

PROYECTO DE LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
Apuntes para la presentación en el Honorable Senado de La Nación¹
efectuado por el Prof. Eduardo Bertoni
22 de junio de 2010

Introducción

El derecho de acceso a la información ha ido ganando espacio en la agenda de transparencia y fortalecimiento institucional y éste fenómeno se ha expresado en reconocimientos como el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH): “...de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información”². Vale mencionar que la Corte Europea de Derechos Humanos siguió el camino de su par americana en el caso *Tarsasag A Szabadsagjogkert v Hungary* (App. No.37374/05), sentencia del 14 de abril de 2009.

El reconocimiento de la CorteIDH se dio en el marco de otros desarrollos en el sistema interamericano como la inclusión del derecho a saber en las Declaraciones de las Cumbres de las Américas³, las resoluciones sobre la materia emitidas por la Asamblea General de la

¹ Este documento fue preparado por el Prof. Eduardo Bertoni, Director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo –CELE- y Ex-Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA; y por la Lic. Natalia Torres, investigadora del CELE en el área de acceso a la información. El objeto del documento es servir de base a la presentación oral realizada en el H. Senado de la Nación, donde el Director del CELE fue invitado a participar de una reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales. De ningún modo esta contribución pretende ser un análisis exhaustivo de los proyectos con estado parlamentario por lo que quedamos a disposición para profundizar en aspectos aquí no contemplados.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), parr.73.

³ El derecho de acceso a la información pública fue reconocido en la Declaración y el Plan de Acción de la Cumbre de las Américas de Quebec (2001) disponible en http://www.summit-americas.org/iii_summit/iii_summit_dec_sp.pdf y en la Declaración de la Cumbre de las Américas de Nuevo León (2004) disponible en http://www.summit-americas.org/sp_summit/sp_summit_dec_sp.pdf.

OEA⁴ y las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a partir de los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión⁵.

Es difícil adscribir la direccionalidad de los fenómenos sociales, pero los avances en el reconocimiento del derecho en el sistema interamericano coinciden con la importante oleada de legislaciones que apuntan a regular el derecho de acceso a la información. Hoy contamos con más de 90 países que han dado contenido programático al acceso a la información entre los cuales queremos destacar los avances realizados en Latinoamérica que registra alrededor de una docena de países con legislación en la materia.⁶ Es de particular interés resaltar los desarrollos recientes en el cono sur, donde nuestros vecinos países de Chile y Uruguay han aprobado leyes de acceso a la información a los cuales podría sumarse prontamente Brasil que hace unos meses dio media sanción a un proyecto sobre el tema. Estas leyes han seguido con mayor o menor apego una serie de principios que ya se venían desarrollando a nivel internacional⁷. Al proyectar una ley de acceso es importante tener en consideración esos principios.

Estos apuntes a la discusión de los proyectos sobre acceso a la información en estado parlamentario en nuestro Honorable Senado de la Nación se apoyarán principalmente en dos documentos: los PRINCIPIOS SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN elaborado y aprobado por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la OEA⁸ y la Ley Modelo de Acceso a la Información Pública⁹ y su Guía de Implementación¹⁰ presentadas ante la última Asamblea General de la OEA, mereciendo una resolución especial; estos dos últimos documentos fueron realizados por un grupo de expertos convocados por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA en cumplimiento del mandato de la Asamblea General para avanzar en reconocimiento del derecho en el continente.

⁴ La Asamblea General de la OEA ha reconocido el derecho a saber en las Resoluciones AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2121 (XXXV-O/05), AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), entre otras.

⁵ Los informes de la Relatoría se encuentran disponibles en <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=724&IID=2>

⁶ Distintas leyes pueden consultarse en el sitio del CELE en internet, www.palermo.edu/cele

⁷ ARTICLE 19, The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Information and Access to Information, October 1995; ARTICLE 19, The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation, June 1999; ARTICLE 19, A Model Freedom of Information Law, July 2001; Peruvian Press Council, The Lima Principles: Freedom of Expression and Access to State Held Information, February 2001, Lima; Inter-American Dialogue, Access to Information in the Americas, Report on December 2002 Conference, Buenos Aires, Argentina; The Open Society Justice Initiative's 10 Principles on Right to Know; OEA, Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES 147 Principios del derecho de acceso a la información.

