

C-No.112

Panamá, 11 de abril de 2002.

Licenciada

Ilka Varela de Bares.

Directora Nacional de Migración y Naturalización

E. S. D.

Señora Directora:

Con agrado le brindo mi parecer jurídico a su "*Consulta Administrativa*" identificada Nota N DNMYN 046/02, relacionada a la aplicación de las normas especiales de la Dirección Nacional de Migración y Naturalización (en lo sucesivo MIGRACION) que restringen el acceso a las investigaciones administrativa que sigue esa dependencia pública, a las personas que soliciten información respecto de esos actos de regulación y control de la migración.

En su "consulta" se 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 en su actual "*consulta*" se refiere a un 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 Dirección de Migración, sobre restricción a las investigaciones que se adelanten en esa Dirección.
2. La cuestión es saber si la normativa legal de MIGRACION, puede considerarse derogada por la nueva Ley de Transparencia (la Ley 6 de 2002).
3. Por otro lado, para algunas personas, sobre todo las organizaciones que han tenido un rol decisivo de la presentación de los diversos proyectos de leyes que han servido de fuente de la actual Ley 6 de 2002, (la Ley de Transparencia) se debe buscar y descubrir, de

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

manera excluyente, el listado de justificaciones administrativas para restringir el acceso la información manejada en las Entidades Oficiales².

4. La normativa de la MIGRACION, respecto del derecho de información es en realidad una excepción a al regla general establecida en la Ley 6 de 2002.
5. En esa reglamentación de MIGRACIÓN, se establece que los archivos de identificación y registro de los extranjeros serán confidenciales.

La Consulta específica.

"Por este medio me dirijo a usted con el propósito de que absuelva una serie de consultas, relativas al alcance de aplicación de la ley 6 del 22 de enero de 2002, por medio de la cual se dictan normas para la transparencia en la gestión Pública, se establece la acción de habeas data y se dictan otras disposiciones, ya que existen dentro de nuestra Institución una serie de documentos que por las características especiales de las cuales están revestidos, requieren un manejo confidencial y por ende deben manejarse dentro de la institución con el carácter de reserva". (sic)

Cuestión de derecho.

El presente *dictamen consultivo* 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 creemos da pie a la presente consulta, es el hecho de la falta de claridad de la Ley 6 de 2002, al momento de definir cuáles son las otras fuentes de derecho aplicable a los posibles vacíos en su normativa y, sobre todo, según se verá, que es la Ley 6 de 2002 la única fuente de regulación de la materia del acceso a los documentos oficiales.

² En este sentido se utiliza la inteligencia del artículo 16 de la Ley 6 de 2002. En ese sentido se afirma que las razones para fundamentar la negativa de dar información se debe sustentar "**en esta Ley**" (la Ley 6 de 2002).

Por ello valdría la pena transcribir las disposiciones que en materia del acceso a los documentos públicos, establece la legislación de MIGRACIÓN. Veamos.

“**Artículo 83.** El archivo de identificación y registro de extranjeros será confidencial y solamente podrán suministrarse datos del mismo en virtud de orden de Autoridad competente”

“**Artículo 84.** Será sancionado con suspensión del empleo hasta por treinta (30) días y destitución en caso de reincidencia los funcionarios del Ministerio Gobierno y Justicia que incurran en alguna de las siguientes faltas:

a) Sin estar autorizados, proporciones informes a personas extrañas al despacho;
(...)”.

Otra normativa referida al tema migratorio que establece ciertas reservas al dominio y acceso de la información de este tipo, es el Decreto Ejecutivo 23 de 10 de febrero de 1998³, por medio del cual se desarrolla la Ley 5 de 26 de octubre de 1977⁴, en donde se establece lo siguiente:

“**Artículo 76.** Los funcionarios del Ministerio de Gobierno y Justicia, los integrantes de la Comisión, los representantes del ACNUR, que en ejercicio de sus funciones tuvieran accesos a información de las peticiones de reconocimiento de la condición de Refugiado o de las personas sujetas al Estatus Humanitario Provisional de Protección estudiado en el Título II del presente Decreto Ejecutivo, o a sus expedientes, deberán guardar absoluta confidencialidad sobre e información y asuntos contenidos en ellos y no podrán divulgar total o parcialmente su contenido a terceras personas, ni aún después de haber cesado en sus funciones, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando el propio solicitante o refugiado lo solicite y autorice.
2. Cuando la información específica sea requerida formalmente por funcionarios del Órgano Judicial, Ministerio Público o de seguridad del Estado, quienes deberán guardar estricta confidencialidad sobre las informaciones recibidas.
3. Cuando la información sea requerida por ACNUR.

En caso de transgresión estarán sujetos a las sanciones administrativas y penales correspondientes”.

Estas disposiciones parecen no coincidir con los artículos 4 y 28 de la Ley 6 de 2002, en los que se establece lo siguiente:

“**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.

³ Publicado en la gaceta Oficial numero 23, 480 de 12 de febrero de 1998.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial numero 18,558 de 17 de abril de 1978.

- 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 planteado por la distinguida consultante?

Según hemos observado, en la Ley 6 de 2002, el legislador parece indicar que es en esa ley en donde se debe buscar toda la información pública susceptible de ser restringida por las autoridades. Esta afirmación la deducimos de la atenta lectura de los artículos 13, 14, y 16⁵, de dicho instrumento jurídico:

“**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

⁵ 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.

