

ACCESO A LA INFORMACIÓN: HACIA LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

LEANDRO EDUARDO FERREYRA **

Resumen: El trabajo se encuentra estructurado en tres partes. En la primera se intenta delimitar un concepto de derecho de acceso a la información pública y de las complejidades derivadas del mismo de acuerdo a lo resuelto y normado en diversos sistemas. En la segunda, se analiza el régimen argentino y sus déficits. En la tercera, se esbozan consideraciones y propuestas en base a lo expuesto anteriormente.

Palabras clave: información pública – participación – administración – control.

Summary: The work is structured in three sections. In the first one, the intention is to delineate the concept of the right of access to public information and the complexities derived from it following what was resolved and legislated in different systems. In the second one, the Argentinean normative structure and its deficits are analyzed. In the third section and based on the initial reflections, final considerations and suggestions are developed.

Keywords: public information – participation – administration – control.

*Es antinatural que un ser razonable, lúcido,
tenga que vivir entre irregularidades, incógnitas, las X.
EVGUENI ZAMIATIN, Nosotros.*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordarán cuestiones relativas a las dificultades y objetivos del acceso a la información pública y la participación ciudadana. No obstante, como se explicará, se trata de asuntos íntimamente vinculados también

* Primer puesto del X Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Administrativo, año 2013. El jurado estuvo conformado por los Profs. Dres. Carlos F. Balbín, Fernando R. García Pullés y Héctor A. Mairal. Recepción del original: 26/03/2013. Aceptación: 10/09/2013.

** Abogado UBA (2011).

a principios y nociones fundamentales de la sociedad y del sistema político. Por lo tanto, se involucrarán algunas materias que exceden el análisis normativo.

En la primera parte, se intentará delimitar el campo conceptual del acceso a la información pública, a través del desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así se podrá delinear una noción general que al mismo tiempo permita apreciar el resto de los elementos que participan de la evolución y realización del derecho de acceso a la información pública.

En la segunda parte, se estudiará el estado actual del derecho de acceso a la información pública en Argentina. Para ello se partirá de los antecedentes jurisprudenciales y de la normativa argentina involucrada.

En la tercera y última parte, se esbozarán algunas reflexiones finales en base a lo expuesto anteriormente.

II. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: RECEPCIÓN Y TRATAMIENTO EN DIVERSOS SISTEMAS

II.A. El sistema europeo de derechos humanos

Para no comenzar el trabajo con referencias superfluas, se omitirá la reseña sobre el funcionamiento del sistema europeo de derechos humanos. Basta con asentar que cuenta con un funcionamiento más ágil que el interamericano en lo que hace a cuestiones procedimentales. De todas maneras, no se halla exento de críticas. De hecho, los mismos europeos suelen decir que “el sistema es víctima de su propio éxito”.

En lo concerniente al derecho a la información, se ha indicado que “el art. 10 garantiza la libertad de recibir y difundir información, pero no confiere un derecho de acceso a la información. Aunque el Tribunal de Estrasburgo (o Tribunal o Corte Europeo/a de Derechos Humanos) aparece cada vez más dispuesto a encontrar una obligación estatal a proveer información a individuos interesados, a partir del derecho por la vida privada previsto en el art. 8, el art. 10, en cambio, está dirigido a proscribir interferencia por parte de las autoridades públicas entre emisores y receptores”.¹

Tal conclusión es, a su vez, plenamente congruente con el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Asimismo,

1. JACOBS, F. G., WHITE, R., y OBEY, C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, Quinta Edición, 2010, pp. 440 y 441. La traducción me pertenece.

arriba a una solución distinta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), debido a que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) prescribe expresamente el derecho a recibir, difundir y buscar información. Es preciso abordar estas cuestiones escalonadamente.

Por un lado, conviene aclarar lo referido en la cita anterior. Para ello se deben citar los artículos aludidos de la CEDH:

Art. 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

Una rápida lectura ya demuestra que el derecho a la libertad de expresión tiene un alcance amplio en el sistema europeo, mas olvida mencionar el derecho a buscar información. Esta omisión es la que ha impedido colocar una obligación en cabeza de los Estados y así elaborar una noción de derecho de acceso a la información pública. Inmediatamente, entonces, surge un válido interrogante: ¿cómo pueden enfrentar semejante carencia? La respuesta debe ser desdoblada en una faz práctica y otra filosófica.

La respuesta práctica, como fue adelantado, llegó a través del art. 8 de la CEDH, el cual establece:

Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

El Tribunal de Estrasburgo fabricó el reconocimiento del derecho de acceso a la información mediante un artículo cuyo contenido lo hacía, a priori, menos favorable que aquel que prevé el derecho a la libertad de expresión. Dicha construcción se dio en el antecedente *Guerra y otros c. Italia* (1998).