⁸ CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) disponible en http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf

⁹ AG/RES. 2607 (XL-O/10), LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010). Los autores de este documento integraron el grupo de expertos que elaboró la ley modelo. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf

¹⁰ Doc. OEA/Ser.G, CP/CAJP-2841/10, 23 abril 2010, COMENTARIOS Y GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN PARA LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN. Los autores de este documento integraron el grupo de expertos que elaboró la ley modelo. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10_esp.pdf

Luego de una rápida lectura de los proyectos de ley en discusión que nos hicieron llegar, hemos elegido focalizar nuestros comentarios en algunas de las áreas en las que consideramos que pueden ser mejorados para garantizar con mayor eficacia el derecho de acceso a la información. El documento analiza dichos aspectos considerando primero los principios generales elaborados por el CJI, y luego el modo en que esos aspectos fueron contemplados por el grupo de expertos en la ley modelo interamericana y en la guía mencionada.

1. EXCEPCIONES CLARAS Y LEGALMENTE ESTABLECIDAS

“CJI-Principio 6. Las excepciones al derecho de acceso a la información deben ser establecidas por la ley, ser claras y limitadas.”

Todos los principios mencionados en la introducción de este documento, los que surgen de las Relatorías para la Libertad de Expresión, del Comité Jurídico, de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coinciden en señalar que las excepciones a las legislaciones sobre derecho de acceso a la información deben estar establecidas por ley. La ley modelo sigue estos consensos y afirma en su guía: “...al exceptuar la divulgación de información, es obligatorio hacerlo conforme a derecho, con fundamento en límites al derecho de acceso a la información que satisfagan las condiciones de proporcionalidad, legitimidad y necesidad.”¹¹

“CJI-Principio 7. La carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada.”

Otro aspecto que debe ser considerado a la hora de regular el campo de excepciones en una legislación en la materia y que ha sido recalado por todos los principios y documentos internacionales es el hecho de que la publicidad es la regla y el secreto es la excepción por lo que siempre debe privilegiarse la máxima divulgación. Ahora bien, si fuera necesario proteger cierta documentación esto debe hacerse mediante una prueba de interés público. Sobre este tema la guía argumenta: “Las pruebas de interés público y pruebas de daño son normas contra las que se deben ponderar la justificación de una excepción a la divulgación a fin de determinar si satisface los requisitos de proporcionalidad y necesidad. La presunción de la divulgación requiere, pues, que la excepción sea lo menos restrictiva posible; es decir, la no divulgación debe tener un efecto directo en el ejercicio de una excepción en particular, ser proporcionada para el interés público o privado e interferir lo menos posible con el ejercicio efectivo del derecho de acceso. En las palabras del Relator Especial para la Libertad de Expresión, la excepción debe pasar una prueba de tres partes: a) debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican; b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo; y c) debe demostrarse que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información.”¹²

¹¹ COMENTARIOS Y GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN PARA LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN, op.cit,

¹² COMENTARIOS Y GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN PARA LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN, op.cit.

2. ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN Y CUMPLIMIENTO

“CJI-Principio 8. Todo individuo debe tener el derecho de recurrir cualquier negativa u obstrucción de acceso a la información ante una instancia administrativa. También debe existir el derecho de apelar las decisiones de este órgano administrativo ante los tribunales de justicia.

