

ACCESO A LA INFORMACIÓN ¿PÚBLICA?

Por Ariel R. Caplan¹

En este trabajo nos limitaremos a analizar algunos de los aspectos salientes del Derecho a la Información Pública. Analizaremos a una especie dentro del género del Derecho a la Información y la mayor parte de lo que aquí sostendremos en relación a la información pública, es predicable de la que no tiene tal carácter.

Sostenemos que toda “La Información”, sea pública o privada, (con la salvedad de la que pudiera afectar la intimidad y privacidad de las personas) es patrimonio de la humanidad y nadie tiene derecho a negársela a sus semejantes puesto que ello cercenaría la libertad de expresión, de aprender y enseñar y de conocer los antecedentes, fundamentos y razones de las decisiones de gobierno por parte de las mayorías representadas. Además, no se pierde La Información que se posee por compartirla sino que posibilita enriquecerla con nuevos aportes.

El derecho de todos a la educación y a pensar y expresar libremente las opiniones y de gozar de los adelantos científicos, económicos y culturales son derechos humanos universalmente reconocidos y para que se verifiquen en la realidad resulta indispensable el libre acceso y circulación de la información, de las ideas y del conocimiento en general.

1. ¿DÓNDE ESTÁS INFORMACIÓN PÚBLICA QUE NO TE PUEDO ENCONTRAR?

Los esfuerzos que demanda implementar las acciones concretas destinadas a allanar el acceso a la información pública; las polémicas y resistencias que despiertan, la existencia de disposiciones restrictivas en leyes y reglamentos ¿bien intencionados? destinados a facilitarla, no hacen más que revelar su apropiación indebida por una burocracia y un funcionarismo que, en lugar de ponerla a disposición del soberano, es decir del pueblo, la ocultan bajo la excusa de preservarla o de resguardar un supuesto interés público que confunden con el propio. O, en el mejor de los casos, la escamotean para manejar la cosa pública sin controles ni rendición de cuentas y/o con una discrecionalidad y reserva incompatible con su naturaleza en un régimen democrático, representativo y republicano como el nuestro (Art. 1 C.N.).

Este fenómeno demuestra que los funcionarios muchas veces obedecen a una lógica e intereses propios, distintos y hasta contrarios a los de sus gobernados que desarrollan alternativamente los sufridos roles de administrados, ciudadanos, contribuyentes, usuarios y consumidores.

Que el problema a resolver sea el acceso a la información revela que esta dejó de ser pública al haber sido apropiada por una burocracia creada con otra finalidad.

Sin Información Pública la democracia se transforma en una mera apariencia. Se constituye en un espectáculo, una simple puesta en escena cuya utilería, luces, maquillajes, actores y efectos especiales, difundidos *Ad Nauceam* por los medios masivos de comunicación, nos pueden llegar a hacer creer que gozamos de una libertad que no tenemos, que podríamos acceder a productos e información en realidad inalcanzables y que conocemos lo que ignoramos.

El objeto de este trabajo es incentivar la construcción de una realidad más democrática, republicana, participativa e igualitaria donde circule y se acceda libremente a la información pública y al proceso de su generación cuyo conocimiento y divulgación resulta indispensable para comprenderla cabalmente.

La tarea es compleja pero resultará más sencilla si se conocen las causas de sus obstáculos y se tiene presente que la burocracia y el funcionarismo “...es el poder de un mundo invertido: cuanto más fuerte es, más afirma que no existe y su fuerza le sirve ante todo para afirmar su inexistencia. Sólo en este sentido es modesta... la clase burocrática ha de ser

¹ Agradezco a Daniela R. Papa su invaluable colaboración en la recopilación y análisis de los antecedentes que posibilitaron este trabajo y a mi hijo Iván quien me introdujo en la indispensable lectura de Guy Debord.

la clase invisible para la conciencia, de tal modo que toda la vida social enloquece. La organización social de la mentira absoluta deriva de esta contradicción fundamental”.²

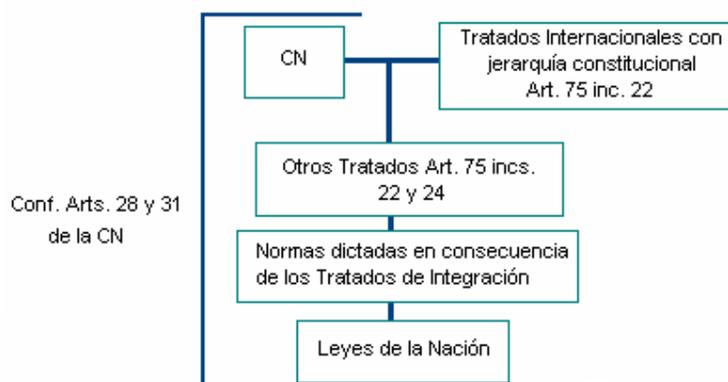
Para no quedar en evidencia, la burocracia y el funcionarismo no sólo niegan su existencia y poder sino también afirman que no hacen lo que hacen: toman como propia la información de todos. La clasifican, dispersan y ocultan para desalentarnos o enloquecernos con datos falsos, estadísticas dibujadas o con una búsqueda imposible o sumamente dificultosa. Y eso sucede tanto con lo que los administrativistas llaman Vías de Hecho, como con leyes o reglamentos que a modo de excepción consagran lo que termina siendo la regla general, valiéndose para ello de expresiones vagas e inasibles.

Intentamos hacer conciente que la resistencia despertada en los funcionarios y la burocracia es un mecanismo de defensa automático de quienes se molestan ante la curiosidad de los ciudadanos. Asimismo analizaremos las garantías y derechos consagrados constitucionalmente y por normas supranacionales que la legislación nacional debería garantizar por imperativo constitucional (Art. 31 y 75 inc.22 y 24 C.N.) y sugeriremos de qué manera la legislación nacional debería contribuir al ejercicio concreto del derecho de los hombres de a pie a conocer la Información Pública que les pertenece.

2. LAS PARTICULARES CARACTERÍSTICAS DE LA PIRÁMIDE NORMATIVA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD³

Para una mejor comprensión del estado normativo actual del Derecho a la Información Pública analizaremos primero algunas disposiciones supraleales que establecen determinadas garantías que no pueden ser disminuidas por la legislación nacional sin afectar el principio constitucional de jerarquía de las normas (Arts. 31 , 75 inc. 22 y 24C.N.).

La pirámide normativa a la que está constreñida el poder legislativo nacional la podemos graficar de la siguiente forma:



El ordenamiento normativo en materia de derecho a la Información en general y Pública en particular, que es un Derecho Humano incorporado a nuestra constitución nacional (Art. 75 inc. 22), está sujeto al **Principio de Progresividad y no Regresividad en virtud del cual no puede disminuirse un derecho o beneficio otorgado por una norma en su ámbito**

² El texto corresponde a la tesis 106 de “La sociedad del espectáculo” de Guy Debord. Si bien esta se refería a lo que denominaba “... la clase ideológica autoritaria” entendemos que resulta aplicable a toda burocracia que como tal pretende afianzarse o perpetuarse en el poder que ejerce o en la función que desempeña.

³ Art. 26 PSJCR, preámbulo DUDH.

de aplicación por otra posterior, aún cuando ésta fuera de mayor jerarquía. Una ley nacional no podría disminuir un derecho o facilidad para su ejercicio reconocido por una ley local o un decreto sea este nacional o local dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación sin caer en una flagrante inconstitucionalidad puesto que es la irrevocabilidad del derecho y la progresividad del sistema la que tiene carácter constitucional y supranacional por desprenderse de los Convenios de Derechos Humanos incorporados a nuestra constitución nacional⁴.

De esto se desprende que si una ley nacional fuera más restrictiva que una ley o decreto local o nacional estos últimos prevalecerían sobre la ley en los ámbitos específicos de su aplicación por el principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos humanos, cuya consecuencia práctica es la aplicación de la norma de acceso a la información más amplia. Asimismo estos principios supranacionales que son derecho constitucional interno en nuestro medio impiden suspender o suprimir por medio normativo alguno derechos ya otorgados en materia de acceso a la información.

