrial, (...) tecnológico (...).

precios o cualquier otra información que se encuentre sujeta a un esfuerzo razonable para ser protegida, que recaiga sobre un objeto determinado y que tenga un valor por el hecho de mantenerse en secreto”.

A su vez, el Art. 31° del reglamento del decreto en mención, aprobado por Decreto Supremo N° 176-2010-EF, establece que “las empresas del Estado deberán atender las solicitudes de información que les sean formuladas, al amparo de las normas sobre transparencia y acceso a la información pública y de la quinta disposición complementaria, transitoria y modificatoria del decreto legislativo”.

Sobre el secreto industrial, el Art. 117° de la Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo N° 823, dispone que “son susceptibles de protección como secreto industrial tanto el conocimiento tecnológico integrado por procedimientos de fabricación y producción en general como el conocimiento relativo al empleo y aplicación de técnicas industriales, resultantes del conocimiento, experiencia o habilidad intelectual que guarde una persona con carácter confidencial y que le permita obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros”.

De este modo, si bien las empresas del Estado pueden invocar la excepción concerniente al secreto comercial o industrial cuando se solicite este tipo de información por parte de una persona, no debemos olvidar que no basta su sola alegación, sino que la denegatoria debe ser debidamente fundamentada, señalándose expresamente y por escrito las razones por las que se aplica esa excepción y el plazo por el que se prolongará dicho impedimento²³³, asimismo su interpretación debe realizarse de manera restrictiva.

En palabras de Pezo Castañeda, “se exige que se motive cómo y en qué grado la difusión de la información obstaculiza o daña la actividad empresarial que desarrolla la empresa pública. Solo una motivación que contenga los mencionados componentes se considerará adecuada en el marco del ordenamiento constitucional”²³⁴.

²³³ Conforme lo dispuesto por el Art. 15° de la Ley de transparencia y acceso a la información pública.

²³⁴ PEZO CASTAÑEDA, Eduardo. “Transparencia y Acceso a la Información (...)”, Ob. Cit., p.276.

4) Personas jurídicas bajo régimen privado de titularidad privada

La ley de procedimiento administrativo general contempla en el artículo I.8 los supuestos en los que las personas jurídicas – privadas se deben regir por las normas generales administrativas. Las cuales son:

a) Gestión de servicios públicos por concesión

El rol de Estado en materia de regulación de servicios públicos será “el de constituir un garante de la prestación del servicio público y todo lo que esto implica (correcta prestación del mismo, tarifas adecuadas, cobertura deseada, entre otros); junto con esto el Estado será el regulador del servicio pero no sobre la base de una supuesta titularidad sino sobre la base de la obligación social de hacerlo, y esto mediante la capacidad de regular que mantiene; a lo que debemos agregar que dicha regulación deberá ser primordialmente técnica y no política”²³⁵.

El concepto “servicio público” ha sido uno de los más desarrollados en el plano del derecho administrativo, a pesar de su vasto estudio es prácticamente imposible encontrar un concepto legal unitario toda vez que no se trata de un régimen uniforme, sino de uno con múltiples reglas en diversos aspectos. Al respecto, ni la Carta Magna ni la legislación contemplan una definición con carácter general del mismo, por lo que ha sido necesaria la intervención del Tribunal Constitucional, quien fiel a su rol de intérprete constitucional, ha precisado que para calificar un determinado servicio como público, se debe evaluar la presencia de determinados elementos. Siendo así, ha manifestado que “existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público (...). Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.

²³⁵ GUZMAN NAPURÍ, Christian y GAMARRA BARRANTES, Carolina. Una introducción a la gestión de los servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo - Círculo de Derecho Administrativo [Revista en línea] 2008 [Consultado 14 enero 2017] 288 (8). Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14507/15118>.

d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad”²³⁶

Por lo que estamos ante la presencia de servicios indispensables para la vida de los ciudadanos, lo cual se traduce en la asignación de la titularidad de la prestación de la actividad al Estado, quien se convierte en el responsable de la misma y puede elegir por prestarla directamente, o conceder la gestión de la prestación a particulares a través de un contrato de concesión de servicios.

El mecanismo previsto es el del contrato administrativo denominado concesión. Nos encontramos en este caso, ante un esquema de gestión indirecta de servicios públicos. Tal como sostiene Abruña Puyol, “el contenido del servicio público se refiere a prestaciones de bienes y servicios de tipo material técnico sin ejercicio de potestades públicas”²³⁷.