El CJI destaca la relevancia de contar con una instancia de apelación para la **resolución de controversias** que pudieran surgir en la aplicación de la normativa. A esta función debe agregarse la de **implementación o supervisión**, destinada a hacer efectivo el contenido de la legislación. El modo en que se regulan estas funciones y a quién son delegadas constituye el diseño institucional que consagrará la legislación. Siguiendo la guía de la OEA es importante resaltar que independientemente del diseño institucional que se elabore “...es vital que el mandato del órgano o unidad se establezca por ley. Cuando la supervisión es voluntaria, con el paso del tiempo, las unidades iniciales se ven sujetas a reducciones de personal, financiamiento insuficiente o su completa disolución.(...) En estas instituciones, la falta de un órgano de supervisión específicamente legislado ha resultado en menores conocimientos de la ley, la falta de vigilancia o seguimiento de su ejecución y una tasa de solicitudes lamentablemente baja”¹³.

En relación a la función de **resolución de controversias y establecimiento de instancias de apelación** –que debe regularse no sólo frente al silencio de la administración sino toda vez que la demanda de información no hubiera sido satisfecha- la ley modelo y su guía presentan los diseños institucionales disponibles en la experiencia internacional que deben ser considerados y evaluados en el marco del contexto político-institucional en el que funcionan:

1. Una Comisión o Comisionado de Información o Tribunal de Apelaciones con el poder de emitir órdenes vinculantes.

“Las apelaciones ante órganos tales como un Comisionado de Información son a menudo más accesibles, ya que no se requiere representación legal, son asequibles, pues el apelante no incurre costo alguno , y, en el mejor de los casos, totalmente independientes. Este sistema permite que las personas encargadas de adoptar decisiones se conviertan en especialistas en el área de acceso a la información. Con el poder de ordenar a los órganos a que actúen o impongan sanciones, este modelo sirve para disuadir al gobierno y puede aliviar la necesidad de presentar más apelaciones ante los tribunales. Las decisiones vinculantes son emitidas a través de un fallo por escrito, el cual en las jurisdicciones más maduras puede servir de base para orientar las futuras decisiones internas del órgano y el comisionado, así como facilitar arreglos”¹⁴. Por lo general estas instituciones creadas específicamente a los fines de la normativa se apoyan en y permiten realizar los principios de independencia, rentabilidad, accesibilidad, oportunidad y especialidad.

¹³ COMENTARIOS Y GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN PARA LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN, op.cit.

¹⁴ COMENTARIOS Y GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN PARA LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN, op.cit.

2. Una Comisión o Comisionado de Información u Ombudsman con el poder de emitir recomendaciones.

“Bajo este diseño, el órgano responsable del cumplimiento tiene exclusivamente atribuciones para emitir recomendaciones al órgano administrativo o funcionario público pertinente. Estos Comisionados u Ombudsman a menudo tienen menos facultades para investigar, y dado que no tienen poder para emitir órdenes tienden a enfatizar la negociación y la mediación. Los beneficios de este modelo incluyen la ausencia de formalismo y el fomento de la accesibilidad de los denunciantes, además de ser el más expedito, ya que las investigaciones normalmente se limitan a declaraciones no juradas. (...) Por último, la independencia del Ombudsman puede ser argumentada por tratarse de un funcionario de la legislatura (Parlamento), en vez de ser parte casi independiente del ejecutivo, el cual es muchas veces el caso de la Comisión o Comisionado de Información con poder de emitir recomendaciones”. Entre las deficiencias de este modelo se encuentran la debilidad de las recomendaciones para su cumplimiento efectivo y por lo general la falta de especialización y recursos del órgano cuando debe ocuparse –como en el caso del Ombudsman- de varios temas al mismo tiempo.

