

# El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la Constitución de 1999

ORLANDO CÁRDENAS PERDOMO\*

## I. INTRODUCCIÓN

EN LOS ÚLTIMOS AÑOS la transparencia de las acciones del Estado se ha considerado una condición consustancial de los regímenes democráticos ya que esta forma de gobierno excluye la ocultación y el secreto de las medidas y decisiones que se producen en favor de los intereses generales, lo anterior puede resumirse —como lo hace SAVELLI— en que la vida democrática exige «que todo pueda debatirse a la luz del sol»<sup>1</sup>.

Cuando aplicamos la idea de transparencia al ámbito administrativo surge el término «transparencia administrativa», el cual se usa como metáfora pues la transparencia constituye una propiedad física de los cuerpos. Los países que han incorporado la noción de transparencia administrativa a sus ordenamientos han experimentado una redefinición de las relaciones entre la Administración y los administrados, obligando a la primera a acompañar sus actuaciones con medidas de publicidad, de información activa y participación, mejorando así las garantías de las libertades públicas y reforzando al mismo tiempo el control sobre la Administración.

No obstante estas tendencias, Venezuela permaneció por muchos años de espaldas al proceso de apertura al que se han visto sometidas las Administraciones modernas, conservando la injustificada reserva de los archivos administrativos contenida en la Ley Orgánica de Administración

\* Abogado UCV 1992, Especialista en Derecho Administrativo UCV 1996, Doctor en Derecho Universidad Carlos III de Madrid 2000 (sobresaliente cum laude por unanimidad).

<sup>1</sup> Citado por Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, «El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales», *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 8, Madrid, 1976, p. 118.

Central en donde la opacidad era el signo distintivo. De ahí que no sea exagerado afirmar que el secreto constituyó una constante incrustada en todos los resortes activos de la Administración Pública venezolana. Frente a esta realidad los administrados eran cada vez más transparentes para la Administración, lo que suponía un inexplicable desequilibrio en los ejes de la relación<sup>2</sup>.

Finalmente, la noción de transparencia administrativa y el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos han hecho aparición en el ordenamiento jurídico venezolano a través de la Constitución de 1999, lo que representa una revolución sin precedentes en la forma en como se venían planteando las relaciones informativas entre los ciudadanos y la Administración. La Administración venezolana tradicionalmente acostumbrada a no informar y a mantener la información como patrimonio exclusivo, ahora se ve obligada a dar a conocer los datos que reposan en sus archivos. Dada la manifiesta trascendencia que tiene el derecho de acceso, trataremos de destacar sus aspectos más relevantes.

## II. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La transparencia se asocia al simbolismo de lo visible y accesible, por contraposición a lo cerrado, misterioso, inaccesible o inexplicable. La transparencia se identifica a la tranquilidad y serenidad provocada por todo aquello que se domina y racionaliza, por oposición a la angustia y perturbación de lo misterioso y desconocido. Siguiendo a RIVERO<sup>3</sup>, la palabra «transparencia» no constituye una creación de los juristas sino que aparece en el discurso político-sociológico identificada con la imagen de «la maison de verre» (la casa de cristal), en la que se pretende convertir a la Administración después del largo período de opacidad en el que ha permanecido.

La idea de transparencia aplicada al campo administrativo no se agota en un único instituto, sino que se entiende como un grupo de institutos y normas que, en su conjunto, delinean un modo de ser de la Administración, un objetivo a alcanzar a través de diversos medios<sup>4</sup>. La transparen-

<sup>2</sup> Como ejemplo de este desequilibrio obsérvese el artículo 28 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que establece la obligación de los administrados de facilitar a la Administración Pública la información de que dispongan. Sin embargo no existe una disposición que obligue a la Administración a suministrarle información a los administrados.

<sup>3</sup> Jean RIVERO, «Rapport de synthèse», *La transparence administrative en Europe*, París, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, p. 307.

<sup>4</sup> Gregorio ARENA, «Transparencia administrativa y democracia», *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 37, Oñati, 1993, p. 9.

cia administrativa, en general, cualifica el movimiento de apertura de la Administración hacia el exterior<sup>5</sup>. De ahí que la transparencia en la Administración no sea algo palpable y determinado, sino que constituye un ideal, un objetivo a alcanzar. Asimismo, la transparencia no precisa de una concreta relación con la Administración, sino que apunta hacia un aparato burocrático visible y accesible para cualquiera, sin que sea necesario estar involucrado como destinatario o parte interesada en una específica actividad administrativa.

El artículo 141 de la Constitución de 1999, reconoce al principio de transparencia como uno de los que fundamenta la actuación administrativa. En efecto, este precepto establece: «La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, *transparencia*, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho» (cursivas nuestras).

Con esta disposición, no queda duda sobre el carácter de principio general de la transparencia administrativa en Venezuela<sup>6</sup>. La transparencia administrativa encuentra fundamento en el principio democrático, pues a través de la accesibilidad, visibilidad y cognoscibilidad de la Administración, se refuerza el control sobre sus actos y se fortalece —al mismo tiempo— su legitimidad democrática<sup>7</sup>. El principio democrático no sólo significa una legitimación de la Administración en su origen y fundamento, sino también la exigencia de un control democrático en el ejercicio de sus atribuciones<sup>8</sup>. El régimen democrático contemporáneo descansa, en el plano organizativo, en las ideas de control y responsabilidad de los poderes públicos como materialización del principio de soberanía popular, y aquéllas sólo pueden tener lugar en la medida en que el principio

<sup>5</sup> Charles DEBBASCH (dir), *La transparence administrative en Europe*, París, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, pp. 11 y ss.

<sup>6</sup> Estimamos oportuno remitirnos nuevamente a Gregorio ARENA, quien a este respecto expresa: «en nuestra sociedad, sobre todo en los últimos años, la transparencia y la democracia han devenido dos conceptos tan relacionados que no es posible citar uno sin pensar en el otro, de tal modo que parece obvio afirmar que no puede ejercerse una verdadera democracia sin transparencia y al revés», «Transparencia administrativa y democracia...», op. cit., p. 9.

<sup>7</sup> En este sentido, Agustín CERRILLO MARTÍNEZ comenta: «el principio de transparencia de la actuación de la Administración pública, supone un refuerzo al principio democrático y a la tradicional legitimidad democrática, puesto que permite a los ciudadanos, que son los que en última instancia legitiman la actividad administrativa, formarse una opinión y conocer qué sucede en el interior de las oficinas públicas», *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 32.

<sup>8</sup> Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 318.

de transparencia presida el funcionamiento de las instituciones. Sólo en la medida en que la actuación de la Administración, en tanto que poder público, sea conocida, puede hablarse de un poder controlado y políticamente responsable. Además, la transparencia contribuye a la eficacia de la Administración, es garantía de la rectitud y objetividad de su actuación. Del lado de los administrados, la transparencia constituye un contrapeso de gran importancia frente a las prerrogativas de la Administración.

El reconocimiento de la transparencia administrativa como principio general en la actuación administrativa, hace obligatoria su presencia en las diversas actividades de la Administración. Los medios para alcanzar el ideal de transparencia generalmente están asociados a las regulaciones que establecen el acceso a los documentos administrativos y las que protegen el conjunto de datos personales de los individuos. Ambas manifestaciones de la transparencia administrativa están presentes en la nueva Constitución.

En primer lugar, el derecho de acceso está recogido, en el artículo 143, según el cual:

...los ciudadanos tienen derecho a ser informados oportunamente y verazmente, por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. *Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley, que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.* (cursivas nuestras).

En segundo lugar, la protección de los datos personales se encuentra regulada en el artículo 28 de la Constitución, que expresa: «Toda persona tiene derecho a acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados de carácter público, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos».

### III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS

Uno de los mecanismos que las legislaciones actuales contemplan para alcanzar la transparencia administrativa consiste en el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Este derecho garantiza la posibilidad de que los administrados se dirijan a la Administración y solici-

ten los documentos que estén en su poder. El conocimiento de la información en manos de la Administración acarrea todas las consecuencias positivas de la transparencia administrativa, tales como: la aceptación de los ciudadanos de las decisiones administrativas, el control del buen funcionamiento administrativo, el fortalecimiento de la eficacia administrativa y la disminución de la corrupción.

Hasta el reconocimiento del derecho de acceso los administrados eran meros sujetos pasivos sometidos a las labores de búsqueda de información de la Administración. Ahora, con el establecimiento del derecho de acceso, los administrados adquieren una postura activa que le permite dirigirse a la Administración y preguntar qué guarda en su interior. SÁNCHEZ MORÓN explica cuáles son las funciones de este derecho, a saber: *a)* pretende satisfacer el interés individual de los titulares del derecho a obtener una información que les puede afectar o que desean conocer, cualesquiera que sean las razones de su iniciativa. Desde este punto de vista —comenta el autor—, las normas que sancionan el acceso a la información contemplan un derecho subjetivo de carácter sustantivo, conectado con el derecho a la información, aunque mantengan su diferencia; *b)* desde una dimensión objetiva, el derecho repercute directamente sobre el funcionamiento de la Administración, ya que es una forma de evidenciar la responsabilidad de la Administración y de sus agentes, lo que estimula su eficacia y la corrección de su actuación y; *c)* el acceso a la información permite al particular adquirir elementos de conocimiento o de juicio que pueden ser necesarios para la defensa de sus derechos e intereses. Desde este enfoque, el derecho de acceso tiene un significado instrumental, ya que constituye un apoyo para el ejercicio de derechos de participación, de intervención en procedimientos administrativos o para la preparación de acciones y recursos<sup>9</sup>.

Las funciones que cumple el derecho de acceso permiten distinguirlo de las normas que tienen por finalidad difundir informaciones para el público en general. Estas formas de información se inscriben en un concepto de relaciones públicas de la Administración, que debe cuidar y convencer a su clientela. De ahí, la proliferación de las ruedas de prensa, portavoces, oficinas de información, intervenciones en medios de comunicación de altos cargos, etc.

Aunque hablamos del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, debemos precisar que la Constitución de 1999 no contiene

<sup>9</sup> Miguel SÁNCHEZ MORÓN, «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente», *Revista de Administración Pública*, N° 137, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 33-34.

el término «derecho» al referirse a la figura que nos ocupa. El primer aparte del artículo 143 hace referencia al derecho de los ciudadanos a ser informados por la Administración sobre el estado de las actuaciones y las decisiones adoptadas, y el segundo aparte, alude al acceso a los archivos y registros administrativos, al indicar: «Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos...». Si bien a primera vista no es evidente, a nuestro modo de ver, esta expresión consagra un verdadero derecho de acceso<sup>10</sup>.

Ciertamente, el artículo 143 contiene dos supuestos diferentes, pero relacionados entre sí. El primer supuesto, alude a la existencia de un derecho, y, en el segundo, al abordarse el tema del acceso se utiliza el término «asimismo», lo que ofrece una idea de continuidad y prolongación de lo expresado anteriormente. La continuidad apunta en dos sentidos: en primer lugar, hacia los destinatarios de la regulación y; en segundo, hacia la existencia de otro derecho frente a la Administración. Cuando se dice: «Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros..», se alude a los ciudadanos, para los cuales está prevista la posibilidad de acceder a los archivos; pero, además, a que éstos tienen —también— el derecho de acceso a los archivos y registros, así como lo tienen a ser informados por la Administración del estado de las actuaciones en las que están interesados.

