

C-No.111

Panamá, 11 de abril de 2002.

Doctor

Carlos A. Barsallo P.

Comisionado Presidente de la
Comisión Nacional de Valores
E. S. D.

Me permito brindar la opinión jurídica a su "*Consulta Administrativa*" identificada CNV-COM-31-02, relacionada con la aplicación de las normas especiales de la Ley que crea la Comisión Nacional de Valores (en lo sucesivo la C.N.V) que restringen el acceso a las investigaciones administrativas que efectúa esa dependencia pública, a las personas que soliciten información respecto de los actos de regulación y control de la actividad bursátil.

En su "consulta" hace una descripción de los hechos relacionados con la duda jurídica de su despacho. De esta descripción resaltan las siguientes consideraciones:

1. El asunto planteado se refiere a una problemática de puro derecho relativa a la interpretación e integración de la Ley 6 de 2002¹, sobre el acceso a los documentos oficiales, y las disposiciones de la C.N.V., sobre restricción a las investigaciones que se adelanten en la misma C.N.V.
2. La cuestión es saber si la normativa de la C.N.V., puede considerarse derogada por la nueva Ley de Transparencia (la Ley 6 de 2002).
3. En esa reglamentación de la C.N.V., se establece que los Comisionados, a solicitud de parte interesada o de oficio, podrán con una cierta discrecionalidad, restringir el acceso a la información que allí se maneja.

La Consulta específica.

Específicamente se pregunta:

¹ Publicada en la Gaceta Oficial 24, 476 del miércoles 23 de enero de 2002.

¿Debe considerarse que los artículos 14 y 28 de la Ley 6 de 2002, derogan el artículo 267 del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999?

Cuestión de derecho.

La presente *consulta* dice relación con las siguientes instituciones de derecho:

1. El valor de los principios generales del derecho, en el campo del derecho Administrativo, tales como la integración del derecho, y la interpretación de las excepciones.
2. El vacío de ley y el "vacío de derecho".
3. La forma de interpretación e integración de las normas especiales con las generales.

Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Una situación de orden jurídico-fáctico que explica el contenido de la presente consulta, es la falta de claridad de la Ley 6 al momento de definir cuáles son las otras fuentes de derecho aplicables a los vacíos en su regulación. Esto es así ya que la Ley parece indicar, según se verá, que es ella la única fuente de regulación de la materia del acceso a los documentos oficiales. Por ello, valdría la pena transcribir las disposiciones que en materia de acceso a los documentos públicos, establecen, para la C.N.V, los artículos 267 y 268 del Decreto Ley 1 de 1999. Veamos:

“Artículo 267. Acceso a información y confidencialidad

Toda información y todo documento que se presenten a la Comisión, o que ésta obtenga, serán de carácter público y podrán ser examinados por el público, a menos que:

- (1) Se trate de secretos industriales o comerciales, tales como patentes, fórmulas u otros, o información del negocio o sus finanzas cuya confidencialidad esté protegida por ley y que no se requiera que se hagan públicos para cumplir con los fines de este Decreto-Ley.
- (2) Hayan sido obtenidos por la Comisión en una investigación, una inspección o una diligencia exhibitoria relativa a una violación de este Decreto-Ley o sus reglamentos; no obstante, la Comisión podrá presentar dicha información y dichos documentos ante tribunales de justicia en un proceso colectivo de clase o al Ministerio Público en caso de que tenga razones fundadas para creer que se ha producido una violación de la ley penal, pero las instituciones que reciban dicha información o dichos documentos quedarán obligadas a mantener reserva sobre ellos.
- (3) A solicitud de parte interesada, la Comisión haya acordado mantenerlo en reserva, porque existen razones justificadas para ello y porque la divulgación de dicha información o dicho documento no es esencial para proteger los intereses del público inversionista.

- (4) Se trate de información o documentos que la Comisión mediante acuerdo dictamine que deban mantenerse bajo reserva.

La Comisión tomará las medidas necesarias para preservar la confidencialidad de toda información y todo documento que deban ser mantenidos en reserva de conformidad con este artículo.

La Comisión deberá revelar información que le sea requerida por una autoridad competente de la República de Panamá de conformidad con la ley”.