Similar criterio se sigue en caso de diferencias o contradicciones entre los Tratados Internacionales previstos en el Art. 75 Inc. 22 de la C.N.. En tales supuestos habrá que estar al que otorgue una mayor protección a los derechos humanos. De esta manera ya se expidió la Corte IDH que sostuvo que el “...artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”⁵.

3. DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUPRANACIONAL

El Acceso a la Información Pública es una consecuencia de nuestra forma democrática y republicana de gobierno además de formar parte del derecho constitucional de enseñar y aprender y de la libertad de pensamiento y expresión. Estos derechos que hacen a la dignidad humana están, además, expresamente contemplados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y eso amerita su tratamiento por separado, a los solos efectos de desarrollar una mayor claridad expositiva.

3.1 ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En todo sistema republicano y representativo como el nuestro (Art.1 C.N.) la información pública es y pertenece al pueblo en virtud del principio de soberanía popular (Art.33 C.N.).

El pueblo gobierna a través de sus representantes (Art. 22 C.N.) y, por ende, la información acumulada por la gestión de gobierno le pertenece al primero y no a los segundos. Los agentes del estado son meros servidores públicos depositarios de dicha información por una función temporaria (la periodicidad es una de las características de la República) y tienen la obligación de preservarla para difundirla entre el pueblo que es el depositante de la información pública. Además, la difusión de la Información Pública resulta esencial para cumplir la manda constitucional de promover la educación en todos sus ámbitos (Arts. 5, 41, 42, 125 y 75 incs. 17 y 19).

⁴ Art. 26 del CADH, último párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. del Hombre; Art. 2 inc. 1 Pacto Internac. De Derechos Económicos Sociales y Culturales.

⁵ OC-5/85 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nuestra constitución nacional prevé expresamente la obligación de exhibir y brindar información cuando los representados (depositantes de dicha información) lo solicitan. El acceso a la información pública forma parte de las libertades cuyos beneficios la constitución nacional asegura para todos⁶, del derecho de enseñar y aprender (Art.14 C.N.) y se encuentra expresamente previsto a favor de los partidos políticos (Art. 38 C.N.), de los usuarios y consumidores (Art.42 C.N.) y en materia de medio ambiente (Art. 41 C.N.), siendo que en estos dos últimos casos la previsión constitucional abarca tanto a la información pública como a la privada. Pero estos supuestos específicos no obstan al derecho de todos los habitantes de la república de ejercer su derecho constitucional de acceso a la información pública toda vez que *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”*⁷ Tal como sucede con el que nos ocupa, que también surge de la libertad de expresión y de pensamiento que tiene un amplio contenido conforme lo determinó en forma reiterada y consistente la Corte IDH⁸.

3.2 ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES PREVISTOS EN EL ART.75 INC.22 DE LA C.N.⁹

EL Art. 75 inc. 22 de nuestra constitución nacional dispone que *“...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”*¹⁰ y que lo mismo sucederá con *“...Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso...”* por la misma mayoría requerida para la necesaria aprobación de la denuncia de cualquiera de estos tratados, es decir *“... las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara...”*¹¹.

⁶ Conforme reza el preámbulo constitucional.

⁷ Conf. Art. 33 C.N..

⁸ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 75; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 69; *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 77-80; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 108-111; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 146-149; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrs. 64-67; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 30-33 y 43.

⁹ Para el desarrollo de este tópico seguiremos el *“Estudio Especial Sobre el Derecho de Acceso a la Información de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”* de agosto del 2007.

¹⁰ El destacado nos pertenece.

¹¹ Al día de la fecha se incorporaron como Tratados integrantes de la Constitución Nacional a: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de

Nuestra constitución incorporó a su cuerpo todo un sistema normativo integrado por una serie de tratados relacionados temática e históricamente entre sí, tendientes a fijar un estándar mínimo internacional en materia de derechos humanos que fueron elaborados en el marco interamericano y en el de las Naciones Unidas. El contenido de estos Tratados, además de integrar nuestra Constitución Nacional, son normas imperativas del derecho internacional (*Ius Cogens*) por ser aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo podrían ser modificadas en su carácter *Erga Omnes* internacional por otras ulteriores de derecho internacional general que tengan el mismo carácter (Conf. Art. 53 del Convenio de Viena Sobre los Tratados y Sentencia del TIJ, Reports 1970, pág. 32, párrafos 33-34).

Pero su incorporación constitucional no se limita a la mera letra de dichos tratados sino que incluye las condiciones de su vigencia, es decir que son incorporados a la constitución tal como rigen en el orden internacional y ello es determinado por los órganos internacionales competentes para su aplicación e interpretación, tal como lo dispone la doctrina pacífica de nuestro tribunal cimero¹².

Resulta indispensable repasar las previsiones de los Tratados incorporados a la Constitución Nacional en materia de acceso a información pública y cuáles son las condiciones de su vigencia tal como se entiende en nuestro medio puesto que, ni nuestra práctica, ni nuestra legislación podrían imponer un régimen menos favorable sin resultar inconstitucionales y además de generar la responsabilidad internacional de la nación.

Para desarrollar un mejor orden expositivo nos referiremos por separado al grupo de tratados y declaraciones del sistema interamericano y el de las Naciones Unidas aún cuando en nuestro régimen jurídico ambos integran un solo ordenamiento armónico incorporado a nuestra Constitución Nacional pese a que las ulteriores responsabilidades internacionales y jurisdicciones supranacionales varíen de acuerdo al tratado del que se trate.

3.2.1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS INCORPORADO A NUESTRA C.N. EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En el año 1948 se dictó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo IV establece que toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio que fuera. Veinticinco años más tarde (1969) se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cuyo Art. 26 consagró el principio de progresividad en materia de implementación de los derechos reconocidos por la Carta de Organización de los Estados

Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos Ley N° 23.054, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo Ley N° 23.313, Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial Ley N° 17.722, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer Ley N° 23179, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes Ley N° 23.338, Convención sobre los Derechos del Niño Ley N° 23.849, Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas Ley N° 26.298 y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad Ley N° 24.584.

¹² “*Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros*” (CSJN, sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492, considerando 21); “*Giroldi, Horacio D. y otro*” (CSJN, sentencia del 07/04/95, LA LEY 1995-D, 462, considerando 11); “*Simón, Julio Héctor y otros*” (CSJN, sentencia del 17 de junio de 2005, LA LEY 2005-D, 510, considerando 17 y en “*Casal, Matías E. y otro*” (CSJN, sentencia del 20 de septiembre de 2005, LA LEY 2005-E, 657, considerando 35).

Americanos, uno de los cuales es el de los Derechos Humanos¹³. El Art. 13 de la CADH reconoció el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento que incluye el del debido acceso a la información pública, tal como lo indica el sentido común (la falta de información limita el pensamiento y la libertad) e interpretó en forma reiterada la CIDH¹⁴.

El citado Art. 13 establece¹⁵ que:

*“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende **la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole**, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*”2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, **las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar**¹⁶:*

”a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Como se advierte y más adelante desarrollaremos, en el primer inciso se establece el derecho a la información (que no está limitado a la que tiene carácter público, aunque el acceso de la que se encuentre en poder del estado debiera ser más amplio en virtud del principio de la soberanía popular y del carácter representativo de nuestra democracia). En el segundo inciso se limitan sus posibles restricciones a sólo dos supuestos: cuando el acceso a la información pueda afectar el derecho o la reputación de terceros o bien la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Pero también dispone que las restricciones deben ser fijadas por ley.

Organismos internacionales que hacen a las condiciones de vigencia de esta Convención tuvieron oportunidades de interpretar el citado instrumento internacional dándole un alcance concreto en lo que se refiere al Acceso a la Información Pública. Se expidieron dentro del ámbito de la OEA la Asamblea General, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Asamblea General de la OEA el 10/06/03 aprobó la resolución 1932 donde se reafirmó *“...que toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones y que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”*. Se estableció que *“...los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.”*¹⁷ Asimismo aprobó otras

¹³ Art. 17 de dicha Carta.