A idéntica conclusión se llega al examinar la Exposición de Motivos de la Constitución, que al referirse al artículo 143 señala:

Se consagra en favor de ciudadanos y ciudadanas, el derecho a la información oportuna y veraz por parte de la Administración Pública. *Este derecho adquiere suficiente amplitud y precisión, ya que abarca lo relativo a las actuaciones de las cuales sean parte interesada, así como al conocimiento de las resoluciones definitivas que se dictaren, y acceso a los archivos y registros administrativos, salvo las excepciones legales.*

El derecho de acceso consagrado en la Constitución de Venezuela se asemeja —sin llegar a ser idéntico— al contenido en la Carta Fundamental de España. La similitud de la norma venezolana respecto a la española es tal, que incluso los límites mencionados en los respectivos textos constitucionales son los mismos. En efecto, las materias relacionadas con la seguridad del Estado, las investigaciones de delitos y la intimidad de las personas, constituyen los límites que ambas Constituciones expresamente admiten para el derecho de acceso.

La constitucionalización del derecho de acceso en Venezuela reafirma al principio de transparencia administrativa como valor del ordenamiento

<sup>10</sup> También éste es el parecer de Allan R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Arte, 2000, p. 84.

jurídico, que se inserta con fuerza vinculante para todos los sectores de la Administración Pública. Ha sido ampliamente admitido que la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, y que todos sus preceptos son aplicables<sup>11</sup>. La Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento y, en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos están sujetos a ella. Así expresamente lo prevé el artículo 7º de la Constitución, según el cual: «La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución».

De otra parte, el reconocimiento del derecho de acceso como manifestación del principio de transparencia impone, además, que la consulta de los archivos administrativos prevalezca sobre las excepciones en la materia. La constitucionalización del derecho convierte al acceso en regla de conducta para la Administración, la cual no debe obstaculizar el acceso, sino, por el contrario, facilitarlo sobre todas las cosas. Sólo excepcionalmente, si el acceso pudiere afectar algún interés protegido, aquélla podrá rechazar la consulta.

La entrada en vigor de la nueva Constitución supone la derogatoria parcial de la mayoría de las disposiciones relativas a los archivos administrativos<sup>12</sup>. La reserva ya no es una de las características consustanciales a los archivos, toda vez que su acceso o consulta no está sometida a la obtención de una autorización especial. La consagración del derecho de acceso conlleva una declaratoria implícita de publicidad de los archivos administrativos que, a partir de ahora, son accesibles por todos los ciudadanos. Esta publicidad no puede condicionarse ni legal ni administrativamente, por lo que el legislador debe cuidarse de no crear límites injustificados para el ejercicio del derecho. El derecho de acceso conlleva la consulta directa de los documentos requeridos, así como su consul-

<sup>11</sup> Como doctrina más calificada, *vid.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 63 y ss.

<sup>12</sup> Ciertamente, a partir de la entrada en vigor de la Constitución todas las disposiciones que la contradigan o se aparten de ella, quedaron automáticamente derogadas. En este orden de ideas, Allan R. BREWER-CARÍAS explica: «Una vez que entró en vigencia la Constitución, mediante su publicación en la Gaceta Oficial luego de la aprobación por referéndum el 15 de diciembre de 1999, el texto de la Constitución de 1999 comenzó a regir como norma suprema (artículo 7) y, por tanto, con las consecuencias que ello conlleva: en primer lugar, la supremacía misma, que implica tanto el poder derogatorio de la Constitución respecto de toda norma que contradiga o se aparte de las previsiones del texto constitucional; como la nulidad de todo acto estatal que se dicte en contravención con sus disposiciones», *La Constitución de 1999...*, op. cit., p. 227.

ta indirecta a través de su reproducción. Ahora cualquier ciudadano sin tener que alegar ni probar ningún interés específico puede solicitar la reproducción de los documentos administrativos.

La onda expansiva de apertura de los archivos administrativos generada por la Constitución también afecta a los órganos judiciales, mejorando su posición al momento de consultar los documentos de la Administración. Si bien el derecho de acceso está destinado para el público en general, y no para los poderes públicos, no podemos obviar que la declaratoria de publicidad se extiende en todas direcciones, por lo que es imposible e inapropiado acotarla exclusivamente a los ciudadanos. Sería un contrasentido sostener la publicidad de los archivos frente a los particulares, pero no frente a los órganos del Poder Público. Con esto no queremos decir que los órganos del Poder Público sean beneficiarios del derecho de acceso, sino que los argumentos que permitían colocar obstáculos al suministro de información administrativa han desaparecido, con lo que el acceso de los tribunales a los documentos administrativos debe facilitarse, sin mayores límites que los establecidos para el ejercicio del derecho de acceso por parte de los particulares.

#### IV. EFICACIA DEL DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS

La forma en que está previsto el acceso a los archivos administrativos, seguramente hará surgir distintas opiniones en torno a la eficacia del derecho que contiene el artículo 143 de la Constitución. No queremos crear polémica donde aún no existe, pero creemos que éste es el mejor momento para aclarar dudas sobre un aspecto que será fundamental en los primeros tiempos de vigencia del precepto. El artículo 143 establece: «Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley, que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto».

A nuestro entender, no resulta discutible que esta disposición consagra el derecho inmediato de acceso a los archivos y registros administrativos. Sin embargo, no podemos obviar la frase «de conformidad con la ley», que incorpora el precepto, cuya interpretación puede dar lugar a una polémica similar a la planteada en España. La remisión a la Ley resulta parecida a la contenida en el artículo 105.b) de la Constitución española, de ahí que los términos en que fue discutida la eficacia del derecho en

dicho país, puedan arrojar alguna luz para la interpretación de nuestro ordenamiento.

Una interpretación restrictiva indicaría que si bien el artículo 143 reconoce el acceso a los archivos como regla general, la inserción de la frase «de conformidad con la ley», contiene una expresa reserva material de Ley en relación con el surgimiento efectivo del derecho subjetivo de acceso a los archivos. Por esta razón, la inexistencia del desarrollo legal impediría que la Administración determinase, por sí sola, los supuestos en los que procede el acceso. Conforme a este argumento, la vinculación al ordenamiento no puede verse cumplida *per saltum* con una vinculación a los dictados de la Constitución, hipótesis que de aceptarse crearía inseguridad jurídica<sup>13</sup>.

En el otro extremo se encontraría la posición —a la cual nos sumamos desde ya— que defendería la eficacia directa del derecho de acceso, ya que la expresión «de conformidad con la ley» no lo condiciona. Si bien el artículo 143 reconoce el acceso a los archivos, sin perjuicio de las excepciones correspondientes y «de conformidad con la ley», ello no significa que el nacimiento del derecho de acceso deba esperar por la actuación del legislador. El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos ya existe, lo que el legislador hará posteriormente es ordenar la forma del acceso, pero no hay que esperar hasta ese momento para formular solicitudes a la Administración. En este sentido se pronuncia BREWER-CARÍAS, para quien: «desde que entró en vigencia la Constitución, la misma goza de *imperatividad*, es decir, de fuerza coercitiva inmediata y por sí misma, lo que implica que sus normas son de aplicación inmediata»<sup>14</sup>. En efecto, el artículo 143 no es un catálogo de principios vagos que requieran ser concretados por la interposición del legislador. Por el contrario, tiene un contenido bien definido, tanto positiva (el acceso de los ciudadanos a los registros y archivos administrativos), como negativamente (las excepciones referidas a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas).

Sobran los ejemplos en nuestra jurisprudencia para apoyar este argumento. Basta recordar que mucho antes de que fuese dictada la Ley Orgánica de Amparo, ya la Corte Suprema de Justicia había reconocido la eficacia directa del artículo 49 de la Constitución de 1961, que contemplaba la acción de amparo constitucional. De otra parte, el incuestionable ca-

<sup>13</sup> Vid. Luis Alberto POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1989, pp. 127-145.

<sup>14</sup> Allan R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999...*, op. cit., p. 228.

rácter de norma jurídica que posee la Constitución y su fuerza vinculatoria respecto a todos los poderes públicos, apuntan hacia la eficacia inmediata del derecho de acceso.

## V. VÍNCULOS ENTRE EL DERECHO DE ACCESO Y OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

### A. *El derecho a la información y el derecho de acceso*

El artículo 58 de la Constitución de 1999 consagra el derecho a la información en los siguientes términos: «La comunicación es libre y plural, comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral»<sup>15</sup>.

A diferencia de la Constitución de 1961, la nueva Carta Magna distingue entre la libertad de expresión (artículo 57) y el derecho a la información<sup>16</sup>. Al realizar esta distinción, la Constitución de 1999 se aproxima a la Constitución alemana (artículo 5), española (20.1.a y 20.1.d), portuguesa, así como a la Carta de los Derechos y Libertades de la Persona de Quebec de 1975. Esta diferenciación es acertada, pues el derecho a la información posee características propias que la distinguen de la libertad de expresión. Siguiendo a NOVOA MONREAL, la libertad de expresión tiene su centro de gravedad en el individuo que transmite a otros sus ideas y conocimientos, lo que le confiere carácter individualista. En cambio, el derecho a la información interesa y compromete a toda la sociedad y no exclusivamente al individuo, ya que versa sobre hechos o noticias de trascendencia pública<sup>17</sup>. La posibilidad de distinguir entre

<sup>15</sup> Respecto a este artículo Allan R. BREWER-CARÍAS comenta: «Una larga polémica se planteó respecto a la utilización de los adjetivos “oportuna, veraz e imparcial” para calificar la información que toda persona tiene derecho a recibir, no porque deba ser así, sino porque todos estos calificativos en la Constitución podrían dar lugar a que desde el Estado pueda establecer algún control para determinar la veracidad, la oportunidad o la imparcialidad de la información, y con ello el establecimiento de alguna «verdad oficial». En una Constitución signada por el principio de la progresión en la mayoría de los derechos individuales, esta regresión en materia de derechos individuales es inadmisibles, pues abre una grieta que puede servir al autoritarismo», *Ibidem*, p. 175.

<sup>16</sup> En efecto, la Constitución de 1961 sólo contenía el artículo 66, que expresaba: «Todos tienen el derecho de expresar su pensamiento de viva voz o por escrito y de hacer uso para ello de cualquier medio de difusión, sin que pueda establecerse censura previa».

<sup>17</sup> Eduardo NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, 4ta. edición, México, Siglo Veintiuno editores, 1989, p. 143.

ambas libertades no se traduce en su falta de conexión ya que, el derecho a la información es el presupuesto de la formación de la opinión, que precede a la expresión de ésta. La información facilita la formación y expresión de la opinión.

El artículo 58 de la Norma Fundamental de Venezuela no hace expresa mención al contenido del derecho a la información, en el sentido de que no alude directamente a las facultades de búsqueda, difusión y recepción de la información. No obstante, como veremos inmediatamente, el artículo 28 de la Constitución sí alude a la búsqueda de la información. De otra parte, los Convenios internacionales suscritos y ratificados por Venezuela que, según el artículo 23 de la Constitución, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, por lo que son de aplicación inmediata, también hacen referencia al contenido del derecho a la información<sup>18</sup>. En este sentido, remitimos a la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 (artículo 19)<sup>19</sup> y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (artículo 13)<sup>20</sup>. Si bien los Convenios citados versan sobre la libertad de expresión, debemos recordar que el derecho a la información tuvo sus orígenes en ésta y, que cuando los Convenios hacen referencia a las facultades de búsqueda, recepción y difusión de la información, se está siguiendo un criterio superado, que concebía el derecho a la información como manifestación de la libertad de expresión y opinión. De esta forma, cuando el derecho a la información obtuvo su carta de naturaleza propia y llega a distinguirse de la libertad de expresión, arrastró las facultades que le son inherentes, es decir, la búsqueda, difusión y recepción de la información.

