

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES
PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023

ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO Y TRANSPARENCIA
PERUVIAN CONSTITUTIONAL LAW AND TRANSPARENCY

por **Alexandra Molina Dimitrijevič**
Docente en Derecho Constitucional, Universidad Científica del Sur

Cómo citar este artículo / Citation:
Molina Dimitrijevič, Alexandra (2024):
Derecho constitucional peruano y transparencia, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 27.
DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM24.0110>

RESUMEN

Este artículo busca proporcionar un panorama general del Derecho Constitucional peruano como marco fundamental que acoge el derecho de acceso a la información pública, un derecho esencial para la preservación de la democracia, especialmente en la era digital y frente a desafíos como la erosión democrática, el déficit deliberativo y la crisis política. Además, se estudian los supuestos específicos de la ley de transparencia peruana, que excluyen de la apertura de la información a un número significativo de supuestos, así como también la concreción del derecho de acceso a la información pública a través del procedimiento administrativo y de mecanismos de la jurisdicción constitucional como el Hábeas Data.

Palabras clave: Derecho Constitucional, Transparencia, Derechos Fundamentales, Participación, Democracia.

ABSTRACT

This study aims at providing with a general view on Peruvian Constitutional Law as a basic framework for public transparency, which actually can be considered as an essential right for preserving democracy, specially in the digital age and regarding important challenges such as democratic erosion, the deliberative déficit and political crisis. The significant and specific exclusions made by the Peruvian transparency law are studied by this article, which also focuses on the effectiveness of the right to access to public information through administrative procedures and constitutional jurisdiction remedies such as Habeas Data.

Keywords: Constitutional Law, Transparency, Fundamental rights, Participation, Democracy.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo, surgido sobre la base de mi conferencia en el IX Congreso Internacional Democracia y Participación Ciudadana: el Buen Gobierno y la Transparencia como puntales democráticos, desarrollado por la *Universitat de València* en septiembre de 2023, es brindar un marco general que permita al lector, en primer término, ubicarse en el contexto del Derecho constitucional peruano y luego, en función de este marco, visualizar claramente el acomodo que encuentra la transparencia en este derecho constitucional en particular, entendiendo su naturaleza en función de la parte dogmática, su estructura, evolución, implementación y protección / garantía de la transparencia como derecho fundamental, así como su función en relación con la parte orgánica y, especialmente, su rol frente a la crisis política peruana.

En efecto, el Derecho constitucional peruano, tal como se enuncia, vendría a ser un tipo de “Derecho constitucional particular” que, en los términos del gran constitucionalista español Manuel García Pelayo, se trata de: “aquella disciplina jurídico-constitucional cuyo objeto es la interpretación y sistematización y, en ocasiones, la crítica de las normas jurídico-constitucionales vigentes en un determinado Estado (...) en un orden jurídico positivo dado” (García Pelayo, 1987: 20).

Siendo así, el “ordenamiento positivo dado” que presentaré en este texto, como es de advertirse de su propio título, es el que corresponde al “Derecho constitucional peruano”, en particular, como ya se dijo, en relación con la transparencia. Para ello, brindaré un panorama del mismo a modo de esquema didáctico, para luego referirme de manera más específica y profundizada a la articulación de la transparencia en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional.

II. ESQUEMA DIDÁCTICO DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL PERUANO

1. Surgimiento del Derecho constitucional peruano:

Resulta válido afirmar que el Derecho constitucional peruano surge tras la declaración de la independencia del Perú, en que bajo el impulso inicial del libertador José de San Martín se abre un proceso constituyente, desembocando en lo que sería nuestra primera Constitución, la cual, por cierto, en 2023 cumplió su bicentenario. No obstante lo dicho, es importante mencionar que, en nuestro territorio, y de manera previa a la independencia, rigió de manera intermitente la Constitución de Cádiz: de 1812 a 1814 y de 1820 a 1821, es decir, en este último caso, en el Perú rigió la Constitución de Cádiz en un tramo del denominado “trienio liberal”. En este sentido, es imposible dejar de recordar que la conocida “Pepa” consagraba en su artículo 13º el “Buen Gobierno”¹.