¹⁴ Véase, por ejemplo, CIDH Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión. 2001, vol. II, párrs. 11 a 15; CIDH, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2003, Vol. III, Capítulo IV, 12; CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, 22 octubre 2002, párrs. 281-288; Demanda de la CIDH en el Caso Claude Reyes y otros; y *Written comments of Open Society Initiative, Article XIX, Global Campaign for Free Expression*, Libertad de Información México, Instituto Prensa y Sociedad, *Access Info Europe, Case No. 12.108 Marcel Claude Reyes y otros v. Chile*, March.2006, pág. 5.

¹⁵ Reproduciendo el Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (PIDCP) adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966

¹⁶ El destacado nos pertenece.

¹⁷ Art. 2 de dicha Resolución.

similares en las que resaltaba el estrecho vínculo existente con el derecho al pensamiento y de expresión¹⁸ y en la del 3 de junio de 2006 (AG 2121) instó a los estados partes a adoptar legislación que garantice el Acceso a la información con la participación de la sociedad civil¹⁹.

En 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión que (i) Analiza las denuncias recibidas en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referidas a posibles violaciones a la libertad de expresión y efectúa sus recomendaciones con respecto a la apertura de casos individuales, (ii) Sigue el desarrollo de los casos abiertos en la Comisión referidos a violaciones a la libertad de expresión, (iii) Efectúa recomendaciones a la Comisión en el otorgamiento de audiencias para los períodos ordinarios de sesiones, (iv) Participa de las audiencias y colabora en la búsqueda de soluciones amistosas, (v) Requiere a la Comisión la solicitud de medidas cautelares a los Estados miembros, (vi) Asesora a los estados para que modifiquen su legislación y les solicita informes (vii) Elaborar informes temáticos, (viii) Emite comunicados de prensa manifestando su preocupación sobre determinados sucesos (ix) El Relator Especial acompaña a la Comisión en sus visitas a los países de la región y (x) Elaboró la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión cuyo Principio 4 reconoce que “...*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*” aprobado por la Comisión en el mes de octubre del año 2000. (CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 4)

La CIDH sostuvo el derecho de las personas a solicitar documentación e información en poder del estado²⁰. Pero sin lugar a dudas el antecedente en materia de Acceso a la información pública más relevante es el caso Reyes.

El 8 de julio de 2005 la Comisión Interamericana presentó una demanda ante la Corte IDH en el caso *Claude Reyes y otros* originada en la negativa del estado chileno a brindar información pública sobre un proyecto de forestación con impacto ambiental. La Comisión cuestionó tanto la negativa estatal como la falta de un recurso judicial efectivo dicha medida, sosteniendo que tal proceder generaba la responsabilidad internacional del estado por la violación al derecho a la libertad de expresión y pensamiento como así también al derecho a la protección judicial efectiva²¹. La demanda prosperó y **la Corte IDH dictó la primera sentencia de un tribunal internacional donde expresamente se reconoce que el derecho de acceso a la información es un derecho humano que forma parte del derecho a la libertad de pensamiento y expresión**, además de fijarse ciertas características y condiciones²² (a las que nos referiremos más adelante) que no pueden ser menoscabadas en nuestro medio por resultar una de las condiciones de vigencia de la CADH.

En este caso de vital importancia en la materia y en la configuración del estado de vigencia de la Convención, la Corte determinó “... *que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.*”

¹⁸ Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; Resolución AG/RES. (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; Resolución AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; y AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”.

¹⁹ Art. 4 de la Resolución 2252 6/6/06.

²⁰ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, párr. 281.

²¹ CIDH, Demanda presentada ante la Corte Interamericana el 8 de julio de 2005.

²² Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 77.

Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.²³”

Además en *Claude Reyes y otros* si bien la Corte no decretó la violación del derecho a la participación política, consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, tal como fuera alegado por las víctimas ante dicho Tribunal, en sus consideraciones citó a los distintos instrumentos, declaraciones y resoluciones en la materia, resaltando así la estrecha e innegable relación entre la democracia y la participación política de las personas e instituciones a través del acceso a la información pública.

3.2.2 SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS INCORPORADO A NUESTRA C.N. EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El sistema internacional de derechos humanos fue siguiendo un proceso análogo al interamericano.

Desde sus inicios (1946) la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas se ocupó de la libertad de información y sostuvo que “la libertad de información es un derecho humano fundamental y [...] la piedra angular de todas las libertades a las que están consagradas las Naciones Unidas” y comprende “el derecho a **juntar**, transmitir y publicar noticias²⁴”.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y exhortó a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios". En el último párrafo de su preámbulo consagra el principio de progresividad para las normas nacionales e internacionales que consagren los derechos y las libertades reconocidas por la Declaración y su Art. 19 dispone que “*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de*

²³ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 77. En el mismo sentido, en lo que se refiere al derecho humano de buscar y por ende de recibir información en poder del estado y la correlativa obligación de este de proporcionarla párrs. 75 a 77. También ver Principios de Lima; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África; Declaraciones Conjuntas de relatores y expertos; Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN doc. E7CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999, párr. 42; *Open Society Justice Initiative. 10 Principles on the right to know. September 2005*, que reconocen como derecho humano el derecho de acceso a la información en poder del Estado.

²⁴ ONU. Resolución de la Asamblea General No. 59(1) de 14 de diciembre de 1946 “*Calling of an International Conference on Freedom of Information*”, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/10/IMG/NR003310>. El destacado nos pertenece.

*investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*²⁵”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (PIDCP) adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966, (incorporado a nuestra constitución nacional), en su Art. 19 tiene una previsión prácticamente idéntica a la del Art.13 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la que ya nos referimos y que fue dictada tres años más tarde.

El 10/03/93 fue creada la Relatoría Especial para la Libertad de Opinión por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas quien se expidió en forma clara e inequívoca respecto a que el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades del Estado está protegido por el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶. Sin perjuicio de ello, en el informe anual de 1999 la Relatoría sostuvo que el derecho de acceso a la información es un derecho autónomo²⁷.

En lo que se refiere al acceso a la información en materia ambiental cabe destacar la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 de la ONU. El Principio 10 de dicha Declaración establece que: *“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”*.

En 1998 la Comisión Económica para Europa, una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas, adoptó la “Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales”, en el marco de la Conferencia Ministerial “Medio Ambiente para Europa”, celebrada en Aarhus, Dinamarca, instrumento conocido como el Convenio de Aarhus.

3.2.3 EL RÉGIMEN DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE ACUERDO AL ESTADO DE VIGENCIA DE LOS TRATADOS INCORPORADOS A LA CN

En virtud de lo dispuesto en los mencionados tratados conforme fueron interpretados por sus organismos competentes **se configuró un sistema jurídico supranacional (incorporado a nuestra constitución nacional) en materia de acceso a la información pública que determina pautas mínimas de las que el derecho interno (sea nacional, provincial o de la CABA –si es que cabe la diferencia-, o municipal) no pueden apartarse sin resultar inconstitucional por menoscabar el principio de jerarquía de las normas y de progresividad en materia de derechos humanos.**

Dicho standard mínimo podríamos sintetizarlo de la siguiente manera:

²⁵ El destacado nos pertenece.

²⁶ Ver Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN doc. E/CN.4/1998/40; Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN doc. E7CN.4/1999/64.

²⁷ Ver Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN doc. E7CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999.

3.2.3.1 OBLIGACIÓN POSITIVA DE SUMINISTRAR A CUALQUIERA QUE SE LO SOLICITE LA INFORMACIÓN EN SU PODER

Sabido es que cuando nace un derecho muere una injusticia defendida, hasta ese feliz evento, por quienes se servían de ella y cada vez que se reconoce un derecho surgen los obligados a satisfacerlo.