Estas facultades se refieren a los diversos aspectos concurrentes en el proceso informativo. En primer lugar, la búsqueda de información alude al conjunto de tareas previas para la difusión y recepción de la infor-

<sup>18</sup> El artículo 23 de la Constitución de 1999 establece: «Los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

<sup>19</sup> Dicho artículo expresa: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye 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»

<sup>20</sup> Según este precepto: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de elección».

mación. Tradicionalmente esta libertad se ha encontrado vinculada a la actividad periodística. En segundo lugar, la libertad de difundir información alude a la libertad de informar, y aunque cualquier individuo puede servirse de los medios de comunicación social, está claro que la libertad de informar es ejercida masivamente por los medios de comunicación y los profesionales del sector. Por último, la libertad de recibir información supone la contrapartida de la facultad de difusión y comporta la libertad de todo individuo de recibir libremente información sin restricciones o trabas injustificadas. La interpretación más extendida de esta última facultad indica que se refiere únicamente a las informaciones e ideas transmitidas por los medios de comunicación social.

Descrito brevemente el contenido del derecho a la información, podemos apuntar los vínculos que mantiene con el derecho de acceso. El primer punto de encuentro entre dichos derechos, coloca al derecho de acceso como instrumento de los medios de comunicación y periodistas para consultar los archivos y registros administrativos. Este vínculo encuentra reflejo en el texto constitucional de 1999 ya que, conforme al artículo 28, toda persona tiene derecho de acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información de interés para comunidades o grupo de personas. A través de esta disposición, se consolida la facultad de búsqueda como elemento indispensable del derecho a la información, que utilizado por los medios de comunicación o periodistas, permite acceder a documentos de cualquier índole, incluyendo los de carácter administrativo. Ahora bien, al existir una disposición específica para la consulta de los archivos y registros administrativos, la búsqueda de la información contenida en éstos, debe realizarse a través del mecanismo habilitado al efecto, es decir, mediante el ejercicio del derecho de acceso. De esta forma, el derecho de acceso se convierte en una herramienta al servicio del derecho a la información. La aplicación conjunta de ambos derechos acarrea la apertura de las arcas informativas de la Administración, con lo que, los profesionales de la información pueden difundir aquellos asuntos de trascendencia pública contenidos en los archivos y registros administrativos, lo que contribuirá, en definitiva, a la conformación de una opinión pública libre<sup>21</sup>.

El segundo vínculo entre los derechos reviste mayor importancia, pues identifica al derecho de acceso como manifestación concreta, en el campo administrativo, del más general derecho a la información. Dicho vínculo se apoya en la interpretación amplia de la facultad de búsqueda de la

<sup>21</sup> En este sentido, *vid.* JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. (Análisis del artículo 105.b de la Constitución)*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 102-104.

información, entendiéndola ejercitable por toda la colectividad y sus miembros, distanciándose de su tradicional lectura, que la coloca a disposición exclusiva de los periodistas. Conforme dicha interpretación, la colectividad y sus miembros no están condenados a ejercer un rol meramente pasivo, sino que el derecho a la información, especialmente la facultad de búsqueda, está pensada para aquellos destinatarios de la información inquietos, que no se conforman con ser meros receptores pasivos de lo que otros transmiten, sino que se movilizan en la búsqueda y obtención de la información que les interesa<sup>22</sup>. Cuando dicha información se encuentra almacenada en los archivos y registros administrativos, la labor de búsqueda se canaliza a través del ejercicio del derecho de acceso, puesto que no existe otra vía para consultar los datos administrativos<sup>23</sup>.

De la lectura de los artículos 28 y 58 de la Constitución, se desprende con claridad que el derecho a la información y en particular el derecho a buscar información, están previstos para todas las personas. Aunque los medios de comunicación y periodistas lo ejerciten con mayor frecuencia, ello no desdibuja la titularidad que le corresponde a la colectividad y sus miembros, quienes tienen el derecho de informarse y recibir información en los asuntos que le interesen. El derecho a informarse previsto en el artículo 28, se presenta más amplio que el derecho de acceso, pues está consagrado para todas las personas y tiene como objeto documentos de cualquier naturaleza, lo que sirve para defender la relación género-especie respecto al derecho de acceso. De otra parte, la búsqueda de información, tal y como la entiende la Constitución de 1999, se identifica con la actitud activa del requirente de información, toda vez que éste se dirige directamente a las fuentes de datos para ubicar aquello que le interesa. Carácter activo que también se encuentra presente en el derecho de acceso, pues el particular interesado en determinada información administrativa debe acudir ante la Administración y solicitar los documentos correspondientes. El acceso a los documentos administrativos únicamente se concreta por medio de la solicitud del particular, ya que la Administración no desarrolla una tarea divulgativa de los datos almacenados en sus archivos y registros.

<sup>22</sup> Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 19-20.

<sup>23</sup> Gregorio ARENA defiende esta interpretación, pues comenta: «cuando se ejercita el derecho de acceder a un documento administrativo se realiza un perfil particular del más general derecho a la información frente a la Administración pública; es ciertamente verdad que el objeto inmediato del derecho de acceso son los documentos, pero sólo porque no hay otro modo para acceder a las informaciones que están en ellos representadas y, en consecuencia, para trabar el conocimiento que el solicitante de acceso estima que pueda permitirle tutelar una situación jurídicamente relevante, propia o ajena», «La transparencia administrativa», *Documentación Administrativa*, N° 248-249, Madrid, INAP, 1997, p. 375.

El argumento definitivo que ratifica el carácter del derecho de acceso como manifestación del derecho a la información, deriva del propio artículo 143 de la Constitución. Según se ha expuesto, dicho precepto consagra el derecho a la información sobre el estado de las actuaciones administrativas, así como el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Ambos supuestos —aunque distintos— presentan un factor común: la obtención de información administrativa.

No es mera casualidad que en el primer supuesto la disposición haga expresa mención al «derecho a la información» de los ciudadanos. Con dicha alusión, la Constitución establece el vínculo entre el derecho a la información en general y el derecho a informarse sobre el estado de las actuaciones como expresión de aquél. Ahora bien, la referencia al derecho a la información no se circunscribe al primer supuesto, sino que trasciende a toda la disposición, por lo que el acceso a los archivos y registros administrativos representa otra forma de manifestación del derecho a la información en el campo administrativo.

La relación género especie entre el derecho a la información y derecho de acceso, se desprende con claridad de la Exposición de Motivos de la Constitución, según la cual, el artículo 143: «consagra en favor de ciudadanos y ciudadanas, el derecho a la información oportuna y veraz por parte de la Administración Pública. *Este derecho* [se refiere al derecho a la información] *adquiere suficiente amplitud y precisión, ya que abarca lo relativo a las actuaciones de las cuales sean parte interesada, así como al conocimiento de las resoluciones definitivas que se dictaren, y acceso a los archivos y registros administrativos, salvo las excepciones legales*».

### *B. El derecho a la participación y el derecho de acceso*

La Constitución de 1999 contiene varias normas destinadas a la participación política y administrativa<sup>24</sup>. En este sentido, el artículo 6° declara el carácter participativo del Gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen<sup>25</sup>. Por su parte, el artículo 62 consagra el derecho de participación política directa de los ciudadanos, así la partici-

<sup>24</sup> Si bien la Constitución de 1999 reconoce el derecho a la participación política, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1996 (bajo el imperio de la Constitución de 1961), reconoció el derecho a la participación política como derecho humano de rango constitucional. *Vid.* Carlos AYALA CORAO, «El derecho a la participación política de los pueblos indígenas», *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 26, San José de Costa Rica, 1997, pp. 107-134.

<sup>25</sup> El artículo 6° establece: «El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables».

pación indirecta a través de sus representantes<sup>26</sup>. El contenido de la participación política se encuentra desglosado en el artículo 70, según el cual: «son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros»<sup>27</sup>. Asimismo, respecto a la participación administrativa, la Constitución incluye al principio de participación como fundamento de la actividad de la Administración Pública (artículo 141).

La participación política, al estar circunscrita al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, no abarca al derecho de acceso. A pesar de que ambas figuras encuentran su fundamento último en el régimen democrático, discurren por caminos distintos. La participación política se conecta con el ejercicio de la soberanía popular y el derecho de acceso responde al principio de transparencia administrativa. De otro lado, el derecho de acceso tampoco constituye un mecanismo de participación administrativa, pues no encuadra en los supuestos de participación procedimental u orgánica.

Aunque el derecho de acceso no puede catalogarse como expresión de la participación política o administrativa, sí guarda importantes nexos con estos derechos. La información obtenida a través del acceso a los archivos y registros administrativos permitirá que los ciudadanos dispongan de los datos necesarios para sacar el máximo provecho a su participación.

Por lo certero del comentario, acudimos a ÁLVAREZ RICO, quien a este respecto expresa:

...para participar activamente, y no de manera vaporosa y distante, en la resolución de los asuntos que interesan a la colectividad, a cualquier nivel (...) para expresarse con libertad, y a la vez con responsabilidad, hace falta disponer de una información acorde con aquello que se debate. Para criticar el hacer de los funcionarios y empleados públicos, más

<sup>26</sup> El segundo párrafo de la disposición, dispone: «La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica».

<sup>27</sup> La disposición también prevé medios de participación en lo social y económico, a saber: «las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y solidaridad».

allá de una mera reacción contestataria sin base suficiente, se requiere contar con un arsenal de datos y antecedentes que permitan enjuiciar con objetividad lo que deciden aquéllos en el ejercicio de sus funciones. Y, en definitiva, para ejercitar los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, inserta en un contexto social determinado, debemos convencernos que sólo si goza de información adecuada desplegará recatemente dichos derechos y libertades, recordando la expresión ahora tan de moda de que «sólo quien está bien informado es verdaderamente libre»: *sin información no hay participación*.<sup>28</sup> (cursivas nuestras).

### *C. El derecho de acceso y la actividad administrativa venezolana*

Las bondades del derecho de acceso en relación con la actividad de la Administración entroncan directamente con las causas que impulsaron el surgimiento del principio de transparencia administrativa. Ciertamente, la libre consulta de los archivos y registros administrativos mejora la imagen de la Administración Pública ante los ciudadanos, por lo que, al hacerse transparente la gestión administrativa, se incentiva, además, el cumplimiento voluntario de las decisiones administrativas. Igualmente, la eficacia administrativa se ve fortalecida con la incorporación del derecho de acceso. De otra parte, al convertirse los archivos administrativos en públicos se facilita el control de la Administración por parte de la colectividad y de los órganos competentes. Por último, la transparencia administrativa constituye una de las mejores herramientas para combatir la corrupción.

La llegada del nuevo derecho a la realidad administrativa venezolana, sin duda que traerá todos los beneficios apuntados anteriormente. Sin embargo, debemos decir que su éxito dependerá de la capacidad de la Administración Pública de organizar adecuadamente sus archivos. Para nadie es un secreto la desorganización existente dentro de los archivos administrativos venezolanos, lo que es bastante preocupante en una época en que el crecimiento de dichos materiales tiene un ritmo bastante acelerado. Otro obstáculo que habrá que vencer para que el derecho de acceso rinda sus frutos, está referido a la falta de profesionalidad de los funcionarios que tienen encargada la labor de archivo. De otra parte,

<sup>28</sup> Manuel ALVAREZ RICO, «El acceso de los ciudadanos a los documentos, «El acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos», *Documentación Administrativa*, N° 182, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1979, pp. 105 y 126. En el mismo sentido, Fernando SAINZ MORENO indica que «el secreto administrativo, o lo que es igual, el secreto del poder, es incompatible con la libertad y hace imposible una real participación ciudadana en los asuntos públicos», «Secreto e información en el Derecho Público», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Madrid, Civitas, 1991, p. 2864.

habrá que superar la arraigada costumbre de no informar de los funcionarios públicos.

Llevará tiempo subsanar las profundas deficiencias de los archivos de la Administración Pública venezolana, así como erradicar la tendencia al secretismo de los funcionarios públicos, por lo que es previsible una etapa de transición para que tanto los ciudadanos como la Administración venezolana tomen conciencia de la trascendencia y alcance del derecho de acceso.

