

## **Del vínculo entre el derecho a la información y la transparencia informativa, según la doctrina y la legislación brasileña actual**

Para la doctrina iusinformativa dominante en Brasil, el derecho a la información es la piedra fundamental de la transparencia administrativa y una medida de control ciudadano del aparato estatal<sup>16</sup>. Dicha doctrina considera que sus antecedentes no tan remotos se encuentran en la Declaración Francesa de 1789, y los más próximos, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, cuando la libertad de expresión alcanzó nuevas dimensiones con el devenir derecho a la información, influyendo en el “progreso doctrinal rumbo a la concepción de un derecho a la información autónomo y de un derecho-crédito de ser informado”, según preconiza Seclaender<sup>17</sup>.

El profesor y jurista Barros<sup>18</sup> trae en su doctrina una visión interesante sobre las diferentes dimensiones del derecho a la información. Se basa en la doctrina de Canotilho, autor portugués artífice de una de las más expresivas bases conceptuales sobre la importancia de la transparencia en la información de los actos y actividades del Estado. Para él, el derecho a la información se extiende a tres niveles: el derecho de informar, el derecho de informarse y el derecho de ser informado<sup>19</sup>; en este planteamiento, el derecho de informar consistiría básicamente en la facultad de difundir información, lo que podría ser traducido como el derecho de los propietarios y titulares de los medios a transmitir informaciones. Abarcaría el derecho a disponer de un determinado espacio en la radio o en la televisión. En este enfoque, se puede afirmar que el actor social (titular del derecho a la información) participa de la comunicación no solamente con sus palabras, sino también con sus gestos, sus miradas, sus silencios... Esto se debe a que *“la población ignorante y pasiva permite que el derecho sea utilizado como instrumento de dominación”*<sup>20</sup>. El derecho de informarse consistiría en la facultad del individuo de buscar las informaciones

---


<sup>16</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. Saraiva, Sao Paulo, 2004.

<sup>17</sup> SECLAENDER, Airton C. Leite: “O direito de ser informado: base do paradigma moderno do direito de informação”. *Revista de Direito Público*, v. 25, n. 99, 1991, pp. 147-159, p. 148.

<sup>18</sup> BARROS, Lucivaldo Vasconcelos: “A defesa do direito à informação socioambiental em juízo ou fora dele”, en *Congreso Internacional de Derecho Medio Ambiental*, 11, Sao Paulo. Prensa Oficial del Estado de Sao Paulo, Anais..., 2007. v. 1. pp. 463-480.

<sup>19</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional*. 5ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1992.

<sup>20</sup> LOURES, Flávia Tavares Rocha: *A implementação do direito à informação ambiental*. *Revista de Direito Ambiental*, Sao Paulo, v. 9, n. 34, pp. 191-208, 2004. p. 193.



deseadas, sin que exista ningún impedimento. Esta dimensión requeriría una participación activa del individuo. Finalmente, el derecho de ser informado se referiría a la facultad de ser mantenido total y correctamente informado.

En la misma línea de orientación, Miranda compara la forma autoritaria de la administración, cerrada sobre sí misma, decidiendo en secreto, y la administración abierta, actuando con publicidad y con comunicación hacia el exterior. Aclara el autor que esta diferencia se puede observar en tres ejes principales: en el derecho de información de los administrados respecto a los actos o providencias que les supongan respeto; en el deber de la administración de motivar sus decisiones; y en las diversas modalidades de participación o colaboración de los administrados, siendo ésta en forma individual, en grupos o en comunidades<sup>21</sup>.

Además, el derecho a la información es clasificado como un derecho difuso, porque representa un interés indivisible, cuyos titulares son personas indeterminadas y vinculadas entre sí. Existe una indeterminación de los sujetos y una indivisibilidad del objeto. El interés es transindividual e indivisible porque la información es destinada a todas las personas interesadas en recibirla, sin que se pueda individualizar y dividir qué información será difundida para este individuo y cuál para aquél otro. Todos son igualmente titulares de ese derecho y están vinculados por el hecho de ser receptores de la misma información<sup>22</sup>.

Retoma Barros la cuestión de los lazos entre la transparencia y el derecho a la información y concluye explicando que, *“a la luz de tales consideraciones y teniendo en cuenta que se trata de un derecho difuso, emerge un fuerte vínculo del Poder Público con la transparencia y con la publicidad. Estas premisas básicas evidencian que una de las premisas del Estado moderno es su visibilidad social mediante la implementación de instrumentos gerenciales de control de las informaciones que producen y su acceso por el ciudadano”*. Dicho autor añade que *“para que no haya perjuicio al interés público, cabe al Estado asegurar mecanismos que den al ciudadano la efectiva comunicación*

---

21 MIRANDA, “Jorge: O direito de informação dos administrados”, en SARAIVA, Paulo Lopo (Coord.). *Antologia luso-brasileira de direito constitucional*, Brasilia Jurídica, Brasilia 1992.