En el derecho al acceso a la información pública el obligado es quien la posee. El primero, aunque no el único, es el estado que detenta la información quien a su vez está obligado a sancionar normas de derecho interno para que también la suministren los particulares que por distintas razones fueron depositarios de información objeto del interés público o que desarrollan actividades que cuentan con apoyo estatal.

En el caso *Claude Reyes y otros* la Corte IDH impuso al estado la obligación de suministrarla o en su defecto y sólo en los casos excepcionales, previstos por ley previa a la solicitud de información y en los supuestos contemplados en el Art. 13 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dar las razones fundadas y suficientes de la negativa que siempre estará sujeta al control judicial ulterior puesto que, de lo contrario, se vulneraría el Art. 8.1 de la CADH que se refiere al derecho de defensa y al debido proceso.

Ello es así porque la información pública no es de nadie en particular sino de todos. Quienes la tienen en su poder son simples custodios de un patrimonio cultural e informativo que pertenece a todas las personas y a sus organizaciones, quienes tienen derecho a realizar el necesario control social de la gestión pública de sus mandatarios o de quienes la ejercitan²⁸.

El Estado debe imponer la transparencia en la sociedad empezando por el sector público, para lo que es indispensable promover el acceso a la información pública previniendo y sancionando a sus infractores²⁹ para terminar con la nefasta cultura del secretismo incompatible con la forma republicana de gobierno.

3.2.3.2 SUJETOS OBLIGADOS A BRINDAR Y LEGITIMADOS A SOLICITAR INFORMACIÓN

De la sentencia del Caso Reyes surge claramente que el estado está obligado a brindar la información pública en su poder a quien se lo requiera. Dicha obligación recae sobre todos sus poderes, órganos, autoridades, entidades autónomas, concesionarios y demás entidades.

La Corte IDH tiene dicho en otros casos que la *“La responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste que violen la Convención Americana, independientemente de su jerarquía. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado”*³⁰.

Hoy en día no es el estado el único que detenta información de interés público; también la tienen los prestadores de servicios públicos, las entidades que reciben subsidios o aportes estatales de cualquier naturaleza, empresas estatales o con participación estatal,

²⁸ CIDH, *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 99.

²⁹ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, párr. 282; Principios de Lima, Principio 4 “Obligación de las autoridades”; Declaración de SOCIUS Perú 2003. Seminario sobre Acceso a la Información. British Council, disponible en: http://www.britishcouncil.org/es/declaracion_socius_peru_2003.pdf. Ver Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN doc. E7CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999, párr. 44.

³⁰ Corte IDH, Caso *“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, párr. 72. En ese sentido, *Caso Palamara Iribarne*, párrs. 74 y 88; *Caso Ricardo Canese*, párrs. 105 y 106; *Caso Herrera Ulloa*, párrs. 132 y 133; y *Caso Ivcher Bronstein*, párrs. 158-160, 162 y 163. Ver Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza. *“La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”* en Revista de Derecho Público. Revista No. 2006-2, Editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina, 2006.

hospitales o centros de salud públicos o privados, entidades financieras que captan el ahorro público, los partidos políticos que son de alto interés público en tanto “*son instituciones fundamentales del sistema democrático...*” y “*...El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes*” (Art. 38 C.N.), medios de radiodifusión, sindicatos, obras sociales, empresas de medicina prepaga, quienes explotan recursos no renovables, fuerzas armadas y policiales o cualquier ente que posea información que contribuya a evitar o disminuir un daño al interés público y/o al medio ambiente. Todo ello es de interés público, como también lo es el destino de los fondos estatales o si las entidades favorecidas por estos últimos resultan merecedoras de tal privilegio, y las actividades que realizan sus beneficiarios y la información de todo aquél que desempeñe una función pública³¹ aunque fuera no estatal como así también aquellos que por cualquier título explota o utiliza bienes del dominio público o privado del estado.

En ese sentido la interpretación de la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana permite sostener que los estados al regular y fiscalizar las instituciones que ejercen funciones públicas deben comprender tanto a las estatales como a las privadas que desempeñan tales funciones a los efectos de preservar el derecho al acceso a la información³².

Por idénticas razones cabe precisar que la obligación de suministrar información pública alcanza también a los organismos internacionales, en cualquiera de sus sedes, toda vez que manejan información en nombre de los pueblos del mundo y no de ellos mismos, tal como lo señaló la Declaración Conjunta de Relatores de 2006.³³

En cuanto a quién está legitimado para pedir dicha información, la Corte Interamericana en el Caso Reyes fijó un importantísimo parámetro internacional al establecer que cualquiera puede hacerlo. Y cualquiera es quienquiera sea, persona física o jurídica, sin importar nacionalidad, residencia o situación migratoria, sin necesidad de acreditar ni de invocar un interés propio o directo, permitiendo también la protección de los intereses y derechos difusos o colectivos³⁴.

Sin embargo, cuando hubiera un interés o derecho concreto afectado, o se tratara de una cuestión de interés público resulta aconsejable invocarlo en el pedido de información puesto que puede resultar relevante a la hora de tener que recurrir ante la justicia o, en su caso, ante organismos supranacionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos por una eventual negativa. Ello es así puesto que, a la hora de evaluar la procedencia de la negativa, habría que considerar si tal medida resulta proporcional al fin perseguido por la restricción (que siempre debería ser excepcional, estar prevista por ley

³¹ Ver: Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África, punto 2 del capítulo titulado libertad de información; *Justice Initiative, Principles on the Right to Know*, Principio 3 “El derecho aplica a todos los entes públicos”. *Article XIX, Principles on Freedom of Information Legislation*, Principio 1 “Máxima divulgación”: En el acápite de definiciones se indica que los organismos privados deben ser incluidos en la legislación si tienen información cuyo suministro puede disminuir un riesgo de daño a un interés público, como por ejemplo el medio ambiente y la salud.

³² *Mutatis mutandi* Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C. No. 149, párrs., 141, 89 y 90.

³³ Declaración conjunta de 2006, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle>.

³⁴ CIDH, *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 77. En el mismo sentido ver: Principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH; Principios de Lima. Principio 1 “El acceso a la información como derecho humano”; *Article XIX, Principles on Freedom of Information Legislation*. Principio 1 “Máxima divulgación”; y *Open Society Justice Initiative. 10 Principles on the right to know*. Principio 1 “El acceso a la información es un derecho de todos”. El acceso a la información es la regla, el secreto la excepción. Ver también: Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN doc. E7CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999, párr. 44.

previa al pedido y en los casos previstos en el Art. 13 inc. 2 de CADH) frente al derecho invocado por quien requiere la información.

En el mentado caso Reyes los denunciantes invocaron que la información requerida era de interés público y la Corte consideró adecuadamente dicha circunstancia³⁵. Es que además de la violación al Art. 13 de la CADH y su similar Art.19 del PIDCP, la negativa a suministrar información pública puede significar la violación de otros derechos amparados por Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional como ser el de la participación política y en los asuntos públicos³⁶, el derecho a la vida³⁷, el de propiedad³⁸, a un debido proceso³⁹ entre tantos otros Y siempre es útil y conveniente mencionarlos, aunque su existencia no es un requisito para acceder a la información.

3.2.3.3 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA GARANTÍA PARA SU ACCESO: MÁXIMA PUBLICIDAD, DIVULGACIÓN Y TRANSPARENCIA.

La Corte Interamericana reconoció el derecho a acceder libremente a la información “en poder del estado” lo que incluye la información que no estuviera reunida en un solo documento, o que no se encontrara en una única repartición, o aquella que para suministrarla requiriera alguna labor específica, o las que debieran generarse en base a otra información ya existente e incluso aquella que no posea el estado pero que debería tenerla por disposiciones de derecho interno o internacional. En ese último supuesto el estado tiene una doble obligación que cumplir: recabarla y suministrarla.