## VI. ELEMENTOS DEL DERECHO DE ACCESO

### *A. Los titulares del derecho*

El centro de gravedad en el tema de la titularidad del derecho reside en la exigencia o no de un interés determinado para acceder a los archivos administrativos. La concepción amplia admite que el derecho puede ser ejercido por cualquier persona<sup>29</sup>. En cambio, la concepción restringida requiere que el derecho de acceso se ejerza exclusivamente por quienes tienen un interés específico<sup>30</sup>.

El acceso a los documentos administrativos, al ser una manifestación del principio de transparencia administrativa, no puede ser limitado mediante la exigencia de un interés determinado. Esta exigencia desnaturalizaría la esencia del derecho, que persigue una Administración más visible y accesible, a través de la libre consulta de la información que reposa en sus archivos.

<sup>29</sup> Dentro de la concepción amplia se ubican el ordenamiento francés, estadounidense y español. En Francia los beneficiarios del derecho de acceso incluye tanto a las personas físicas como jurídicas —tanto de derecho privado como público—, nacionales y extranjeros (incluso aunque no residan en Francia), así como a los funcionarios. Igualmente, en Estados Unidos cualquier persona puede ser beneficiario del derecho de acceso, lo que incluye tanto a los nacionales como a los extranjeros, cualquier tipo de organismo público o privado, excepto los organismos públicos federales. La interpretación que se le ha dado a la Federal of Information Act (FOIA) ha sido bastante extensiva ya que incluso los extranjeros que no residen en el país pueden dirigir solicitudes de información a las instituciones estadounidenses, así como los gobiernos de Estados extranjeros que son incluidos dentro de la noción de organismos públicos. Por último, España también aplica la concepción amplia del derecho de acceso, ya que el término «ciudadanos» al que hacen mención las disposiciones constitucionales y legales ha sido interpretado de manera amplia para no excluir a los extranjeros y a las personas jurídicas.

<sup>30</sup> En la concepción restrictiva de la titularidad del derecho se encuadra la experiencia italiana. La Ley 241, de 7 de agosto de 1990, contempla el acceso a los documentos administrativos para aquellos que tengan un interés jurídicamente relevante. En este sentido, son titulares del derecho de acceso los ciudadanos italianos, individuales o asociados, las Administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos extranjeros cuya solicitud de acceso esté motivada por la exigencia de tutelar una «situación jurídica relevante».

De otra parte, el movimiento de apertura que está detrás del derecho de acceso, no precisa de una concreta relación con la Administración, de ahí que éste pueda ser ejercido por cualquier particular.

Partiendo de estas premisas, observamos que el derecho de acceso previsto en la Constitución de 1999, se reconoce a favor de todos los ciudadanos, lo que indudablemente descarta el principio de interés presente en los procedimientos administrativos. De esta forma, Venezuela se suma al grupo de países que acertadamente permiten el acceso a los archivos administrativos sin requerir un interés determinado en los documentos que se consulten. El concepto «ciudadanos» constituye una noción más amplia que la de «interesados», pero también más restringida que la de «administrados», ya que, en principio, excluye a los extranjeros y personas jurídicas como titulares del derecho de acceso.

Aun cuando la Constitución contempla el derecho de acceso para los ciudadanos, ello no se traduce en la imposibilidad absoluta de que los extranjeros puedan ser titulares del mismo. El artículo 39 de la Carta Magna indica que los extranjeros, residentes en el país, gozarán de los mismos derechos y deberes que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas en la Constitución y las leyes. Los límites que la Constitución impone a los extranjeros se circunscriben al ejercicio de algunos derechos políticos, así como el desempeño de determinados cargos públicos<sup>31</sup>. La distinción entre nacionales y extranjeros en el ámbito de los derechos políticos se acorta en el ámbito local, ya que el artículo 65 de la Constitución reconoce el voto de los extranjeros, mayores de dieciocho años de edad y con más de diez años de residencia en el país, para las elecciones estatales, municipales y parroquiales. La expresión «ciudadanos» utilizada por la Carta Magna para el derecho de acceso debe interpretarse en relación con el derecho a la información previsto en el

<sup>31</sup> El artículo 40 de la Constitución establece: «Los derechos políticos se reservan a los venezolanos y venezolanas. Gozarán de los mismos derechos que los venezolanos y venezolanas por nacimiento los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría». Por su parte, el artículo 41 señala: «Sólo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, Presidente y Vicepresidente de la Asamblea Nacional, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Procurador General de la República, Contralor General de la República, ministros de asuntos referidos a seguridad de la nación, finanzas, energía y minas, gobernadores, y alcaldes de los estados fronterizos». Por último, el artículo 42 dispone: «Los venezolanos y venezolanas por naturalización podrán ejercer cargos de representación en la Asamblea Nacional, Ministro, Fiscal General de la República, Procurador General de la República, Defensor del Pueblo, Gobernadores de Estado y Alcaldes no fronterizos si poseen domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela, no menos de quince (15) años y si cumple los requisitos de aptitud previstos en la ley».

artículo 58, que lo dispone para toda persona, independientemente de su condición de nacional o extranjero.

La inclusión de los extranjeros como sujetos activos del derecho de acceso resulta acertada en la medida en que éstos tengan la condición de administrados y, por tanto, susceptibles de ser afectados por las decisiones y actuaciones de la Administración. De ahí que resulte lógico que se le permita, en su condición de administrados, consultar las interioridades de la Administración, bien para el mejor ejercicio de sus derechos, o por el simple hecho de saber cómo funciona ese órgano que le controla y supervisa. No todos los extranjeros podrían alegar la titularidad del derecho, sólo aquéllos que residan legalmente en el país. Esta alusión reviste gran importancia, sobre todo a la luz de la experiencia de Estados Unidos, en donde el acceso puede ser ejercido por extranjeros residiendo fuera del país, con lo que el conjunto de legitimados prácticamente incluye a toda la humanidad. Por esta circunstancia, nos parece apropiado el requisito de la residencia en el país, ya que estos extranjeros tienen contacto con la Administración Pública venezolana y se encuentran dentro de su radio de acción.

Desde este punto de vista, el ejercicio del derecho de acceso por parte de los «ciudadanos», no debe ser considerado en su sentido estricto de ciudadano venezolano, sino en uno más amplio, que abarca a todas aquellas personas extranjeras que se encuentren legalmente residiendo en Venezuela. En consecuencia, en lo que el derecho de acceso se refiere el *status* de los extranjeros, residentes legalmente en Venezuela, es idéntico al de los venezolanos.

La misma conclusión puede alcanzarse para las personas jurídicas, dado que el derecho a la información (artículo 58) no se prevé de forma exclusiva y excluyente para las personas naturales, sino que —como se ha dicho— se coloca a disposición de todas las personas. Esta conclusión se ratifica al remitirnos al artículo 28 que también establece el derecho a informarse para «toda persona», lo que evidentemente incluye a las personas jurídicas.

La inclusión de las personas jurídicas como titulares del derecho de acceso resulta lógica, pues éste no concreta un derecho político, sino que se inserta en las relaciones entre la Administración y los administrados. De modo, que la condición de ciudadano no debe presentar relevancia significativa en la medida en que las personas jurídicas son —en buena parte— destinatarios de la actividad administrativa. Si se privase a las personas jurídicas del derecho de acceso, se les colocaría en situación de desventaja respecto al resto de los administrados, dado que no podrían obtener la información que le resulte útil para el ejercicio y defensa de sus derechos. Dicha limitación haría un flaco servicio a la transparencia

administrativa, puesto que para garantizar este principio, la posibilidad de acceder a los documentos administrativos debe referirse a todos los sujetos del ordenamiento, sin exigir determinados requerimientos cognoscitivos a los solicitantes de información.

### *B. Sujetos pasivos del derecho*

De la lectura conjunta de los artículos 141 y 143 del texto constitucional, puede deducirse la clara voluntad de proclamar la vigencia del principio de transparencia y el derecho de acceso en todas las Administraciones Públicas. Cuando el artículo 141 se refiere a la Administración Pública, alude a las Administraciones Públicas en general, y no sólo a la Administración Pública Nacional. La aplicación del principio de transparencia y del derecho de acceso para todas las Administraciones Públicas deriva directamente del carácter de norma suprema de la Constitución, la cual vincula a todos los poderes públicos sin distinguir el nivel en donde desplieguen su actividad. De esta forma, el derecho de acceso afecta a la Administración Nacional, Estatal y Municipal.

El derecho de acceso ya había sido reconocido a nivel municipal. En este ámbito, la Administración se encuentra más cercana a los ciudadanos y, por tanto, la necesidad de que ésta fuese visible y accesible surgió con mayor prontitud. El derecho previsto en la LORM y en la Constitución es el mismo, por lo que la aparición de la fórmula constitucional no introduce ningún cambio o modificación al acceso de los archivos y registros municipales. Por el contrario, la constitucionalización del principio de transparencia administrativa y del derecho de acceso refuerza la institución local, ya que ahora el derecho disfruta de las garantías que acompañan a los derechos constitucionales, tales como la acción de amparo constitucional.

Además, la Administración Pública estatal también está sometida a la obligación de facilitar el acceso a los archivos y registros administrativos. La introducción del derecho de acceso en el ámbito estatal es novedoso a diferencia de lo que sucede en los Municipios. A nuestro entender, no resulta procedente alegar la vulneración de la autonomía de los Estados como obstáculo para la aplicación del derecho de acceso, tal y como ocurrió con la promulgación de la LOPA<sup>32</sup>. Por el contrario, la fuerza

<sup>32</sup> A este respecto, Luis TORREALBA NARVÁEZ explica que: «mediante una Ley y por el solo hecho de la Ley, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, no puede establecer las normas para la organización y funcionamiento de las esferas autonómicas, estatales y municipales», «La aplicabilidad de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a los Estados y Municipios», *Archivo de derecho público y ciencias de la Administración*. El

vinculante del mandato constitucional alcanza a la Administración estatal y, en consecuencia, la eficacia del derecho de acceso resulta indiscutible.

Evidentemente, la Administración Pública Nacional se encuentra sometida al derecho de acceso, y no podía ser de otro modo, ya que constituye una de las principales depositarias de información administrativa. Dentro de la Administración Pública Nacional puede distinguirse entre la Administración Pública Central y la Administración Pública Descentralizada. Entre los órganos de la Administración Central afectados por el derecho de acceso, podemos mencionar: los organismos de la Presidencia de la República, Ministerios, Oficinas Centrales de la Presidencia, Comisiones y Comisionados Presidenciales, organismos de coordinación presidencial o interministerial y autoridades únicas de área. Cuando se hace referencia a la Administración Central se alude a los órganos mencionados en el Decreto N° 369 de 5 de octubre de 1999, que reforma la Ley Orgánica de Administración Central. No obstante, no toda la Administración Central se encuentra regulada en dicho instrumento, dado que existe otro órgano que forma parte de ésta, pero que no se menciona en el Decreto N° 369. Nos referimos, a la Procuraduría General de la República que como cuerpo de asesoría legal y de representación judicial y extrajudicial de la República, forma parte de la Administración Central y, como tal, también está sometido al derecho de acceso.

Por su parte, la organización de la Administración Pública Descentralizada depende de la forma jurídica empleada por el Estado para constituir los entes descentralizados. En efecto, como comenta BREWER-CARÍAS:

...el Estado no sólo ha utilizado formas de derecho público sino también formas de derecho privado y, por tanto, forman parte de la Administración Pública Descentralizada, no sólo los establecimientos públicos en sus diversas formas y, entre ellos, básicamente, los Institutos Autónomos como típica forma de derecho público de la Administración Descentralizada; sino que también forman parte de la Administración Descentralizada, aquellas entidades constituidas por el Estado con formas jurídicas de derecho privado, como las empresas del Estado y las Fundaciones creadas y dirigidas por el Estado<sup>33</sup>.