3. Revisión judicial.

Una vez que el derecho ha sido reconocido la posibilidad de recurrir a la justicia frente a su violación se encuentra implícita. La experiencia internacional muestra que algunos países han optado por delegar en manos de la justicia la resolución de controversias. La guía evalúa del siguiente modo los beneficios y limitaciones de este modelo: “Los principales beneficios de este modelo son que los tribunales tienen el poder de ordenar la entrega de información indebidamente denegada, poseen amplias facultades para investigar, cuentan con mecanismos claramente establecidos para sancionar el incumplimiento por parte de los órganos públicos, y pueden examinar los aspectos procesales y sustantivos de novo. Sin embargo, en la práctica, este modelo presenta varias desventajas. Para la mayoría de los ciudadanos, los tribunales no son ni accesibles ni rentables. Para lograr éxito con este modelo, podría ser necesario que el solicitante contrate un abogado y pague los costos judiciales asociados. En la mayoría de las jurisdicciones, los tribunales están sobrecargados de trabajo, los casos pueden demorar meses o incluso años para ser escuchados, y aún más tiempo para recibir una decisión por escrito, haciendo muchas veces irrelevante la necesidad de información. El costo, el tiempo que demora, y la dificultad para los ciudadanos en acceder a los tribunales tienen un efecto desastroso en la utilización de este mecanismo de cumplimiento. Con todos estos obstáculos, el efecto de disuasión que muchas veces tienen los tribunales se minimiza y, en realidad, pueden incentivar a algunos servidores públicos a ignorar la ley o a denegar solicitudes en forma arbitraria, pensando que la mayoría de los ciudadanos no van a poder cuestionar efectivamente sus decisiones. Es más, en muchas de las democracias más recientes, a menudo se observa una falta de confianza en el poder judicial, posiblemente debido a que éste aún no se ha convertido en una rama sólida e independiente del Estado. Por último, cabe considerar los costos de las demandas judiciales para el gobierno (y el contribuyente) y la carga sobre el sistema judicial”¹⁵. Más allá de las consideraciones generales presentadas por la ley modelo y su guía, nos parece importante llamar la atención sobre las dificultades que puede acarrear delegar la

¹⁵ COMENTARIOS Y GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN PARA LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN, op.cit.

resolución de controversias de manera exclusiva en el sistema judicial sin la inclusión de una instancia de apelación autónoma. Como menciona la guía, la judicialización de la demanda de acceso a la información puede obstaculizar el ejercicio del derecho por parte de quienes no cuentan con recursos económicos o simbólicos para recurrir una decisión administrativa en sede judicial. Esta situación puede verse agravada por la aplicación supletoria de la Ley de Procedimientos Administrativos y sus decretos reglamentarios – recomendada en algunos de los proyectos con estado parlamentario- que establece una relación con la ciudadanía bastante distante a la que se quiere promover mediante el espíritu de esta normativa y cuyos tiempos conspiran con los generalmente establecidos para la satisfacción de una demanda de información¹⁶.

De los tres modelos anteriores, para el sistema político institucional Argentino, nuestra recomendación coincide con la recomendación que en general se hace en la Guía: de los modelos aludidos “...quizás el más eficaz, como se destaca en la Ley Modelo, sea un sistema que cuente con una Comisión de Información especializada responsable de supervisar el funcionamiento del régimen de acceso a la información, así como su cumplimiento. La fusión de las funciones de supervisión y cumplimiento en un sola Comisión no sólo es rentable, sino que además permite contar con una unidad especializada que puede garantizar congruencia entre todos los asuntos relacionados. Por ejemplo, si se interponen varios recursos de apelación ante un mismo organismo o por motivos similares, la Comisión puede tanto tomar una decisión al respecto como garantizar capacitación adicional con el fin de reducir la necesidad de un juicio en el futuro. En algunas jurisdicciones, sus funciones se asignan a un órgano existente, como el Ombudsman, o a un órgano aparte de la Comisión de Información, con responsabilidades tanto de supervisión como de cumplimiento. En todo caso, los órganos de supervisión han ayudado a mejorar los esfuerzos de implementación del gobierno y a garantizar que se cumplen más plenamente los objetivos de la ley”¹⁷. Es importante recordar, que este modelo es el que probablemente mejor permite dotar de autonomía al organismo y el que más fácilmente permite blindarlo de la interferencia política. Más allá de la elección de este diseño institucional –y tal como lo afirmamos con anterioridad- la vía judicial debe quedar siempre habilitada en consonancia con la consagración del derecho.

3. SUJETOS OBLIGADOS

“CJI-Principio 2 . El derecho de acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas.”

¹⁶ Quizás sea importante considerar los debates que se ya se han dado en el marco del Poder Ejecutivo Nacional sobre la articulación del derecho de acceso a la información regulado por el Decreto 1172/03 y la Ley de Procedimientos Administrativos.