Lo señalado se desprende de lo dispuesto en los Arts. 58²³⁸, 193²³⁹ y 196²⁴⁰ de la Constitución, mediante los cuales se habilita al Estado a entregar en concesión los mencionados servicios. Sin embargo, si bien “el Estado transfiere o entrega la gestión de un servicio determinado a un particular, quien tiene la obligación de hacerlo funcionar, no va a perder la titularidad que posee sobre éste”²⁴¹.

En lo que a nosotros nos interesa, el término “Concesión”, se empleará bajo la figura del contrato de concesión, por el cual el concesionario adopta ciertas obligaciones respecto a la prestación del servicio público, siendo el rol de la Administración Pública la de un

²³⁶ EXP. N° 0034-2004-PI/TC, de 15 de febrero de 2005, F.J. 40.

²³⁷ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración (...)*, Ob. Cit., p. 56.

²³⁸ Dispone que el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

²³⁹ Establece que los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley, son considerados bienes y rentas de los gobiernos regionales.

²⁴⁰ Estipula que los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley, son considerados bienes y rentas municipales.

²⁴¹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada”, en *Themis N° 39*. Lima: PUCP, 1999, pp. 106-107.

garante de la continuidad y regularidad con la que el concesionario presta el servicio al cual se ha obligado.

Asimismo, producto del contrato de concesión, el concesionario adquiere ciertas prerrogativas netamente públicas, esto en concordancia con lo establecido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por las razones expuestas anteriormente, no se equivoca Abruña Puyol al sostener que la concesión es un título razonable y adecuado para hacer extensiva la aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General; lo que conllevaría a admitir la ficción jurídica por medio de la cual, se considera a las empresas concesionarias como entidades de la Administración Pública.

Evidentemente, una empresa cualquiera que es una entidad privada de régimen privado, una vez que adquiere la calidad de empresa concesionaria, ingresa al ámbito de la Administración Pública, con lo cual no cambia su composición interna (ya que seguirá guardando su forma privada), pero su accionar se encuentra regulado - en gran medida - por normas de derecho público.

5) El ejercicio de función administrativa por delegación

En base a lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Procedimiento Administrativo General²⁴², la delegación se ceñirá al ámbito de la competencia de las entidades de la Administración Pública,

²⁴² Artículo 67°.- Delegación de competencia

67.1 Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente.

67.2 Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.

67.3 Mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación.

67.4 Los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante.

67.5 La delegación se extingue: a) Por revocación o avocación; b) Por el cumplimiento del plazo o la condición prevista en el acto de delegación.

por la cual se permite delegar el ejercicio de la competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan pertinente.

Otra consecuencia de la mencionada norma, radica en la temporalidad de la delegación de facultades, ya que se extingue por el cumplimiento del plazo o la condición prevista en el acto de delegación, así como por revocación o avocación.

Según Cassagne²⁴³, la delegación administrativa lleva aparejada las siguientes características:

- a) Objetiva, pues surge de una norma que determina la aptitud legal del órgano sobre la base de un principio de especialidad.
- b) Obligatoria, pues el órgano se ve obligado a actuar sobre la base de un mandato legal encomendado, salvo tenga un margen de libertad para decidir.
- c) Improrrogable, puesto que su fundamento se encuentra en el interés público.
- d) Irrenunciable, pues pertenece al órgano y no a la persona física que lo representa.

En tal sentido, bajo la delegación de funciones administrativas, lo que se delega es la competencia de la autoridad administrativa a una entidad que temporalmente y bajo ciertas reglas, será competente para ejercer la función administrativa delegada.

La pregunta que surge a continuación es, ¿si esta entidad a la que se delega el ejercicio de determinada función administrativa, sigue actuando como un privado o formaría (a través de una ficción jurídica) parte de la Administración Pública? Sobre el tema, se pronuncia Abruña Puyol, quien sostiene que la delegación de funciones administrativas es una técnica válida para considerar a una persona jurídica como entidad de la Administración Pública.

²⁴³ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lima, Palestra Tomo I, p. 272.

6) El derecho de acceso a la información pública en las entidades públicas bajo régimen privado

Una vez identificadas las entidades que se encuentran comprendidas dentro del Art. I.8 de la Ley de Procedimiento Administrativo general, se procederá a analizar cómo el derecho de acceso a la información pública puede ejercerse sobre éstas, ya que existen disposiciones especiales sobre su aplicación.