Las entidades descentralizadas con forma de derecho público, como los Institutos Autónomos, son sujetos pasivos del derecho de acceso, ya que

*procedimiento administrativo*, Vol. IV, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1983, p. 264. En el mismo sentido, Gustavo URDANETA TROCONIS, «En torno a la aplicabilidad de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a los Estados y a los Municipios», *Archivos de derecho público...*, op. cit., pp. 275-287.

<sup>33</sup> Allan R. BREWER-CARÍAS, «Introducción al régimen de la Ley Orgánica», *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 8ª edición, 1994, op. cit., p. 20.

ejercen actividades y competencias del Estado y, en esa medida, sus archivos pueden calificarse como administrativos. Pero además, existen otros entes descentralizados con forma de derecho público y con carácter estatal que también se encuentran afectados por el derecho de acceso. Nos referimos a los establecimientos públicos corporativos como las Universidades nacionales, así como al Banco Central de Venezuela, establecimiento público estatal que tiene funciones reguladas por el derecho público. Faltaría determinar si las entidades descentralizadas con forma de derecho público, pero que no forman parte de la estructura organizativa del Estado, también están sometidas a la obligación de facilitar el acceso a sus archivos. Dentro de esta categoría están los Colegios Profesionales o las Academias, quienes al momento de ejercer competencias administrativas estarían igualmente sometidas al derecho de acceso.

Las entidades descentralizadas con forma de derecho privado realizan, en principio, actividades que se enmarcan en el ámbito del derecho privado, en las cuales no se ejercen potestades ni poderes públicos. Siendo esto así, el derecho de acceso no sería ejercitable en dichas entidades, pues éste supone la consulta de datos que por su relación con la actividad administrativa puedan interesar a los administrados. Ahora bien, la llamada «huida del Derecho Administrativo» explica como, cada vez con mayor frecuencia, se utilizan entes con forma de derecho privado para desempeñar funciones y potestades administrativas<sup>34</sup>. En este sentido, la información almacenada y utilizada por dichas entidades, cuando ejercieran competencias administrativas, revisten el mismo carácter y, por lo tanto, la consulta de sus archivos es posible gracias al ejercicio del derecho de acceso.

La aplicación del derecho de acceso a las entidades descentralizadas con forma de derecho público y privado, cuando fuere procedente, también abarca los entes de la misma naturaleza a nivel estatal y municipal.

El acceso a la información administrativa, prescindiendo de la forma de derecho privado o público del ente que la contenga, es admitida tanto en Francia como en Estados Unidos. En efecto, la Ley francesa incluye dentro de los sujetos pasivos a los organismos de derecho privado encargados de la gestión de los servicios públicos. Del mismo modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha incluido entre los sujetos obligados por el acceso a las autoridades administrativas independientes. Por su parte, la Ley de Estados Unidos incluye entre los sujetos pasivos a toda

<sup>34</sup> Vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *Revista de Administración Pública*, N° 126, Madrid, 1991; y, Silvia DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992.

institución que desempeñe una función administrativa o que controle datos de interés general. La Federal of Information Act de Estados Unidos, considera como agencia a todo departamento del Ejecutivo, civil o militar, a toda sociedad nacional o bajo control del gobierno, así como toda entidad nacional dependiente del Poder Ejecutivo o todo organismo reglamentario independiente<sup>35</sup>.

El criterio del Consejo de Estado francés (según el cual las autoridades administrativas independientes están sometidas al derecho de acceso), no resulta aplicable, sin más, al caso de Venezuela. Lo que en Francia, y también España, se denomina autoridades administrativas independientes, en Venezuela lo conocemos como entes con autonomía funcional, entre las que se encuentran: la Fiscalía, Contraloría General de la República y Consejo Nacional Electoral. Dichos entes cumplen funciones de control y no son encuadrables dentro de ninguno de los tres poderes clásicos del Estado. De ahí que el acceso a los archivos de dichos entes sólo sea posible en la medida en que la Ley que desarrolle el derecho lo disponga expresamente<sup>36</sup>.

### *C. Objeto del derecho*

El artículo 143 de la Constitución prevé el derecho de acceso sobre los «archivos y registros administrativos». Esta referencia coincide con la terminología empleada por la LORM, que desarrolla el ejercicio del derecho a nivel municipal.

<sup>35</sup> Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos...*, op. cit., pp. 75-81 y p. 34.

<sup>36</sup> La necesidad de la previsión legal expresa se aprecia en el artículo 1° de la LOPA, según el cual: «...la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, ajustarán igualmente sus actividades a la presente Ley, en cuanto les sea aplicable». A este respecto, Allan BREWER-CARÍAS comenta: «¿por qué la Ley habla de la Fiscalía y de la Contraloría General de la República? En primer lugar, porque no se trata de órganos que forman parte de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada. Nos encontramos con un tercer género dentro de lo que se denomina la Organización Administrativa Nacional. Además de la Administración Central y de la Administración Descentralizada, hay una serie de organizaciones en la Administración Pública Nacional, órganos que se han venido delineando en nuestro ordenamiento constitucional, y que tienen y gozan de autonomía funcional y que, por tanto, no tienen dependencia jerárquica respecto a ninguno de los tres clásicos poderes del Estado, siendo en general, entes que tienen funciones de control. Ni la Fiscalía ni la Contraloría dependen del Congreso, ni del Poder Ejecutivo, ni del Poder Judicial, y por eso, el legislador se sintió obligado a mencionarlas expresamente, a los efectos de señalar que esas entidades, siendo parte de la Administración Nacional, están sometidas a la Ley Orgánica...», «Introducción al régimen de la Ley Orgánica...», op. cit., p. 22.

En cuanto al concepto de archivos, debemos remontarnos a la LOAC de 1976, cuyo artículo 51 preveía la existencia de un archivo general en todos los organismos de la Administración Pública Nacional, en donde se conservaban los expedientes que tuviesen más de tres años terminados o paralizados<sup>37</sup>. Aunque dicha disposición está derogada, a nuestro entender permanecen inalterables las nociones que la fundamentan, por lo que entendemos válida la noción de «archivos» que propugna como: *aquellos lugares destinados al almacenamiento y conservación de los expedientes y documentos*.

Por su parte, el concepto de registro lo encontramos en el artículo 44 de la LOPA, que dispone que todas las dependencias públicas llevarán un registro de presentación de documentos, en el cual se dejará constancia de todos los escritos, peticiones y recursos que se presenten por los administrados, así como de las comunicaciones de otras autoridades. El registro funciona, pues, como instrumento de control, no sólo de la entrada, sino también de la tramitación de los escritos, peticiones y recursos de los particulares, así como de las comunicaciones de otras autoridades.

Si bien la Constitución no hace mención expresa a los documentos administrativos, esta noción es consustancial al derecho de acceso, ya que los documentos constituyen el soporte físico que acoge la información<sup>38</sup>. El archivo está compuesto por un conjunto de documentos y el registro sirve como instrumento de control de la entrada, tramitación y salida de los documentos. Por ello, no es errado precisar que la noción de docu-

<sup>37</sup> Nos remitimos a la LOAC de 1976, toda vez que el Decreto N° 369, del 5 de octubre de 1999, no contiene una disposición que permita extraer un concepto de los archivos. En efecto, el precepto que sustituye el artículo 51 de la LOAC elimina la finalidad de conservación que tienen los archivos, poniendo hincapié en el traspaso de los archivos parciales de la Administración al Archivo General de la Nación. Así, el artículo 72 del Decreto expresa: «en la Presidencia de la República, en cada Ministerio y demás organismos de la Administración Pública Nacional habrá una unidad de archivos administrativos con la finalidad de valorar, seleccionar, desincorporar y transferir a los archivos intermedios o al Archivo General de la Nación, según sea el caso, los documentos, expedientes, gacetas y demás publicaciones que deban ser archivados por haber cumplido con las condiciones estipuladas por el reglamento respectivo, de acuerdo a los lapsos de retención».

<sup>38</sup> A este respecto, José Antonio DOMÍNGUEZ LUIS expresa que «la noción de documentación es una noción objetiva, en tanto que la de información es una noción subjetiva, relativa. Aquélla sirve de base materia de ésta: el documento constituye el soporte físico que acoge la información como producto intelectual del hombre... En suma, básicamente el soporte es un concepto puramente material que se opone a la información, que presenta, por naturaleza, un carácter inmaterial. La expresión jurídica del soporte de información constituiría el documento», «El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 88, Madrid, Civitas, 1995, pp. 537 y 543.

mento constituye el concepto básico e informador de los archivos y registros, y que cuando se contempla el acceso a los archivos y registros, se está admitiendo el acceso a los documentos administrativos<sup>39</sup>.

Cuando se habla de documento administrativo se tiende a pensar en algún tipo de material escrito. No obstante, coinciden todas las regulaciones de Derecho comparado en que el término documento se aplica a cualquier tipo de formato gráfico, sonoro o visual, incluyendo los ficheros informáticos. De ahí que la forma de almacenamiento no resulte determinante para definir a los documentos administrativos.

El hecho de que los ordenamientos analizados ofrezcan una definición amplia de documento administrativo, responde principalmente a dos circunstancias. La primera de ellas, consiste en que el objeto de estas regulaciones es permitir el mayor acceso posible a las interioridades de la Administración, por lo que una definición estricta de lo que debe considerarse documento administrativo impediría un verdadero acceso a los datos contenidos en éstos. Además, permitir el acceso exclusivamente a los documentos escritos, dejando de lado a los documentos visuales o sonoros, por ejemplo, crearía un incentivo para archivar la mayoría de los documentos administrativos en estos últimos formatos, a fin de mantener un mayor control sobre la información y evitar su consulta. Igualmente, la amplitud de la definición de documentos administrativos facilita su adaptabilidad a las nuevas tecnologías de almacenamiento de la información.

<sup>39</sup> Por este hecho y en defensa de la doctrina que sostiene que el derecho de acceso es una manifestación del derecho a recibir información Manuel ÁLVAREZ RICO e Isabel ÁLVAREZ RICO expresan que: «El objeto del derecho de acceso es, en realidad, como hemos dicho anteriormente, la información contenida en las oficinas públicas en forma que resulte clara e inteligible, en tanto que los archivos, registros y documentos son los medios instrumentales que posibilitan el ejercicio de tal derecho. No obstante, se trata de una expresión aceptada generalmente que pone de relieve, en todo caso, la importancia de los instrumentos de información en este caso», «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista de Administración Pública*, N° 135, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 484. Asimismo, F. Javier SANCHO CUESTA indica que: «En realidad, las distintas expresiones utilizadas — documento, archivo, registro— no sirven más que para referirse, sin carácter exhaustivo, a los distintos medios materiales en los que se contiene la información administrativa, pues lo que se regula es el acceso a tales medios más que el derecho al conocimiento», «El derecho de acceso a los archivos y registros conforme a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1993, p. 80.

La segunda circunstancia que explica la omnicompreensiva definición de documentos administrativos se refiere a que el documento solamente constituye el soporte físico que acoge a la información administrativa. De ahí que lo importante en las regulaciones de acceso no sea la forma en que está almacenada la información (documentos), sino la información en sí misma considerada. Al permitirse el acceso a los documentos administrativos, con prescindencia de su formato, se permite la consulta de la información administrativa almacenada en las más diversas formas posibles.

De la amplitud de la noción de documento administrativo depende, en buena parte, la efectividad del derecho de acceso. Por ello, la lectura que se haga del texto constitucional debe hacerse en este sentido, sin limitar el derecho de acceso exclusivamente a los archivos y registros. El derecho de acceso va mucho más allá, tiende a facilitar el acceso a los documentos como soporte material de la información cualquiera que sea su naturaleza. Lo anterior se encuentra directamente relacionado con el hecho de que el acceso pueda ejercitarse sobre los documentos producidos por la Administración y sobre los documentos provenientes de los particulares que estén en posesión de aquélla. De esta forma, el derecho de acceso no se limita exclusivamente a los documentos administrativos, en sentido estricto, se refiere a los documentos que se encuentren en posesión de la Administración.