Con el paso de los años, la azarosa historia nacional trajo como consecuencia 12 constituciones. De entre ellas, la Constitución vigente de 1993 (que en 2023 llegó a las tres décadas) es justamente la primera que consagra la transparencia directamente como derecho fundamental, a diferencia del caso español, en cuyo caso no puede hablarse de la consagración directa de un “derecho fundamental a la transparencia”. No obstante, por supuesto hay matices anotados por la doctrina española. Así, haciendo un ejercicio de derecho comparado sobre este particular, sostiene Villaverde (2019) que, en España la transparencia

1. “El objeto del gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen”, dice a la letra el artículo 13º de la Constitución de 1812.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

puede desprenderse de los artículos relativos al “principio constitucional de publicidad”, como por ejemplo los artículos 9.3, 23.1 entre otros (Villaverde, 2019: 70). Para Sánchez Ferriz (2023), la transparencia, en la Constitución española, ha de ser entendida más que nada como un deber², en tanto reverso del derecho a la información (p. 161), consagrado en el artículo 20º numeral 1 d) de la CE, siendo el deber de información, a cargo de los poderes públicos, parte integrante del régimen democrático (Sánchez Ferriz, 2023: 162). A su turno, Mir Puigpelat anota claramente que, al encontrarse ubicada la transparencia en el artículo 105º, no está dentro del conjunto de derechos fundamentales, que en España se ubican en una determinada sección del texto constitucional (Mir Puigpelat, 2017: 50).

Como rasgo del “derecho constitucional general”, siguiendo con la terminología empleada por García Pelayo cuando hace referencia a las “disciplinas del derecho constitucional”, el marco constitucional peruano cuenta con una parte dogmática y con una parte orgánica (esta última parte de nuestra Constitución ha sido tensada en los años recientes debido a los avatares de la crisis política peruana). Se destaca también el “capítulo económico”, que consagra explícitamente una “economía social de mercado”, cuestión que por cierto ha cobrado relevancia en el debate público de las recientes décadas, en especial al hacer referencia a la denominada “Constitución económica”, conformada por los capítulos incluidos en el Título III (“Del régimen económico”), partiendo por el artículo 58º del texto constitucional peruano que consagra la “iniciativa privada libre” ejercida en el marco de una “economía social de mercado”.

2. Parte dogmática de la Constitución peruana

En cuanto a la parte dogmática, el modelo de derechos fundamentales que el Perú presenta con la Constitución de 1993 se remite a los aportes y estructura misma que había sido consagrada por la Constitución de 1979: esto es, se replica su modelo abierto porque no se restringe a la lista de derechos contenida por el artículo 2º sino que, según el artículo 3º, comprende a los otros derechos que están diseminados en otras partes de la Constitución y también implica los llamados “derechos no enumerados”, los cuales, vía determinación jurisprudencial, pueden ser acogidos en tanto se desprendan de las siguientes cuatro cláusulas: Estado democrático de derecho, soberanía del pueblo, dignidad del hombre, forma republicana de gobierno, las cuales a su vez tienen la funcionalidad de ser límites materiales de la reforma constitucional³.

En este orden de ideas, conforme a la configuración descrita en el párrafo anterior, todos los derechos fundamentales (sinónimo en el Perú de derechos constitucionales), tienen protección a través de la jurisdicción constitucional, concreta y directa a través de los diversos recursos / procesos constitucionales de tutela de derechos – Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento, pero también a través del control concentrado (Acción de Inconstitucionalidad y Acción Popular) cuando por ejemplo un dispositivo legal o reglamentario contiene previsiones contrarias a los derechos fundamentales, así como también vía el control difuso (según lo que establece el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución⁴), siendo este último de carácter incidental.

2. En este punto, es pertinente recalcar que, para Gutiérrez (2023: 62), los derechos y deberes constitucionales “no están en una relación de antítesis; al revés, se hallan en una situación de necesaria complementariedad para alcanzar los fines constitucionales que, al final, otorgan sentido a la idea de que la protección de los derechos es un asunto de manifiesto interés público”.

3. Límite material a que se refiere, en relación con la reforma constitucional, Portugal Pizarro, citando las sentencias Nos. 0006-2018-AI/TC y 014-2002-AI/TC (Portugal Pizarro, 2023: 409).

