

# El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno

Roberto SABA\*

## Resumen

La trayectoria de legislar el derecho a la información en América Latina se ha visto obstaculizada por décadas en diferentes países de la región. En este artículo, Saba pone de relieve algunos puntos específicos que han causado reticencias ante la adopción de leyes de acceso a la información pública. Inicialmente, el autor ofrece una explicación amplia sobre el origen y los antecedentes de este derecho dentro la teoría democrática, para después identificar los principales obstáculos en América Latina. Finalmente, Saba propone una serie de elementos que debe contener una ley de acceso a la información contemporánea para ser eficiente.

## Abstract

The evolution of legislation regulating freedom of information in Latin America has for decades met with obstacles in different countries of the region. In this article, Saba emphasizes some specific points that have led to reticence in relation to the adoption of laws on access to public information. Initially, the author offers a broad explanation of the origin and background of this right within democratic theory, going on to identify the main obstacles facing such legislation in Latin America. Finally, Saba proposes a series of elements a contemporary law on access to information should contain in order to be efficient and effective.

\* El autor desea agradecer muy especialmente a Nicolás Grandjean y a Dolores Kralj por la búsqueda de parte del material que sirvió de base a este trabajo.

ROBERTO SABA

Hace ya algunos años, no muchos, en América Latina y el Caribe comenzó a surgir cierto interés de la ciudadanía en reclamar el derecho por acceder a la información que sus gobiernos poseían. Este conocimiento era necesario tanto para lograr el desarrollo autónomo de la vida privada,<sup>1</sup> como para tomar decisiones en el ámbito de lo público dirigidas a hacer posible el ejercicio de derechos políticos básicos como el del voto o el de controlar la administración de los fondos del Estado.

Los activistas organizados que se convirtieron en pioneros en la materia fueron los ambientalistas. Éstos advirtieron rápidamente que el ejercicio del derecho a acceder a la información era de crucial importancia para poder llevar a cabo su labor de control de la actividad pública o privada que pudiera poner en riesgo la existencia de un medio ambiente sano. Es por ello que las primeras normas que reconocen el derecho de la persona a acceder a la información pública<sup>2</sup> son en realidad legislaciones que establecen el derecho a acceder a la "información ambiental".<sup>3</sup> En un sentido similar, más tarde fueron las organizaciones abocadas a la defensa de los derechos del consumidor las que pujaron por el derecho a contar con información útil para tomar decisiones en el mercado como usuarios y consumidores.<sup>4</sup>

1 En el caso *Guerra*, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que el Estado italiano había violado "el derecho a la vida privada y familiar" por no proveer "información esencial que le hubiera permitido evaluar los riesgos que ellos y su familia corrían si seguían viviendo en Manfredonia, ciudad particularmente expuesta a los peligros de un eventual accidente en la fábrica" (de fertilizantes). Citado Víctor Abramovich y Christian Courtis, "El acceso a la información como derecho", *Anuario de Derecho a la Comunicación*, México, núm. 1, 2000, p. 241.

2 Usaré "pública" para indicar que se trata de información "en poder del Estado".

3 Ver, por ejemplo, Sabsay, Daniel y Tarak, Pedro, *El acceso a la información pública, el ambiente y el desarrollo sustentable*, núm. 3, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, FARN, 1997.

4 En Argentina, por ejemplo, existe desde hace tiempo la obligación de informar del artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina. Ver,

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

Más recientemente, quizá tan sólo en los últimos cinco o seis años, se ha alcanzado en diferentes países de América Latina y el Caribe la conciencia de que el derecho de acceso a la información no se circunscribe a ciertas materias —medioambiente, consumidores, etcétera—, sino que la información en poder del Estado, cualquiera sea su contenido y sin importar el interés del requirente, debía ser de público acceso (casi) en su totalidad por los motivos y justificaciones a los que me referiré más adelante en este trabajo. Así, las normas que regulan el libre acceso a la información pública en general, sin hacer referencia a un contenido específico que esa información debía contener, son sumamente recientes. En la Argentina, por ejemplo, la Ley de Acceso a la Información Pública de la Ciudad de Buenos Aires (Ley 104), probablemente la más completa y general del país en el orden local al momento de su sanción, es de 1998.<sup>5</sup> En América Latina, las pocas leyes sancionadas hasta el momento para el nivel nacional de la administración (que incluyen, a veces, a los tres poderes del Estado) no alcanzan, en el caso de las más antiguas, el lustro de vigencia: Chile (diciembre de 1999),<sup>6</sup>

por ejemplo, la aplicación de esta legislación al caso *Carrefour SA c/ Secretaría de Comunicaciones* de la Cámara Federal Contencioso Administrativa, sala IV. Además, el artículo 42 de la Constitución Nacional de Argentina reconoce a los usuarios y consumidores el derecho a la “información veraz y adecuada” en relación con el consumo. Ver el caso *Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales p/ jubilados y pensionados*.

<sup>5</sup> La Ley 104 de la Ciudad de Buenos Aires, conocida como Ley de Acceso a la Información, siguió el modelo de la *Freedom of Information Act* de los Estados Unidos y se basó en un proyecto original de los diputados Marta Oyhanarte y Aníbal Ibarra. Esta ley fue luego considerada modelo para la mayoría de las leyes de acceso a la información provinciales y municipales que se dictaron con posterioridad. Al momento de prepararse este artículo, se encuentra en debate en el Congreso de la Nación una ley de Acceso a la Información para el nivel nacional preparada originalmente por la Dirección de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia de la Nación a cargo en aquel momento de Roberto de Michele.