Las disposiciones contenidas en la Ley de transparencia y acceso a la información pública, son las siguientes:

- **Artículo 2°.- Entidades de la Administración Pública**
Para efectos de la presente Ley se entiende por entidades de la Administración Pública a las señaladas en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

- **Artículo 9°.- Personas jurídicas sujetas al régimen privado que prestan servicios públicos**
Las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce.

Al analizar el contenido de los artículos presentados anteriormente, podemos sostener que las personas jurídicas sujetas al régimen privado que gestionan servicios públicos por concesión o que ejercen funciones administrativas por delegación son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública, por lo tanto, poseen en su poder información que puede ser solicitada por un particular; y por ende susceptible de acceder a ella.

La información que puede ser suministrable por este tipo de entes, en una primera aproximación deberá girar en torno a los servicios públicos que proporciona, las tarifas por el servicio prestado, asimismo como las funciones administrativas que ejerce. Esto ha sido reafirmado

por el Tribunal Constitucional, quien a través de determinadas sentencias en procesos de hábeas data ha adoptado la postura de sostener que “las personas jurídicas privadas que brinden servicios públicos o efectúen funciones administrativas están obligadas a informar sobre: **a)** las características de los servicios públicos que prestan; **b)** sus tarifas; y **c)** las funciones administrativas que ejercen (bajo concesión, delegación o autorización del Estado), lo que supone que la información accesible siempre habrá de referirse a alguno de estos tres aspectos y no a otros, siendo éste el ámbito de información que puede solicitarse a una persona jurídica de derecho privado”²⁴⁴.

Sin embargo, como sostiene Sosa Sacio, “el Tribunal Constitucional ha extendido muchísimo lo previsto en la ley. Si bien sus primeras decisiones se ajustaban a lo prescrito por la norma, luego ha ampliado aquello que puede ser solicitado, comprendiendo supuestos claramente fuera de los regulados”²⁴⁵. Continúa el autor indicando que, “esto es preocupante, pues si bien lo que rige en el ámbito público es el principio de máxima divulgación de la información; en el ámbito privado es distinto, allí rige la autonomía de los actores para disponer de sus datos e información. De esta manera, que las personas privadas deban entregar información constituye una excepción y debe ser interpretado así”²⁴⁶.

Siendo así, respecto a empresas privadas que brindan servicio de electricidad como lo es, Luz del Sur S.A.²⁴⁷, el Tribunal ha señalado que tiene la obligación de entregar información relacionada con el tipo o naturaleza de los reclamos interpuestos con relación a la prestación del servicio público; el número de reclamos solucionados y no solucionados, así como los derivados a otras instancias o instituciones. Asimismo, información relacionada con la venta a particulares de un inmueble de

²⁴⁴ Así se establecido en los EXPs. N° 00390-2007-HD/TC, de 20 de diciembre de 2007, F.J. 7; y N° 264-2007-HD/HTC, de 25 de septiembre de 2009, F.J. 3. Resaltado es añadido.

²⁴⁵ SOSA SACIO, Juan Manuel. ¿Qué información están obligados a entregar los particulares que prestan servicios públicos? 2012 [Consultado 14 enero 2017] Disponible en: <https://sumaciudadana.wordpress.com/2012/04/09/que-informacion-estan-obligados-a-entregar-los-particulares-que-prestan-servicios-publicos/>.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ EXP. N.º 1347-2010-HD/TC, de 27 de agosto de 2010.

propiedad de la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Sur – ELECTRO SUR ESTE S.A.A.²⁴⁸.

En relación a empresas privadas de transporte aéreo, como AIR COMET S.A. SUCURSAL DEL PERÚ²⁴⁹ y LAN Perú²⁵⁰, también se ordenó entregar información referida a los reclamos realizados por parte de los usuarios.

Sobre la Empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad - SEDALIB S.A.²⁵¹, el Tribunal determinó que se encontraba obligada a brindar información respecto a los procesos laborales y civiles iniciados por los trabajadores y/o terceros en su contra, así como la información sobre los pagos efectuados por concepto de asesoría jurídica especializada al directorio y la gerencia general de la empresa. Para el Tribunal, la información solicitada se relaciona con el manejo administrativo de dicha entidad, que se encuentra amparada por el derecho de acceso a la información.