Aun cuando lo que realmente interesa al solicitante es la información que se pueda encontrar dentro del documento administrativo, debemos precisar que el derecho de acceso supone la existencia de un documento, lo que excluye el ejercicio del derecho de acceso sobre la información que no esté materializada o plasmada en un documento. La información no consignada o reproducida, no constituye un documento y, por tanto, no es susceptible de ser objeto del derecho de acceso. La obtención de la información en «bruto», es decir, que no se encuentre recogida en un documento, «comporta necesariamente un derecho de estructura prestacional, en el cual el objeto del derecho —a falta de documento— no puede ser otro que la actividad de prestación informativa de la Administración»<sup>40</sup>. No obstante, el derecho en cuestión no comporta un derecho de carácter prestacional, en el que la Administración se encuentra obligada a desplegar una actividad divulgativa del contenido de sus archivos, sino que se traduce en permitir el acceso a los mismos, facilitando al solicitante todos los documentos que requiera.

Si bien la Administración no desempeña una actividad prestacional, ello no está reñido con los deberes de información positiva que permiten el

<sup>40</sup> Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos...*, op. cit., p. 423.

conocimiento de los documentos accesibles. El derecho de acceso debe ir acompañado de mecanismos que permitan saber de antemano cuáles documentos están dentro de las arcas administrativas. De esta forma, el administrado podrá identificar, previamente a su solicitud, el documento que quiere consultar. La necesaria implementación de mecanismos que faciliten la individualización de la información permitirá, al mismo tiempo, que la Administración atienda de forma rápida todas las solicitudes que le dirijan. En este sentido, cualquier requisito que —por vía legal— se imponga para evitar solicitudes genéricas de información, debe estar vinculada a mecanismos que faciliten la identificación de la información que se desee consultar. De lo contrario, el derecho de acceso no pasará de una mera declaración de intenciones, ya que pedir que el solicitante identifique un documento, sin ofrecerle mayor información, es tanto como pedirle que adivine en cuál documento se encuentran almacenados los datos que le interesan.

La Constitución al no hacer referencia expresa de los documentos administrativos como objeto del derecho de acceso, no especifica si éstos, para ser accesibles, deben estar terminados como es el caso de Francia e Italia, o si por el contrario, pueden ser accesibles los borradores, versiones parciales, proyectos, propuestas y documentos preparatorios como ocurre en Estados Unidos. La falta de determinación en este ámbito requiere de una respuesta legislativa, sobre todo en lo que toca a la accesibilidad de los documentos no terminados, pues el acceso sobre los documentos terminados o acabados no resulta discutible. En todo caso, parece prudente delimitar el acceso para aquellos documentos que hayan sido terminados, dado que la consulta de documentos inconclusos, proyectos y documentos preparatorios, puede interferir con el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa. Además que el conocimiento de los documentos no concluidos, precisamente por este carácter, no permite conocer con seguridad el contenido de la voluntad administrativa (si la hubiere), ni la forma en que dicho documento puede afectar al solicitante.

Llegados a este punto, debemos plantearnos si el derecho de acceso acarrea la posibilidad de que cualquier persona consulte los documentos de un procedimiento administrativo en curso, ya que es obvia la posibilidad de consultar los procedimientos terminados. El planteamiento reviste gran importancia, puesto que según el artículo 59 de la LOPA sólo los interesados o sus representantes pueden consultar el expediente administrativo. El argumento para rechazar el acceso se apoyaría en el perjuicio que se le puede producir a los interesados en el procedimiento administrativo, por lo que sería recomendable esperar a la conclusión de éste para permitir la consulta.

No percibimos los eventuales riesgos que pueda acarrear la consulta del expediente administrativo por personas no interesadas. Al contrario, el acceso fortalece la imagen de transparencia y objetividad de la Administración Pública. Una experiencia similar ha tenido bastante éxito en los juicios ordinarios, en donde los procedimientos son públicos y los expedientes pueden ser consultados por cualquiera. La publicidad de las actuaciones judiciales constituye la garantía del control de la generalidad de la Ley y de su fiel aplicación. La publicidad judicial supone una de las condiciones de legitimidad de la administración de justicia. Esto no es diferente en los procedimientos administrativos. La transparencia en todos los ámbitos administrativos y, por supuesto, en los procedimientos administrativos, constituye una técnica al servicio de la objetividad y del sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de la Administración en su acción. De otra parte, los intereses ventilados en juicios ordinarios no son diferentes a los involucrados en un procedimiento administrativo, por lo que la posición de los interesados no quedaría vulnerada por el acceso de otras personas a los documentos y datos contenidos en el expediente. Si existiese el riesgo de que el acceso afecte algún interés, existen mecanismos de confidencialidad a través de los cuales el interesado puede proteger su intimidad o información relacionada con el secreto empresarial. Lo mismo cabe decir para la protección de los intereses públicos.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que la entrada en vigor del artículo 143 de la Constitución supone la derogatoria parcial del artículo 59 de la LOPA, en el sentido de que no sólo los interesados legítimos pueden consultar el expediente administrativo, pues el acceso está permitido para todos los ciudadanos. Por idénticos argumentos la conclusión resulta extensible para todos los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales, por ejemplo: procedimiento administrativo de la ley antidumping, procedimiento de la ley para promover y proteger la libre competencia.

## VII. LÍMITES DEL DERECHO

Como es bien conocido, los derechos no tienen carácter absoluto, puesto que generalmente presentan límites impuestos por el ordenamiento jurídico, lo que les confiere carácter relativo. El derecho que nos ocupa no escapa de esta relatividad, y su ejercicio se ve limitado en casos en los que se podría atentar contra otros derechos o intereses a los cuales el ordenamiento les confiere mayor prevalencia en un momento determinado.

La relatividad del derecho de acceso no desvirtúa el carácter de regla o principio general de la transparencia y del acceso a los archivos administrativos, así como tampoco elimina la condición excepcional del secreto. Ni la transparencia ni el acceso son principios absolutos, dado que admiten modulaciones en aras de la protección de otros bienes o intereses jurídicos. La existencia de ámbitos reservados o secretos no desvirtúa el principio de transparencia, siempre y cuando el conjunto de excepciones sea limitado e inferior a los casos en los que el acceso a la información administrativa está permitido. Esta precisión es importante, pues una grandilocuente declaración de transparencia y de pleno acceso a los archivos administrativos puede quedar vacía de contenido mediante la inserción de excesivos límites.

Los límites se clasifican en atención a la función que cumplen y en relación con su titular, de ahí que se hable de forma generalizada de límites para proteger intereses públicos o intereses privados. El equilibrio entre el derecho de acceso y los intereses públicos y privados susceptibles de prevalecer sobre aquél no es una tarea sencilla, debido a que si el argumento para limitar el acceso es la protección de otros bienes o intereses jurídicos, no debe olvidarse que el derecho que examinamos también responde a un valor querido y protegido por el ordenamiento, como es la transparencia administrativa.

En este apartado trataremos de encontrar ese equilibrio, examinando, en primer lugar, los límites que expresamente establece el artículo 143, para luego examinar la posibilidad de incorporar nuevas excepciones a través de la Ley y, si esto es posible, determinar qué parámetros debe seguir y respetar el legislador.

Sabemos que el artículo 143 consagra el derecho de acceso a los archivos y registros, «sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley, que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto». La lectura de este precepto nos recuerda al artículo 105.b) de la Constitución española. Ciertamente, el artículo 105.b) reconoce el derecho de acceso «salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». Aunque la redacción no es idéntica, en ambas Constituciones se prevén los mismos límites para el derecho de acceso.

La seguridad y defensa del Estado, las investigaciones criminales y la intimidad de las personas configuran los límites expresamente reconocidos por la Constitución. Si bien estos límites comparten la misma función como excepciones al derecho, mantienen su independencia, en el senti-

do de que actúan en coordenadas sustancialmente diferentes. Los límites expresamente contemplados en la Constitución han sido aceptados —de forma general— por la doctrina española, ya que se ha entendido que tienen relación con valores preferentes a los perseguidos por el derecho de acceso.

### *A. Límites expresamente previstos en la Constitución.*

#### a. La intimidad

El reconocimiento de la intimidad como límite al derecho de acceso debe interpretarse como una toma de conciencia sobre los riesgos que su ejercicio encierra para la intimidad de las personas. Este temor no es infundado pues muchas veces los archivos administrativos contienen datos relacionados con la intimidad de las personas. Por ello, es necesario que un mecanismo como el estudiado contenga previsiones expresas respecto al mantenimiento del secreto que debe acompañar la esfera de la intimidad de los particulares.

Tanto la intimidad, como la confidencialidad que le acompaña, se encuentran garantizados en el artículo 61 de la nueva Constitución. Del mismo modo, la intimidad se protege con el establecimiento del derecho a la autodeterminación informativa (artículo 28), la inviolabilidad del domicilio (artículo 48) y de las comunicaciones (artículo 49). Existe un nada despreciable número de regulaciones cuyo propósito principal es resguardar la intimidad de los individuos. En este sentido debe interpretarse la excepción al acceso, vale decir, como un mecanismo más para la protección de la intimidad.

La Administración puede poseer información de carácter íntimo de las personas. Ahora bien, la obtención de dichos datos debe someterse a determinados requisitos, a saber: *legalidad*, toda intromisión en la vida privada de las personas debe estar prevista en una Ley; *adecuación*, la información debe ser necesaria para el fin para el que se pide, es decir, para el fin previsto en la Ley; *proporcionalidad*, la información debe ser imprescindible para el cumplimiento del fin legal; *motivada*, la Ley debe ofrecer una explicación precisa del fin para el que se pide la información y; *garantizada*, el Estado debe garantizar que los datos personales no serán mal utilizados ni difundidos.

Los requisitos anteriores calzan a la perfección con la excepción que estamos analizando, puesto que en la medida en que la información íntima debe ser adecuada para el cumplimiento del fin que justifica su recopilación, esto significa, que los datos sólo pueden ser dispuestos para el objetivo fijado en la Ley correspondiente, quedando inhabilitado su uso

para otros fines, incluida su consulta por terceras personas. La garantía del Estado de que los datos personales no serán mal utilizados, también comprende la obligación de permitir su consulta, en principio, sólo a los afectados, excluyendo al resto de particulares. De otra parte, la protección de la esfera privada de los individuos tiene efectos positivos para la Administración, en el sentido de que los individuos facilitarán sus datos personales con menos resistencia si tienen la seguridad de que éstos no serán divulgados.

A consecuencia de la dificultad que supone precisar el ámbito material que compone la intimidad, la delimitación de la excepción resulta igualmente difícil. De ahí que a partir de la noción genérica de la intimidad deba analizarse caso a caso. En este sentido, y utilizando la definición de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la sentencia del 12 de agosto de 1994, podemos entender la intimidad como: «el derecho individual que tiene cada uno de los ciudadanos de la sociedad a no ser molestados por terceros y a guardar frente a ellos los atributos espirituales y materiales de su personalidad, es decir, es el derecho a mantener una vida privada sin interferencias de iguales ni del Estado, y a su vez la garantía de que estos terceros no puedan invadir los aspectos reservados de la vida de las personas». Esta definición mantiene algunos elementos del concepto elaborado por COOLEY como el derecho a ser dejados solos y también refleja un elemento común en todas las definiciones que la doctrina ha ofrecido respecto a la intimidad, como lo es su sentido de exclusión, ya que la intimidad se compone de una esfera propia, reservada, donde los demás no tienen cabida, salvo que la persona lo consienta.