4. Según el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución Política del Perú, “en caso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior”. Es así como se configura normativamente el control difuso en el Perú.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

La apertura del sistema iusfundamental peruano se sustenta también en el marco supranacional, toda vez que la disposición final y transitoria cuarta de nuestro texto fundamental consagra lo siguiente: “las normas relativas a derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú”, y, en tiempo reciente, esto se refuerza con la introducción del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que fue aprobado en 2021 a través de la Ley Nº 31307 (es el segundo Código Procesal Constitucional peruano, después del publicado en 2004). En este caso, según este último texto normativo:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos”.

3. Breve referencia a la parte orgánica de la Constitución peruana

La parte orgánica de la Constitución Política del Perú consagra un presidencialismo parlamentarizado, acentuado en estos últimos años debido a la crisis política. Según comenta Eguiguren, las herramientas del parlamentarismo se introducen en el Perú en el siglo XIX, época en que, por ejemplo, aparecen “los antecedentes de la adopción del voto de censura (...) en la práctica parlamentaria” (Eguiguren Praeli, 2021: 60) y también debemos decir que otras se incorporan con la Constitución de 1979, que introduce herramientas como la disolución parlamentaria. Las particularidades de la parte orgánica constitucional peruana, en intersección con las de nuestra actual crisis política, impactan, por ejemplo, en la configuración del Ejecutivo (que tiene a su cargo mayores actividades administrativas y, por tanto, una mayor extensión concreta del ámbito de la transparencia) pero también de los demás poderes del Estado, organismos constitucionalmente autónomos. En lo que respecta a la organización territorial de un Estado unitario y descentralizado como el Perú, los gobiernos locales y regionales, absolutamente todos, están sujetos igualmente a las obligaciones de transparencia.

III. TRANSPARENCIA Y DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO**1. Marco conceptual y normativo de la transparencia en el Perú:**

Habiendo llegado a este punto, ¿cuál es el encaje de la transparencia en el ordenamiento jurídico-constitucional peruano, en toda su dimensión? ¿Cómo acoge a la transparencia todo el marco constitucional hasta aquí detallado? Como ya mencioné anteriormente, es con la Constitución de 1993 en que la transparencia se reconoce como derecho fundamental en el Perú. En tal sentido, el texto fundamental consagra en el numeral 5 de su artículo 2º que:

“Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...)”

Sin perjuicio de resaltar este avance, la profesora Sánchez Benites (2022: 248) reconoce que ya en la Constitución de 1979 “se hallan diversas disposiciones relativas a la publicación de diversas actuaciones públicas”, como “el artículo 87º que establecía que la publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado” (Sánchez

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

Benites, 2022: 248). La misma Constitución de 1979, establecía en su inspirador, potente preámbulo, una clara y rotunda alusión a:

“Una sociedad abierta a normas superiores de convivencia y apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo”.

En efecto, una sociedad abierta, en clave actual, es la sociedad digital en que vivimos a día de hoy, que, a través de la transparencia y la fortaleza y eficacia de sus mecanismos de protección pueden abrir escenarios de consolidación y convivencia democrática. Sociedad digital que, de la mano de la definición de De la Quadra y Salcedo (2018: 22), supone trascender un “mundo digital”, construyéndose dicha sociedad digital:

“sobre la base de descubrimientos, técnicas, dispositivos y aparatos creados por el ser humano (...) que han acabado casi creando un mundo propio vinculado a nuestra vida, que da la sensación de autosuficiente (...) donde lo relevante se ha consumado en la Red”

Y es que desde luego, sin perjuicio de los riesgos y desafíos que esta sociedad digital comporta, la ciudadanía cuenta con herramientas de carácter digital que se erigen como mecanismos para potenciar las posibilidades de acceso a la información pública; de la misma forma, los poderes públicos cuentan con la misma para poner a disposición de la ciudadanía dicha información. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la brecha digital y los desafíos existentes para la procura de su disminución.

En la doctrina constitucional peruana, para Landa, el Derecho de acceso a la información pública “es un elemento fundamental para el desarrollo y consolidación de un verdadero sistema democrático” (2017: 67). Democracia que no se agota, según el profesor Landa, en la participación vía elecciones (2017: 67-68). En cuanto al contenido esencial de este derecho, Landa sostiene que:

- a. La información debe preexistir al pedido (Landa, 2017: 69).
- b. La información debe estar en posesión de la entidad (Landa, 2017: 69). Porque esta la genera o porque por sus funciones la misma debería estar en sus archivos y registros. Landa aquí hace alusión a las sentencias recaídas en los expedientes 086-96-HD y 4912-2012-PHD (Landa, 2017: 69)
- c. La información “puede obrar en fuente documental o en cualquier soporte físico o digital” (Landa, 2017: 64).