En el caso *Guerra* se debatía la falta del Estado al no suministrar información de oficio acerca de los riesgos a la salud y al bienestar de las personas que residían cerca de una industria química.² En aquella ocasión, el Tribunal de Estrasburgo decidió que la libertad de expresión, en su consagración del art. 10, "... no puede ser interpretada como una imposición al Estado, en circunstancias como las del

2. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Estudio especial sobre el derecho a la información*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 21. Ver: [<http://www.cidh.oas.org/relatoria/>].

presente caso, de obligaciones positivas de recopilar y difundir información de oficio”.³ No obstante, el Tribunal sostuvo que el Estado sí había sido responsable por no proveer información esencial que hubiese permitido a los actores evaluar los potenciales riesgos. Por ende, halló responsable al Estado por no cumplir su obligación de asegurar el derecho a la vida privada y a la familia en franca vulneración del art. 8 de la CEDH.⁴

Luego, el Tribunal de Estrasburgo mantuvo el criterio en fallos posteriores. Recién pudo vislumbrarse un cambio de rumbo en el caso *Sdruzeni c. República Checa*, al relacionarse un pedido de información en el marco de un procedimiento administrativo con la protección del art. 10. Sin embargo, se inclinó por la no violación estatal, aplicando las excepciones del inciso 2^o de dicho artículo.⁶

Ahora bien, la solución del Tribunal Europeo no sólo tiene un probado funcionamiento práctico, sino que cuenta con un razonable argumento filosófico.

Si bien se puede asociar el derecho a la información pública con la libertad de expresión y pensamiento, como medio de autorrealización personal, y lograr así el ansiado anclaje normativo que adeuda en el sistema europeo, lo cierto es que esa relación no es lo suficientemente sólida –de acuerdo al texto actual de la CEDH–. Y así lo ha entendido el Tribunal de Estrasburgo. Ante la falta de reconocimiento expreso en la CEDH, resulta consistente que se exija la afectación de otro derecho previsto en el extenso catálogo. Según se expondrá más adelante, otro fundamento primordial del derecho de acceso a la información es el principio republicano de gobierno, y su derivación lógica en la publicidad de los actos de gobierno. Ausente tal principio en la CEDH, es plausible la argumentación del Tribunal de Estrasburgo: la obligación positiva de un Estado de brindar información surgirá si y solo si aparece otro derecho en juego (en los casos referidos, el derecho a la vida).

¿Pudo el Tribunal de Estrasburgo seguir otro camino? Quizás. Pero no se pueden apreciar razones suficientes para desmerecer el elegido.

A su vez, no se puede soslayar la trascendencia del derecho de acceso a la información pública. Este no sólo se entronca con el principio republicano de gobierno, sino que debe ser un pilar del sistema democrático. Asimismo, su vínculo

3. *Guerra y otros c. Italia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19/2/1998, párr. 53. La traducción me pertenece.

4. *Guerra y otros c. Italia*, párr. 60.

5. Que fija: “10.2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

6. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *op. cit.*, p. 53.

con la libertad de expresión es necesario, más allá de lo dicho más arriba. La plenitud de la libertad de expresión y pensamiento únicamente puede ser alcanzada, o aproximada, como resultado de un constante cuestionamiento. Y para cuestionar, hay que conocer. De allí su importancia y su afinidad con el derecho de acceso a la información.

Aun sin exacerbar la libertad de expresión, John Stuart Mill tuvo la suficiente lucidez como para apreciar que una libertad de semejante jerarquía no puede encontrar su freno en meros fastidios de los individuos menos flexibles, quienes prefieren la comodidad de sus verdades antes que la corrección de sus errores. Siguiendo la senda de Mill, se hace imprescindible examinar activamente cada idea y opinión recibida. Esa senda es la única que puede abrir camino a la verdad, al mismo tiempo que despeja las falsedades, las supersticiones y los dogmas inertes. Pero para transitarla se exige que la crítica sea total, frecuente y libre.⁷ Esto, luego, robustece necesariamente el debate y el sistema democrático. Para Mill, la cimentación no es una virtud de una idea, salvo que sea el producto de un proceso de discusión y tolerancia equilibrado.⁸

El peligro consiste entonces en silenciar. Si existe una verdad mejor y un estado de conocimiento pleno, la herramienta más efectiva para alcanzarlas es la apertura de voces y de contenidos. Y, en los hechos, el derecho de acceso a la información pública viene a configurarse en un instrumento necesario en una sociedad presuntamente democrática y libre.⁹

En base a las consideraciones expuestas, se puede concluir que tanto la libertad de expresión como el derecho de acceso a la información pública tienen una importancia estratégica. Y, al mismo tiempo, que son interdependientes y que, en definitiva, se podría hallar anclaje suficiente en el art. 10 de la CEDH, en su redacción actual, para el reconocimiento autónomo del derecho de acceso a la información pública.

En suma, esta breve alusión al sistema europeo ha servido para fijar y cuestionar algunas nociones. Con el avance del desarrollo y el tratamiento en otros regímenes se potenciarán tanto las certezas como las preguntas acerca de los fundamentos y el alcance del derecho a la información pública. Aunque escuetas, entonces, estas

7. MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, p. 100.

8. Sostenía Mill que “la libertad completa de contradecir y desaprobado una opinión es la condición misma que nos justifica cuando la suponemos verdadera a los fines de la acción, y por ningún otro procedimiento puede el hombre llegar a tener la seguridad racional de estar en lo cierto”. Ver: MILL, J. S., *op. cit.*, p. 80.