La Corte IDH tiene dicho que: *“Un derecho o libertad resultan vulnerados no solamente cuando se impide su ejercicio en forma absoluta, a través de medidas que lo hacen materialmente impracticable, sino también cuando se crean condiciones que pretenden imposibilitar ese ejercicio o llevar a los titulares del derecho o la libertad a situaciones extremas que significan, en la realidad, impedimentos insalvables o difícilmente superables”*⁴⁰

El solo hecho que la temática en cuestión se denomine **“Acceso”** a la información ¿pública? nos demuestra que para llegar a ella hay que recorrer caminos muchas veces intransitables o agotadores, llenos de tranqueras, alambrados y murallas difíciles de sortear para el hombre de a pie que tiene muchas otras preocupaciones aparte de la de informarse. Esta imagen no se compadece con la de un bien público y por eso proponemos cambiar el paisaje. Abrir los cofres y las tranqueras del pasado y colocar toda la información pública al acceso de todos de modo que pueda ser consultada sin necesidad de pedir permiso. Proponemos garantizar el derecho al Acceso a la Información estableciendo la obligación, siempre que sea posible, de publicarla y esto es posible a esta altura del siglo XXI colocándola en Internet con una sistematización adecuada y múltiples canales de búsqueda. Mucho se ha hecho pero es más lo que falta, sobretudo en el ámbito del poder ejecutivo. No existe ninguna razón para que las redes informáticas internas (intranets) que tiene el gobierno nacional y los locales con las que siguen el derrotero de todos los expedientes administrativos, no puedan ser consultadas por Internet cuando su contenido es público. ¿Será que todavía está arraigada la costumbre del secretismo?. Esta forma (sin descartar las otras en resguardo de quienes, por distintas razones, no tienen acceso al mundo informático) de poner la información al acceso público es una de las mejores maneras de hacer efectivos los principios de máxima publicidad, divulgación y transparencia.

³⁵ CIDH caso Claude Reyes y Otros, parr. 99

³⁶ Arts. 23, 25 y 21 de la CADH, PIDCP y la DU DH respectivamente.

³⁷ Arts.4, 6 y 3 de la CADH, PIDCP y la DUDH respectivamente.

³⁸ Arts. 21 y 17 de la CADH, y la DUDH respectivamente.

³⁹ Conforme Art. 8 CADH.

⁴⁰ Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso Mack Chang Vs. Guatemala, 25.11.03, párrafo 68.

Resulta importante puntualizar que los instrumentos internacionales mencionados⁴¹ se refieren a “información” que según el diccionario de la Real Academia Española tiene origen latino (Del lat. *informatio*, -onis) y significa siguiendo el orden de sus acepciones tanto la “Acción y efecto de informar” como la “Oficina donde se informa sobre algo”, la “Averiguación jurídica y legal de un hecho o delito”, las “Pruebas que se hacen de la calidad y circunstancias necesarias en una persona para un empleo u honor”, la “Comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”, los “Conocimientos así comunicados o adquiridos” y finalmente “Educación, instrucción”⁴².

No debe ser confundida la información con el soporte donde ésta se encuentra almacenada que puede ser documental, magnético, fílmico, plástico, biológico (cuando se encuentra solamente en la memoria de algún funcionario) o cualquier otro⁴³.

En el sistema interamericano incorporado a la Constitución Nacional se establece el derecho de acceso a la información y no a la documentación pública (que es un concepto más restringido). Ello no obsta a que el acceso a la información deba ser facilitado de manera tal que permita acreditar, tanto el contenido de la petición como su resultado, a quien lo recibe y a quien lo entrega para posibilitar el debido proceso administrativo y su eventual revisión judicial al que nos referiremos en el punto siguiente.

3.2.3.4 DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO PARA EJERCER EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN CON RECURSO JUDICIAL SUFICIENTE

En el citado caso *Claude Reyes* la Corte IDH determinó que el estado debe prever un debido proceso administrativo, rápido y eficiente para suministrar la información requerida fijando plazos razonables para responder y suministrar la información⁴⁴ a cuyo efecto debe designar y capacitar a los funcionarios y órganos responsables de dicha tarea.⁴⁵ Y como estos recaudos son producto de la obligación de brindar información, resultan aplicables a todos los obligados, aunque no se tratara del estado. Asimismo en dicho caso la Corte IDH reconoció explícitamente como víctima de la violación del Art. 13 de la CADH no sólo a quienes solicitaron la información por escrito sino también a quienes acreditaron haberlo hecho oralmente⁴⁶. Pero como los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución prevén también el acceso a la justicia y el debido proceso⁴⁷, es obligación del estado dejar constancia escrita de los trámites realizados como consecuencia de un pedido de acceso a la información, independientemente del medio por el que se lo haya realizado (nota, correo electrónico, teléfono, fax, verbalmente, etc.) para posibilitar y garantizar la posible ulterior revisión judicial de lo que se resuelva en relación a dicho pedido.

En cumplimiento del principio de igualdad consagrado por las normas supranacionales mencionadas⁴⁸ los pedidos de acceso a la información en cada repartición o entidad requerida

⁴¹ Arts. 13, 19 y 19 de la CADH, PIDCP y la DUDH respectivamente.

⁴² Obviamos la séptima acepción que es la “Propiedad intrínseca de ciertos biopolímeros, como los ácidos nucleicos, originada por la secuencia de las unidades componentes” por no guardar relación con el tema que nos ocupa.

⁴³ Conf. CIDH, Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2003, Vol III, Capítulo IV, párr.35.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No.151, párr. 163 y 164; y CIDH, “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión” 2003, vol. III. Capítulo IV, párr.32., 120 CIDH, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2003, vol. III. Capítulo IV, párr.37.

⁴⁵ Conf. CIDH, *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 163 y 164.

⁴⁶ Conf. CIDH, *Caso Claude Reyes y otros*, párrs. 68 a 71.

⁴⁷ Arts. 25, 14 y 10 de la CADH, PIDCP y la DUDH respectivamente.

⁴⁸ Arts. 24, Preámbulo y Art.3, Preámbulo y primer artículo de la CADH, PIDCP y la DUDH respectivamente. Como así también del Art. 34 de la Carta de la OEA.

debieran ser respondidos dentro de los plazos previstos por la legislación y siguiendo lo que los ingenieros en sistemas llaman una “cola FIFO” (First in, first out. Primero en entrar, primero en salir.), es decir siguiendo el orden de su presentación, con la sola excepción de los casos de urgencia o de aquéllos que tomaran más tiempo en atención a su complejidad. Y para estas excepciones debería dictarse un acto administrativo fundado si fuera el estado y una decisión escrita y fundada si fuera una entidad privada la que así lo dispusiera, debiéndose también ser notificada al peticionante.

Para que este derecho a la información sea efectivo resulta esencial y es obligación de los estados fijar plazos para su cumplimiento⁴⁹ y procedimientos administrativos y judiciales breves y efectivos para los casos de silencio o de restricciones improcedentes. Obviamente, tal como lo señaló la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA⁵⁰, esta tarea exige destinarle fondos específicos y contar con una firme voluntad política.

La CADH⁵¹ exige una instancia de revisión judicial que garantice el debido cumplimiento del deber de suministrar el acceso a la información y si tal remedio no existiera es obligación del estado crearlo, tal como lo dispuso la Corte IDH en el caso Claude Reyes⁵² en aplicación del Art. 2 de la CADH.

3.2.3.5 RÉGIMEN SUPRANACIONAL DE LAS RESTRICCIONES POSIBLES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En un medio como el nuestro, tan proclive a transformar a la excepción en regla (a la denegación del acceso a la información en la norma y a su otorgamiento en la excepción), resulta sumamente importante la existencia de un régimen supranacional incorporado a la constitución nacional que regula las restricciones admisibles al acceso a la información y genera la responsabilidad internacional de la nación e incluso la intervención de tribunales internacionales, una vez agotada la instancia judicial nacional, como el que surge de las condiciones de vigencia de la CADH y del PIDCP que aquí intentamos describir.