<sup>6</sup> En el caso de Chile no se trata en realidad de una “ley de acceso a la información”, sino de los artículos 3 y 11 bis de la Ley 18.575 sobre Bases

ROBERTO SABA

México (junio de 2002), Panamá (enero de 2002), Perú (2002), Guatemala (octubre de 2002), Jamaica (2002).

Es de destacar que el resto de los países de la región no tiene leyes orgánicas de acceso a la información, aunque a veces cuentan con una serie de regulaciones dispersas que estructuran en forma poco eficaz ese acceso, como es el caso de la norma en el Brasil.<sup>7</sup> Algunos de ellos se encuentran en distintos grados de avance de un debate público acerca de la sanción de esas legislaciones. En Argentina, por ejemplo, un proyecto de ley con dictámenes favorables de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Libertad de Expresión, se encuentra en el orden del día de la Cámara de Diputados, aunque con inciertas posibilidades de ser aprobado por el pleno de la Cámara y luego por el Senado. En Paraguay, recientemente fracasó un intento del gobierno de sancionar una ley de este tipo por la oposición de organizaciones de la sociedad civil, principalmente de periodistas, que la consideraban altamente limitativa del acceso a la información.<sup>8</sup> Ecuador se encuentra debatiendo proyectos de ley en su Parlamento, mientras que en Venezuela es muy incipiente

de la Administración del Estado, modificada por la Ley 19.653, complementado por el Reglamento sobre Secreto o reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado (Decreto Supremo 26 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el *Diario Oficial* el 7 de mayo de 2001. Ver Colombara López, Ciro y Olmedo Bustos, Juan Pablo, "El control social de la administración y el derecho de acceso a la información. La experiencia chilena", *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 37 y ss.

<sup>7</sup> Ver Beraba, Marcelo, "Derecho de acceso a la información pública en el Brasil", trabajo presentado en la Mesa Redonda Internacional "Acceso a la Información Pública en América Latina", organizada por Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS) y Proética de Perú, el 30 de septiembre de 2002 en la ciudad de Lima.

<sup>8</sup> Ver informe preparado por Ignacio Martínez del Foro por la Libertad presentado en la reunión organizada por *Article 19*, el 18 y 19 de noviembre de 2002 en ciudad de México.

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

la discusión pública respecto de este tipo de legislación. En Bolivia, por su parte, en septiembre de 2002 el Congreso aprobó una ley de acceso a la información, pero el órgano Ejecutivo la devolvió con observaciones. Según un comunicado de prensa del diario *La Prensa* de Bolivia, en la actualidad, todos los proyectos tienen un futuro incierto porque el Poder Legislativo, por decisión del Ejecutivo tendrá que reiniciar el debate de esas normas dado que rechaza la “reposición” de proyectos de ley que fueron abordados en la anterior legislatura y gobierno.<sup>9</sup>

No obstante el fuerte interés que el tema viene suscitando en los más variados actores nacionales e internacionales, desde el Banco Mundial hasta el Banco Interamericano de Desarrollo, desde la Relatoría Especial de la OEA para la Libertad de Expresión hasta el *British Council*, de organizaciones globales como *Article 19* o *Transparency International* a la más variada gama de organizaciones locales,<sup>10</sup> la dificultad para terminar con estos procesos legislativos y la necesidad de superar enormes obstáculos políticos y culturales a fin de lograr el recono-

<sup>9</sup> Para una descripción rigurosa del proceso y de la ley boliviana, ver Ronald Grebe, “Acceso a la información pública en América Latina. La experiencia de Bolivia”, trabajo presentado en la Mesa Redonda Internacional “Acceso a la Información Pública en América Latina”, organizada por Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS) y Proética de Perú, el 30 de septiembre de 2002 en la ciudad de Lima.

<sup>10</sup> Algunos ejemplos de ellas son las siguientes: en Argentina, la Asociación por los Derechos Civiles, el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Fundación Poder Ciudadano, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, el Centro de Investigación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, o el INECIP; en Chile, la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; en Paraguay, el Foro por la Libertad de Expresión; en Perú, el Consejo de la Prensa, Proética, el Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS) y su Oficina de Acceso a la Información (OACI), y la Oficina del Ombudsman, en Ecuador, el Cooperación Latinoamericana para el Desarrollo; en Guatemala, Acción Ciudadana; en El Salvador, Probidad y Periodistas Frente a la Corrupción; en México, Libertad de Información México Asociación Civil, la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Grupo Reforma; por nombrar sólo algunas de las instituciones involucradas en el tema en la región.

ROBERTO SABA

cimiento el acceso a la información como derecho, nos obliga a pensar en articular respuestas aún más contundentes que las esbozadas hasta el momento a preguntas que no parecen estar superadas.

En este trabajo me dedicaré a proponer respuestas posibles a aquellas preguntas que considero se relacionan con las principales resistencias a la sanción de leyes de acceso a la información y, por ende, a la imposibilidad de contar con instrumento necesario, mas no suficiente, para el ejercicio de este derecho básico de la persona en un régimen republicano y democrático de gobierno.