El desarrollo legislativo de esta disposición constitucional viene dado en la Ley de Transparencia (Ley 27806), cuyo TUO (Texto Único Ordenado)⁵ es el D.S. 021-2019-JUS. Esta norma establece una potente presunción de publicidad, al decir que: “toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas en el artículo 15º de la presente Ley” (artículo 3º).

Sin embargo, el artículo 15º de la ley, que se supone sería la única excepción, se refiere a la información secreta (estableciéndose 14 tipos de información secreta), pero se ha

5. En el Perú, el Texto Único Ordenado (conocido por sus siglas: TUO), es un dispositivo normativo que cumple las funciones de lo que en España se conoce como Texto Refundido, compilando y ordenando las sucesivas modificaciones que se van incorporando con el tiempo a una norma legal. A diferencia de lo que ocurre en el caso español (en que se requiere una delegación legislativa por parte del Congreso –artículo 82º apartado 5 CE), en el Perú, el dictado de un TUO no requiere dicha autorización, ya que se aprueba por Decreto Supremo, emanado a su vez de la potestad reglamentaria del Ejecutivo (aunque no es, en esencia, una norma reglamentaria, contando los Decretos Supremos que aprueban TUOs con la denominada “fuerza de ley”).

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

extendido la restricción a la información reservada (artículo 16º: que contiene 10 supuestos) y a la información confidencial (artículo 17º, que contiene 6 supuestos). Es decir, nada más y nada menos que 30 casos donde no opera la transparencia, en supuestos detalladísimos que pretenden acotar la restricción, pero que en el fondo desnaturalizan o vacían de contenido el artículo 139 numeral 9 de la Constitución, según el cual las normas restrictivas de derechos han de interpretarse también de modo restrictivo. Al final, estas restricciones encuentran un eco en el procedimiento administrativo de solicitud de información pública que tienen todas las entidades, siempre calificado como uno de evaluación previa con “silencio negativo” (cuando la regla, según la norma administrativa, es el silencio positivo), pudiendo activarse la facultad de contradicción administrativa (una modalidad del derecho de petición, consagrado en el Perú como derecho fundamental en el numeral 20 del artículo 2º de la Constitución) a través del recurso de apelación ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (TTAIP), órgano resolutorio que forma parte del Ministerio de Justicia y que, comparativamente, es similar al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), a su vez contemplado por la Ley 19/2013 en su artículo 33º.

En efecto, los artículos 15º, 16º y 17º de la aludida norma son extremadamente exhaustivos, lo cual quizás no sea tan congruente con una normativa que se autoprocama de gran transparencia por medio de la precitada “presunción de publicidad”, al relativizar inmensamente esta presunción, convirtiendo las excepciones prácticamente en reglas.

Haciendo un ejercicio comparativo, en el caso español existen límites al Derecho de acceso a la información pública, establecidos en la Ley 19/2013, que son bastante puntuales y están acotados bajo un criterio de proporcionalidad, especificado en el apartado 2 del artículo 14º de la aludida Ley 19/2013, siendo las limitaciones a la transparencia más importantes las que responden a consideraciones de protección de datos personales (artículo 15º de la Ley 19/2013). Como vemos, a diferencia de la normatividad peruana sobre la materia, los supuestos de excepción al acceso a la información pública en España son más acotados y han de relacionarse con un “interés público o privado superior”, bajo un criterio de proporcionalidad establecido por la misma Ley 19/2013 en el precitado artículo 14º en su apartado 2.

Un rápido vistazo a los referidos artículos de la norma legal peruana que rige la transparencia nos permite corroborar la aludida percepción. Por ejemplo: si bien se puede entender o justificar el sustento de la información secreta por motivos de seguridad nacional (artículo 15º) – por ejemplo, resulta comprensible el secreto de la información cuando está en riesgo la vida del personal civil o militar (como bien establece el literal f del artículo 15º de la Ley de Transparencia bajo comentario) o los planes de defensa contra agresiones de otros Estados – con una vulnerabilidad incluso mayor en el ámbito digital, con las necesarias cuestiones de ciberseguridad, que suelen suscitar enorme preocupación. En este sentido, existe un marco normativo para la seguridad digital en la Ley del Gobierno Digital, aprobada por Decreto Legislativo 1412 –artículos 30º y siguientes–, pueden existir, por ejemplo, cuestiones logísticas en el ámbito de las compras públicas en materia de defensa que están plenamente revestidas de interés público y sobre las cuales existe un “derecho a saber”, en particular en torno a los destinos del dinero público.