9. En un sentido similar, Abramovich y Curtis opinan que: “En este marco, el derecho de acceso a la información cumple la función de maximizar el campo de autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones”. Ver: ABRAMOVICH, V. y CURTIS, C., “El acceso a la información como derecho”, en *Anuario de Derecho de la Comunicación*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, año 1, v. 1, 2000.

líneas evidencian la trascendencia y complejidad del tema no sólo como cuestión jurídica sino también política y filosófica: su carácter de derecho fundamental (como aspecto individual) viene aparejado a su repercusión en la organización estatal y en la salud de la gobernabilidad y la democracia (aspecto colectivo).

II.B. El sistema interamericano

El art. 13 de la CADH ha simplificado enormemente la consagración del derecho de acceso a la información pública al establecer:

1. 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.

Partiendo de esa redacción, es fácil imaginar que la tarea de la CIDH no demandó ningún artilugio hermenéutico: el derecho de acceso a la información pública está previsto en el art. 13.1 de la CADH, por el cual se incluye la libertad de buscar información dentro del espectro –por cierto, amplio– de la libertad de pensamiento y expresión. Es decir, difiere con la solución del sistema europeo de derechos humanos. Ahora resta reseñar cómo fue interpretado este art. 13.1 por la CIDH.

En el caso *Claude Reyes y otros c. Chile*, la CIDH estableció “que el art. 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”.¹⁰ Además, entendió que dicho artículo asigna una obligación positiva del Estado de suministrar la información solicitada.

En lo que hace a la legitimación, la CIDH aclaró que no resulta exigible un interés directo, salvo restricciones legítimas.

Simultáneamente, la CIDH prosiguió con su fundamentación, haciendo referencia a la interacción entre libertad de expresión y democracia, ya explicada en el punto anterior. Para ello recurrió a la cita de una excelsa premisa enunciada en otro caso: “...es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.¹¹ Y no se detuvo allí, sino que se permitió erigir al acceso a la información pública como garantía del control democrático para indagar y cuestionar el efectivo cumplimiento de las funciones públicas.

10. *Claude Reyes y otros c. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/09/2006, párr. 77.

11. Casos *Ricardo Canese*. 31/8/2004, párr. 82; y *Herrera Ulloa*. 2/7/2004, párr. 112.

En palabras de la CIDH, "... el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública... Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad".¹²

Por lo tanto, la CIDH concreta una fórmula que puede ser trazada del siguiente modo: una mayor extensión de la libertad de expresión, potenciada por el acceso a la información pública, redundará en mayor participación ciudadana, transparencia y calidad democrática.

Por si fuera poco, la CIDH reforzó el reconocimiento al derecho de acceso a la información pública a través del principio de máxima divulgación, "el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones".¹³

Puesto en estos términos, el derecho de acceso a la información gozaría un alcance verdaderamente extenso. En ese sentido, se ha indicado que las limitaciones debería reunir una tríada de requisitos acumulativos:

- a) ...deben estar previamente fijadas por ley. Se entiende que, tratándose de las restricciones a un derecho consagrado en la Convención y en la Constitución se trata de una ley en sentido estricto, esto es, normas de alcance general dictadas por el Poder Legislativo conforme el procedimiento constitucional previsto al efecto.
- b) En segundo lugar, la restricción debe obedecer a un objetivo permitido por la Convención en su art. 13.2.
- c) La realización concreta de las restricciones autorizadas por la Convención debe a su vez, encuadrarse en el tercer requisito fijado por la Corte IDH. Es decir, deben ser las necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés

12. *Claude Reyes y otros c. Chile*, párrs. 86, 87.

13. Y se añade: "...De la aplicación del mencionado principio surgen una serie de reglas y pautas interpretativas fundamentales. En primer término, en virtud de esta presunción de publicidad corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control lo ha hecho de manera compatible con las normas interamericanas sobre la materia. Es de resaltar que la carga de demostración contiene un doble aspecto, pues el Estado no sólo debe acreditar que la restricción se relaciona con uno de los objetivos legítimos que la habilitan (prueba de legalidad), sino también que la divulgación de datos que pretende impedirse ocasiona actual o potencialmente un perjuicio a esos objetivos que es mayor al interés público comprometido en su disponibilidad (prueba de proporcionalidad) (...) la carga probatoria es de vital importancia, dado que supone que en los casos "dudosos" debe entenderse que la información es pública y por lo tanto accesible para el particular..."
Ver: *Claude Reyes y otros c. Chile*, párrs. 92, 93.

público imperativo. Detalla el Tribunal que, entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido...¹⁴

De esta manera, la CIDH elabora un profundo y sólido concepto de derecho de acceso a la información pública. Llanamente, cuesta hallar fisuras en la cohesión argumentativa. Encima se realzan y protegen todos los elementos que teóricamente deberían estar incluidos. Esto no lo torna esencialmente más valioso que el concepto del sistema europeo, el cual, con sus particularidades, también llega a buen puerto, pero sí una herramienta más útil para perseguir la agilización de la gestión democrática, mayor participación y el perfeccionamiento de las funciones estatales.