Las tres preguntas que intentaré responder con la intención de proporcionar argumentos para oponer a posibles detractores de este tipo de legislación o ante aquellos que bajo la apariencia de legislar a favor de este derecho en realidad conspiran contra él, son las siguientes:

1. ¿Tenemos las personas un *derecho* a la información?
2. ¿Es necesario contar con una ley para lograr el ejercicio cierto de este derecho?
3. ¿Qué elementos básicos debe contener una ley de este tipo para convertirse en una herramienta necesaria, aunque no suficiente, a fin de lograr el eficaz ejercicio del derecho a la información pública?

Por supuesto, como dije anteriormente, las respuestas sugeridas a estas preguntas no intentan agotar los argumentos referidos a cada una ellas ni configuran verdades absolutas. Ellas son sólo el resultado de las observaciones del autor frente a las experiencias exitosas, las no tan exitosas y los fracasos de la región. Este texto sólo intenta organizar y encuadrar un debate en torno a algunas cuestiones recurrentes y aún en discusión.

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

### 1. ¿Tienen las personas un “derecho” al acceso a la información pública?

Preguntarse si las personas tienen un derecho al acceso a la información que se encuentra en manos del Estado, no es irrelevante ni un mero ejercicio teórico. La respuesta afirmativa a ese interrogante tiene, al menos, dos consecuencias prácticas fundamentales. En primer lugar, ello justificaría exigir al Estado decisiones, políticas y prácticas que tornen efectivo el ejercicio de ese derecho. Brindar información desde la autoridad estatal no sería meramente una buena o mala política pública decidida por el gobierno de turno, sino una exigencia constitucional que, además, se desprende de los compromisos contraídos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

En segundo término, el reconocimiento de un derecho que requiere que el Estado tome medidas concretas para su real vigencia, lo coloca en situación de ser objeto de ataque jurídico cuando esas medidas no son instrumentadas. Esto puede ser así toda vez que se entienda que la inacción del estado es un modo de impedir o violar el derecho en cuestión. La negativa del Estado de dar información a los ciudadanos que la requieren no sería sólo una desgraciada iniciativa de un funcionario reticente. Las dificultades de la administración para proporcionar información no serían interpretadas sólo como una ineficaz política de atención al ciudadano. Ello implicaría, en su lugar, la violación de un derecho constitucional o de un derecho humano fundamental, cuyo respeto puede ser reclamado ante los tribunales nacionales o internacionales, y frente a cuya afectación el Estado puede ser obligado a realizar acciones o a dejar de realizarlas.

En consecuencia, cuanto mejor fundemos la existencia de este derecho, más difícil será para el Estado o para

ROBERTO SABA

el juez negar su ejercicio o negarse a responder a las demandas de efectivo respeto del derecho. Por estos motivos, resulta imprescindible articular un argumento sólido y convincente que permita afirmar que en cabeza de toda persona se reconoce un derecho a acceder a la información que se encuentra en poder del Estado.

Existen varios argumentos que permiten justificar la existencia de un derecho al acceso a la información pública. Los siguientes son sólo algunos de los más habituales y contundentes.

### **A. El derecho a la información pública se encuentra comprendido en el derecho a la libre expresión de las ideas**

Uno de los fundamentos más frecuentemente esgrimidos para justificar el derecho a la información es el que lo asocia con la protección de la libre expresión de las ideas. El derecho a la libertad de expresión puede ser entendido, al menos, de dos modos diferentes. Uno de ellos es el que ve a la libertad de expresión asociada al ejercicio de la autonomía personal. De acuerdo con este argumento, la posibilidad de expresar las ideas, perspectivas y puntos de vista del individuo, se entiende como constitutivo del desarrollo autónomo de la persona. El poeta lleva adelante su plan de vida por medio de la publicación y difusión de sus poemas. Impedir la exteriorización de sus sentimientos a través de la expresión, afecta su libertad individual. Para un artista plástico, la protección de su expresión es parte fundamental de su autorrealización personal como un ser libre que manifiesta sus visiones del mundo a través de sus cuadros. Entendida de este modo, la libertad de expresión coloca al sujeto que se expresa en el centro de la protección que ella esta-

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

blece. El resto de los ciudadanos, los que aprecian la expresión, sus receptores, no cuentan en este argumento jurídico demasiado espacio de protección. El eje del derecho es la persona autónoma que se expresa.<sup>11</sup>

Una forma alternativa de entender la libertad de expresión es la que considera que la protección de este derecho implica no sólo la protección de quien se expresa, sino que también aspira a asegurar a los receptores la posibilidad de apreciar la más diversa variedad de puntos de vistas posibles en torno a un tema determinado, objetivo que se persigue a través de la protección de la expresión. Esta lectura del derecho a la libertad de expresión, a diferencia de la anterior, relativiza el valor que se le da a la autonomía personal para encontrar fundamental la relación existente entre la teoría democrática (de autogobierno ciudadano) y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.<sup>12</sup>

Sintéticamente, el argumento sería que en un sistema democrático, la ciudadanía se autogobierna. A fin de poder tomar decisiones de autogobierno, la comunidad política debe poder contar con la mayor información que sea po-

<sup>11</sup> En un sentido crítico similar al aquí expuesto se manifiestan Abramovich y Courtis cuando establecen la distinción entre "derechos-libertad" o "derechos de autonomía" y "derechos de carácter social". Como veremos más adelante, para ellos, igual que para mí, el derecho a la información pública se justifica mejor desde esta segunda perspectiva que desde la primera, además de que ella también permite reclamos "colectivos" por el derecho y no sólo de tipo "individual". Ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "El acceso a la información como derecho", *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Siglo XXI Editores, núm. 1, año 2000, pp. 223-256. Sobre el derecho a la información como "derecho de autonomía", ver pp. 224 y 225. Sobre el derecho a la información como "derecho de carácter público o social", ver p. 227. Estos autores señalan allí que el derecho a la información así considerado "tiende a relevar el empleo instrumental de la información no como —o no sólo como— factor de autorrealización personal, sino como *mecanismo o andamiaje de control institucional*" (el énfasis es mío).