Dentro de esta definición es fácil encuadrar la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, que resguardan el espacio de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás. Del mismo modo, la información médica a la que hace referencia la Ley Orgánica de la Salud corresponde al ámbito íntimo de las personas. Responden al mismo principio las comunicaciones protegidas por la Ley sobre protección a la privacidad de las comunicaciones. Asimismo, la información económica puede considerarse integrante de la vida privada, siempre y cuando a través de aquélla pueda reconstruirse, no sólo la situación patrimonial de los individuos sino, además, su intimidad.

En todo caso, las reflexiones de NOVOA MONREAL sobre los diversos elementos de la intimidad pueden ser de utilidad a fin de precisar su extensión. Según el autor, componen la intimidad: a) Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al

conocimiento ajeno; b) Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual; c) Aspectos no conocidos por extraños a la vida familiar, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo; d) Defectos o anomalías físicos o psíquicos no ostensibles; e) Comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos hacen de aquél; f) Afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto; g) Contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, esto es, dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas; h) La vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para éste; i) Orígenes familiares que lastimen la posición social y en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil; j) El cumplimiento de las funciones fisiológicas de excreción y acto relativos al propio cuerpo que son tenidos como repugnantes o socialmente inaceptables (ruidos corporales, intromisión de dedos en cavidades naturales, etc.); k) Momentos penosos o de extremo abatimiento y; l) En general, todo dato, hecho o actividad personal no conocido por otro, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial)<sup>41</sup>.

#### b. Las investigaciones criminales

La excepción referida a las investigaciones criminales nos merece los siguientes comentarios. En primer lugar, creemos que la inclusión del término «criminales» no es correcto ya que no es propio del derecho penal. Resulta más apropiado aludir a las investigaciones de los delitos o faltas, que comprenden la clasificación que realiza el Código Penal venezolano. Salvando esta observación terminológica, entendemos que la excepción se refiere a los documentos que formen parte de la averiguación de un delito en general. El interés protegido en esta excepción se centra en facilitar la actuación tendente a determinar la comisión de algún delito y su responsable. La publicidad de las actuaciones, mientras se desarrolla la investigación, podría ser perjudicial para la obtención de los resultados deseados. Por esta razón, el artículo 313 del COPP establece que todos los actos de la investigación serán reservados para los terceros. En este sentido, el artículo 112 del COPP prohíbe a los órganos de policía de investigaciones penales y a sus funcionarios, informar a terceros acerca de las diligencias que practiquen, de sus resultados y de las órdenes que deben cumplir. Dicha prohibición no incluye al Ministerio Público que dirige la investigación conforme al artículo 108 del COPP.

<sup>41</sup> Eduardo NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada...*, op. cit., pp. 45 y ss.

La finalidad de la excepción reviste carácter temporal limitado, es decir, no serán consultables los documentos mientras la averiguación esté en curso, por lo que una vez concluida, los documentos son accesibles. El posible perjuicio para la investigación cesa con su culminación, pues sus resultados serán incorporados al expediente judicial que es público. De otra parte, la excepción la entendemos referida al ámbito exclusivamente penal, no siendo aplicable a las averiguaciones administrativas. Creemos que la excepción podrá hacerse valer en las investigaciones de delitos y faltas, toda vez que a partir de la expresión «averiguaciones criminales» no es posible excluir un tipo penal en favor del otro.

### c. Los secretos de Estado

La incorporación del principio de transparencia administrativa como uno de los ejes centrales de la Administración Pública afecta directamente el tratamiento tradicional que los secretos de Estado habían recibido en Venezuela. Ahora, la regla general es la accesibilidad a los archivos y registros administrativos, y el secreto la excepción. Esto incluye, claro está, al secreto por razones de seguridad y defensa del Estado, que sigue presente en nuestro ordenamiento jurídico, pero redimensionado. La continuidad de la figura del secreto en nuestro ordenamiento no debe extrañar, toda vez que el secreto de Estado no es incompatible con el Estado Democrático de Derecho, lo que resulta incompatible con la democracia es que el secreto escape a la Ley<sup>42</sup>.

En efecto, el sometimiento del secreto de Estado a la Ley, significa que debe cumplir determinados parámetros que lo hagan compatible con el principio de transparencia administrativa, a saber: *a)* el secreto requiere estar previsto y regulado legalmente; *b)* el secreto debe corresponder a la existencia de un interés jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico, es decir, la seguridad y defensa del Estado; *c)* las nociones de seguridad y defensa del Estado debe delimitarse lo más posible, de modo que el secreto no se extienda a otros supuestos; *d)* el número de materias secretas debe ser sustancialmente inferior a los supuestos en que está permitido el acceso, pues el secreto siempre es excepcional; *e)* el secreto se impone a la publicidad exclusivamente cuando su revelación suponga un riesgo o amenaza para el interés protegido, por lo que cuando dicho riesgo no exista el acceso debe permitirse; *f)* el secreto debe limitarse temporalmente, ya que no existe ninguna información cuya divulgación afecte por tiempo indeterminado la seguridad y defensa del Estado; *g)* las autoridades competentes para clasificar información deben ser limitadas, ya

<sup>42</sup> F. Javier DE LUCAS MARTÍN, «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, Madrid, 1990, p. 141.

que mientras más autoridades clasificatorias mayor será el número de documentos clasificados y; *b*) la clasificación de una materia como secreta debe estar sometida a controles parlamentarios y jurisdiccionales, ya que el secreto de Estado no comprende una área exenta de supervisión.

Muchas de estas directrices están previstas en la Constitución de 1999, y otras son consecuencia directa del principio de transparencia, por lo que deberán ser acatadas por el legislador. Respecto a la previsión legal del secreto, este requisito puede verificarse en los artículos 143 y 325 de la Constitución. Según el primero, el acceso a los archivos administrativos puede excepcionarse cuando medien razones de seguridad interior y exterior y; conforme al segundo, se reserva al Ejecutivo Nacional la clasificación y divulgación de los asuntos que guarden relación directa con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad de la Nación. Ambas disposiciones apuntan hacia la misma dirección, vale decir: prevén la existencia del secreto como mecanismo válido de excepción frente al derecho de acceso a los archivos administrativos y, del mismo modo, se refieren a la seguridad y defensa como intereses constitucionalmente tutelados.

Rastreado el texto constitucional venezolano podemos hallar varios preceptos que presuponen o comportan la existencia de la seguridad y defensa del Estado como intereses constitucionalmente protegidos, e incluso, a partir de ellos, es posible realizar una reconstrucción sistemática de sus elementos más significativos. La defensa del Estado, en su más amplio sentido, es un valor que el constituyente consideró digno de protección y que tiene su más clara expresión en el artículo 130, que consagra como deber constitucional de todos los venezolanos la defensa de la patria, defensa que el artículo 328 configura como misión por excelencia de las Fuerzas Armadas, en el marco de distribución de funciones y competencia de los diferentes órganos estatales. Por su parte, el ya citado artículo 143 excepciona el acceso generalizado de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos cuando el tema afecte la seguridad del Estado. Asimismo, el artículo 325 habilita al Ejecutivo para clasificar los asuntos que guarden relación directa con la seguridad y defensa. El artículo 322 reserva como competencia exclusiva del Estado la defensa y la seguridad de la Nación. Por último, los artículos 337 y 338 prevén los estados de excepción cuando circunstancias de diverso orden afecten la seguridad de la Nación.

Admitido que la seguridad y defensa del Estado constituyen intereses constitucionalmente tutelados, no hace falta mucho esfuerzo para aceptar la legitimidad constitucional de ciertas potestades y facultades de los poderes públicos enderezadas a dar satisfacción a tales intereses; entre

éstas, la de sustraer determinadas cuestiones al principio general de transparencia, pues, como la señala DIEZ-PICAZO: «posturas utópicas maximalistas aparte, es poco discutible que, incluso en el Estado democrático de Derecho, la defensa y la seguridad nacionales requieren ciertos ámbitos de secreto y reserva»<sup>43</sup>.

Para que el secreto sea una figura limitada y no invierta su carácter excepcional, es necesario interpretar restrictivamente las nociones de seguridad y defensa. Debe desecharse cualquier acercamiento de las nociones de seguridad y defensa del Estado a la concepción omnicompreensiva y totalizante contenida en la Exposición de Motivos de la LOSD y que influyó sobre la Constitución de 1999, según la cual, la seguridad envuelve directa o indirectamente todas las actividades del Estado. Por este motivo, nos parece ajustado a las necesidades del Estado y al carácter excepcional del secreto, que se interprete la noción de seguridad del Estado como la garantía de la soberanía, independencia e integridad territorial de Venezuela (seguridad exterior) y la protección del orden constitucional (seguridad interior). Debemos destacar que este concepto era el contenido en el Anteproyecto de la Ley de acceso a los archivos de la Administración Pública y el secreto de Estado de 1998, que pretendía restringir la desmedida extensión de dicha noción. La defensa nacional, por su parte, se identifica como el conjunto de medios mediante los cuales se mantiene o garantiza la seguridad del Estado. Ofrecemos estas definiciones sin perder de vista que las nociones de las que hablamos constituyen conceptos jurídicos indeterminados.

El secreto se impone a la publicidad exclusivamente cuando su revelación suponga un riesgo o amenaza para el interés protegido, por lo que el acceso debe permitirse cuando ello no suponga riesgo alguno para la seguridad y defensa del Estado. No toda información de los órganos encargados de velar por la seguridad y defensa del Estado debe integrarse dentro de los secretos de Estado. Por el contrario, deberá realizarse un *juicio previo de probabilidad*, mediante el cual se determine la idoneidad de los datos para perjudicar la seguridad y defensa<sup>44</sup>. De forma tal, sólo serán objeto de protección aquellas informaciones cuya revelación pueda poner en peligro los intereses que se tratan de asegurar. No debe ser secreto todo lo que guarda alguna relación con la seguridad y defensa, sino

<sup>43</sup> Luis María DIEZ-PICAZO, «El secreto de Estado en el proceso penal (A propósito de la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995)», *La Ley*, Diario 3952 del 15 de enero de 1996, N° 1, Madrid, *La Ley-Actualidad*, 1996, p. 1565.

<sup>44</sup> Luis Alberto POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso...*, op. cit., p. 227.

sólo aquello cuya difusión pueda dañar las tareas de seguridad y defensa encomendadas al Estado<sup>45</sup>.

La exigencia del vínculo de causalidad entre las informaciones y el riesgo para la seguridad y defensa impide una extensión indefinida del secreto. Este requisito ha sido admitido por la mayoría de los ordenamientos, que exigen una relación directa o inmediata entre el secreto de la información y un peligro grave y cierto para la seguridad y defensa del Estado. Dicho requisito también se encuentra presente en el artículo 325 de la Constitución venezolana, según el cual: «El Ejecutivo Nacional se reserva la clasificación y divulgación de aquellos asuntos que guarden *relación directa* con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad de la Nación, en los términos que la ley establezca» (cursivas nuestras).

No es suficiente que la información simplemente verse sobre la seguridad y defensa para que, sin más, se considere secreta. Al contrario, el secreto debe guardar relación directa con los intereses protegidos, si no es así, la información debe ser pública. La relación directa entre la información protegida y la seguridad y defensa del Estado se traduce en términos de riesgo o peligro para estos últimos, lo que legitima —en última instancia— el secreto. De esta forma, el riesgo para la seguridad y defensa del Estado, que supone la divulgación de la información, es consustancial al secreto de Estado. Al punto que sin dicho riesgo no puede hablarse de secreto.