Cabe señalar que, no obstante lo dicho, la norma indica un plazo de cinco (5) años para desclasificar tal información pero, nuevamente, es ciertamente inquietante que dicho plazo de no apertura pueda prorrogarse no una sino varias veces y, si no se prorroga, la apertura tiene una serie de requisitos (todo descrito, por supuesto, por el extenso artículo 15º antes aludido).

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

El artículo 16º, a su turno, se encarga de regular la “información reservada” (relativa, más que a la defensa nacional, al orden interno). En este caso, puede estar justificada la reserva de informaciones sobre, por ejemplo, seguridad ciudadana o tráfico ilícito de drogas, pero, nuevamente, las cuestiones de logística pueden revestir el interés público que sustenta la plena aplicación de la transparencia, o mejor dicho que dota de sentido genuino al propio concepto de transparencia.

Más grave quizás sea el caso del artículo 17º, donde se sustrae del deber de transparencia a las “opiniones producidas como parte del proceso deliberativo previo a una decisión de gobierno”. Esto afecta no solo a la transparencia sino también a la participación y por ende al Gobierno Abierto.

Así, para Ramírez Alujas (2020: 74), un reto esencial en América Latina, a los efectos de generar una mejor y mayor institucionalidad pública, es el de generar una “apertura gubernamental”, que se base, entre otros elementos básicos para el Gobierno Abierto (participación, colaboración), en “el pilar de la transparencia” (Ramírez Alujas, 2020: 74). De tal modo:

“El acceso a la información mediante datos públicos (para ejercer control social sobre los gobiernos y facilitar la rendición de cuentas y la reutilización de la información del sector público (para promover la innovación y el desarrollo económico)” (Ramírez Alujas, 2020: 74).

Además, es importante resaltar que se ha venido criticando el déficit deliberativo de las decisiones públicas y su opacidad como una forma de erosión democrática (o déficit democrático). Sobre ello, citando a Ginsburg, Gargarella y Roa (2020: 4-5) se adscriben a la definición de esta como un “fenómeno novedoso que implica un riesgo de deterioro lento, pero en última instancia sustancial de los márgenes del Estado de derecho (...) suponiendo un proceso de decadencia incremental”.

En tal orden de ideas, para los autores es crucial “la deliberación como respuesta a la concentración y el abuso de poder” (Gargarella y Roa Roa, 2020: 12), siendo lo ideal, de cara a una mirada “epistémica” de la democracia: “que las decisiones públicas se adopten después de una discusión inclusiva y no a través de decisiones impulsivas tomadas por unos pocos” (Gargarella y Roa Roa, 2020: 12). Es por ello que es de trascendental importancia la transparencia: sin ella, nada de eso es posible. La transparencia, así, se constituye como una certera barrera contra la erosión democrática, de cuyos peligros no pocas voces nos advierten.

También se excluye, con el rótulo de “información confidencial”, a la información producida en el marco de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), en cuyo caso habría que esperar a que el acto administrativo sancionador quede consentido o pasen seis meses desde el inicio del procedimiento. En este punto: ¿cómo quedaría, por ejemplo, el derecho a saber que tiene la ciudadanía en ámbitos intensamente públicos, donde se ha desarrollado y se desarrolla la actividad sancionadora en materia ambiental? En los casos de intereses colectivos esto, definitivamente, tiene que ser repensado. En suma, estas “excepciones” estarían afectando el contenido esencial del derecho fundamental al acceso a la información pública.

En cuanto al procedimiento administrativo que emana de toda solicitud de acceso a la información pública (con ramificaciones no menores con el ámbito constitucional), este se encuentra regulado en el artículo 11º del TUO de la Ley de Transparencia. Se trata de un procedimiento administrativo especial que, no obstante ello, por mandato que fluye del artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) debe atenerse al régimen garantista y de principios que establece

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

esta misma norma, 19 principios que son auténticos “puntales” constitucionales que despliegan su influjo sobre el derecho administrativo peruano⁶. La Administración Pública tiene en todo caso 10 días hábiles, en el marco de este procedimiento especial de acceso a la información pública, para entregar la información, salvo que exista una imposibilidad material por causas justificadas, normalmente de índole “logística u operativa” o déficit de los denominados “medios personales de la Administración”, cuestión muy acusada en el caso peruano.