<sup>12</sup> En este sentido, ver Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 15 a 41. O en su versión original, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 5-26.

ROBERTO SABA

sible brindar, lo cual resulta asegurado por medio de la protección de la expresión. En suma, protegemos la expresión con la finalidad de proporcionar a la ciudadanía la mayor cantidad de información posible para que tome mejores decisiones de autogobierno. Silenciar voces o limitar el acceso a la información brindada por el que se expresa, implica obligar a los ciudadanos a decidir cuestiones públicas luego de haber sido privados de evaluar alternativas que, quizá, pueden haber sido consideradas mejores u óptimas. Mientras la libertad de expresión como manifestación de la autonomía no parece prestar atención al derecho a la información, la libertad de expresión como precondition del proceso de toma de decisiones en un sistema democrático la asocia inescindiblemente con la libertad de acceso a la información. Sin libertad de expresión no hay información y sin información no hay democracia, entendida como sistema de autogobierno ciudadano.

Esta visión *democrática* de la libertad de expresión es lo que condujo a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos a sostener que:

La libertad de expresión conlleva la libertad de escuchar... [y esto es debido a que] La Primera Enmienda va más allá de la protección de la prensa y de la autoexpresión de los individuos, prohibiendo al estado limitar la masa de información a la cual pueden recurrir los miembros del público.<sup>13</sup>

Esta doctrina fue enfáticamente defendida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times v. Sullivan* al llamar la atención sobre el imperativo democrático de contar con debate robusto, amplio e irres-

<sup>13</sup> Caso *Richmond Newspapers v. Virginia*, 448 U.S. 555; 1980. La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, a la que se refieren los jueces, establece el derecho de libre expresión.

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

tricto (*robust, broad, and uninhibited*).<sup>14</sup> Es por eso que autores como Owen Fiss consideran esta la doctrina que debería tomarse en cuenta para la correcta interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos:

La sentencia del caso *New York Times v. Sullivan* aludió a un compromiso nacional a favor de un "debate desinhibido, vigoroso y abierto" sobre asuntos de importancia pública una frase utilizada muchas veces en este libro, y todavía más en los anales de la Corte Suprema.<sup>15</sup>

En el mismo sentido de esta lectura de la libertad de expresión (y del acceso a la información) como derechos mutuamente dependientes y precondition del sistema democrático de gobierno, la propia Convención Americana de Derechos Humanos también establece en su artículo 13 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...".

En referencia a esta última cláusula, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reforzado la idea de la existencia de una "ciudadanía informada" como precondition para el funcionamiento del régimen democrático.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, *New York Times v. Sullivan*, (376 US 254, 1964).

<sup>15</sup> Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 73. Si bien la Corte de los Estados Unidos se ha apartado gradualmente de esta doctrina, se podría afirmar con fundamentos sólidos que los votos del juez Breyer en casos recientes sobre televisión por cable retoman esta línea argumentativa y reestablece esta visión democrática de la libertad de expresión en la jurisprudencia de este tribunal.

<sup>16</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Corte Interamericana de Derechos Humanos (sec. A), núm. 5(1985), considerando 70.

ROBERTO SABA

No obstante el invaluable aporte que esta lectura del derecho a la libertad de expresión hace al reconocimiento del derecho de la persona a acceder a información, ella no resulta suficiente para justificar la existencia de un derecho de la ciudadanía a exigir información que se encuentra en manos del Estado. Esta "teoría democrática" de la libertad de expresión ha sido utilizada por los tribunales como una estrategia útil para evitar la censura o la limitación de la expresión de los medios de prensa, pero no parece ser suficiente para exigir al Estado que libere información que se encuentra en su poder. De este modo, se podría decir que el derecho a la información, así entendido, abre las puertas de un desarrollo robusto del derecho ciudadano a exigir información en dominio del gobierno, pero no parece ser un argumento completamente autosuficiente para exigir que la administración o la justicia reconozcan un derecho al *acceso*.

De acuerdo con esta interpretación del derecho a la libertad de expresión, los ciudadanos tienen derecho a la información que brindan los medios de comunicación y por eso existe una fuerte protección de estos últimos, pero es dudoso que se les reconozca la posibilidad de exigir información al Estado sobre la base exclusiva de este argumento. Si bien el principio de debate amplio y robusto subyace a ambas variantes del derecho a la información (la que proviene de los medios o la que está en poder del Estado), el derecho a la libertad de expresión, en su carácter de precondition de ese debate público, no necesariamente justifica la obligación del Estado de proveer información que esté en su poder. Algunos autores dirán que la teoría democrática de la libertad de expresión, que hace a este derecho inclusivo del derecho a la información, se refiere en realidad al "derecho a informarse" como consecuencia de la posibilidad de otros a expresarse que

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

no es necesariamente lo mismo que el derecho a exigir que el Estado nos brinde información. En el primer caso, la censura de la expresión impide que la persona se informe, mientras que en el segundo caso la negativa del gobierno a dar información que se encuentra en su poder frente al requerimiento de una persona, le niega a ésta su derecho a acceder a la información pública, necesaria para ejercer otros derechos o para controlar al gobierno.