22 MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed., *Revista dos Tribunais, São Paulo*, 1994; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de: *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

*de los actos públicos, no apenas como mera publicidad, pero, sobre todo, como una rendición de cuentas de las actividades que realiza o delega, de la forma más transparente posible”<sup>23</sup>.*


Al final de la década de los 80 nació en Brasil la última Constitución Federal. Siguiendo el ejemplo de otros países se aprobó una Carta Magna para formalizar la transición de la dictadura<sup>24</sup> a la democracia. Con el nuevo texto (1988), se establecieron algunos principios fundamentales destinados a garantizar una mayor transparencia en las acciones gubernamentales. Así, el artículo 5, inciso XXXIII, que establece que *“(…) Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: (...) XXXIII – todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán prestadas en el plazo legal, bajo pena de responsabilidad, exceptuadas aquéllas cuyo sigilo sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado(…)”*.

Por lo tanto, desde la Constitución brasileña de 1988, queda establecido que toda información pública debe estar disponible a cualquier ciudadano. Durante el período dictatorial, valía la regla de que toda información era imprescindible para la seguridad nacional, permitiéndose la divulgación tan sólo de las excepciones que no supusiesen un riesgo para la soberanía nacional. En la actualidad, en Brasil, en principio, ha quedado proclamada la regla según la cual la información será pública, a no ser que intervenga la excepción de la seguridad. El cambio de planteamiento es una adecuación a la evolución del instituto para pasar de la decimonónica libertad de información al contemporáneo derecho a la información. La primera coincide con la libertad de manifestación del pensamiento a través de los medios de difusión –el derecho de

---

<sup>23</sup> BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. “A defesa do direito à informação socioambiental em juízo ou fora dele”, en *Congreso Internacional de Derecho Medio Ambiental*, 11, Sao Paulo. Prensa Oficial del Estado de Sao Paulo, Anais..., 2007. v. 1. pp. 463-480.

<sup>24</sup> El régimen dictatorial militar en Brasil perduró por 21 años y se caracterizó por la falta de democracia, supresión de derechos constitucionales, censura, persecución política y represión a los que eran contra el régimen militar. Se inició en 1964 con el golpe militar y terminó en 1985, cuando el Colegio Electoral escogió el diputado Tancredo Neves como nuevo presidente de la República. Él hacía parte de la Alianza Democrática lo que señalaba el fin del régimen militar. Tancredo Neves se puso enfermo antes de asumir y acabó falleciendo de forma que la presidencia fue asumida por el vicepresidente José Sarney. En 1988 fue aprobada una nueva Constitución para Brasil, la Constitución de 1988, que apagó los rastros de la dictadura militar y estableció principios democráticos en el país.



informar-, mientras que la segunda coincide con el interés social de que tanto las comunidades como las personas estén informados para el ejercicio consciente de sus derechos –el derecho de ser informado.

Otras previsiones constitucionales están igualmente basadas en el principio general de la transparencia; el art. 5 dispone que “(...)XIV – es asegurado a todos el acceso a la información y resguardado el sigilo de la fuente, cuando sea necesario al ejercicio profesional; (...) XXXIV – Son asegurados a todos, independientemente del pago de tasas: a) el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra ilegalidad o abuso de poder; b) la obtención de certificados en reparticiones públicas, para la defensa de derechos y aclaración de situaciones de interés personal; (...) LXXII se concederá habeas data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; (...)”. Por su parte, el artículo 37 señala que “La administración pública directa, indirecta o fundacional, de cualquiera de los Poderes de la Unión, del Estado, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de la legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia(...)”.

Sin embargo, en la práctica, la restricción al acceso a la información pública está todavía muy presente en la actualidad, ya que aún no se ha establecido una normativa de desarrollo. Esto supone una restricción a la aplicación del constitucional inciso XXXIII del artículo 5.

Lo cierto es que hubo una tentativa de reglamentar el inciso XXXIII del artículo 5, al adoptarse la Ley 8.159, de 8 de enero de 1991, que “*dispone sobre la política nacional de archivos públicos y privados y da otras providencias*”. Sin embargo, quince años después de la promulgación de esa ley, todavía no se ha hecho efectiva una reglamentación del acceso a la información pública. No hay, ni en la ley ni en sus reglamentos, por ejemplo, plazos para la publicación de informaciones o sanciones para las autoridades que dificulten el acceso a la información pública.

Incluso, la reciente Ley 11.111, de 5 de mayo de 2005, parece proclamar lo contrario. Así, además del vacío legal generado por la reglamentación parcial del acceso a la información pública, la normativa última responde a la tendencia natural en las organizaciones gubernamentales a

mantener el secretismo, a partir de la concepción según la cual el monopolio de la información genera poder. Ya Weber<sup>25</sup> ha resaltado que *“toda burocracia busca aumentar la superioridad de los que son profesionalmente informados, que mantienen secretos sus conocimientos e intenciones”*.