Corresponde avanzar, pues, a la recepción local, la cual sigue un esquema similar, aunque con otras aristas.

II.C. Recepción por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) no había sido, hasta hace pocos meses, un terreno fértil para el derecho de acceso a la información pública. Situación que cambió radicalmente a partir del fallo *Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI*, dictado en diciembre de 2012.

En dicho caso, el Máximo Tribunal debió decidir sobre un pedido de información efectuado por la Asociación Derechos Civiles, que versaba sobre la repartición de pauta oficial. Concretamente, se discutía la aplicación o no del decreto 1172/03 y su régimen complementario a la entidad demandada.

Vale recordar que, en segunda instancia, se había resuelto que “que el decreto 1172/03 se aplica en forma directa a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional (art. 2 del anexo VII), por lo que a fortiori, no resulta posible excluir de su ámbito de aplicación, al menos supletoriamente, a un órgano de la envergadura pública del INSSJP”.

La Corte, tras reseñar el alcance supletorio del decreto 1172/03 fijado por la Cámara, seguidamente postuló algunas consideraciones que sirven para extender lo normado en aquel régimen. En rigor, la CSJN formuló pautas propias -y paralelas- acerca del acceso a la información pública. Y, como ya se señaló, el derecho involucrado cuenta con un crisol de fundamentos que fomentan su reconocimiento e impiden su limitación arbitraria. El ámbito de aplicación establecido en el art. 2 del Anexo VII sin dudas no instituye una restricción grotesca. Sin embargo, la Corte Suprema, demostró que una interpretación respetuosa de las normas

14. SCHEIBLER, G., “El derecho humano de acceso a la información pública”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*, febrero de 2013, 24-La Ley 2013-B.

constitucionales y los principios en juego fuerzan la expansión del derecho de acceso a la información pública.

En primer lugar, la Corte apuntó que, aun cuando la entidad no tuviese naturaleza estatal, si la información requerida versare sobre datos de interés público, la negativa a brindarla constituiría un acto ilegítimo, con fundamento en principios de la sociedad democrática, como la publicidad de actos de gobierno y la transparencia.

En segundo lugar, la CSJN trajo a colación el reconocimiento del derecho de acceso a la información en el derecho internacional de los derechos humanos. Reprodujo lo resuelto por la CIDH en *Claude Reyes* y, así, transpuso su construcción como desprendimiento de la libertad de expresión y pensamiento, en paralelo a su deducción de los principios de la sociedad democrática.

Luego, reunió los argumentos en una única premisa: “El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a la información”.¹⁵ El conocimiento refuerza la libertad de expresión y de pensamiento, suma elementos para la participación y el control ciudadano y concretiza tanto el principio republicano de gobierno como una mayor calidad democrática. Todo forma parte del mismo compuesto. Consiguientemente, el derecho de acceso a la información pública deviene inescindible y crucial en un sistema jurídico e institucional que garantice un estándar razonable de derechos individuales y colectivos.

Y además, se consagra el mecanismo de retroalimentación: el ejercicio del derecho de acceso a la información pública supone un mejor funcionamiento del ejercicio de funciones públicas. El gobierno de uno mismo, finalmente, parece coincidir con el gobierno general. De esta forma, el derecho en cuestión se inserta definitivamente en el entramado de los derechos fundamentales.

Por su parte, la doctrina se inscribe en el mismo orden de ideas. Por un lado, se ha comentado que “se explicita la doble fuente del DAIP, como extensión de, entre otros, el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y del derecho de libertad de expresión”.¹⁶

Y aun antes del dictado del fallo reseñado, se explicó que “aquello que ahora denominamos “derecho de acceso a la información pública” tiene, ciertamente, su origen como derecho civil, fruto de una doble vertiente; por un lado, como correlato del derecho a la libre expresión; y, por el otro, como consecuencia del principio republicano vinculado a la publicidad de los actos de gobierno”.¹⁷

15. *Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI*, Considerando 10, CSJN, 04/12/2012.

16. SCHEIBLER, G., *op. cit.*.

17. GONZÁLEZ MORAS, J. M., *Derechos y garantías implicados en el derecho de acceso a la información pública*, 2010, Inédito.

Sea por el concepto de doble fuente o de doble vertiente, se arriban a concepciones equivalentes. A su vez, para la CSJN, la publicidad y transparencia de gestión se hallan contenidos en el principio de sociedad democrática.¹⁸ Si bien la democracia y el principio republicano comparten elementos, no son sinónimos. De hecho, quizás hubiese sido más consistente formular el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en base a la libertad de expresión y pensamiento (con su inevitable repercusión en la robustez democrática y deliberativa) y, en paralelo, al principio republicano de gobierno, como fuente primera de la publicidad de los actos. Por este camino argumentativo, se resguardarían mejor ciertas extensiones semánticas y conceptuales, en particular del principio republicano, como sometimiento del poder a la ley y la concreción del control del poder por el ciudadano.¹⁹ De todos modos, estas disquisiciones no agregan ni quitan sustancia ni solidez a la solución del caso resuelto por la CSJN.