### **B. El libre acceso a la información y la democracia participativa**

Muchas Constituciones de América Latina han reconocido la existencia de formas de democracia semidirectas que aseguran a la ciudadanía mecanismos de participación en el proceso de toma de decisiones que complementan los ya existentes, de los cuales el más clásico es el derecho al voto. Estas estrategias participativas vienen a confirmar y profundizar el rasgo ya señalado de nuestras democracias como sistemas políticos que se fundan en el autogobierno de la ciudadanía.

Sin embargo, este autogobierno y participación resultan ilusorios si la ciudadanía no cuenta con un acceso asegurado a la información que obra en poder del Estado. ¿Qué sentido tiene invitar a la ciudadanía a participar de una audiencia pública para debatir acerca de las bondades de una determinada política si no se le brinda la posibilidad de contar con la información con que cuenta el gobierno para el diseño de esa política? ¿Qué objeto tendría convocar a plebiscitos y *referenda*, si para contestar a los interrogantes propuestos la ciudadanía necesita conocer datos a los que sólo el gobierno tiene acceso y no hace públicos? La proclamación e implementación de la democracia participativa resulta incompleta sin el recono-

ROBERTO SABA

cimiento del derecho de acceso a la información. Dar poder al pueblo para que decida cuestiones públicas directa o indirectamente sin darle la posibilidad de conocer toda la información necesaria para decidir, conduce a un proceso de toma de decisiones imperfecto que puede arrojar resultados fuertemente dañinos para la comunidad. Por supuesto, la solución a este problema no debe encontrarse en la imposición de límites a la participación, sino en el levantamiento de las barreras que obstaculizan el acceso a la información, a fin de que la participación política amplia sea llevada a cabo por una "ciudadanía informada", tomando prestada la terminología acuñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El derecho a la información es, en consecuencia, una *precondición* del sistema democrático y del ejercicio de la participación política de la ciudadanía.

### **C. El libre acceso a la información como elemento necesario en un sistema republicano de gobierno**

Mucho se habla en estos días del problema de la corrupción y de sus perniciosos efectos sobre el funcionamiento del gobierno. También se dice que una de las estrategias más efectivas dirigidas a luchar contra ese mal de los gobiernos es el de tornar sus actos más transparentes y a ellos más responsables (*accountable*) frente a la ciudadanía y a los organismos de control.

Sin embargo, este aparentemente nuevo mal de nuestras democracias no es novedoso. Aquellos que diseñaron hace más de doscientos años nuestras democracias occidentales se habían percatado de los posibles peligros que subyacían al ejercicio del poder en representación del pueblo. Por ese motivo, casi todas las Constituciones que

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

siguieron el modelo de la de los Estados Unidos, como es el caso de la gran mayoría de las de América Latina, reconocieron como fundamental un principio republicano básico: el de la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la gestión pública.

El derecho a acceder a la información que se encuentra en manos del gobierno es un corolario del principio republicano de la publicidad de sus actos.<sup>17</sup> La tan preciada y reclamada transparencia como arma de lucha contra la corrupción, encuentra su raíz y reconocimiento constitucional en este principio y el libre acceso a la información es la forma de instrumentarlo. Hacer pública la información en manos del Estado no es, entonces, una concesión graciosa de aquellos que se encuentran ocasionalmente ejerciendo el poder, sino una obligación exigida por toda Constitución que establezca un sistema republicano. Negar el acceso a la información implica una clara desobediencia del mandato del constituyente.

Por otro lado, la publicidad de los actos de gobierno, instrumentada por medio de la apertura del acceso a la información a toda persona que la requiera, opera como mecanismo de control de los funcionarios de ese gobierno. No parece ser difícil justificar este principio constitucional en la intención del constituyente de depositar en manos del pueblo soberano y autogobernado, el control de aquellos en quienes delegó la representación de sus intereses para la administración del gobierno. El acceso a la infor-

<sup>17</sup> En este mismo sentido se ha pronunciado la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de Argentina en el caso *Tiscornia*. Allí se reconoce el derecho de acceso a la información pública y se condena a la Policía a suministrar la información requerida por los peticionantes. Vale la pena resaltar que este caso fue llevado por una organización no gubernamental, el CELS, y que la sentencia se logró sin que existiera en ese momento una ley de acceso a la información. Los argumentos esgrimidos en el caso fueron sobre todo relacionados con el derecho a la información que surge implícita o explícitamente de la Constitución Nacional y de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

ROBERTO SABA

mación es, entonces, un mecanismo de control del gobierno que el constituyente puso en manos de la ciudadanía. En consecuencia, podría asegurarse que este mecanismo de control no puede ser activado a instancia y arbitrio del controlado (en este caso el gobierno), razón por la cual no puede ser el gobierno el que, frente a cada requerimiento, decida cuándo y cómo la información que obra en su poder puede ser liberada o quién es el destinatario correcto de esa información. Si existiera una prerrogativa con estas características en manos del gobierno, el acceso a la información como mecanismo de control sólo se pondría en funcionamiento cuando el controlado, es decir, el gobierno, decida que así debe ser. Resulta claro que ello tornaría completamente inútil la herramienta de control.