En el caso de las universidades privadas, el Tribunal ha señalado que se encuentran obligadas a entregar información sobre la modalidad de selección y calificación del examen de admisión, con la modalidad de examen de ingreso, el número de reclamos administrativos relacionados con la calidad académica y sobre la existencia de algún sistema de acreditación académica nacional o internacional. Decisiones de este tipo se encuentran en las sentencias contra la Universidad Tecnológica del Sur²⁵², la Universidad Marcelino Champagnat²⁵³, la Universidad del Pacífico²⁵⁴ y la Universidad Norbert Wiener S.A.²⁵⁵

Después de observar detenidamente los supuestos que el Tribunal Constitucional ha incluido dentro de la información que puede ser suministrable por las entidades públicas bajo régimen privado, notamos que no guardan estricta relación con las características del servicio, ni

²⁴⁸ EXP. N.º 00390-2007-PHD/TC, de 20 de diciembre de 2007.

²⁴⁹ EXP. N.º 4884-2009-HD/TC, de 15 de abril de 2010.

²⁵⁰ EXP. N.º 04339-2008-HD/TC, de 30 de septiembre de 2008.

²⁵¹ EXP. N.º 3156-2009-HD/TC, de 15 de abril de 2010.

²⁵² EXP. N.º 3156-2009-HD/TC, de 28 de mayo de 2010.

²⁵³ EXP. N.º 6238-2008-HD/TC, de 30 de marzo de 2009.

²⁵⁴ EXP. N.º 03887-2008-PHD/TC, de 5 de octubre de 2009.

²⁵⁵ EXP. N.º 6759-2008-PHD/TC, de 18 de agosto de 2009.

con las tarifas y menos sobre las funciones administrativas que ejercen tal como está establecido en el artículo 9 de la Ley de transparencia y acceso a la información pública. Por lo que podríamos sostener que el espectro referente sólo a estos tres supuestos, se ha ido ampliando y flexibilizando en gran medida.

Consideramos que existen fundamentos jurídicos que otorgan la fuerza necesaria para que la información que pueden ofrecer las entidades públicas bajo régimen privado, no se vea limitada a los tres supuestos mencionados anteriormente.

Como punto de partida, necesitamos acudir a conceptos del derecho administrativo, ya que como explicamos anteriormente mediante la delegación de funciones administrativas una persona jurídica bajo régimen privado, puede ser considerada y en efecto será una entidad de la Administración pública, por lo que no existiría impedimento alguno para que puedan entregar la totalidad de la información que poseen dentro de su base de datos. De modo que en este supuesto un privado funcionará como una entidad de la administración pública, por lo que no resulta congruente que en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, una persona sólo pueda recibir información referida a los tres supuestos contenidos en la Ley de transparencia y acceso a la información pública (los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce); ya que esta persona jurídica privada dejará de ser tal, para pasar a ser parte de la Administración pública.

En esa misma línea de pensamiento, mediante el contrato de concesión administrativa, a una empresa bajo régimen privado se le puede considerar como una entidad de la Administración Pública, por lo que tampoco existe inconveniente alguno para que pueda suministrar la información que posee.

Tal como sostiene Morón Urbina, “el interés del Estado de considerar como parte de la administración pública a personas jurídicas bajo el régimen privado, fue el de proteger las relaciones de dichas personas jurídicas con sus usuarios”²⁵⁶. Por lo que no existe una mejor forma de que un particular proteja los intereses que le afecten directa o

²⁵⁶ Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley (...), Ob. Cit.*, pp. 29-30.

indirectamente, que la posibilidad de que sea éste quien pueda obtener la información que requiera conocer, para de esta manera poder tomar decisiones o fiscalizar su actuación.

Como sostuvimos anteriormente, el contenido constitucional de un derecho fundamental está limitado internamente; además se encontrará delimitado por las decisiones del órgano judicial, siendo labor del juez ante el cual se demande un proceso de hábeas data, determinar si la información que se solicita se encuentra en alguno de los supuestos de información que no puede ser entregada a los particulares, ya que tanto en la Ley de transparencia y acceso a la información pública como su reglamento, se han establecido supuestos en los que determinada información (debidamente motivada) podría verse exceptuada de ser conocida.

Finalmente, la democracia como la mejor forma de gobierno para la realización del ser humano, necesita que las personas que conforman una sociedad se encuentren lo suficientemente informados de diferentes temas, constituyendo la transparencia en los diferentes niveles de la Administración Pública, un requisito *sine qua non* para que una persona de manera individual o colectiva adquiera su mayor desarrollo posible.