Cabe entonces evitar caer en excesivos ritualismos teóricos y avanzar con la exposición. Empero, corresponde tener en cuenta los fundamentos proyectados, ya que son los que vienen a dotar de un nuevo y más amplio contenido al derecho de acceso a la información pública. Así, se ha opinado que “de aquella figura originaria pasamos, ahora, a adoptar un derecho de “acceso” a la información pública que tiene, en definitiva, otro contenido y objeto. No se trata ya de poder “peticionar” sino, especialmente, de establecer condiciones objetivas para lograr las mejores condiciones para el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos (en su faz individual o colectiva), como así también, la mayor participación posible de la ciudadanía en la gestión de la “cosa pública”, incluyendo de manera explícita, la idea o noción de “control” institucional”.²⁰

Por otro lado, es forzoso subrayar que la Corte Suprema adhirió a la pauta de legitimación activa amplia para ejercicio del derecho de acceso a la información, tal como fue reconocida en jurisprudencia de la CIDH. En efecto, el fallo de la CSJN ha sido interpretado del siguiente modo: “en materia de acceso a la información pública, en cambio, cualquier persona –aun la que es titular de un interés simple– se encuentra habilitada para requerirla y, en caso de que sea denegada o brindada parcialmente, puede utilizar todos los mecanismos administrativos y judiciales previstos al efecto en el ordenamiento jurídico federal”.²¹

18. Ver: Considerando 7.

19. GARCÍA PULLÉS, F., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. II, p. 620, 1055.

20. GONZÁLEZ MORAS, J. M., *op. cit.*

21. BUTELER, A., “La legitimación para el acceso a la información”, en *La Ley*, 18/2/2013.

En lo relativo a la legitimación pasiva, la Corte Suprema propuso una respuesta novedosa.²² Primero, extendió la obligación de los Estados a todos los órganos de poder público, traspasando el ámbito de la Administración Pública. Segundo, entendió que quedan incluidos todos los órganos en ejercicio de funciones públicas, sean entidades públicas o privadas, o que al menos gestionen intereses públicos ¿Qué implica o puede implicar interés público? No se sabe ni puede saberse con exactitud. Lo concreto es que la legitimación pasiva ha quedado incrementada y enlazada a requisitos independientes: que el órgano o entidad ejerza funciones públicas, o bien que gestione intereses públicos. E inclusive la doctrina propone extender aún más el alcance: “su relación con la utilización o destino de bienes provenientes del erario público y al carácter o interés público de la información que se requiere. La concurrencia de cualquiera de esas dos circunstancias, convierte –en principio– al poseedor de la información en sujeto obligado a proveerla”.²³

Todo ello, a su vez, complementado por el principio de máxima divulgación.

Así, entonces, la CSJN ha formulado un alto estándar de reconocimiento y protección del derecho de acceso a la información pública. En la sección siguiente, se estudiará cómo se conjuga con los regímenes infraconstitucionales vigentes.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN ARGENTINA. BALANCE CRÍTICO

Parece una contradicción hablar del régimen argentino tras haber dedicado páginas a comentar un fallo de la CSJN. Sin embargo, ello se debe a que lo allí resuelto por el Máximo Tribunal trasciende las posibilidades y el presente de la protección del derecho de acceso a la información pública en Argentina.

Por cuestiones metodológicas, al tratar el régimen infraconstitucional se hará solamente referencia al decreto 1.172/03 y sus normas complementarias. Existe una pluralidad de regímenes, propia del sistema federal, que produce una dispersión y complejidad normativa inaprehensible en el marco del presente trabajo.

Al mismo tiempo, no parece que sirva plantearse un interrogante sobre la conformidad o no del decreto 1.172/03 y en Anexo VII a las opiniones de la Corte

22. Ver Considerando 10.

23. Este autor, Scheibler, añade: “En nuestro ordenamiento podría colegirse entonces que -como mínimo- constituye información “de interés público”: a) toda aquella en poder de personas jurídicas que ejerzan funciones públicas, independientemente de su carácter estatal; b) toda la vinculada a la “calidad ambiental”, independientemente de la naturaleza jurídica de su poseedor y c) toda la relacionada con el destino de bienes públicos, independientemente de la naturaleza jurídica de su poseedor”. Ver: SCHEIBLER, G., *op. cit.*

Suprema. Efectivamente, el régimen reglamentario se conforma, pero provee una protección más débil.

A su vez, al analizar el decreto 1.172/03 y el Anexo VII (y los otros también), es muy difícil no ceder ante la tentación provocada por la naturaleza normativa del régimen. Así, se le podría achacar pura y simplemente su falta de jerarquía legal. A pesar de ello, es preciso adelantar que de poco serviría detenerse exclusivamente en su déficit formal.