En síntesis, el acceso a la información como mecanismo de control del gobierno, sólo será efectivo si se lo considera un derecho de toda persona y no como una posibilidad cuya efectiva realización depende de la discreción de la autoridad pública. Un derecho de acceso a la información (como mecanismo de control) cuyo ejercicio se encuentre sujeto al “permiso” que conceda el controlado es obviamente inefectivo respecto de la finalidad que persigue.

#### **D. La información en manos del Estado es “propiedad” de la ciudadanía**

La información que produce, obtiene, clasifica y almacena el Estado es producida, obtenida, clasificada y almacenada con recursos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos. Los bienes del Estado no son, de acuerdo a lo que usualmente se cree, “propiedad de nadie”. Todo lo que el Estado posee es, en verdad, propiedad de la comunidad política, de todos los que forman

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

parte de ella y que contribuyen con el pago de los impuestos al funcionamiento del gobierno y del Estado. La información que es obtenida, producida y clasificada por el Estado con dinero público es propiedad de la ciudadanía y, por ello, no puede negársele el acceso.

### **E. El acceso a la información y el derecho a peticionar a las autoridades públicas**

Casi todas las Constituciones que establecen repúblicas democráticas prescriben el derecho a peticionar a las autoridades públicas. Este derecho, conjuntamente con el principio de autogobierno y el de publicidad de los actos de gobierno, constituyen la parte central del basamento constitucional del derecho a la información en poder del Estado. Los funcionarios encargados de administrar la cosa pública recibieron esa facultad por delegación y en representación del pueblo, único depositario del poder democrático de autogobierno. Como sucede con cualquier mandatario, los funcionarios de gobierno están obligados a rendir cuentas de sus actos frente a sus mandantes y brindar información es una de las obligaciones más básicas de una relación de este tipo.

En síntesis, de todo lo que hasta aquí se ha dicho, se deduce que el derecho de la persona a acceder a la información que se encuentra en poder del Estado y la obligación del funcionario a brindarla se fundamenta en que aquél es:

1. Un derecho individual de toda persona además de una precondition del gobierno democrático que presume la participación de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones respecto de su propio destino colectivo.

ROBERTO SABA

2. Un derecho con reconocimiento constitucional (explícito o implícito) en tanto el constituyente haya establecido el principio de publicidad de los actos de gobierno y el derecho de peticionar ante las autoridades.
3. Un derecho que se relaciona con cierta idea de que la información es “propiedad” de la ciudadanía, en tanto que ella es obtenida, producida o almacenada con dineros públicos que provienen del pago de impuestos.

## **2. ¿Es necesaria una ley de acceso a la información para asegurar el derecho?**

Una vez reconocida la existencia del derecho constitucional (y del derecho humano) al acceso a la información, la cuestión que debe atraer nuestra atención es la de su protección y ejercicio efectivos.

Por supuesto, este derecho, como muchos otros derechos denominados operativos, no requieren necesariamente de una ley que los ponga en práctica y asegure su vigencia. El reclamo por su respeto y la obligación del Estado de protegerlos no depende de la sanción de la ley que regule su ejercicio. Sin embargo, es posible sostener que sin la existencia de este tipo de legislación, el derecho se torna de difícil ejercicio y respeto en la práctica cotidiana. También es preciso resaltar, que, si bien es probable que estas leyes tornen más probable el ejercicio del derecho, ellas no lo aseguran por el solo hecho de ser sancionadas.

Muchos sostendrán que el reclamo por una legislación que regule el acceso a la información responde al típico “pensamiento mágico” de los abogados de tradición continental que creen que cuando un derecho se regula por una ley, éste pasa automáticamente a ser gozado por las

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

personas. Otros sostendrán con tono crítico que los países de América Latina deberían dejar de sancionar “hermosas y apolíneas leyes” que nadie cumple y comenzar a respetar las que ya se tienen. Estos son todos argumentos que, aunque pueden originarse en buenas intenciones, conspiran contra el real ejercicio del derecho a la información pública. Ellos encierran algunas falacias sobre las que es bueno llamar la atención:

*Falacia 1: Es un derecho operativo y, por ello, no es necesaria su regulación legislativa.*

Que un derecho sea operativo sólo implica que el reclamo por su efectivo reconocimiento y respeto generalmente planteado ante el juez, no está condicionado a la sanción de una ley. De ningún modo se deriva de ello que la operatividad del derecho implica que éste no necesite de una regulación que facilite su ejercicio.

*Falacia 2: Como no es cierto que la sanción de la ley asegura de hecho el ejercicio del derecho, entonces no es necesaria esa legislación.*

Nadie, ni siquiera el jurista más ingenuo, afirmaría que la sanción de una ley que regule el acceso a la información pública es condición necesaria y suficiente para el efectivo respeto del derecho en cuestión. Del mismo modo que las garantías del proceso penal no impiden que se realicen torturas en las reparticiones de policiales, una ley de acceso a la información no asegura que al minuto siguiente de su sanción el Estado empezará a proporcionar información a la ciudadanía en forma generosa y espontánea. Nadie puede sostener esto seriamente y presumir que se sostiene es presumir demasiada ingenuidad. Una ley de

ROBERTO SABA

acceso a la información sólo es una condición necesaria, pero no suficiente, para el ejercicio efectivo del derecho. Sólo —aunque no es poco— proporciona un instrumento para el ejercicio y potencial reclamo judicial del derecho, así como las garantías del proceso penal no impiden que se apliquen torturas a los detenidos y “sólo” logran disuadir a algunos que así procedan y permite reclamar ante un juez el castigo correspondiente a quienes desobedecen la ley.