Por lo expuesto anteriormente, consideramos que las entidades públicas bajo régimen privado, se encuentran obligadas a entregar información sobre el servicio público que prestan, las tarifas o las funciones administrativas que ejercen, pero como sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública, su obligación no acabaría en estos tres supuestos, sino que conforme presten un servicio público o ejerzan función administrativa (y al ser parte de la Administración Pública, actuando como una entidad dentro de ella), deberán mostrar la mayor amplitud hacia la transparencia de la información que contengan, porque como sostuvimos, dejan de ser simples entidades privadas, para ser parte de un conjunto más amplio y complejo - de la Administración pública - lo que lleva aparejada una serie de obligaciones, que sólo son exigibles a las entidades pertenecientes a la organización del Estado.

CONCLUSIONES

- 1) La Constitución surge como un acuerdo para garantizar la libertad a través del reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, lográndose obtener un orden social, tanto para los gobernados (estableciendo un límite al poder) como para los gobernados (respeto de sus derechos fundamentales).
- 2) La Constitución Política del Perú de 1993, reconoció al derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, insertándolo por primera vez en el ordenamiento jurídico. Para su adecuada protección implementó el proceso constitucional de hábeas data.
- 3) Los derechos fundamentales encuentran su fundamento en la dignidad humana, es a través de ésta que la persona es considerada un fin en sí mismo, no siendo posible su mediatización. De modo que, el hombre y su inherente dignidad serán el centro de actuación de la sociedad y del Estado, obligando a los poderes públicos a la creación de condiciones de adecuadas para el perfeccionamiento del ser humano.
- 4) Los derechos fundamentales están formados por un solo contenido esencial, el cual otorga a una persona una serie de atribuciones o facultades que permitan la identificación de ese derecho como tal (y no como otro), por lo que no debe ser restringido, ya que se vulneraría su propia existencia. Asimismo, el contenido esencial de un derecho fundamental se podrá caracterizar como un contenido único, limitado, ilimitable y delimitable.

- 5) En un Estado social y democrático de derecho la actuación de los poderes públicos consiste en facilitar los bienes y servicios públicos indispensables para que sujetos que conforman la sociedad alcancen su mayor grado de desarrollo, que consistirá en un disfrute real de sus derechos y libertades, permitiendo una participación en la esfera comunitaria. En nuestro ordenamiento, el artículo 43° de la Constitución reconoce al Perú como un Estado social y democrático de derecho, por lo que su forma de actuación deberá estar destinada al cumplimiento de su fin supremo: la persona humana y su dignidad.
- 6) La democracia como forma de gobierno conducirá a potenciar las cualidades humanas de los miembros que conforman la sociedad, ya que propicia la participación activa de los individuos que la conforman. Por lo que se convierte a la democracia en un bien humano para la persona, cuya consecución le es debida, por ser un derecho humano.
- 7) El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, recogido en el artículo 2, inciso 5 de la Constitución política de 1993, a través del cual toda persona tiene el derecho de solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, exceptuándose las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
- 8) El contenido constitucional del derecho de acceso a la información pública comprende la posibilidad de acceder a la información pública, obligando a que los organismos públicos suministren una información que no sea fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada, es decir que se entregue una información de calidad.
- 9) El sujeto activo del derecho de acceso a la información pública comprende a “toda persona”, de modo que nadie pueda ser arbitrariamente impedido de acceder a la información que obra en las entidades del estado. Precisamente, el sujeto pasivo de este derecho, estará comprendido por las entidades que han sido

recogidas en el artículo 2° de la Ley de procedimiento administrativo general, por lo que sobre ellas recae la obligación de suministrar la información requerida por los solicitantes.

- 10) El tipo de información que puede solicitarse en base al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, recae sobre aquella que esté en custodia, administración o tenencia del Estado, la información que el Estado produce o que está legalmente obligada a producir; la información que está bajo poder de quienes ejerzan o administren funciones, servicios, funciones o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligada a recolectar en cumplimiento de sus funciones. A su vez, esta información puede estar contenida en diferentes medios, que pueden ser gráficos, sonoros, visuales, electromagnéticos o que obre en cualquier tipo de soporte material.
- 11) El derecho de acceso a la información pública faculta a toda persona a solicitar información pública sin expresión de causa, por lo que no es necesario acreditar un interés en la información solicitada, sin embargo el pedido deberá ser realizado de manera concreta y precisa. El plazo para que la entidad de la administración pública entregue la información requerida es de siete días útiles, que podrá ser prorrogado por cinco días útiles adicionales, de mediar circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada. Asimismo, las personas deberán sufragar el costo que suponga la reproducción de la información solicitada, por lo que no deben generarse costos excesivos, que se conviertan en obstáculos para el ejercicio del derecho referido.
- 12) Tal como está estipulado en la última parte del artículo 2°, inciso 5 de la Constitución, no forma parte del contenido constitucional del derecho de acceso a la información pública, la facultad de recibir información que afecte la intimidad personal y las que se excluyen por ley o por razones de seguridad nacional.
- 13) El derecho de acceso a la información pública guarda estrecha relación con el derecho de petición reconocido en el artículo 2°, inciso 20 de la Constitución y con el derecho de autodeterminación informativa, regulado en el artículo 2°, inciso 6 de la carta magna, sin embargo, cada uno cuenta con un contenido constitucional