Falta, por un lado, en Brasil, la puesta en vigor de normas necesarias para la aplicación de mecanismos que garanticen el acceso a la información pública. Por otro, tampoco existe un texto legal, como la Ley sobre Libertad de Información norteamericana (Freedom of Information Act), que establezca las reglas que garantizan el acceso a la información pública<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> WEBER, Max: *Ensaïos de Sociologia*. Ed. Guanabara, Rio de Janeiro, 1979, p. 269.

<sup>26</sup> En tramitación en la Cámara de los Diputados el Proyecto de Ley 219, de 2003, que “reglamenta el inciso XXXIII del artículo 50 de la Constitución Federal”.


En el caso de Estados Unidos, la Freedom of Information Act de 1966 (FOIA) o Ley de Libertad de Información incorporada al Título 5 USC 552 se refiere a la *“Información pública: normas de las agencias federales, opiniones, órdenes, documentos y procedimientos”*. Pues bien, en la subsección 552 (f)(2) se explica que el término “record” empleado por la norma debe entenderse como *“cualquier información que constituya un documento procedente de una agencia federal”*<sup>26</sup> (...), siempre que sea conservado por dicha agencia, en cualquier formato, incluyendo el electrónico”. En este sentido, la sección (a) (3) (A) dispone que: *“(...) cada agencia, siempre que exista una solicitud de documentos que (i) razonablemente describa dichos documentos y (ii) sea realizada de acuerdo con las normas correspondientes relativas al tiempo, lugar, tasas (si las hubiere), y procedimiento a seguir, pondrá a disposición de cualquier persona el documento sin demora”*. Por tanto, el acceso que regula la FOIA comprende aquellos *“documentos producidos o retenidos por la Administración en el «normal ejercicio de sus funciones»”*, siendo necesaria la posesión *“actual”* y *“efectiva”* del documento por parte de la Administración en el momento de la solicitud”.

En el Derecho francés, la Ley 1978-753, relativa a Diversas Medidas de Mejora de las Relaciones entre la Administración y el Público, regula la *“libertad de acceso a los documentos administrativos y la reutilización de las informaciones públicas”*. En su Título I, el artículo 1 de la norma realiza una distinción entre el acceso a la información y el acceso a los documentos administrativos, al disponer que *“(e)l derecho de toda persona a la información queda delimitado y garantizado por las disposiciones (...) del presente Título en lo que se refiere a la libertad de acceso a los documentos administrativos”*.

Para el Derecho francés, tanto las personas físicas como jurídicas, de derecho privado o público, tanto los nacionales como los extranjeros, incluso, aunque no residan en Francia, así como los administrados y funcionarios, son sujetos del derecho de acceso a los documentos administrativos. Asimismo, el interesado no ha de acreditar ninguna legitimación para obtener la comunicación de un documento, y se establece que la simple curiosidad del administrado es suficiente para fundar el acceso a los documentos, sin excluir ningún tipo de interés como el puramente comercial.

En cuanto al sujeto pasivo del derecho de acceso, éste comprende la administración del Estado, las entidades locales, los establecimientos públicos vinculados a las administraciones públicas territoriales, los servicios administrativos dependientes del poder ejecutivo o las autoridades administrativas independientes. Pero en este sentido, como señala Fernández Ramos, la ley francesa presenta una originalidad, y es que contempla, junto a los organismos públicos, como sujeto pasivo, a los organismos de Derecho privado *“encargados de la gestión de un servicio público”*, lo que permite una notable extensión del círculo de personas sujetas al deber de comunicación. En este sentido, la C.A.D.A. y los tribunales administrativos han incluido, entre otros, a las sociedades nacionales de radio y televisión, entre los sujetos obligados a la transparencia administrativa y al acceso.

En cualquier caso, lo que se plantea es si la obligación de transparencia y de comunicación que vincula a estos organismos de Derecho privado gestores de servicios públicos o con misiones de servicio público abarca la totalidad de su actividad o solamente aquella que tiene que ver directamente con la gestión o misión de servicio público. La C.A.D.A. entiende que la obligación de comunicación es indivisible y, por tanto, afecta a toda la actividad del organismo, sea de servicio público o no. Por su parte, el Consejo de Estado francés ha rechazado esta indivisibilidad de la obligación de comunicación, de modo que limita la accesibilidad a los documentos en poder de una persona privada a aquéllos relacionados con el ejercicio del servicio público o misiones de servicio público.