¹⁷ COMENTARIOS Y GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN PARA LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN, op.cit.

Hay un consenso general entre las fuentes citadas de que la legitimación pasiva debe ser lo más amplia posible. Los organismos públicos deben ser considerados en su totalidad y los privados deben ser considerados exclusivamente en su interacción con los organismos públicos como receptores de subsidios, o como prestadores de servicios públicos mediante contrataciones o licencias.

4. PRESUPUESTO PARA FUNCIONAMIENTO Y VACATIO LEGIS

“CJI-Principio 10. Deben adoptarse medidas para promover, implementar y asegurar el derecho de acceso a la información incluyendo la creación y mantenimiento de archivos públicos de manera seria y profesional, la capacitación y entrenamiento de funcionarios públicos, la implementación de programas para aumentar la importancia en el público de este derecho, el mejoramiento de los sistemas de administración y manejo de información, y la divulgación de las medidas que han tomado los órganos públicos para implementar el derecho de acceso a la información, inclusive en relación al procesamiento de solicitudes de información.

Para llevar a cabo las actividades de implementación mencionadas en el principio aquí mencionado hace falta dotar al organismo encargado de la implementación de la normativa de amplias funciones y presupuesto. Sobre este último recomienda la guía:

- “• Es importante establecer un presupuesto inicial y presupuestos permanentes realistas, e identificar la fuente de fondos en la fase de planificación del marco legislativo, antes de su promulgación.
- Deben asignarse recursos adecuados y permanentes para garantizar un nivel sostenible de servicios y proteger el derecho a la información.
- La eficacia del programa de acceso a la información se basa en gran medida en los recursos asignados para aplicar la ley y establecer la infraestructura apropiada (personal, gestión de la información y creación de capacidad).
- Para prever los niveles de recursos sobre la base de las proyecciones sobre número de solicitudes puede ser necesario introducir ajustes en los primeros años de operación.
- Pueden hallarse eficiencias en los programas existentes cuando pueden compartirse o reasignarse funcionarios y equipos al programa de acceso a la información.
- Las medidas encaminadas a promover la apertura mitigarán los costos vinculados con el tratamiento de las solicitudes a lo largo del tiempo.
- El cumplimiento de sus cometidos por parte de la Comisión de Información requiere un grado apropiado de independencia y autonomía financiera. La selección del modelo de financiamiento es crucial para garantizar que las necesidades financieras de la Comisión se atiendan en forma permanente y no se reduzcan arbitrariamente.”¹⁸

Una cuestión que también debería considerarse es la inclusión en las disposiciones transitorias de una *vacatio legis*, un período establecido entre la aprobación de la normativa y su entrada en vigencia para que los organismos puedan prepararse para su implementación. Este período debería ser estipulado en la ley de manera suficiente y posiblemente debería ser cuanto menos un año.

¹⁸ COMENTARIOS Y GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN PARA LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN, op.cit.

El Centro de Estudios para la Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) –www.palermo.edu/cele fue creado en el año 2009 en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo con el objetivo de proveer de investigaciones y estudios rigurosos a sectores de la sociedad civil, periodistas, instituciones gubernamentales y comunidad académica dedicados a la defensa y a la promoción de estos derechos, especialmente en América Latina. La creación del CELE responde a la necesidad de construir espacios de debate y estudio dedicados a reflexionar sobre la importancia, los contenidos y los límites de estos derechos en la región. Para esto, el centro se propone dialogar y trabajar en conjunto con otras unidades académicas del país y de Latinoamérica. En este marco, los objetivos específicos del CELE son:

- Desarrollar estudios y guías de recomendaciones que tengan impacto en las políticas públicas vinculadas al acceso a la información y la libertad de expresión.
- Fomentar junto a distintas unidades académicas la profundización de estudios en cuestiones vinculadas a estos derechos.
- Contribuir a generar conciencia sobre la importancia de estos derechos en sociedades democráticas, fundamentalmente en las nuevas generaciones.