La importancia de este régimen supranacional de las restricciones radica en que para que una restricción impuesta en el país resulte válida, debe cumplir con los requisitos de los Tratados en las condiciones de su vigencia, es decir de acuerdo a cómo fueron interpretadas por los organismos internacionales habilitados a tal fin.

El objeto de este capítulo es enunciar los requisitos exigidos y los supuestos previstos para las limitaciones al acceso a la información por las normas internacionales incorporadas a nuestra Constitución Nacional puesto que la legislación nacional no podría válidamente agregar nuevos supuestos sin caer en la inconstitucionalidad. La legislación podría disminuir las causas que justifican una restricción y ser más estricta para los requisitos de su procedencia pero nunca incrementar las primeras o suavizar los segundos sin resultar inconstitucionales.

La CADH y el PIDCP prevén idénticos supuestos excepcionales que habilitarían la restricción del acceso a la información en sus Arts. 13 inc 2 y 19 inc. 3, respectivamente. Ambas normas requieren que la restricción sea fijada por ley anterior al pedido puesto que, de lo contrario, afectaría derechos adquiridos y sólo puede limitarse el acceso a la información pública cuando fuera necesario para asegurar: “a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*” Y estas causales específicas tienen un significado concreto que intentaremos precisar, puesto que si fueran un simple recipiente susceptible de ser llenado con cualquier contenido carecerían de sentido. Pero antes de ello cabe precisar que existe un tercer requisito que se desprende del Art. 29 de la CADH y éste es que la restricción sea necesaria en una sociedad democrática. Este criterio que es la consecuencia de una interpretación armónica,

⁴⁹ CIDH, Caso Reyes y Otros, parr. 165.

⁵⁰ CIDH, Informe anual de la citada relatoría del 2003, Vol. III, Cap iv, parr. 38.

⁵¹ Arts. 2 y 25.2 b.

⁵² Párrafo 137 de dicho pronunciamiento.

razonable y teleológica de la Convención, constituye una de sus condiciones de vigencia porque así lo interpretó la Corte IDH estableciendo que: *“Es cierto que la Convención Europea utiliza la expresión "necesarias en una sociedad democrática", mientras que el artículo 13 de la Convención Americana omite esos términos específicos. Sin embargo, esta diferencia en la terminología pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda "excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno". Debe enfatizarse, también, que el artículo 29 d) de la Convención Americana prohíbe toda interpretación que conduzca a "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre...", reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA en el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión. El artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por su parte, dice lo siguiente:*

“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

“Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.

“La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo "necesari(o) en una sociedad democrática", habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

*“Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una" necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., **The Sunday Times case**, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (**The Sunday Times case**, *supra*, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., **Barthold** judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26).*

“El artículo 13.2 tiene también que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante "vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". Ni la Convención Europea ni el Pacto contienen una

disposición comparable. Es, también, significativo que la norma del artículo 13.3 esté ubicada inmediatamente después de una disposición -el artículo 13.2- que se refiere a las restricciones permisibles al ejercicio de la libertad de expresión. Esa circunstancia sugiere el deseo de asegurar que los términos del artículo 13.2 no fuesen mal interpretados en el sentido de limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión.

"El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente "controles... particulares" que produzcan el mismo resultado. Esta disposición debe leerse junto con el artículo 1.1 de la Convención, donde los Estados Partes "se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos (en la Convención)... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." Por ello, la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente "la comunicación y la circulación de ideas y opiniones", sino también de que no se haya asegurado que la violación no resulte de los "controles... particulares" mencionados en el párrafo 3 del artículo 13.

"El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas"⁵³.

En la sentencia del caso Reyes la Corte Interamericana limitó las restricciones posibles al acceso a la información pública a las previstas al art. 13 inc. 2 de la CADH⁵⁴ y que corresponde a quien deniega la información demostrar la existencia de las circunstancias excepcionales que la justificarían⁵⁵.

Como se advierte, las restricciones están taxativamente enumeradas en el Art. 13 inc. 2 pero no alcanza que se produzcan dichas causales para que sean aplicables sino que además deben estar previstas por ley, ser necesarias en una sociedad democrática, ser proporcionales y no existir otra medida posible para preservar el daño que se pretendería evitar con la limitación.

Cuando nos referimos a la necesidad de ley que prevé la CADH (lamentamos que sea necesario aclararlo) entendemos que son tales las sancionadas por el poder legislativo. Resulta opinable si las restricciones pudieran ser impuestas mediante decretos de necesidad y urgencia de acuerdo a su régimen (que en el ámbito nacional excluye los pedidos de información en materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos –Art. 99 inc.3 C.N.-). Nosotros entendemos que no sería admisible crear restricciones mediante la utilización de este recurso porque implicaría el incumplimiento de un compromiso internacional incorporado a nuestra Constitución aunque también podría sostenerse que los DNU son mecanismos válidos y excepcionales de creación de leyes en nuestro sistema constitucional. De cualquier forma si la cuestión estuviera debidamente legislada con una ley nacional de presupuestos mínimos en la materia, como propiciamos este debate resultaría estéril y esperamos que pronto lo sea tampoco el congreso nacional podría delegar en el ejecutivo la facultad de establecer las excepciones salvo en casos de emergencia pública por estar expresamente vedado por el actual texto del art. 76 de la Constitución Nacional que solo la admite con carácter excepcional y "...en materias determinadas de administración o de emergencia pública..." que no sería este el caso puesto que las excepciones al derecho al acceso a la información pública no pueden considerarse ni materia de tal manera.

⁵³ Corte IDH, OC 5/85 Párrafos 45 a 48

⁵⁴ Párrafo 88 de dicha sentencia.

⁵⁵ Párrafo 93 de dicha sentencia.

La limitación al acceso a la información debe ser un medio adecuado para preservar el derecho que se pretende proteger. En consonancia con lo aquí expresado y ratificando el carácter excepcional de las limitaciones posibles al acceso a la información pública la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión sostiene que “*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.*”⁵⁶

La Corte IDH tuvo también la oportunidad de precisar el alcance del término “restricción”⁵⁷ en esta materia, señalando que está destinada a evitar el abuso de libertad sólo en los casos específicos previstos en la CADH y siempre y cuando estuvieran previstos por ley. Como toda acción que limita un derecho humano fundamental debe aplicarse e interpretarse en forma restrictiva, tanto en lo que hace a su objeto como al tiempo de su vigencia. Es por ello que las restricciones sobre cierta información además de versar sobre las cuestiones fijadas en los Tratados Internacionales citados debe ser siempre temporaria, razonable y proporcional. Temporaria porque debe subsistir en la medida que subsista el peligro por el que se lo ha dispuesto. Proporcional y razonable porque toda norma y decisión debe serlo, máxime cuando tiene carácter excepcional y afecta un derecho humano esencial y, en este caso, radica en que la medida sea necesaria y la adecuada para conjurar el peligro que se pretende evitar, es decir que haya una adecuada relación de medios (la medida restrictiva adoptada) y fines (el respeto a la privacidad y el derecho de los demás a *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*).⁵⁸

Una forma de evaluar la proporcionalidad y razonabilidad consiste en analizar si la divulgación de la información en cuestión tiene la aptitud objetiva de causar el daño que se pretende evitar al no suministrarla. Para ello habrá que analizar si realmente afecta la intimidad o la reputación o los derechos de terceros, *la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*.

Cabe recordar que “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23.054) en su opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, consideró que el bien común debe interpretarse como integrante del orden público de los estados democráticos, y que es posible entenderlo como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permite a los integrantes de la comunidad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de valores democráticos. En tal sentido se ponderó como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas, preservando y promoviendo la plena realización de los derechos de la persona humana. Destacó también, que de ninguna manera puede invocarse el bien común como medio para suprimir derechos garantizados por la Convención (v. puntos 30y 31)*”⁵⁹.

Siguiendo este criterio sólo puede aplicarse una restricción en preservación del orden público o de la moral pública cuando está destinada a preservar la posibilidad de los integrantes de la comunidad de alcanzar un mayor desarrollo personal y la mayor vigencia de

⁵⁶ Principio cuarto.