*Falacia 3: Como ya tenemos demasiadas leyes, entonces sería mejor no sancionar nuevas.*

Si bien es cierto que América Latina, por su fuerte tradición continental codificadora, no es mezquina en la producción legislativa —lo digo con ironía, claro— y aunque no son sus países ejemplos de *rule of law*, ello no implica que debamos dejar de sancionar normas necesarias. Más bien implica que nuestros esfuerzos deben dirigirse a contar con las normas que hacen falta para lograr el efectivo respeto de los derechos fundamentales.

*Falacia 4: Como el Estado es débil e ineficiente en América Latina, deberíamos ser cuidadosos al momento de establecer en su cabeza obligaciones nuevas que probablemente no podrá cumplir.*

Este argumento conservador conduce al inmovilismo y a la cristalización del *status quo*. Es verdad que dicho tipo de legislación pone en cabeza del Estado una responsabilidad muy grande que, incluso, puede ser costosa. Sin embargo, si acordamos que el acceso a la información es precondition del buen funcionamiento del sistema político democrático, entonces el cumplimiento de tal obligación

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

se equipara a otras “costosas” instituciones como las elecciones, el funcionamiento de estructuras burocráticas que permitan legislar, ejecutar las decisiones del pueblo o juzgar los casos concretos.

En suma, diversos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de nuestros derechos constitucional y administrativo, así como prácticas habituales de la burocracia estatal y la naturaleza misma del derecho en cuestión, nos conducen a afirmar enfáticamente que —a pesar y además— del reconocimiento constitucional del derecho a la información, *es absolutamente necesario e imprescindible contar con una ley que establezca con claridad los requisitos que deben darse para brindar o negar la información solicitada por una persona al gobierno.*

En la actualidad, el derecho administrativo argentino, por ejemplo, que es el que conozco más de cerca, es sumamente restrictivo al momento de reconocer la legitimación activa que le permite a una persona requerir información al gobierno. Habitualmente se entiende en forma injustificada que, para solicitar información, el peticionante debe tener un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado a fin de que se haga lugar a su requerimiento.<sup>18</sup> Esta interpretación restrictiva de la legitimación activa bloquea la posibilidad de que cualquier ciudadano solicite información que se encuentre en manos del gobierno, a menos que esa información se vincule con la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo del solicitante. Sin embargo, como se señaló en el apartado anterior, la persona está habilitada a solicitar información a partir de su condición de tal en un sistema republicano donde la responsabilidad del gobierno obliga a este último a ser transparente y res-

<sup>18</sup> Ver, a modo de ejemplo, el artículo 24 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina, *Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, revisado, ordenado y comentado por Tomás Hutchinson, Astrea, 2002, pp. 165-170.

ROBERTO SABA

ponsable (*accountable*) frente a la ciudadanía. Sólo a través de una ley podríamos revertir esta extendida interpretación acerca de la legitimación activa.

Por otro lado, la administración, al responder a una solicitud de información, o el juez, al atender el reclamo de un solicitante al que se le ha negado cierta información requerida, tienden a responder negativamente a los requerimientos presentados.<sup>19</sup> La razón que se esgrime, generalmente, tiene mucho que ver con tendencias habituales de las burocracias a no brindar información que se encuentra en su poder por temor a poner en riesgo o peligro el cargo que se detenta cuando resulte escrutada la decisión por un superior, o a exponer conductas o prácticas acerca de cuya corrección se duda. En general, la burocracia tiende a “cerrarse” y la persona carece de las herramientas legales para contrarrestar la resistencia encontrada. El individuo solicitará información y el funcionario correspondiente buscará razones para negarla (como por ejemplo a través del cuestionamiento de la legitimación activa) a fin de evitarse problemas hacia dentro de su propia burocracia. Si nada obliga al funcionario a brindar la información solicitada y la negativa no acarrea prácticamente ninguna consecuencia negativa, el funcionario no cuenta con ningún incentivo para responder positivamente al requerimiento y, en cambio, cuenta con todos los incentivos adecuados para negar la información. Una ley de acceso a la información correctamente diseñada invierte estos incentivos nocivos para lograr la transparencia en la administración del Estado.

<sup>19</sup> Si bien es cierto que la intuición referida a la existencia de una “cultura del secreto” en la administración pública no cuenta con datos precisos que la avalen, resulta bastante extendida la creencia de que ello es así. Sería interesante, a fin de articular una estrategia discursiva a favor de la ley de acceso a la información, producir datos estadísticos que permitan fundar la afirmación respecto del predominio del secreto como principio de hecho que rige en el Estado.

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

En síntesis, pese al reconocimiento constitucional del derecho a solicitar información al gobierno, se vuelve imperiosamente necesario contar con una ley que altere los incentivos que parece tener hoy la administración para negar la información requerida por una persona. Partiendo del presupuesto de que la burocracia estatal buscará siempre el modo, la excusa o la razón para no dar la información que se le requiere a través del ejercicio de un derecho constitucional, una ley que reglamente adecuadamente este derecho puede remover los obstáculos que se podrían presentar de un modo persistente si ella no existiera. Cual en un laberinto de múltiples salidas, deben cerrársele a la administración todas las posibles vías alternativas de escape cuando se vea tentada de eludir su responsabilidad constitucional.