Por el contrario, diversas restricciones al acceso a documentos públicos siguen previstas en la Constitución, que convierten el panorama legal en algo mucho más confuso. Por eso, Brasil es clasificado, hoy en día, como un país en una etapa intermedia en la evolución del acceso a la información pública, a pesar de que la Ley 11.111/05 establece las excepciones al acceso. El principio general no está legalmente recibido, por lo que queda a merced de la administración lo que debe estar disponible. Esto es un gran inconveniente a la hora de construir una administración pública transparente<sup>27</sup>.

Después de la promulgación de la Constitución se había manifestado un cierto malestar en la opinión pública y esa libertad de información quedó en parte frustrada por el documento n° SR-71 de la Consultoría General de la República<sup>28</sup> que dejaba a cargo del jefe del antiguo Servicio Nacional de Informaciones – SIN<sup>29</sup>- la evaluación los datos que podrían ser divulgados, en función de la reserva de secretismo prevista en el inciso XXXIII del artículo 5 de la Constitución. Con la adopción de la Ley 11.111/2005, la evaluación pasó a cargo de la recién creada Comisión de Averiguación y Análisis de Informaciones Sigilosas, en el ámbito de la Casa Civil de la Presidencia de la República.

En los últimos diez años, se ha avanzado más en la reglamentación del secreto gubernamental y en los procedimientos de seguridad de informaciones (principalmente, a través de los Decretos 2.134/97 y 2.910/98) que en la reglamentación del derecho a la información y del acceso a los registros gubernamentales.


Todavía quedan pendientes, entre otras medidas, como se ha anticipado, la fijación de plazos para el servicio de demandas de información, la definición de las prioridades para tornar los diferentes conjuntos de información “*accesibles*”, la asignación de los recursos tecnológicos, financieros y humanos en cantidad y calidad proporcionales a las prioridades, la

---

27 AGUIAR LOPES, Cristiano: *Acesso à informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos – literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro*. Estudio mayo 2006. Consultoría Legislativa de la Cámara de los Diputados, Brasília, 2006.

28 Actualmente, Abogacía General de la Unión.

29 El SNI fue extinto en 1990. Durante el régimen militar, el SNI habría sido encargado por los gobiernos de entonces por tareas como censura, investigación de ciudadanos considerados disidentes políticos o subversivos y de movimientos sociales diverso, tareas que no combinar con la idea de un servicio de Inteligencia democrático. En 1999, durante la presidencia de Fernando Henrique Cardoso, fue creada la Agencia Brasileña de Inteligencia (ABIN) que heredó parte del cuadro de funcionarios que se mantuvo en la actividad de Inteligencia después de la extinción del SNI.



responsabilización de algún órgano, agencia, sistema o persona de la misión de supervisar que se han instalado los instrumentos legales convenientes al desarrollo efectivo del bien jurídico constitucionalmente proclamado.

### **Del vínculo entre el derecho a la información y la transparencia informativa, según la doctrina y la normativa vigente española**

En Europa, en concreto, en la Comunidad Europea, el creciente entusiasmo, desde finales de los ochenta, por la transparencia se materializó en los días de la Comisión Santer. Con motivo de la difusión de informaciones que ponían al descubierto cuentas poco claras de la Oficina de Lucha contra el Fraude, la Comisión hubo de dimitir colegiadamente. De hecho, la reacción inicial a la protesta ciudadana contra la Comisión Santer fue refugiarse en la búsqueda de una mayor transparencia. Los políticos pensaron que un mayor acceso a documentos e información terminaría con la situación de malestar social que se venía reflejando en unas elecciones parlamentarias europeas tras otras, y en los referéndums nacionales que poco a poco estaban terminando con el apoyo ciudadano.

El vínculo entre transparencia y derecho de acceso a documentos y a información quedaba formalizado en el Anexo del Tratado de Maastricht sobre Transparencia, el Acuerdo Interinstitucional sobre Transparencia, Democracia y Subsidiariedad y los Códigos de Conducta de Acceso a Documentos. Más tarde, el Tratado de Ámsterdam elevó el derecho de acceso a documentos a rango de principio constitucional (artículo 255), además de incluir entre los principios generales de la Unión Europea, el de que las decisiones deben tomarse cerca de los ciudadanos<sup>30</sup>.

Además la idea de transparencia no se ha limitado al derecho de acceso, sino que al mismo tiempo se refiere a los deberes de mantener consultas amplias antes de presentar propuestas legales, simplificar textos normativos, principalmente, y abrir los Consejos de Ministros de la Unión Europea al público.

---

<sup>30</sup> Vid. JUNCKER, J.C.: “Transparency in the European Context”, en el volumen colectivo editado por el Grupo de los Partidos Popular (Cristianodemócratas) y Demócrataeuropeos del Parlamento Europeo *Our Vision of Europe*, Garant, Leuven-Apeldoorn, Bélgica-Holanda, 2001, pg. 16.