La Ley establece además un “silencio administrativo negativo”, que habría que cotejar con los cánones de la LPAG, que establece más bien como regla el silencio positivo (artículo 35º del TUO de la LPAG, concordado con el artículo 38º del mismo texto legal). Pues bien: al activarse el silencio negativo o en caso mediase resolución denegatoria expresa, queda expedito el derecho a interponer un recurso de apelación ante el TTAIP. Cabe anotar que, a diferencia de lo a mi juicio erróneamente indicado por el literal e del artículo 11º de la norma, con el silencio negativo (según abundante doctrina) no corren los plazos, al tener el silencio administrativo negativo (al igual que el positivo), una vocación garantista, enfocada a evitar la indefensión, siendo así el silencio administrativo negativo un mecanismo de activación recursal a través de la facultad de contradicción, que es, en el Perú, una de las dimensiones o aspectos del derecho fundamental de petición, a su vez consagrado por el numeral 20 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

Al mismo tiempo, resulta relevante echar una atenta mirada al estado de la cuestión trazado por Luna Cervantes (2022: 96) –mirada autorizada ya que es quien encabeza la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, –ANTAIP–. Él identifica algunos aspectos que podrían apelar a la preocupación, como (admitámoslo), el “abuso del derecho por pedidos voluminosos e irracionales” (Luna Cervantes, 2022: 96), los desafíos que plantea la digitalización, reutilización y conservación de los documentos digitales (Luna Cervantes, 2022: 96), entre otros. En este prolijo texto, Luna Cervantes (2022: 103) señala que en 2021 se denegaron en el Perú 19.954 (diecinueve mil novecientos cincuenta y cuatro) solicitudes. Sin embargo, anota el mismo autor que solo se presentaron 2809 apelaciones (Luna Cervantes, 2022: 103), indicando que la ciudadanía: o consiente dichas denegatorias, desconocen “la vía del TTAIP para revertir la decisión de la entidad” (Luna Cervantes, 2022: 103), o bien “conociéndola, prefieren no transitarla” (Luna Cervantes, 2022: 103) o prefieren irse por la vía constitucional del Hábeas Data (Luna Cervantes, 2022: 103).

Sea como fuere, Luna Cervantes (2022: 103) afirma, rotundamente, que “la cuestión opaca sin duda es la falta de atribuciones para acceder a información secreta, reservada y confidencial”, a la que rotula como “información clasificada”. Afirma que, frente a ello, el TTAIP o la ANTAIP pueden requerir dicha información y, se desprende del texto de Luna (2022: 104) debe “la entidad requerida rebatir la presunción de publicidad de la información”. Coincido con este acertado parecer, por lo afirmado en líneas precedentes.

6. Sobre el tema de los principios del procedimiento administrativo y el anclaje constitucional de estos, he escrito sucesivamente varios textos a los que el lector podría remitirse, en los que he dejado sentada mi visión y mi posición. Ver, a este respecto, MOLINA DIMITRIJEVICH, Alexandra (2001): Los principios del Procedimiento Administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General: fundamentos, alcances e importancia. En: Derecho y Sociedad. Número 17. pp. 258-268, MOLINA DIMITRIJEVICH, Alexandra (2017): “Algunos apuntes en torno a la ley del procedimiento administrativo general en el Perú”. Revista Pólemos. En: <https://polemos.pe/apuntes-torno-la-reciente-modificacion-la-ley-del-procedimiento-administrativo-general-peru/> (fecha de consulta: 30 de abril de 2024), MOLINA DIMITRIJEVICH, Alexandra (2021): Administración y Constitución. ¿Una íntima relación?. En: Estudios sobre Derecho Administrativo a 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima. Derecho y Sociedad.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES****2. Las garantías constitucionales en el Perú y la transparencia. Especial referencia al Hábeas Data:**