En ese orden de ideas, Juan González Moras considera, con acierto, que esta carencia va en desmedro del nivel de protección que merece el derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, el autor continúa con el examen de los artículos del Anexo VII en particular y concluye que “en lo que hace a la definición conceptual del derecho de acceso a la información pública como instancia de “participación” ciudadana, la normativa cumple –en líneas generales– con la más contemporánea formulación de aquél”.²⁴

En consecuencia, ¿cuál es el verdadero déficit del acceso a la información pública? En mi opinión, intervienen factores de diversa índole. Imputarle toda la culpa a la jerarquía del decreto 1.172/03 y las normas complementarias es tan sólo el camino más fácil. Un rápido repaso de los artículos del Anexo VII evidencia que el problema no puede ser exclusivamente normativo. Si un régimen razonable –aunque no tan generoso como el parecería derivarse de la CADH y la interpretación de la CIDH–, no logra funcionar: luego hay que buscar las razones y los remedios más allá de la esfera jurídica.

Por ejemplo, si un sujeto, quien invoca un mero interés simple (conforme al art. 6 del Anexo VII), realiza una presentación (con el único requisito de que sea escrita, según el art. 11) ante la gama de organismos y entidades previstos en el art. 2, solicitando información bajo su control, producida u obtenida (art. 5), que encima reviste una presunción de publicidad (art. 8), debería esperar una respuesta en un plazo no mayor a diez días (art. 12). Además, dicho trámite debe ser gratuito y debería resguardar los principios de igualdad, publicidad, celeridad e informalidad (arts. 7 y 9). Así dispuesto, no queda mucho más pedirle al Anexo VII.

Ahora bien, que no se cumpla no indica, necesariamente, un problema ínsito de las prescripciones allí contenidas.

Probablemente, lo que sí presente dificultades es la limitación de la legitimación pasiva. En ese sentido, la solución de la CSJN en el fallo *ADC c. EN-PAMI* es notablemente superior, quedando involucrado en el ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública un espectro de órganos casi total (vale recordar que la Corte utilizó el parámetro de ejercicio de función pública o gestión de intereses públicos). Un reglamento autónomo jamás podría tener ese alcance.

24. GONZÁLEZ MORAS, J. M., *op. cit.*

Otra supuesta falta del régimen del Anexo VII es el nivel de conocimiento que se le exige al ciudadano. Tal observación es cierta: no debe ser sencillo acertar cuál es el organismo que tiene o debería tener “x” información en el infinito mapa de la organización estatal. Y de hecho las respuestas –negativas– sobre pedidos simplemente indican que la información requerida “no es competencia del organismo”.²⁵ No obstante, aquí deberíamos ser más cautos: el principio de informalismo está previsto expresamente en el art. 7 del Anexo VII, de modo que aun si el ciudadano se equivocase de organismo obligado, este debería contestarle fundadamente por qué no le corresponde responder, por qué no tiene la información y remitir las actuaciones al organismo pertinente de oficio. Entonces, si existen bases para que la protección sea razonable y ésta no lo es, puede que la traba no sea puramente normativa ni formal. Posiblemente, como dice Héctor A. Mairal, el problema sea que dejamos, sin darnos cuenta, de obedecer a la ley –en este caso, al reglamento–, a obedecer a los funcionarios públicos.

Por otra parte, tampoco podría apuntarse que la dificultad recaiga en la ausencia de medios materiales. Publicar información no es una gran empresa con los niveles actuales de tecnología. Gestionarla, ordenarla, procesarla y producirla, quizás. Pero a los organismos eventualmente obligados no les falta, con seguridad, ni computadoras ni empleados.

No se debe exigir una ley que regule el derecho de acceso a la información pública por un mero capricho producido por el inconformismo que pudiera generar la naturaleza de un reglamento autónomo. Sí se debe demandar una ley que logre plasmar el alcance de la protección fijado en la jurisprudencia de la CSJN y la CIDH, en concreto en lo relativo al principio de máxima divulgación y a la legitimación pasiva. Este último aspecto, debería ser reforzado con previsiones sobre la responsabilidad de los funcionarios. Vale señalar, dicho sea, que todos esos puntos ya fueron integrados a proyectos legislativos tratados en el último decenio, pero que no fueron sancionados.

Otro punto que merecería atención consiste en la calidad y el tipo de información. Esto tiene incidencia sobre la operatividad del derecho de acceso a la información. Como bien indica Alfonso Buteler, la Corte Suprema ya ha sentenciado el carácter operativo del mismo, lo que no exime la necesidad de adecuar las reglas a la legitimación amplia y al tipo de información solicitada.²⁶

En resumen, se impone una serie de modificaciones normativas dirigida a garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a saber:

25. LIMANSKI, L. H., *Acceso a la información y participación ciudadana. Déficits y propuestas de reformas*, 2013, Inédito.

26. BUTELER, A., *op. cit.*.

- a. la redefinición conceptual como instancia de participación ciudadana;²⁷
- b. la delimitación de “información pública”, en lo que hace a datos obtenidos, procesados y a producirse;
- c. expansión de organismos obligados, según los parámetros utilizados por la CSJN en su reciente jurisprudencia;
- d. la consagración del principio de máxima divulgación;
- e. la creación de un organismo o agencia de asesoramiento para la ciudadanía y de oficinas de seguimiento y control.