⁵⁷ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 35. También Cfr. Caso Palamara Iribarne, párr. 79; Caso Ricardo Canese, párr. 95; y Caso Herrera Ulloa, párr. 120.

⁵⁸ Conf. CIDH, *Caso Ricardo Canese*, párr. 96. También ver *Caso López Álvarez*, párr. 165; *Caso Palamara Iribarne*, párr. 85, y *Caso Herrera Ulloa*, párrs. 121-123; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85, párrs. 39 y 46.

⁵⁹ Dictamen del Procurador General de la Nación A. 2036 XL luego tomado por la CSJN en *Asociación Lucha por la Identidad Transvesti- Transexual c/ Inspección General de Justicia*.

los valores democráticos, siempre y cuando tienda a la plena realización de la persona humana. De lo contrario la limitación al acceso de la información no sería conforme a la Constitución Nacional ni a los Tratados Internacionales que la integran, la complementan y la profundiza.

En similar sentido en una sentencia la Corte IDH, citando una Opinión Consultiva que había realizado previamente sostuvo sobre el tema que nos ocupa que *Respecto de estos requisitos la Corte señaló que: "la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (Cfr. OC 5/85 La colegiación obligatoria de periodistas; ver también Eur. Court H. R., Case of The Sunday Times v. United Kingdom; y Eur. Court H. R., Case of Barthold v. Germany."*⁶⁰.

También la Corte IDH tiene resuelto que de "... ninguna manera podrán invocarse el "orden público" o el "bien común" (fundamento de limitaciones a los derechos humanos) como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (Ver el Art. 29 a de la convención). Esos conceptos deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención."⁶¹

En cuanto a la seguridad nacional, la CIDH señaló⁶² que ésta debe entenderse de acuerdo a los criterios determinados por los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la libertad de Expresión y el Acceso a la Información⁶³. Estos criterios establecen que no se podrán imponer restricciones por motivos de seguridad nacional "...a no ser que el gobierno pueda demostrar que tal restricción esté prescrita por ley y que sea necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés legítimo de seguridad nacional. La responsabilidad de demostrar la validez de la restricción residirá en el gobierno"⁶⁴. Asimismo determina que para fijar la restricción por estas razones el gobierno debería hacerlo por ley y acreditar que: "(a) la expresión o información en cuestión representa una amenaza

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004, Parr. 121.

⁶¹ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85, párrs. 67 y 69. También ver *Caso Palamara Iribarne*, párrs. 72 y 73; *Caso Ricardo Canese*, párrs. 82 y 86; *Caso Herrera Ulloa*, párr. 109; *Caso Ivcher Bronstein*, párr. 147; y *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*, párr. 65.

⁶² CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos; Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, disponible en: <http://www.article19.org/pdfs/standards/joburgprinciples.pdf>

⁶³ Estos principios además de haber sido por la CIDH en el documento indicado en la nota que precede fueron también aprobados por el señor Abid Hussain, Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, en sus informes a las sesiones de 1996, 1998, 1999 y 2001 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la cual ha hecho referencia a ellos en sus resoluciones anuales sobre la libertad de expresión todos los años desde 1996.

⁶⁴ Primer principio.

*grave a un interés legítimo de seguridad nacional; (b) la restricción impuesta es la medida menos restrictiva posible para proteger aquel interés; y (c) la restricción es compatible con los principios democráticos.*⁶⁵ ” Asimismo estos Principios establecen que “(a) Una restricción que se procurara justificar por motivos de seguridad nacional no será legítima a no ser que su propósito genuino y su efecto demostrable sean los de proteger la existencia de un país o su integridad territorial contra el uso o la amenaza de la fuerza, sea de una fuente externa, tal como una amenaza militar, o de una fuente interna, tal como la incitación al derrocamiento violento del gobierno. (b) En particular, una restricción que se procurara justificar por motivos de seguridad nacional no será legítima si su propósito genuino o su efecto demostrable es el de proteger intereses inconexos con la seguridad nacional, incluso, por ejemplo, el de proteger a un gobierno de una situación embarazosa o de la revelación de algún delito, o el de ocultar información sobre el funcionamiento de sus instituciones públicas, o el de afianzar una ideología en particular, o el de suprimir la conflictividad industrial.”⁶⁶ Indica también que las restricciones deben ser hasta el punto y por el tiempo obligado por la situación además de que no pueden ser inconsistentes con el cumplimiento de otras obligaciones del gobierno bajo la ley internacional.⁶⁷ Y establece que no se puede limitar el acceso a toda la información relativa a la seguridad nacional sino sólo aquellas categorías específicas que fueran necesarias para la protección perseguida⁶⁸. También se dispone que “En todas las leyes y decisiones con relación al derecho de obtener información, el interés público en saber la información será una consideración principal.”⁶⁹

También la Corte IDH y la Relatoría de la ONU sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión tienen establecido que la negativa a suministrar la información debe realizarse en forma fundada y por escrito.⁷⁰

Además se requiere que el peligro que se pretende evitar no pueda ser sorteado de otra forma que no afecte el derecho supranacional de acceso a la información pública. También deberá evaluarse y sopesar el derecho de los terceros eventualmente protegidos por la restricción frente al de quienes solicitan la información pública para determinar cuál debería prevalecer. No tienen la misma jerarquía el legítimo derecho a las ganancias o el de ejercer cualquier industria lícita que el de un medio ambiente sano y mal podría negarse información a quienes invocan este último para preservar los dos indicados en primer término.

Como se advierte se trata de un régimen excepcional, de aplicación por un tiempo determinado (las restricciones nunca pueden ser indefinidas), de interpretación restrictiva y que sólo perdura en la medida que subsista la circunstancia también excepcional que le dio lugar.

3.2.3.6 OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE ADOPTAR NORMAS Y PRÁCTICAS ACORDES AL RÉGIMEN SUPRANACIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

En el sistema jurídico argentino los tratados internacionales mencionados en el Art. 75 inc. 22 de la C.N. y los que se agreguen conforme lo ahí dispuesto, no requieren normas específicas locales para su efectiva aplicación puesto que están incorporados expresamente a la Constitución Nacional y son operativos. No se trata de un conjunto de píos deseos para satisfacción moral de sus redactores o entretenimiento de profesores y alumnos de derecho. Son normas vigentes de aplicación efectiva, de la mayor jerarquía normativa (integran la Constitución Nacional) y una vez agotada la instancia judicial local pueden generar la

⁶⁵ Principio 1.3.

⁶⁶ Principio 2.

⁶⁷ Principio 3.

⁶⁸ Principio 12.

⁶⁹ Principio 13.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros*, párrs. 121 y 122.

responsabilidad internacional de nuestra nación y ser considerados y resueltos por los tribunales internacionales que cada uno de los tratados prevea (en el caso de la CADH la Corte IDH).

Es así como el estado debe cumplir los tratados internacionales en las condiciones de su vigencia de acuerdo a las leyes que reglamenten su ejercicio cuidando de no alterar su contenido puesto de lo contrario tales leyes serían inconstitucionales. Es por ello que más adelante nos interrogaremos sobre cuál es el contenido y los límites a los que debiera ceñirse la legislación nacional para no vulnerar o restringir los derechos reconocidos por los citados tratados incorporados a nuestra ley fundamental.

3.3 UN TRATADO INTERNACIONAL NO INCORPORADO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL PERO QUE ES NORMA FUNDAMENTAL (ART. 31)

La convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, ratificada por ley 26.097, si bien no se encuentra incorporada a nuestra constitución nacional integra la norma fundamental de la Nación, tiene un valor normativo superior al de una ley (Art. 75 incs. 22 C.N.) y por lo tanto los derechos reconocidos en ella y no pueden ser disminuidos ni ignorados por leyes nacionales sin menoscabar el principio constitucional de jerarquía de las normas.