En cuanto a las garantías constitucionales existentes para proteger la transparencia en tanto derecho fundamental, el proceso constitucional que, en el Perú, protege el derecho de acceso a la información pública, es específicamente el Hábeas Data, genéricamente normado por el artículo 200º numeral 3 de la Constitución y detallado por el Código Procesal Constitucional (artículo 53º y siguientes). En el artículo 59º se detalla que el derecho protegido por el Hábeas Data es el derecho de acceso a la información pública pero también (y esto es novedad normativa del nuevo Código Procesal Constitucional), la autodeterminación informativa, no consagrada explícitamente en la Constitución pero sí en la jurisprudencia constitucional peruana (véanse, por ejemplo, las STCs recaídas en los expedientes Nos. 1797-2002-HD/TC y 1623-2016-PHD/TC, respectivamente). Además, es importante tener en cuenta la denominada “etapa pre-contenciosa” del Hábeas Data (artículo 60º del Código Procesal Constitucional peruano), la cual debe ser agotada con la presentación de la solicitud de acceso a la información pública, y solo se agota cuando la institución deniega la entrega de la información (ya sea expresa o tácitamente –en este último caso, operaría el silencio negativo–. A partir de allí, es posible interponer Hábeas Data en el plazo de 60 días. Cabe anotar que, una vez admitida la demanda, el juez puede requerir la remisión de la información (art. 64º).

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

El derecho de acceso a la información pública es esencial en el marco constitucional y democrático actual, ya que permite una diversidad de cosas: la protección de otros derechos: piénsese en los pedidos de información pública en relación con temas climáticos o medioambientales e, incluso, en la transparencia algorítmica, imprescindible frente al uso de sistemas de Inteligencia Artificial por parte de la Administración Pública, y la participación y fiscalización de los poderes públicos. Dentro del esquema y la lógica de un Gobierno Abierto, la transparencia es un insumo esencial para la participación: se participa sobre lo que se conoce. Participación sin transparencia es como un avión sin radar.

Sobre la transparencia en el Perú, en concreto, cabe realizar algunas reflexiones y conclusiones finales:

- a. Dentro del marco “constitucional particular” del Perú (que naturalmente articula su concreción de la mano del derecho administrativo), la transparencia tiene una aceptable regulación, pero esto no es suficiente: es cierto que es un derecho fundamental, y, además, su desarrollo legal contiene la “presunción de publicidad”: en 2014, Ortíz de Zárate decía que en el Perú teníamos una transparencia radical: pero ¿qué tan real es ello? Que sí, pero sobre el papel. Aunque es un paso no menor, la consagración de los derechos fundamentales no se agota en sí misma para su cumplimiento: adicionalmente a su debido reconocimiento, los derechos fundamentales tienen que ser eficaces. Además, los “detalles” en los que entra la regulación legislativa del derecho fundamental de acceso a la información pública en el Perú, en relación con las restricciones a este acceso (artículos 15º al 17º del TUO de la Ley de Transparencia) deben ser repensados, a fin de no menoscabar dicho derecho fundamental. Sobre todo en una sociedad en constante cambio donde la esfera digital cobra más y más protagonismo. La extensa limitación, a modo de “excepciones” (encarnadas por la “información confidencial, secreta y reservada”), del derecho a la transparencia, es ciertamente restrictiva de derechos y, como tal, es lógico que se restrinja a supuestos muy acotados. Sin embargo, lo que tenemos en la legislación peruana

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

que desarrolla la transparencia es una amplitud enorme de supuestos que abre frentes que pueden generar vulneraciones del derecho fundamental de acceso a la información pública, constitucionalmente consagrado.

- b. En el plano de la jurisdicción constitucional y de la justicia administrativa, existe una protección a través del Habeas Data como garantía constitucional y, a la vez, un Tribunal (TTAIP), sin perjuicio, claro está, de la Autoridad de Transparencia. Dentro de esta lógica, es importante subrayar el enorme potencial del Hábeas Data como herramienta específica de garantía, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, de una diversidad de derechos como la transparencia y la auto-determinación informativa, ambos conectados con el exponencial desarrollo y diseminación digital que ha experimentado el mundo en las últimas décadas. Así, el Hábeas Data se revela como una herramienta idónea de protección de derechos en la era digital.
- c. La transparencia finalmente es, qué duda cabe, una herramienta para fortalecer el Estado Constitucional de Derecho en el Perú en el marco de las complejidades que supone la crisis política en la que está sumido el país, permitiendo más y mejor participación ciudadana frente a unos poderes públicos que no satisfacen las expectativas de la población. De hecho, la transparencia permite el ejercicio de una prensa libre que fiscaliza al poder: así, permite ejercer otros derechos relacionados: la libertad de expresión (en el caso de los periodistas independientes) y el derecho a la información (en el caso de la ciudadanía), convirtiéndose en insumos clave para la participación política y la incidencia ciudadana en las decisiones públicas.