Sin embargo, en lo concerniente a la Administración Pública Federal, dichas reformas, y pese a revestir jerarquía legal, no supondrían un gran cambio. Es posible que se susciten cambios positivos, mas, como dice el dicho popular, no se puede curar el cáncer con una aspirina. Se ha demostrado que, aun en la actualidad, existe una base normativa y filosófica para proteger y promover el derecho de acceso a la información y de participación ciudadana y, no obstante, se hallan sustancialmente desprotegidos y sin promoción alguna por parte de la Administración. Luego, solo resta bucear entre otras razones hasta dar con la solución.

Por su parte, el pensador francés Pierre Rosanvallon enseña que “la comprensión de la sociedad no podría limitarse a la suma y a la articulación de sus diversos subsistemas de acción... que están lejos de ser inmediatamente inteligibles salvo cuando son relacionados dentro de un marco interpretativo más amplio... la sociedad no puede ser entendida en sus núcleos esenciales si no se actualiza ese centro nervioso del cual procede el hecho mismo de su institución”.²⁸ Y ejemplifica su razonamiento con la situación argentina: “... la crisis que atraviesa hoy Argentina no puede interpretarse simplemente a partir de factores económicos y financieros. No tiene sentido a menos que se la sitúe en la historia prolongada de una declinación ligada a la dificultad recurrente en hacer existir una nación fundada en el reconocimiento de las obligaciones compartidas”.²⁹ Asimismo, se puede aprovechar el esquema de Rosanvallon para tratar la temática aquí referida, de la siguiente manera: la crisis que atraviesa hoy una Administración como la argentina no puede interpretarse a partir de factores normativos y formales que son su causa inmediata; no tiene sentido, a menos que se la sitúe en la historia prolongada de una declinación ligada a la dificultad recurrente en hacer existir una Administración fundada en el reconocimiento de las obligaciones compartidas.

27. GONZÁLEZ MORAS, J. M., *op. cit.*

28. ROSANVALLON, P., *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 17.

29. ROSANVALLON, P., *op. cit.*, p. 18.

IV. REFLEXIONES FINALES

En el presente trabajo se han abordado múltiples cuestiones relativas al derecho de acceso a la información pública y la participación ciudadana. Se ha indagado acerca de su construcción conceptual, sus límites, los principios en juego y sus horizontes. Además, se realizó una comparación entre diversos sistemas jurídicos.

Por suerte, el derecho estudiado no involucra mayores dificultades para su aproximación teórica. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de su orientación práctica. Pese a ser pacíficamente considerado como un derecho estratégico, o bien una precondition para el ejercicio de otros derechos fundamentales, su realidad parece indicar que todavía merece una significativa etapa de evolución y robustecimiento hasta alcanzar los estándares necesarios o acordes a su relevancia.

Luego, tras tanto indagar sobre cuestiones normativas, la mirada empieza a desplazarse hacia otros elementos. ¿Por qué algo tan elemental como el derecho de acceso a la información pública no funciona en los hechos? ¿Por qué funcionan tan mal la Administración y otros sujetos obligados a proveerla?

Acaso, entonces, el cambio sustancial debe empezar a buscarse en la reforma de las estructuras funcionales de los organismos que ejercen funciones públicas, y no en reformas normativas (a menos, claro, que la primera se implemente a través de una modificación normativa). En consecuencia, esto conlleva otras preguntas trascendentes: ¿dónde y cómo se materializa la democracia? ¿Cómo democratizar la Administración? ¿A qué tipo de Administración se aspira?

Si el problema quizá está en otro lado, las soluciones también. Por eso, en estos términos, asoma una propuesta coherente: replantear la organización administrativa y estatal y su funcionamiento, con la finalidad de acercarla a la ciudadanía.

La historia de la democracia, como bien apuntó un autor canadiense, cuenta que los sistemas de escasa participación se asocian a sociedades desiguales.³⁰ Luego, el problema no es cómo funcionaría la democracia participativa, sino cómo llegamos a ella: “pues parece probable que si logramos llegar a ella, o a que exista una parte considerable de ella, el camino recorrido hasta llegar allí nos habrá dado la capacidad para hacer que funcione, o por lo menos nos habrá hecho menos incapaces de lo que somos hoy día”.³¹ Ahora bien, ¿cómo se puede empezar a eliminar barreras?

He aquí una propuesta concreta: si el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental y garantía de un mejor desempeño de la sociedad democrática, y las normas no se pueden reformar o no exigen su reforma para promoverlo –al menos en una primera instancia–, conviene dirigir los esfuerzos al

30. MACPHERSON, C. B., *La democracia liberal y su época*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1991, p. 124.

31. MACPHERSON, C. B., *op. cit.*, p. 120.

elemento que inmediata y flagrantemente se contrapone a su reconocimiento: el funcionamiento de los organismos obligados a proveer información. Naturalmente, esto no afectará sólo el funcionamiento, sino también el diseño organizativo general, a partir del cual se estructura el mapa de organismos y, en especial, de la Administración Pública.

Para instrumentar dicho cambio, es menester tener presente los siguientes puntos.