El nuevo planteamiento de la Constitución de 1999, deroga el artículo 4° de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa (LOSD) que atribuye carácter secreto a los documentos de cualquier naturaleza y otras informaciones, con el único requisito de estar relacionadas con la seguridad y defensa del Estado. Este precepto no considera si la divulgación de la información afecta o no la seguridad, sino que presupone el riesgo, y extiende indiscriminadamente el manto del secreto en todas direcciones.

La Constitución de 1999 camina en dirección contraria, el Ejecutivo puede clasificar aquellos asuntos cuya divulgación suponga un riesgo para la seguridad del Estado. En este sentido, el artículo 4° de la LOSD está derogado, pues no requiere este elemento.

<sup>45</sup> Fernando SAINZ MORENO, «Secreto e información...», op. cit., p. 2895. A este respecto, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS expone: «En todo caso, frente a la tendencia constante de las nociones de defensa y seguridad del Estado a expandirse indefinidamente debe observarse que no es legítimo entender que toda información relativa a la actividad o funcionamiento de las Fuerzas Armadas (...) esté cubierta por el secreto», *El derecho de acceso de los documentos...*, op. cit., p. 473.

A partir de la nueva Carta Magna, no puede admitirse que cualquier información relacionada con la seguridad y defensa del Estado se clasifique como secreto sin ponderar si realmente existe algún riesgo para dichos intereses. De esta forma, la información contenida en el Ministerio de la Defensa y las Fuerzas Armadas se rige por el principio de la accesibilidad, como el resto de la Administración Pública, y sólo aquella que suponga un riesgo para la seguridad del Estado podrá excluirse de la publicidad.

La necesidad del riesgo para el interés tutelado no es exclusiva de los secretos de Estado. También se requiere para los otros supuestos de excepción del derecho de acceso, pues sólo cuando exista el riesgo de que el conocimiento público de datos referidos, por ejemplo, a la intimidad, averiguación de delitos, libertad económica o política monetaria, pueda perjudicar tales intereses, entonces, se impone el secreto sobre la publicidad.

Existe otro argumento que confirma la derogación del artículo 4° de la LOSD. La facultad clasificatoria que el artículo 325 de la Constitución atribuye al Ejecutivo conlleva la realización de un juicio valorativo, caso a caso, de los asuntos que puedan afectar la seguridad. De la ponderación del riesgo a la seguridad del Estado que la divulgación de la información acarrearía, surge el convencimiento en el Ejecutivo de que el asunto en particular debe conferírsele carácter secreto. La competencia prevista en el artículo 325 no es, ni mucho menos, un cheque en blanco que el Ejecutivo completará sin ningún parámetro. El acto clasificatorio tiene una finalidad muy concreta, como es, proteger la seguridad del Estado de los eventuales perjuicios que pueden derivar de la divulgación de determinada información. Ahora bien, este proceso reflexivo, mediante el cual el Ejecutivo llega a la convicción de que un documento debe ser sustraído de la publicidad, ha de estar reflejado en el acto clasificatorio, es decir, debe motivar su decisión. En efecto, el Ejecutivo tiene la obligación, al ejercer su potestad de justificar los criterios seguidos, a fin de hacer explícita la coherencia entre la decisión tomada y su fundamento legitimador.

Por estas razones, no es válida la clasificación de secreto de Estado contenida en el artículo 4° de la LOSD, que confiere dicho carácter sin ningún tipo de distinciones entre los variados temas comprendidos dentro de las indeterminadas nociones de seguridad y defensa, sin evaluar los diversos riesgos de la divulgación, y sin exponer —siquiera superficialmente— los motivos de la clasificación.

En cuanto al fundamento legitimador de la clasificación, el artículo 325 se refiere a la planificación y ejecución de operaciones concernientes a

la seguridad de la Nación. A pesar de la referencia a la planificación y ejecución de operaciones de seguridad, el secreto puede referirse a otros asuntos de relevancia para la seguridad del Estado. Recordemos que en tiempo de paz y de estabilidad democrática las acciones de defensa interna y externa se orientan hacia la preservación de la seguridad del Estado, por lo que son actividades netamente preventivas y de control. Las múltiples formas y vías por las que un Estado puede verse amenazado supone que las vías para su defensa también sean multiformes, razón por la cual, el secreto de Estado puede afectar otras materias distintas a la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad. Tal referencia es enunciativa y no limitativa de la facultad clasificatoria.

### *B. Otros límites al derecho de acceso*

Debemos preguntarnos si los límites contenidos en el artículo 143 de la Constitución constituyen un *numerus clausus*, o si por el contrario, pueden ser ampliables por el legislador, y si es así, bajo qué parámetros puede hacerlo.

La primera lectura que puede darse a este asunto, supone negar la posibilidad de que el legislador amplíe las causas de excepción del derecho de acceso. Desde este punto de vista, la Ley se limitaría a concretar el alcance de las excepciones expresamente contenidas en la Constitución sin poder agregar otras diferentes. Nos inclinamos por una segunda posición, según la cual, debe admitirse la ampliación legal del listado de materias excluidas del derecho de acceso. Esta posición tiene su origen en la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales, que explica que los derechos y libertades han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos. Una de las consecuencias de este planteamiento es que la habilitación al legislador para limitar un derecho no está exclusivamente dirigida a proteger el bien en específico, sino que le habilita para imponer otros límites en cuanto resulten justificadas para la protección de los derechos fundamentales y de bienes o valores constitucionalmente protegidos<sup>46</sup>.

En aplicación de este criterio, el derecho de acceso se encuentra limitado por las excepciones establecidas en el artículo 143 de la Constitución, pero, además, presenta una limitación genérica establecida de modo implícito para todo derecho, por lo que debe conciliarse con otros derechos y bienes del ordenamiento jurídico, a pesar de que éstos no se mencio-

<sup>46</sup> Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 107-108.

nen expresamente como causas de excepción del acceso. Pues bien, el legislador puede llevar a cabo esta labor de conciliación al incorporar aquellos supuestos que pueden excepcionarse del ámbito del derecho de acceso. En este sentido, el legislador tiene la posibilidad de añadir otras excepciones al derecho de acceso distintas de las previstas en el artículo 143, siempre y cuando respondan a la cobertura de derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Esta es la guía principal al momento de introducir nuevas excepciones al derecho de acceso por vía legal, lo que por su envés significa que el legislador no puede introducir, a su libre elección, el secreto para cualquier materia.

Ahora bien, la tarea de reconocimiento de los bienes tutelados constitucionalmente no es sencilla<sup>47</sup>, razón por la cual, y, sin pretender agotar todas las causales de excepción, se detectan dos materias que pueden servir a dicho fin. En este sentido, la protección de la política monetaria, a la que alude el artículo 318 de la Constitución, puede fungir como causa de excepción al derecho de acceso, pues este supuesto tiene conexión con temas tan importantes como: la estabilidad de los precios, la cantidad o en el coste del dinero, control de la inflación, consecución de una tasa de crecimiento de la renta real o la mejora en el saldo de la balanza de pagos. Asimismo, la libertad económica prevista en el artículo 112 de la Constitución sirve de fundamento al secreto empresarial. Ya hemos señalado que la competitividad de las empresas se sustenta, en buena parte, en la confidencialidad de una serie de informaciones relativas al funcionamiento de las empresas, como las referidas a los procesos de producción (*know how*), e incluso de gestión u organización de estrategias comerciales, que si fuesen conocidas por las empresas competidoras colocarían a aquélla en una situación de inferioridad, falseándose así las reglas de competencia<sup>48</sup>.

## VIII. GARANTÍAS DEL DERECHO

Sin prejuzgar sobre la posibilidad de que la Ley que desarrolle el derecho de acceso establezca mecanismos tendentes a garantizar su eficacia. El marco jurídico venezolano consagra dos mecanismos jurisdiccionales mediante los cuales se puede garantizar el acceso a los archivos adminis-

<sup>47</sup> Tal y como exponen MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y DE OTTO Y PARDO, la mención a los bienes constitucionalmente protegidos presenta varios problemas como el de su reconocimiento, además de la ponderación que de éstos debe hacerse en relación con el derecho en específico, *Ibidem*, pp. 119-124.

<sup>48</sup> Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos...*, op. cit., pp. 520-521.

trativos: la acción de amparo constitucional y el recurso contencioso-administrativo.

La constitucionalización del derecho de acceso y su conexión con el derecho a la información, supone la aplicabilidad de la acción de amparo establecida en el artículo 27 de la Constitución, que establece: «Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos».

Conforme a dicho artículo, el procedimiento de la acción de amparo debe ser oral, breve, público, no sujeto a formalidad y debe tramitarse con preferencia a cualquier otro asunto, lo que supone que la autoridad judicial competente debe resolver rápidamente la demanda. Esta circunstancia determinará el ejercicio mayoritario de la acción de amparo como mecanismo de garantía del derecho de acceso frente al recurso contencioso-administrativo, que requiere más tiempo para su resolución. Conscientes de este hecho, debemos apuntar que la acción de amparo debe compatibilizarse con las características del derecho que nos ocupa. De esta forma, la Administración demandada deberá argumentar la presencia de alguna de las excepciones del derecho de acceso y, seguramente, tendrá que mostrar el documento para que el juez determine si el derecho ha sido vulnerado o no. Pues bien, la consulta del documento por parte del juez debe estar reservada exclusivamente a él, a fin de que el accionante no vea satisfecha su pretensión de forma anticipada, sin que antes se compruebe la correcta o incorrecta aplicación de la excepción. En caso de que el juez considere que la excepción ha sido mal aplicada, restablecerá la situación jurídica infringida ordenando la exhibición del documento. Caso contrario, ratificará la negativa de acceso.

La otra alternativa para garantizar el derecho de acceso es la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, si la Administración niega el acceso a través de un acto administrativo, éste puede impugnarse mediante recurso contencioso-administrativo de nulidad. En este supuesto, es a la Administración a la que le corresponderá demostrar que la negativa de acceso se encuentra fundamentada, pues el recurrente mal podría señalar que la excepción está mal aplicada cuando no tuvo posibilidad de acceder al documento. Además, estimamos prudente que durante el procedimiento debe mantenerse la secretud del documento impugnado, pues, si pudiera revisarse, el juicio perdería sentido, toda vez que el solicitante habría satisfecho su pretensión principal. Por ello, la incorporación del expediente administrativo a las actas del juicio debe preservar el docu-

mento solicitado, que debe incorporarse en pieza separada a la que sólo tenga acceso el juez de la causa.

Tanto en la acción de amparo constitucional como en el recurso contencioso-administrativo surge la necesidad de preservar el secreto de la información. Ahora bien, aunque apuntamos la reserva del documento sólo para la consulta del juez como una posible solución, debe destacarse que este supuesto no está previsto en las regulaciones procedimentales. Entre los preceptos más cercanos a lo que proponemos, encontramos el artículo 336.3 del COPP y el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil. Según la primera de las disposiciones, el debate oral del juicio penal es público, pero podrá realizarse a puertas cerradas, con presencia de las partes, cuando peligre un secreto oficial, y el tribunal podrá imponer el deber de guardar secreto sobre los hechos que conocieron. El segundo precepto permite que ciertos actos del procedimiento se desarrollen a puertas cerradas por motivos de decencia pública, eso sí, con la participación de las partes<sup>49</sup>. Mientras no se contemple una disposición que preserve la integridad del documento hasta tanto se compruebe la validez de la excepción, proponemos la interpretación analógica de las disposiciones citadas con las modulaciones apuntadas. Aunque la solución definitiva para este supuesto consistirá en una expresa previsión legal.

<sup>49</sup> En sentencia de fecha 16 de octubre de 1997, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia aplicó el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil a una acción de amparo constitucional interpuesta por miembros de las Fuerzas Armadas infectados por el síndrome de inmuno deficiencia adquirida (SIDA). La Sala, a fin de preservar la confidencia y el carácter reservado del caso, acordó que la audiencia constitucional se celebrase a puertas cerradas.