“Artículo 268. Uso indebido de información

Ningún Comisionado, funcionario o consultor externo de la Comisión, o director, dignatario o empleado de una organización autorregulada podrá usar para beneficio propio la información presentada a la Comisión o a la organización autorregulada, ni la que haya sido obtenida por éstas, según fuese el caso, si dicha información no es de carácter público. Tampoco podrán dichas personas negociar valores registrados haciendo uso de información presentada a la Comisión o a la organización autorregulada, u obtenida por éstas, según fuese el caso, aun cuando dicha información sea de carácter público, si no ha transcurrido tiempo suficiente para que ésta sea asimilada por el mercado de valores”.

Según el consultante, estas disposiciones parece no coincidir con los artículos 4 y 28 de la Ley 6 de 2002.

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

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

- 1) La información relativa a la seguridad nacional, manejada por los estamentos de seguridad.
- 2) Los secretos comerciales o la información comercial de carácter confidencial, obtenidos por el Estado, producto de la regulación de actividades económicas.
- 3) Los asuntos relacionados con procesos o jurisdiccionales adelantados por el Ministerio Público y el Órgano Judicial, los cuales sólo son accesibles para las partes del proceso, hasta que queden ejecutoriados.
- 4) La información que versa sobre procesos investigativos realizados por el Ministerio Público, la Fuerza Pública, la Policía Técnica Judicial, la Dirección General de Aduanas, el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, la Dirección de Análisis Financiero para la Prevención de Blanqueo de Capitales, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor y el Ente Regulador de los Servicios Públicos.
- 5) La información sobre existencia de yacimientos minerales y petrolíferos.
- 6) Las memorias, notas, correspondencia y los documentos relacionados con negociaciones diplomáticas, comerciales o internacionales de cualquier índole.
- 7) Los documentos, archivos y transcripciones que naciones amigas proporcionen al país en investigaciones penales, policivas o de otra naturaleza.
- 8) Las actas, notas, archivos y otros registros o constancias de las discusiones o actividades del Consejo de Gabinete, del Presidente o Vicepresidentes de la República, con excepción de aquellas correspondientes a discusiones o actividades relacionadas con las aprobaciones de los contratos.
- 9) La transcripción de las reuniones e información obtenida por las Comisiones de la Asamblea Legislativa, cuando se reúnan en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras para recabar información que podría estar incluida en los numerales anteriores.

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

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

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

El problema: La concurrencia de varias normas con la pretensión de reglar una situación.

¿Por qué surge el problema de interpretación de la Ley 6 de 2002?

Según hemos observado, en la Ley 6 de 2002, el legislador parece indicar que es esa ley la que debe determinar que información pública es susceptible de ser restringida por las autoridades. Esta afirmación la deducimos de la atenta lectura de los artículos 13, 14, y 16². Veamos:

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

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

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

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

...”. (La negrita es de la Procuraduría de la Administración)

“**Artículo 16.** Las instituciones del Estado que nieguen el otorgamiento de una información por considerarla de carácter confidencial o de acceso restringido, deberán hacerlo a través de resolución motivada, estableciendo las razones en que fundamentan la negación y que se sustenten **en esta Ley**”. (La negrita es de la Procuraduría de la Administración)

² Amen de que es muy curioso que en una ley de tan sólo 29 artículos hayan 19 referencia a las palabras “esta ley”, “la presente ley”, “en la presente ley”, “la información definida por esta ley”, “con la presente ley”, “presente artículo”, etcétera. Esto parece dar pie a pensar en el celo del legislador por enmarcar la regulación del derecho al acceso a la información pública, en esa ley.

Otro artículo de la Ley de Transparencia que puede inducir la idea de que el legislador, al regular la información susceptible de ser de acceso restringido, no incluyó o previó la situación de las leyes especiales que establecían cláusulas de reserva y restricción al acceso a la información, es el artículo 25. Esta norma hace referencia expresa al resto del ordenamiento, lo cual hace suponer que, al regular la participación ciudadana, sí se tuvo presente la posibilidad de que la Ley 6 de 2002, fuera complementada con otras leyes. En cambio al regular lo referente a la información restringida, el legislador no quiso que esa Ley (la Ley 6 de 2002) fuera completada, con otras leyes. Veamos:

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

(...)”. (La negrita es nuestra)

Del examen de la Ley de Transparencia podría concluirse que el legislador ha exaltado de manera abrumadora la virtud regulatoria de la materia en ella tratada. A pesar de la apariencia de excesivo celo normativo, creemos que en el proceso de interpretación de la Ley 6 de 2002, se puede superar tanto el marco de una referencia formal que propicia un centralismo excluyente, en donde la Ley 6 es el centro, principio y fin de las reglas de acceso a la documentación oficial; como la amplia discrecionalidad interpretativa de aquellas normas legales que incorporan límites a esa libertad o derecho de acceso.