Dicha Convención en su Art. 10 prevé que *“Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda.”* Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

a) *La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público; b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones...;* y el Art. 13 de la misma convención prevé que *“1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes: a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones; b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información;... d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros; ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas. 2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.”*

Resulta evidente que la relación inversamente proporcional existente entre el efectivo ejercicio del derecho a la información y la corrupción es la razón por la cual este Convenio diseñado para combatir internacionalmente al flagelo corrosivo de la corrupción contiene

normas de acceso a la información y en especial para garantizar el derecho inalienable de todos a conocer el proceso de adopción de decisiones en la administración pública.

4. LOS CONTENIDOS (IN)NECESARIOS DE LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Como muy bien puede apreciarse del desarrollo realizado sobre los tratados internacionales y las condiciones de su vigencia el derecho de Acceso a la información está debidamente garantizado por tales textos y sus interpretaciones, razón por la cual no son necesarias leyes nacionales para consagrar un derecho previsto en la legislación internacional que integra, amplía, complementa y profundiza nuestra Constitución Nacional. El derecho existe en la punta de nuestra pirámide normativa por obra y gracia de los tratados. Entonces cabe preguntarse: ¿Para qué sería necesaria una ley?

Entendemos que resulta necesaria una ley nacional para determinar el remedio judicial en caso de silencio o negativa, extender ampliamente los obligados a brindar información, establecer o disminuir (nunca incrementar) los supuestos de limitaciones al libre acceso a la información como así también determinar plazos máximos para su vigencia, fijar plazos breves para las respuestas, determinar sanciones para quienes estando obligados a brindar información la niegan o no contestan las peticiones, designar una autoridad de aplicación encargada de difundir, promover y preservar el efectivo ejercicio de este derecho y establecer la gratuidad de su ejercicio.

El remedio judicial más adecuado consideramos que sería un recurso directo ante la Cámara Federal Contencioso Administrativa cuando quien niega la información es una entidad pública y la Cámara Civil cuando sea una privada con un plazo de resolución de no más de 60 días que contemple un período probatorio de 30 días.

En cuanto a los obligados a brindar información y quienes pueden solicitarla ya nos referimos en los puntos 3.2.3.1. y 3.2.3.2. a donde nos remitimos.

Las limitaciones al acceso a la información no pueden ser mayores a las previstas en el régimen supranacional que analizamos en el punto 3.2.3.5.

En materia de sanciones a quienes no cumplan con la obligación de suministrar la información considerada pública entendemos que se debe distinguir entre entidades públicas y privadas.

Ambas, como ocurre como todo incumplimiento de una obligación legal deben resarcir los daños y perjuicios que su conducta ilegítima ocasione. Sin perjuicio de ello, habría que disponer que los funcionarios públicos que nieguen información contrariamente a lo dispuesto en la ley incurrir en falta grave. Y sería conveniente disponer para las entidades privadas alcanzadas por la ley la aplicación de un daño punitivo a favor de las personas a quienes se les negó la información.

Resulta una verdad de Perogrullo que quien controla debe ser independiente del controlado razón por la cual resulta conveniente que la autoridad de aplicación de la ley de acceso a la información fuera independiente del poder que controla. En virtud de ello descartamos cualquier organismo que dependa directamente de la administración central y nos inclinamos por el Defensor del Pueblo de la Nación por tratarse de un “...*órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas...*” (Conf. Art. 86 CN).

Entendemos también que en esta materia una ley no debería limitarse a contemplar las situaciones en que el estado en forma reactiva suministra información ante pedidos concretos sino que también debiera establecer conductas proactivas de la administración en cumplimiento del compromiso internacional de promover el acceso a este tipo de información. En tal sentido entendemos que sería conveniente que se disponga un libre acceso a través de internet de todas las intranet o redes internas que cuente la administración pública

con la salvedad de las situaciones excepcionales previstas en el Art. 13 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo debería implementarse un digesto actualizado de normas provinciales y municipales que en la actualidad son de conocimiento altamente dificultoso y en muchos casos imposible, como así también disponer la obligatoriedad e implementación de la libre consulta del contenido de todos los boletines oficiales por internet en forma gratuita.

5. *SOBRE LA NECESIDAD DE UNA LEY NACIONAL DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS*

Para que un derecho se verifique en la realidad no alcanza con que esté consagrado en una Ley, en la Constitución Nacional o en Tratados Internacionales. Para que ello ocurra, resulta imprescindible que sea invocado, ejercitado y hasta exigido por sus beneficiarios y para ello es necesario el conocimiento adecuado de su existencia y forma de hacerlo efectivo.

El estado nacional asumió el compromiso internacional de difundir, promover y garantizar el acceso a la información y la existencia de múltiples disposiciones con requisitos, excepciones (válidas e inválidas), plazos y remedios judiciales distintos en las diferentes jurisdicciones hace más complicada la indispensable tarea de defender y difundir este derecho.

En virtud de ello, teniendo en cuenta que el incumplimiento del derecho a la información tal como está previsto en los Tratados Internacionales podría dar lugar a la responsabilidad internacional de la Nación, entendemos que resulta conveniente, para no decir imprescindible, la sanción de una Ley Nacional que establezca los contenidos mínimos en la materia compatible con las disposiciones de los Tratados Internacionales de DD.HH. para que cada jurisdicción ajuste sus disposiciones a ese estándar básico de forma tal que se encuentre garantizado el acceso al derecho a la información y preservada la responsabilidad internacional de la Nación.

Es por ello que sugerimos que la ley nacional de la materia no se limite a regular el Acceso a la Información Pública en la administración nacional y otras entidades sino que disponga los requisitos mínimos que debieran ser seguidos en todo el país para garantizar dicho derecho.

<u>1. ¿DÓNDE ESTÁS INFORMACIÓN PÚBLICA QUE NO TE PUEDO ENCONTRAR?</u>	<u>1</u>
<u>2. LAS PARTICULARES CARACTERÍSTICAS DE LA PIRÁMIDE NORMATIVA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD</u>	<u>2</u>
<u>3. DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUPRANACIONAL</u>	<u>3</u>
3.1 ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL	3
3.2 ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES PREVISTOS EN EL ART.75 INC.22 DE LA C.N.	4
3.2.1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS INCORPORADO A NUESTRA C.N. EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	5
3.2.2 SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS INCORPORADO A NUESTRA C.N. EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	8
3.2.3 EL RÉGIMEN DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE ACUERDO AL ESTADO DE VIGENCIA DE LOS TRATADOS INCORPORADOS A LA CN	9
3.2.3.1 OBLIGACIÓN POSITIVA DE SUMINISTRAR A CUALQUIERA QUE SE LO SOLICITE LA INFORMACIÓN EN SU PODER	10
3.2.3.2 SUJETOS OBLIGADOS A BRINDAR Y LEGITIMADOS A SOLICITAR INFORMACIÓN	10
3.2.3.3 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA GARANTÍA PARA SU ACCESO: MÁXIMA PUBLICIDAD, DIVULGACIÓN Y TRANSPARENCIA.	12
3.2.3.4 DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO PARA EJERCER EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN CON RECURSO JUDICIAL SUFICIENTE	13
3.2.3.5 RÉGIMEN SUPRANACIONAL DE LAS RESTRICCIONES POSIBLES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	14
3.2.3.6 OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE ADOPTAR NORMAS Y PRÁCTICAS ACORDES AL RÉGIMEN SUPRANACIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN	19
3.3 UN TRATADO INTERNACIONAL NO INCORPORADO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL PERO QUE ES NORMA FUNDAMENTAL (ART. 31)	20
<u>4. LOS CONTENIDOS (IN)NECESARIOS DE LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN</u>	<u>21</u>
<u>5. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA LEY NACIONAL DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS</u>	<u>22</u>

Honorable
Senado de la
Nación

Estudio sobre

**ACCESO A LA
INFORMACIÓN
¿PÚBLICA?**

08/06/2010

[áDA

Ariel Rolando Caplan

Pte. de la Asociación de Derecho
Administrativo de la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires