

DESAFÍOS JURÍDICOS A PROPÓSITO DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE SALUD

LEGAL CHALLENGES REGARDING THE RIGHT TO ACCESS TO PUBLIC HEALTH INFORMATION

James Fernández Salguero¹

(1) Universidad Católica de Santa María, Arequipa - Perú.

RESUMEN: La Constitución Política de 1993 contiene partes que no pueden modificarse y que a nivel de la doctrina se denominan como “dogmática”, puesto que contienen prerrogativas esenciales para la protección de los derechos fundamentales de la persona, como el caso del derecho al acceso a la información pública en materia de salud. Son muchos instrumentos y antecedentes legales internacionales los que reconocen este derecho dirigido a construir una sociedad más democrática y transparente, tal es el caso, por el ejemplo, el Pacto de San José o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, a partir de una revisión de la doctrina y jurisprudencia actual, se analizarán los diferentes matices que ostentan el derecho al acceso a la información pública en materia de salud, a fin de contrastarlo con una temática coyuntural, esta es, la adquisición de vacunas a propósito de la propagación de la covid-19.

Tal análisis evidenciará que, actualmente, existe la imperiosa necesidad de generar estándares más específicos respecto al contenido del derecho de acceso a la información en materia de salud, pues, tal y como se señalará más adelante, no existe una justificación constitucionalmente legítima que impida legítimamente a los ciudadanos a conocer el precio de la vacuna Sinopharm.

Palabras clave: Derecho a la salud; Acceso a la información pública; vacunación.

ABSTRACT: The 1993 Political Constitution contains parts that cannot be modified and that at the doctrinal level are called “dogmatic”, since they contain essential prerogatives for the protection of the fundamental rights of the person, such as the case of the right to access to the public information on health. There are many international legal instruments and antecedents that recognize this right aimed at building a more democratic and transparent society, such is the case, for example, the Pact of San José or the International Covenant on Civil and Political Rights.

In this sense, based on a review of current doctrine and jurisprudence, the different nuances of the right of access to public information on health will be analyzed, in order to contrast it with a conjunctural issue, that is, the acquisition of vaccines regarding the spread of covid-19.

Such analysis will show that, currently, there is an urgent need to generate more specific standards regarding the content of the right of access to health information, since, as will be indicated later, there is no constitutionally legitimate justification that legitimately prevents the citizens to know the price of the Sinopharm vaccine.

Keywords: Right to health; Access to public information; vaccination

1. INTRODUCCIÓN

Como todos los derechos que la Carta Magna o la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales, reconocen el acceso a la información posee límites que usualmente podrían desnaturalizar su propia esencia. En efecto, resulta alarmante que un ciudadano se encuentre impedido de saber el costo de las vacunas compradas al laboratorio chino Sinopharm después de negociaciones - que ciertamente no fueron del todo transparentes - cuando este tipo de operaciones se realizan con cargo al presupuesto público.

En esa línea, la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, podría requerir algunas modificaciones que permitan saber aquello que en materia de salud es reservado y qué circunstancias perjudicaría las negociaciones del Estado con un laboratorio internacional, toda vez que una solicitud de acceso a la información dirigida a las entidades pertinentes con el

objetivo de saber el precio de las vacunas que el Estado peruano compró al laboratorio antes mencionado fue rechazada so pretexto de que se trata de información reservada y puede perjudicar las negociaciones entre las autoridades peruanas y el laboratorio Sinopharm.

En definitiva, lo que pretendemos responder en este trabajo es determinar en qué sentido podría perjudicar el que un ciudadano conozca algunos elementos de las negociaciones internacionales como la de la adquisición de las vacunas en un contexto en el que ya se habían acabado las conversaciones para la compra de vacunas a este laboratorio en perjuicio del Estado y afectando a otros laboratorios que ofrecían precios menores, lo que finalmente se supo por los propios medios de comunicación.

En efecto, debe admitirse que los principales agraviados frente a esta situación son los ciudadanos, cuyos impuestos sirvieron para pagar precios elevados, en un contexto de serios cuestionamientos a la labor del expresidente Vizcarra, que culminó en su destitución por “incapacidad moral” en el mes de noviembre del 2020.

Correspondencia:

James Fernández Salguero

E-mail: jfernandez@ucsm.edu.pe

2. MÉTODO

El presente trabajo según su naturaleza es de carácter descriptivo, toda vez que el mismo desarrollará bajo una perspectiva cualitativa un análisis lógico-jurídico de los principales desafíos que afronta el derecho fundamental al acceso a la información pública en relación al proceso de adquisición de vacunas en contra de la pandemia desatada por la covid-19.

Al respecto, según R.H. Sampieri “el enfoque de la investigación cualitativa usa la recolección de información para probar hipótesis con base en la medición comparativa o valorativa y el análisis descriptivo, para establecer patrones de comportamiento y probar teorías”. Asimismo, la presente investigación es de enfoque cualitativo – descriptivo ya que se va a recolectar información para diagnosticar, explicar y dar soluciones mediante la valoración y el análisis descriptivo.

3. RESULTADO Y DISCUSIÓN

El acceso a la información pública es un derecho que posee todo ciudadano de cara a construir una sociedad democrática como la que todos aspiramos y está contenido en la Ley N° 27806, norma susceptible de ser mejorada sobre todo en lo que respecta al artículo 15 y sus apartados concernientes a la información reservada por diversos motivos.

La democracia nos permite como nación tomar decisiones que involucran recursos públicos. En efecto, el presupuesto utilizado para los procesos de adquisición que hace el Estado como principal comprador en el mercado tanto nacional como internacional, es significativamente oneroso. Además, que nos permiten ejercer otros derechos sin tener que activar el aparato jurisdiccional que ya tiene una carga procesal bastante elevada, tal vez debido al poco presupuesto que el gobierno destina a un elemento tan importante en el desarrollo del país como es la administración de justicia. Debería de aclararse términos como “Perjudicar” o delimitar claramente los elementos inherentes a las negociaciones internacionales que no serían susceptibles de ser compartidos como información pública. Esto debido a que no hay congruencia entre saber un precio de la vacuna y con ello afectar las negociaciones internacionales del Estado sin mencionar la reserva tributaria que también podría ser levantada por un ciudadano siempre y cuando haya argumentos que sustenten tal petición como que sea un elemento para ejercer otros derechos constitucionalmente reconocidos como el cobrar las utilidades generadas por su empresa empleadora.

Claro que este acceso a la información para fiscalizar a la administración pública no se puede ejercer de manera ilimitada puesto que ello afectaría de algún modo la vida de la nación por lo que deben de establecerse límites generales que permitan un mayor desenvolvimiento a los principales organismos como lo podría ser el Ministerio de Salud en el proceso de adquisición de las vacunas que ahora están siendo inoculadas a miles de personas pero si somos analíticos nos damos cuenta que estos límites generales devendrían en arbitrarios y si el legislador es específico sin llegar a la exquisitez en la elaboración de la norma pues ello no impediría la dinamización en el funcionamiento de la administración pública sobre todo en lo que se relaciona al proceso de adquisición de bienes y servicios.

Un factor fundamental para el ejercicio de la libertad de expresión es el acceso a la información, algo que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Cruzatt, 2008) a través de su declaración de principios sobre libertad de expresión recuerda en su principio 4:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas. (El destacado es nuestro) (Principio N° 4).

Tal como se podrá observar en el párrafo anterior nos damos cuenta que el saber el precio de una vacuna una vez finiquitado el proceso de negociación del Estado con el laboratorio internacional Sinopharm no constituye una información que pueda amenazar la seguridad nacional en una sociedad democrática como pretende ser la nuestra.

En la misma línea se puede aseverar que revelar una información como el precio de la vacuna Sinovac del laboratorio Sinopharm en el contexto de una negociación internacional como la que se tuvo para la adquisición de tal producto no perjudicaría el mismo, y es que es esto lo que se sostiene en el siguiente párrafo que forma parte de una respuesta a una solicitud de información que se hizo para tal objeto ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2021):

Los artículos 15, 16 y 17 del T.U.O. de la Ley de Transparencia detallan los supuestos en los que no procede el acceso a la información pública por estar clasificada como secreta, reservada o confidencial, respectivamente, y en su artículo 18 se establece que “Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. (...)”

Así tenemos, que el artículo 16 del marco normativo señalado en el párrafo precedente, establece los supuestos de información clasificada como reservada, que incluye entre otros, la referida a negociaciones internacionales cuya divulgación **PERJUDICARÍA** la eficacia de la acción externa del Estado en los procesos negociadores a los acuerdos adoptados, tal como lo dispone el inciso a) del numeral 2 del mismo artículo (pág. 17).

Para reforzar el argumento la respuesta a la solicitud de información hecha por un ciudadano se afirma que:

Por lo expuesto, de conformidad con el Decreto de Urgencia N° 110-2020, modificado por el Decreto de Urgencia N° 003-2021 y en el numeral 2 del artículo 17 del T.U.O. de la Ley de Transparencia, **la información correspondiente a las vacunas contra la COVID –19 que**

adquiera el Estado Peruano es confidencial y está protegida por el secreto comercial, por lo que no debe ser divulgada” (el resaltado es nuestro). (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2021, pág. 21).

La pregunta que nos hacemos frente a la respuesta dada por el Ministerio de Salud es si la revelación del precio afecta o, en palabras de la ley 27806, “perjudicaría” el secreto comercial, puesto que se entiende que este derecho de las personas jurídicas implica la protección de otros elementos que no precisamente están relacionadas con el precio de sus productos que comercializan, veamos lo que nos dice la decisión 486 sobre el secreto comercial o empresarial en su artículo 260: La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

De lo leído se desprende que el precio no forma parte del secreto comercial pero no nos enfusquemos en ese tema, vayamos al contenido de la ley sobre acceso a la información pública que debe de mejorarse para permitir un mejor proceso de fiscalización hacia los organismos gubernamentales que manejan recursos públicos aún más si estamos en un contexto de cuarentena en el que se vieron comprometidos importantes funcionarios cuya razón de ser es servir a la sociedad que representan por el mal manejo de recursos.

No podemos negar que todos los derechos tienen límites como lo establece nuestra propia Carta Magna en su artículo toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo del pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyen por ley o por razones de seguridad nacional.

Ello, no constituye óbice para invocar la aplicación de un principio de razonabilidad que nos permita conectar con el sentido de la ley sin desnaturalizarla y que está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico por lo que de otra manera estaríamos frente a normas jurídicas que carecen de validez por lo que colisionan con los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad (Muñoz, 2013), lo que es necesario para ejercer un pleno derecho a la expresión y lo recuerda el Informe Anual De La Relatoría Para La Libertad De Expresión del año 2001 (Comisión interamericana de derechos humanos, 2001) en los siguientes términos:

El límite al ejercicio de este derecho encuentra restricciones permisibles por motivos de **orden público, de seguridad nacional, de secreto fiscal o bancario y/o de protección a la honra o a la privacidad de las personas** [...] deben estar expresamente establecidas por la ley, destinadas a proteger un objetivo legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática. Aplicando el **criterio de proporcionalidad** en el balance de los derechos afectados, el acceso a la información de interés público debe regirse bajo el principio de presunción de publicidad, aplicando las mínimas **restricciones y solo en casos excepcionales**.

Los criterios de reserva de información deben de ser establecidos en forma clara y precisa para permitir que entes Eljurídicos puedan revisar tanto la legalidad como **la razonabilidad de la resolución** a la luz de los intereses afectados. (el resaltado es nuestro) (párr. 41).

En efecto, de lo que se trata es que ya no haya negociaciones bajo la mesa que permitan a funcionarios públicos beneficiarse a costas del presupuesto nacional como sucedió con el ex presidente Vizcarra, la ministra Pilar Mazzetti y su par Elizabeth Astete quien lideraba el Ministerio de Relaciones Exteriores, los que finalmente fueron inhabilitados por el congreso para ejercer la función pública debido a que fueron inoculados por unas vacunas que debían de servir para el grupo de investigación en la fase de prueba de este producto cuyo precio se presume en 60 dólares, un valor sensiblemente mayor al de la dosis de Oxford que ofertaba a 4 dólares (Tan, 2020).

Como podrán notar, se trata del precio más elevado en el mercado internacional y claro que ello no se puede verificar plenamente debido a que el precio forma parte del secreto comercial como lo indica el propio Ministerio de Salud.

Para ir cerrando con el tema debemos de precisar que la ley de acceso a la información debe de ser modificada con el objetivo de brindar mayor transparencia en el actuar de la administración pública y no sucedan episodios lamentables como el que tuvimos el año pasado en un contexto bastante lamentable y es que no podemos negar que esas dosis enviadas por el laboratorio Sinopharm pudieron ser inoculadas en favor del personal médico o personas en situación de vulnerabilidad que merecen mayor cuidado por parte del Estado como lo recuerda la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006) en el caso Ximénez López Vs Brasil.

4. CONCLUSIONES

- El acceso a la información pública es una condición *sine qua nom* para construir una sociedad democrática y requiere de una mejor técnica legislativa frente a su elaboración para garantizar menores niveles de corrupción como los que tenemos en el Perú.
- Decir que una información es reservada o perjudica las negociaciones internacionales del Estado es insuficiente si se trata de garantizar un verdadero sistema de control de la sociedad de cara a la actuación de la administración pública.
- La revelación del precio de la vacuna Sinovac del laboratorio Sinopharm no perjudica las negociaciones internacionales ni colisiona con el secreto comercial ya que esta figura protege otros elementos inherentes al desarrollo del mismo.
- En definitiva, lo que se requiere es una mejor técnica legislativa que mejore los alcances de la Ley 27806 para ser congruente con los lineamientos internacionales que existen sobre el acceso a la información.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- [1] Comisión Interamericana de Derechos Humano. Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Washington D.C: Organización de Estados Americanos; 2001.
- [2] Corte IDH. Caso Ximénes López Vs. Brasil. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 120. San José: Organización de Estados Americanos; 2006

- [3] Cruzatt K. C. Acceso a la información pública: Apuntes sobre su desarrollo en el Perú a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Departamento Académico de la PUCP; 2008.
- [4] Muñoz M. El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de la validez de las normas jurídicas. *Rev lus Humani*. 2013; 13(1): 139-174.
- [5] R.H. Sampieri. Metodología de la investigación. 2014. 5ta edición.
- [6] Tan Y. BBC News (Internet). (Citado el 03 de octubre de 2020) Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55248167>

- [7] Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Resolución N° 0457-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 2021.

Recibido el 15 de octubre del 2021 y aceptado para su publicación el 12 de noviembre del 2021