En otros términos, lo que no le está permitido al intérprete de las normas de la Ley 6 de 2002, es que haga de ella el centro único y exclusivo de la regulación en esta materia, por la sencilla razón de que la función legislativa se entiende comprendida dentro de un sistema jurídico único, coherente y eficiente.

Sobre esto volveremos en seguida, no obstante bástenos por lo pronto, indicar que para que se pueda hablar del ejercicio de un Derecho, este debe derivar de un sistema de normas, las cuales a su vez forman un ordenamiento, siendo por tanto la norma el presupuesto previo para llegar al ordenamiento, y este a su vez, requisito previo para el nacimiento de derechos.

En el centro de la *consulta de marras*, trasluce una problemática de estricta dogmática jurídica: la interpretación o la integración de disposiciones legales que aparentemente se contradicen entre sí, mejor conocida como la antinomia de leyes.

Según el maestro Savigny, las antinomias de leyes se resuelven por medio de la “conciliación sistemática” que se realiza asignando un objeto especial a cada uno de los textos potencialmente contradictorios y fijando los límites de su aplicación. Y cuando la contradicción es inconciliable el problema se resuelve con la llamada “*interpretatio abrogans*”. En este caso, se podría pensar que ante la concurrencia de normas: la Ley 6 de 2002 y otras leyes especiales, el intérprete ha de tener por

no escrita la norma que antagoniza con la más reciente. En este sentido es oportuno recordar lo establecido en el artículo 36 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 6 de 2002.

“**Artículo 36.** Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

“**Artículo 28.** Esta Ley deroga toda disposición legal o reglamentaria que le sea contraria”.

En el caso bajo análisis la solución no se debe buscar en la derogatoria directa o presunta de la regla de derecho, en el sentido de que la Ley de Transparencia haya derogado las leyes especiales que regulan la materia, por dos razones esenciales:

- Por un lado, la Ley 6 de 2002, no reguló de manera integral, exhaustiva y excluyente toda la materia o información objeto de justificaciones legales para su reserva, y,
- Además la Ley 6 de 2002 es ley especial en materia de leyes que establecen el listado de documentos e informaciones que deben ser puestas a disposición de la ciudadanía. Es decir que en materia de reserva, es ley general y las leyes sectoriales, son leyes especiales.

I. La clasificación de las normas, según sus contenidos.

Según el criterio planteado la Ley de Transparencia es ley especial respecto de establecer el principio de publicidad de la documentación oficial, aunque ella no ha pretendido ser la única ley que establezca las excepciones a ese principio de publicidad. Esto se refuerza además por la propia definición que se encuentra en el artículo primero, de información de acceso restringido. Veamos.

“**Artículo 1.** Para efectos de la aplicación e interpretación de esta Ley, los siguientes términos se definen así:

7. **Información de acceso restringido.** Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública, cuya divulgación haya sido circunscrita únicamente a los funcionarios que la deban conocer en razón de sus atribuciones, de acuerdo con la ley.

(...)”. (El subrayado es de la Procuraduría)

Normas Especiales Vs. Normas Generales.

Es oportuno hacer una distinción entre la norma que, de manera general establece el derecho común al acceso a la documentación oficial, respecto de

aquellas disposiciones que de manera particular se refieren a un tipo especial de información y a su limitación.

Consecuentemente, este despacho parte del hecho de que en la situación consultada, existen dos tipos de leyes: la Ley 6 de 2002 que establece la regla general de que en los despachos oficiales las personas tiene derecho al acceso a los documentos que allí se generen. Y por otro lado, leyes especiales que ya de manera concreta, se refieren a un tipo determinado de informaciones.

Hay una gran diferencia entre ambas leyes, pues la Ley 6 de 2002, desde una visual general establece las bases comunes a todas las clases de informaciones que se puedan manejar en el sector público, y por su parte, las leyes sectoriales, orgánicas y fundacionales de servicios públicos especiales o específicos, igualmente ya en escasas dos o tres normas, se refieren a tipos de informaciones que, por su naturaleza, puede o deben quedar excluidas del régimen general establecido por la Ley 6 de 2002.