específico, lo que permite diferenciar las atribuciones propias de cada derecho.

- 14) Las entidades públicas bajo régimen privado de titularidad pública (empresas del estado) son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública, quedan do obligados a suministrar la información que soliciten las personas, sin que existan mayores límites que los establecidos en la ley.
- 15) Las entidades públicas bajo régimen privado de titularidad privada que gestionen servicios públicos por concesión o ejerzan función administrativa por delegación son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública, sin embargo en base al artículo 9 de la Ley de transparencia y acceso a la información pública y las Sentencias N° 00390-2007-HD/TC de 20 de diciembre de 2007 y N° 264-2007-HD/TC de 25 de septiembre de 2009, están obligadas a informar sobre: a) las características de los servicios públicos que prestan, b) sus tarifas; y c) las funciones administrativas que ejercen, lo que supone que la información accesible siempre habrá de referirse a alguno de estos tres aspectos y no a otros, siendo éste el ámbito de información que pueda solicitarse a una persona jurídica de derecho privado.
- 16) El Tribunal Constitucional a través de sus sentencias ha ido ampliando las categorías de información que pueda ser solicitada a las entidades públicas bajo régimen privado, ya que no sólo se refiere a los tres supuestos originarios, sino que debido a que el tipo de información puede ser de diversa índole o estar referida a numerosos temas, se ha flexibilizado y ampliado el tipo de información que puede ser entregada por este tipo de entidades.
- 17) A través de conceptos de derecho administrativo, tenemos que mediante la delegación de funciones una entidad privada, puede comportarse como una administración pública, por lo que en lo que respecta al derecho de acceso a la información pública, debería suministrar todo tipo de información y no sólo limitarse a los tres supuestos mencionados anteriormente. Una situación similar se observa en las entidades privadas que brindan servicios públicos, puesto que, mediante el contrato de concesión administrativa, a una empresa bajo régimen privado, se le puede considerar como una

entidad de la Administración pública, por lo que también deberían entregar la información pública que se les solicite y no sólo estar limitada a los supuestos comprendidos a tarifas o los servicios que prestan.

- 18) La finalidad de la Ley de transparencia y acceso a la información pública, es precisamente transparentar el accionar del Estado, que no exista información pública que quede exenta de ser conocida por los ciudadanos, por lo que en el supuesto de las personas públicas bajo régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, al ingresar a la Administración pública, dejan de ser simples privados, para formar parte de la organización del Estado, lo que traerá consigo el cumplimiento de una serie de deberes y principios propios del accionar estatal.
- 19) Limitar el contenido del derecho de acceso a la información pública sobre las entidades públicas bajo régimen privado a los tres supuestos de información suministrable, sería atentar contra el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, ya que no existen fundamentos para que determinada información quede excluida del conocimiento de los ciudadanos. Asimismo, dichas entidades deberán motivar las razones por las cuales deniegan determinado tipo de información, no basta con alegar que se encuentra en determinado tipo de información excluida.
- 20) Es necesaria una delimitación respecto al tema en controversia, una tarea que debe ser asumida por Tribunal Constitucional en su labor de máximo intérprete de la Constitución, lo que permita tratar uniformemente cada solicitud de acceso a la información pública, generando no sólo un ambiente de certeza jurídica, sino también de apertura a la información que puedan contener las entidades bajo régimen privado que participan en la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *Manual de Derecho Constitucional, Derecho, Elementos e Instituciones Constitucionales*. Editorial ADRUS, 2009.
- AA. VV. *Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada 1993.
- AA. VV. *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
- AA. VV. *El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina*, Palestra Editores, Lima, 2009.
- ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Lima, Palestra Editores.
- ALVAREZ RODRICH, Augusto. *Principios de Empresas Estatales y Privatización*. Lima, Universidad del Pacífico, 1992.
- BIDART CAMPOS, Germán José. *Lecciones Elementales de política: Sociedad, Estado y Derecho*. Editorial Grijley, Lima, 2002.
- BOCKENFORDE, Erns Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Editorial Trotta, 2000.