Primero, definitivamente se deben trasladar todas las obligaciones a los organismos obligados, en función de un informalismo casi absoluto a favor de los ciudadanos. Son los organismos que ejercen funciones públicas los que detentan mejores medios materiales, técnicos y profesionales para ayudar a los ciudadanos, y a la inversa.

Segundo, la Administración Pública debe aprovechar sus medios y herramientas. Para ello corresponderá abandonar o limitar las cuotas de clientelismo político. La Administración Pública gestiona intereses públicos, no intereses del partido político de turno. En consecuencia, y por más que suene utópico, habría que respetar parámetros meritocráticos y fomentar la carrera y la capacitación en el empleo público.³²

Tercero, la democratización, propiamente de la Administración Pública, debe superar tradiciones etimológicas y políticas para pasar a una nueva etapa. El ciudadano no es un inferior de la Administración (*ad*, hacia; *minus*, menor). Garantizar su control de funciones públicas, y su participación en ellas, fortalece la base democrática de la sociedad y promueve el igualitarismo. No se trata de que algunos sepan más, sino de que todos sepan, fiscalicen y participen más.

En la misma línea, se ha dicho que la apatía política y la no participación ciudadana permiten la concentración del poder, la cual echa por la borda la persecución del republicanismo y la transparencia, contraponiéndose al horizonte que se podría asumir consagrado a través de nuestra Constitución e instrumentos de jerarquía constitucional.

Cuarto, con un sistema económico que solo tiende a reproducir desigualdad es imperante erigir valedores para impedir el avance de esas consecuencias negativas. Por ende, la Administración Pública tiene asignado un rol preponderante en aquel escenario: poner sus medios a favor de los administrados. Estos deben tener todas las vías disponibles para poder ejercer sus derechos fundamentales plenamente, más allá de las contingencias socioeconómicas generales. Los derechos –y el sistema jurídico– responden a una realidad, mas contienen elementos para promover mejores

32. Nótese que para estos objetivos tampoco se exige sancionar nuevas normas, sino respetar y aplicar las existentes.

condiciones para los ciudadanos. Y aquí resurge el valor estratégico del acceso a la información, como llave de apertura y fortalecimiento participativo y personal.

Carlos F. Balbín lo ha asentado claramente: ha cambiado el paradigma. No hay un conflicto entre privilegios estatales y derechos de las personas, sino en todo caso de derechos contra derechos.³³ El Estado únicamente ejerce derechos con la finalidad de reconocer otros derechos individuales y colectivos. Al mismo tiempo, el respeto por los derechos fundamentales deviene fuente básica de legitimación del poder.

Por último, el suministro de información pública no es un bien de mercado. No se puede guiar por las mismas leyes. Se guía por la Constitución Nacional y sus normas complementarias. Por ello, no se puede manipular su oferta y su demanda, ni obstruir su distribución. El consumo de información pública responde, primero, a valores esenciales que hacen a la autonomía personal. Inmediata e ineludiblemente, la autonomía personal se vincula con factores colectivos. En consecuencia, no se puede limitar o reducir la expectativa a la información pública: mientras exista un sistema republicano que respete la integridad de los ciudadanos y su autonomía, el acceso debería ser pleno, más allá de limitaciones razonables que hagan a la marcha del gobierno, respetándose el principio de máxima divulgación. Si los ciudadanos ven garantizados sus derechos, el Estado debería alcanzar un mejor status. Lamentablemente, en la actualidad el corporativismo, la exageración de las estructuras burocráticas y la corrupción imposibilitan la concreción de esos objetivos. Pero son objetivos básicos, que no se van a apagar por antojos burocráticos y/o políticos. Eventualmente, se lograrán, siempre y cuando se mantengan –por lo menos– los cimientos jurídicos actuales, los cuales en teoría revisten nitidez y solidez bastante para inclinar la balanza con el paso del tiempo. Aunque también hay que reconocer que el presente argentino de la Administración Pública, del Congreso de la Nación y de sus funcionarios, indica que el lapso demandado será muy extenso. Esperemos que no sea eterno.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “El acceso a la información como derecho”, en *Anuario de Derecho de la Comunicación*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, año 1, v. 1, 2000.
- BALBÍN, C. F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- BUTELER, A., “La legitimación para el acceso a la información”, en *La Ley*, 18/2/2013.

33. BALBÍN, C. F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. I, p. 174.

- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Estudio especial sobre el derecho a la información*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007.
- GARCÍA PULLÉS, F., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- GONZÁLEZ MORAS, J. M., *Derechos y garantías implicados en el derecho de acceso a la información pública*, 2010, Inédito.
- JACOBS, F. G., WHITE, R., y OBEY, C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, Quinta Edición, 2010.
- LIMANSKI, L. H., *Acceso a la información y participación ciudadana. Déficit y propuestas de reformas*, 2013, Inédito.
- MACPHERSON, C. B., *La democracia liberal y su época*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1991.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- ROSANVALLON, P., *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- SCHEIBLER, G., “El derecho humano de acceso a la información pública”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*, febrero de 2013, 24-La Ley 2013-B.