Es en ese sentido que, tomando el título de este Congreso, la transparencia en el Perú podría revelar su enorme potencial como auténtico “puntal democrático”.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2023****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2024****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES****BIBLIOGRAFÍA**

- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás, PIÑAR MAÑAS, José Luis (directores). BARRIO ANDRÉS, Moisés, TORREGROSA, José (coordinadores) (2018): “Sociedad Digital y Derecho”. Boletín Oficial del Estado. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y Red.Es. Madrid.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco (2021): Las relaciones entre el gobierno y el Congreso en el régimen político peruano. Primera edición. Lima. Palestra Editores.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1987): Derecho Constitucional Comparado. Primera edición y primera reimpresión, Madrid. Alianza Editorial Textos.
- GARGARELLA, Roberto; ROA ROA, Jorge Ernesto, Diálogo democrático y emergencia en América Latina. MPIL Research Paper Series. Nº 2020-21. Max Planck Institute for Comparative and International Law. En: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3623812 (fecha de consulta: 27 de abril de 2024)
- GUTIÉRREZ CANALES, Mario Raúl (2023): Cultura Constitucional y democracia. Primera edición, Lima. Palestra Editores.
- LANDA ARROYO, César (2017): Los derechos fundamentales. Primera Edición, Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Colección Lo Esencial del Derecho.
- LUNA CERVANTES, Eduardo (2022). ¿Y cómo va la transparencia?. En: Ballón, Eduardo (Coordinador). “Perú hoy: tiempos de incertidumbre”. Lima. DESCO: Centro de estudios y promoción del desarrollo.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2017): El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia. Crónica de un cambio de paradigma. En: Revista Catalana de Dret Public. Número 55. pp. 48-66.
- MOLINA DIMITRIJEVICH, Alexandra (2001): Los principios del Procedimiento Administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General: fundamentos, alcances e importancia. En: Derecho y Sociedad. Número 17. pp. 258-268.
 - (2017): “Algunos apuntes en torno a la ley del procedimiento administrativo general en el Perú”. Revista Pólemos. En: <https://polemos.pe/apuntes-torno-la-reciente-modificacion-la-ley-del-procedimiento-administrativo-general-peru/> (fecha de consulta: 30 de abril de 2024).
 - (2021): Administración y Constitución. ¿Una íntima relación?. En: Estudios sobre Derecho Administrativo a 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima. Derecho y Sociedad.
- PAREJA PAZ SOLDÁN, José (2005): Historia de las constituciones nacionales (1812-1979). Segunda edición revisada, corregida y aumentada, Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- PORTUGAL PIZARRO, Luis (2023): ¿Debemos seguir entendiendo al poder constituyente como un poder jurídicamente ilimitado? En: “Temas para repensar la Constitución de 1993 a treinta años de su vigencia. Libro homenaje a Francisco Eguiguren Praeli”. Primera edición, Lima. Editorial Palestra y Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (PUCP)
- RAMIREZ ALUJAS, Álvaro (2020): “Gobierno abierto y gestión pública para el desarrollo sostenible: paradojas, encrucijadas y péndulos en el contexto latinoamericano”. En: CLAD. (Ed.). Gobierno abierto: estrategias e iniciativas en Iberoamérica”. Caracas. CLAD.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS JUNIO A DICIEMBRE DE 2023

ACTIVIDADES PREVISTAS ENERO A JUNIO DE 2024

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- SÁNCHEZ BENITES, Rosa Isabel (2022): Derechos de pensamiento, comunicación e información. Primera edición, Lima. Palestra editores y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. PUCP.
- SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio (2023): La transparencia como derecho-deber y sus relaciones con el derecho fundamental a ser informado, de nuevo, discrepando. En: Revista Teoría y Realidad Constitucional, Núm. 51. pp. 159-186.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (2019): El marco constitucional de la transparencia. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Número 116, pp. 167-191. ■