- BURDEAU, Georges. *Derecho Constitucional e Instituciones Públicas*, Madrid, Editora Nacional, 1981.
- BOZA, Beatriz. *Acceso a la Información del Estado. Marco Legal y Buenas Prácticas*, Ciudadanos al día, Lima, 2004.
- CANALES CAMA, Carolina. *Los Derechos Fundamentales. Estudio de los Derechos Constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2010.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lima, Palestra Tomo I.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo II, 2º Edición, Lima, Palestra Editores, 2006
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 14, Madrid, 2010.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (Coord.), *Las libertades de expresión e información*. Palestra, Lima, 2006.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los Derechos Constitucionales: Elementos para una teoría general*, Lima, Palestra Editores, 2005.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2008.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El valor jurídico de la persona humana”, en *Revista Galega de Cooperación científica Iberoamericana*, 2005.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho”, en *Foro jurídico: revista de derecho*, 2007.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Democracia como Bien Humano Esencial”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 3, Nueva Época, Julio-Diciembre, 2010.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Los Derechos de la Persona en el Ordenamiento Constitucional Peruano: Un Deslinde Terminológico”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia* N° 50, Abril-2005, Editora Normas Legales S.A., Trujillo – Perú.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Un caso de acceso a la información en entidades públicas”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Lima, 2004.

CHANAMÉ ORBE, Raúl. A la búsqueda de una mejor protección del derecho a la intimidad: ¿Entre el hábeas data o la Ley de Protección de Datos?, *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 86, 2014.

DAHL, Robert A. *La Democracia y sus Críticos*. Barcelona, Editorial Paidós Ibérica S.A., 1992.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid, 1972.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 48. Situación de la Libertad de Expresión en el Perú. Septiembre 1996 – Septiembre 2000. Lima, 2000.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 60 El Acceso a la Información Pública y la Cultura del Secreto. Lima, 2001.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 96. Balance a dos años de la Ley de Transparencia y Acceso a la información Pública, Lima, 2005.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 165 - Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2013. Lima, 2013.

- DOMINGUEZ HARO, Helder. *El derecho a la Democracia. Repensando un modelo societario constitucional*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco Javier. *Derecho a la Libertad de Expresión e Información*. Palestra Editores, Lima, 2004.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. “La libertad de pensamiento y expresión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Ius et Veritas*, Lima, 2010.
- FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS - UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA, *Ensayos sobre la Constitución Política de 1993*, Arequipa, Editorial Mundo, 1996.
- GARCÍA MACHO, Ricardo (Ed.), *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GARCÍA TOMA, Víctor, *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima, Jurista Editores, 2009, p. 25.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *Derechos Fundamentales y el Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Dilex, S.L., 2007
- HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2009.
- HARRIS, Marvin. *Nuestra Especie*. Alianza, Madrid, 1994.
- HERVADA, Javier. *Escritos de Derecho Natural*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 3era Edición, 2013.
- JUS Doctrina y Práctica, ¿Cuáles son los parámetros dentro de los cuáles se puede acceder a la información pública? , Nº 01, 2009.

- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1976.
- LÓPEZ ARANGÜREN, José Luis. *Ética y Política*. Editorial Guadarrama, Madrid, 1963.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Democracia*, Gran Enciclopedia Rialp, Tomo VII. Ediciones Rialp S.A., Madrid 1972.
- LUNA CERVANTES, Eduardo. “El derecho de petición”, en *La Constitución Comentada artículo por artículo*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- LUQUE RAZURI, Martín. *Acceso a la Información pública documental y la regulación de la información secreta*. Ara Editores, Lima, 2002.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Resultados de Consulta Ciudadana. Transparencia Económica y Fiscal: Estado de avance y tareas pendientes*. Lima, 2001.
- MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Reinvención de la democracia: el desafío de la democracia en el Perú*. Fondo Editorial del Congreso del Perú, 1º Edición, Lima, 2010.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, Lima, Gaceta Jurídica, 2011.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas y PIÑAR MAÑAS, José Luis. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ORREGO AZULA, César. *Derecho de Acceso a la información Pública*. Tesis (Master en Derecho). Piura: Universidad de Piura, 2006.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *En Defensa de la Constitución*, Lima, Palestra Editores, 2011.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Cuarta Edición, Madrid, Tecnos, 1991.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 12º Edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 2010.

PEZO CASTAÑEDA, Eduardo. “Transparencia y Acceso a la Información en las empresas públicas”, en *Actualidad Jurídica*, N° 222, 2012.

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *El derecho de acceso a la información en el Marco Jurídico Interamericano*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.1/09. 30 de diciembre de 2009.

RELATORÍA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Estudio especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, 2007.

RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo. *Privatización de la empresa pública y post – privatización*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2º Edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011.

SARTORI, Giovanni. *La Democracia en 30 Lecciones*. Santillana Ediciones Generales S.L., Madrid, 2009.

SERRANO PÉREZ, María Mercedes. El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado. Civitas, Madrid, 2003.

SOSA SACIO, Juan Manuel (coord.). *Los derechos fundamentales: estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*. Lima, Gaceta Jurídica, 2010.

VALLADOLID ZETA, Víctor. *Introducción al Derecho Constitucional*. Lima. Editora Jurídica GRIJLEY.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada”, en *Themis* N° 39. Lima: PUCP, 1999.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego y BACA ONETO, Víctor. *La Ley de Procedimiento Administrativo General 10 años después*. Lima, Palestra Editores, 2011.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADAS

- EXP. N° 214-2000-HD/TC.
- EXP. N° 950-2000-HD/TC.
- EXP. N° 315-2000-HD/TC.
- EXP. N° 915-2000- HD/TC.
- EXP. N° 1254-2000-HD/TC.
- EXP. N° 1048-2001-PA/TC.
- EXP. N.° 005-2001-AI/TC.
- EXP. N° 0905-2001-AA/TC.
- EXP. N° 0941-2001-AA/TC.
- EXP. N° 1851-2002-HD/TC.
- EXP. N° 1797-2002-HD/TC.
- EXP. N° 0011-2002-AI/TC.
- EXP. N° 1042- 2002/AA/TC.
- EXP. N° 2579-2003-HD/TC.
- EXP. N° 0007-2003-AI/TC.
- EXP. N° 2579-2003-HD/TC.
- EXP. N° 1219-2003-HD/TC.
- EXP. N° 2579 – 2003-HD/TC.
- EXP. N°0007-2003- AI/TC.
- EXP. N° 644-2004-HD/TC.
- EXP. N° 0050-2004-AI/TC.
- EXP. N° 301-2004-HD/TC.
- EXP. N° 3330-2004-AA/TC.
- EXP. N° 1956-2004-AA/TC.

- EXP. N° 4677-2004-PA/TC.
- EXP. N° 0042-2004-AI/TC.
- EXP. N° 1027-2004-AI/TC.
- EXP. N° 644-2004-HD/TC.
- EXP. N° 959-2004-HD/TC.
- EXP. N° 000004-2004-AI/TC y acumulados.
- EXP. N° 3619-2005-HD/TC.
- EXP. N° 1417-2005-AA/TC.
- EXP. N° 2273-2005-HC/TC.
- EXP. N° 3619-2005-HD/TC.
- EXP. N° 04739-2007-HD/TC.
- EXP. N° 1912-2007-HD/TC.
- EXP. N° 00009-2007-PI/TC.
- EXP. N° 00390-2007-PHD/TC.
- EXP. N° 04339-2008-HD/TC.
- EXP. N° 6238-2008-HD/TC.
- EXP. N° 03887-2008-PHD/TC.
- EXP. N° 6759-2008-PHD/TC.
- EXP. N° 04912-2008-HD/TC.
- EXP. N° 03351-2008-HD/TC.
- EXP. N° 4477-2009-HD/TC.
- EXP. N° 2838-2009-HD/TC.
- EXP. N° 4884-2009-HD/TC.
- EXP. N° 3156-2009-HD/TC.
- EXP. N° 00566-2010-HD/TC.
- EXP. N° 565-2010-HD/TC.
- EXP. N° 1347-2010-HD/TC.
- EXP. N° 03850-2011-AA/TC.
- EXP. N° 5104-2011-HD/TC.
- EXP. N° 1847-2013-HD/TC.
- EXP. N° 4865-2013-HD/TC.
- EXP. N° 03855-2013-HD/TC.
- EXP. N° 04027-2013-HD/TC.