Ahora bien, para interpretar adecuadamente este tipo especial de normas resulta imprescindible contar con lo establecido en el artículo 14 del Código Civil. Veamos:

“**Artículo 14.** Si en los códigos de la República se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1. La disposición relativa a un asunto especial, o a negocios o casos particulares, se prefiere a la que tenga carácter general.
2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallaren en un mismo Código, se preferirá la disposición consignada en el artículo posterior, y si estuviere en diversos códigos o leyes, se preferirá la disposición del Código o ley especial sobre la materia de que se trate”.

Por lo visto en este artículo del Código Civil, una solución a la problemática planteada guarda relación con la Ley 6 de 2002, al establecer excepciones al principio de publicidad y pueden aplicarse con preferencia respecto de la regla general de la Ley de Transparencia³.

Del numeral siete del artículo primero de la Ley de Transparencia (al decir el legislador “**de acuerdo con la ley**”) se deduce que la búsqueda o interpretación de la regla del derecho aplicable a las excepciones, se debe realizar en todo el plexo normativo y no únicamente del estricto lenguaje de la Ley 6 de 2002. Analicemos:

II. La integración del derecho, como medio de salvar lagunas de leyes.

La integración y la interpretación del derecho

³ En esta línea de pensamiento expresa el pensamiento romano el siguiente aforismo latino: “ *specialis lex per generalem non derogatur*” (La ley especial no es derogada por la general).

El ordenamiento jurídico se sustenta la comprensión de la normativa legal regulada por el legislador. Para saber la intención al dictar la norma, se hace un examen de lo regulado por la legislación y su aplicabilidad al caso concreto.

En este examen, según el maestro de la Universidad de Roma, NICOLO LIPARI, "depende en una amplia medida de lo que ha sido considerado como el presupuesto fundamental del denominado 'conceptualismo jurídico': el dogma de la completud lógica del ordenamiento, según el cual éste se valora como una totalidad, como un sistema de normas positivas que está cerrado por los límites de su jurídicamente necesaria condición de 'completo'; el sistema se completa a sí mismo, se autointergra mediante la analogía, entendiéndose ésta como un procedimiento lógico que permite deducir la normativa aplicable a un caso no previsto por el Derecho de una norma jurídica dictada para un caso similar".

En el caso bajo estudio, el derecho establecido en una ley especializada, como es el caso de la Ley de Transparencia, se integra al resto de la regulación normativa del sistema nacional; superándose así la "*voluntas legislatoris*" y buscando el valor que esa ley tiene para la Administración Pública y la comunidad en lo que esa ley se aplica como concreta directiva de la acción legislativa.

III. La regla de interpretación de las excepciones.

La interpretación de las excepciones es restrictiva.

La regla general es que la información que se maneja en las instituciones oficiales es pública, y por ello en su sentido contrario, solamente cuando una norma legal así lo indique, se podrá negar aquella información. En este sentido, más concretamente referidos a la Ley 6, solamente se puede negar una información en las oficinas públicas, cuando en esa u otras leyes se haya establecido que la información requerida tiene el carácter de confidencia, de acceso restringido o de reserva.

Así pues la confidencialidad, restricción y reserva, son la excepción a la regla del libre acceso.

La excepción a la regla de acceso a la información pública bursátil

Esta problemática planteada es propicia para aclarar una cuestión que resulta crucial: las excepciones a las reglas generales son de interpretación restrictiva, por ello no le es permitido a la C.N.V, en su calidad de interprete, ampliar la gama de acciones e informaciones objeto de reserva. Veamos:

Según se ha visto, todas las entidades públicas (incluso aquellas de derecho privado que realizan servicios públicos); deben permitir el acceso a la información que en esas dependencias se generen. Esta es la regla general.

Esta regla solamente, puede ser incumplida cuando la ley así lo determine. Esto según lo establece la Ley 38 de 2000. Veamos lo dispuesto en el artículo 70 de esta Ley.

“Artículo 70: Al expediente sólo tienen acceso, además de los funcionarios encargados de su tramitación, las partes interesadas, sus apoderados, los pasantes de éstos, debidamente acreditados por escrito ante el despacho, y los abogados, sin perjuicio del derecho de terceros interesados en examinar el expediente u obtener copias autenticadas o certificaciones de la autoridad respectiva, siempre que no se trate de información confidencial o de reserva que obedezca a razones de interés público, o que pueda afectar la honra o el prestigio de las partes interesadas, conforme a las disposiciones legales vigentes.