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)

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. En esta norma sí se hace referencia expresa al resto del ordenamiento, lo cual supone que, para el caso de la regulación de la participación ciudadana, sí se tuvo presente la posibilidad de que la Ley 6 de 2002, fuera complementada con otras leyes. Y en su sentido contrario, en la materia de 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)

En otros términos, lo que no le está permitido al interprete de normas como 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.

En el centro de la *consulta de marras*, trasluce un 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 interprete 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, y excluyente toda la materia o información objeto de justificaciones legales para su reserva, y,
- Si bien 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, ella es un parámetro general en materia de leyes que establecen reservas al acceso de las personas. Es decir que en materia de reserva, es ley general y las leyes sectoriales, son leyes especiales. Esto se verá más adelante.

Somos del criterio que la Ley 6 de 2002 no deroga las leyes especiales que establecen reservas al acceso del derecho general de acceso a la información pública, por el solo hecho de su promulgación y su pretensión de regular la materia del acceso a la información. No cabe duda que el tema requería un análisis más exhaustivo para delimitar el ámbito de su interpretación.

Veamos algunos principios y dogmas decantados por la ciencia jurídica en el campo del derecho público.

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

Como se ha explicado, si bien la Ley de Transparencia es ley especial respecto de establecer el principio de publicidad de la documentación oficial, 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:

“**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.

En la presente *consulta* es bueno hacer una distinción entre la norma que, de manera general establece el derecho común de 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.

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 a favor de las personas con derecho al acceso a los documentos de las oficinas públicas. Por otro lado, existen leyes especiales que de manera concreta, se refieren a un tipo determinado de informaciones.

Existe una gran diferencia en estas normativas. Por un lado, 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, 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.

Para interpretar adecuadamente este tipo especial de normas resulta necesario tener presente 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”.

De la norma reproducida, podemos colegir, que la Ley 6 de 2002, es una norma general, en cuanto al establecimiento de excepciones al principio de publicidad de los documentos oficiales; y, las otras leyes son disposiciones especiales; y por ello, estas pueden y deben aplicarse con preferencia respecto de la regla general de la Ley de Transparencia⁶.

⁶ 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).

Con todo y esta posible solución, ya del numeral siete del artículo primero de la Ley de Transparencia 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

El ordenamiento jurídico se sustenta en 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 autointegra 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".

Según esta teoría la ciencia del Derecho tendrá como objeto la norma jurídica. Y esta a su vez tiene su propia razón de ser, la cual se deduce de la razón de la ley.

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.

Según se sabe, 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 migratoria

La problemática planteada es propicia para aclarar una cuestión que resulta crucial: las excepciones a las reglas generales son de interpretación restrictiva, por ello no autorizan a las autoridades de Migración en su calidad de intérprete, ampliar la gama de acciones e informaciones objeto de reserva. Veamos:

No cabe duda de que 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, existe una normativa con valor legal que le permite oponerse a la solicitud de información. Sin embargo, parece claro que la normativa legal, es decir el artículo 83 del Decreto Ley 16 de 1960, no permite que “los archivos y registros” de identificación de los extranjeros sean conocidos por cualquier persona.

Esto se deduce además de la definición que brinda la Ley 6 de 2002, de información de accesos restringido, ya que ella refiere a su encuadre legal. Este texto establece 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 que la voluntad legislativa fue la de prohibir la discrecionalidad al momento de calificar qué tipo de información se debe considerar como de acceso restringido.

Siguiendo el aforismo romano de que las excepciones son de interpretación muy estricta (*exceptio est strictissimae interpretariois*) creemos que solamente los archivos y registros en donde se identifiquen a los extranjeros que tenga un caso pendiente de resolución administrativa, serán de reserva o de acceso restringido. En otras palabras, la información relativa a otros asuntos en donde no se identifique a la persona del ciudadano extranjero que requiere una solución migratoria, debe ser suministrada.

Según la lectura del artículo 70 de la Ley 38 de 2000, aún esa información de acceso restringido: los archivos y registros, nunca podrían ser de reserva para los directamente afectados o los extranjeros involucrados. Esto ya que la legislación lo que pretende es la custodia del derecho a la debida identidad del extranjero, y por ello, no se violaría tal intimidad, si es el propio extranjero quien requiere tener acceso a los archivos y registros administrativo contentivos de su propia información.

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 por el resto de las normas legales del sistema jurídico nacional. Esta integración se hace necesaria para que la normatividad no se convierta en inoperante y evitar que se propicie el inmovilismo del derecho a la información, que se traduciría en que los funcionarios encontraran excusas para no 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, por lo que es preciso que ella sea sometida a un proceso de complementación y acomodo al resto de las leyes especiales que tratan de manera sectorial (y por ello especial) algunas temáticas concretas relativas al acceso de informes, expedientes, archivos, investigaciones y documentos.

De las anteriores afirmaciones concluimos que en el caso IN EXAMINE, no debe considerarse derogado el artículo 83 del Decreto Ley 16 de 1960 por los artículos 14 y 28

de la Ley 6 de 2002, sino más bien debe estimarse su adecuación al resto de la nueva normativa legal.

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

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/15/cch.