Cuando se trate de obtener copias de documentos o certificaciones que versan sobre información confidencial, aquéllas se emitirán únicamente a solicitud de autoridad, del Ministerio Público, de los tribunales o de cualquier dependencia estatal que haga constar que la requiere para tramitar o resolver asunto de su competencia, en cuyo caso dicha autoridad debe cuidar que la información se maneje con igual carácter.

La calificación de confidencialidad de una información deberá ser objetiva y ceñirse a las condiciones establecidas en leyes vigentes. El funcionario no podrá negarse a dar una información, so pretexto de que es confidencial o de acceso restringido, si ésta no se encuentra previamente clasificada como información confidencial o de acceso restringido, si ésta no se encuentra previamente clasificada como información confidencial o de acceso restringido en normas legales vigentes”. (la negrita es de la Procuraduría de la Administración)

(Modificado por la Ley No. 45 de 27 de noviembre de 2000, publicado en la Gaceta Oficial No. 24,191.)

Ahora bien, para el caso bajo análisis, según se ha visto, en el caso de la C.N.V., ella tiene una normativa con valor legal que le permite oponerse a la solicitud de información.

Sin embargo, parece claro que la normativa legal de exoneración a la regla general, es decir el artículo 267 del Decreto Ley 1 de 1999, en sus numerales tres y cuatro le permite cierta discrecionalidad de parte de los funcionarios, a fin de que estos determinen, a solicitud de parte interesada o de manera oficiosa, qué información puede ser susceptible de reserva o de acceso restringido. Veamos.

“Artículo 267. Acceso a información y confidencialidad

Toda información y todo documento que se presenten a la Comisión, o que ésta obtenga, serán de carácter público y podrán ser examinados por el público, a menos que:
(...)

1. A solicitud de parte interesada, la Comisión haya acordado mantenerlo en reserva, porque existen razones justificadas para ello y porque la divulgación de dicha información o dicho documento no es esencial para proteger los intereses del público inversionista.
2. Se trate de información o documentos que la Comisión mediante acuerdo dictamine que deban mantenerse bajo reserva.

En este sentido la definición que brinda la Ley 6 de 2002, de información de accesos restringido, también refiere a su encuadre legal. Así tenemos que se dice que “**Información de acceso restringido**” es “todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública, cuya divulgación haya sido circunscrita únicamente a los funcionarios que la deban conocer en razón de sus atribuciones, **de acuerdo con la ley**”.

Queda claro la voluntad legislativa en el sentido de prohibir la discrecionalidad al momento de calificar qué tipo de información se debe considerar como de acceso restringido.

Por ello siguiendo el aforismo romano de que las excepciones son de interpretación muy estricta (*exceptio est strictissimae interpretariois*) creemos que los numerales tres y cuatro del artículo 267 del Decreto Ley 1 de 1999, han de tenerse por incompatibles con la nueva legislación.

Conclusión.

Consideramos que la Ley 6 de 2002 al no tener un listado completo de las materias que justificadamente son de acceso restringido, debe ser integrada con el resto de las normas legales del sistema jurídico nacional. Esta integración se hace necesaria para que la normativa no se convierta en inoperante y evitar que se propicie el inmovilismo del derecho a la información, que se traduciría en que los funcionarios encontrarán excusas para cumplir con dar la información pública a los ciudadanos.

En otras palabras, la integración se hace obligada para que los funcionarios estatales no hagan que la Ley 6 de 2002 sea una simple hipótesis, en lugar de un modelo concreto para la acción, es preciso que ella sea sometida a un proceso de complementación y acomodo al resto de las leyes especiales que tratan de manera sectorial algunas temáticas concretas relativas al acceso de informes, expedientes, archivos, investigaciones y documentos.

Las anteriores afirmaciones bastan para afirmar que en el caso IN EXAMINE, no debe considerarse derogado el artículo 267 del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999 por los artículos 14 y 28 de la Ley 6 de 2002, y más bien debe estimarse su adecuación al resto de la nueva normativa legal. En cuanto a los numerales 3 y 4 del Decreto Ley 267 de 1999 recomendamos no hacer uso de las facultades discrecionales de decidir qué información se ha de tener en la C.N.V., como de reserva o acceso restringido.

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

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AmdeF/15/cch.