### **3. ¿Qué elementos debe tener una ley de acceso a la información para ser eficaz?**

Como se dijo en el apartado anterior, una ley de acceso a la información es necesaria, pero no suficiente, para que el ejercicio del derecho constitucional a solicitar información no se vea vulnerado. Ahora bien, esta ley debe contar entonces con ciertos elementos mínimos que impidan a la administración o al Poder Judicial oponer argumentos infundados o razones insuficientes para negar la información solicitada. A continuación veremos cuáles son los obstáculos habituales que suelen presentarse al ejercicio de este derecho y de qué modo una ley de acceso a la información podría contribuir a removerlos y así elevar las posibilidades de tornar eficaz el ejercicio del derecho.<sup>20</sup> Lo

<sup>20</sup> Se han realizado recientemente varios esfuerzos de excelente nivel técnico tendentes a cristalizar en documentos, a veces incluso consensuados entre actores relevantes, un grupo de elementos básicos cuya presencia es requerida

ROBERTO SABA

que sigue no intenta ser un “modelo” de ley de acceso a la información. Por lo general, los modelos intentan cubrir más aspectos que los aquí referidos (como la creación de comisionados de la información, o decisiones tendentes a facilitar el acceso a través de medidas “pro activas” por parte del Estado).<sup>21</sup> El contenido de esta sección sólo intenta referirse a elementos mínimos sin los cuales la ley sería ineficaz en su objetivo de permitir el ejercicio del derecho.

## **A. ¿Quién puede pedir la información? La cuestión de la legitimación activa amplia**

Como sostuve anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia son, en general, sumamente restrictivas al momento de reconocer quién puede realizar un requerimiento a la administración o a los poderes políticos en ejercicio de funciones administrativas. En el caso de la solicitud de información que se encuentra en poder del gobierno, lo habitual es que se requiera a la solicitante que explique y exponga las razones por las que requiere la información y que demuestre cuál es el interés legítimo o derecho subjetivo afectado que la habilitaría a pedir la información en

para que una ley de acceso a la información pueda ser eficaz. Estos documentos se han dado en llamar “leyes modelo” o “principios”, como *Los Principios de Lima*, de 2001, producidos bajo el auspicio del Consejo de la Prensa Peruana y con la participación de las Relatorías Especiales para la Libertad de Opinión de las Naciones Unidas y la de Libertad de Expresión de la OEA; *La Declaración de Chapultepec*, realizada bajo el auspicio de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), en 1994; *Los Principios de Johannesburgo sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información*, de 1996, y *A Model Freedom of Information Law*, preparado por Article 19, el Centre for Policy Alternatives, el Commonwealth Human Rights Initiative y el Human Rights Commission of Pakistan, entre otros esfuerzos similares.

<sup>21</sup> Por ejemplo el excelente trabajo expuesto en *A Model Freedom of Information Law*, preparado por Article 19, el Centre for Policy Alternatives, el Commonwealth Human Rights Initiative y el Human Rights Commission of Pakistan.

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

cuestión. Este enfoque, basado en una interpretación restrictiva y estrecha de la legitimación activa, es no sólo incorrecto en el caso del derecho de acceso a la información, sino que conspira contra el ejercicio real del derecho. La persona que solicita información a la administración (en cualquiera de los tres poderes del Estado) no lo hace necesariamente porque se encuentre afectado algún otro de sus derechos o un interés legítimo. La solicitud de información puede basarse en el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno, en el "derecho a saber" de la persona y, por esta razón, la sola condición de "persona integrante de la comunidad política"<sup>22</sup> la habilita a solicitar información sin ser relevante los motivos del requerimiento. Además, como se vio anteriormente en este ensayo, la decisión de brindar información, no puede quedar en manos de quien es precisamente controlado a través de la publicidad de la información requerida. Si la transparencia es una de las estrategias más eficaces de control del gobierno por parte de la ciudadanía, no puede ser el mismo gobierno el que decida si brinda la información evaluando en cada caso si existen buenas razones para que un ciudadano requiera información.

En síntesis, la información debe poder ser requerida por *cualquier persona* y no sólo por aquellas que la administración considere poseen la legitimación para ello fundando esa decisión en razones restrictivas del acceso a la información. Dado que, a pesar de ser este argumento aparentemente convincente, es sumamente conveniente que una ley de acceso a la información establezca claramente el modo amplio en que debe entenderse en este caso en particular la legitimación activa para solicitar información, invirtiendo, de algún modo, el principio que rige

22 Nótese que, adrede, no digo "ciudadano" sino "persona", dado que creo que este derecho no sólo se le reconoce al primero sino que también alcanza al segundo.

ROBERTO SABA

en el derecho administrativo para actuar frente a la administración. El primer artículo de una ley de este tipo debería precisar que: *“Todo ciudadano tiene derecho a solicitar información...”*. De modo semejante se manifiestan la Constitución y la ley de Perú en lo que se refiere a la legitimación activa para solicitar información, y las leyes respectivas de México, Panamá, Guatemala y Jamaica. La ley chilena de probidad también establece un principio similar.

### **B. No se debe expresar el motivo del requerimiento de la información**

En el derecho comparado se percibe el rasgo común de establecer que el requerimiento de información no debe necesariamente consignar el motivo por el que esa información se solicita. Tal estándar se justifica, en primer lugar, en el hecho de que el pedido de información se presume motivado desde que la persona tiene siempre el derecho a controlar el accionar de su gobierno por medio de saber acerca de sus actos, decisiones, políticas, etcétera. Por otro lado, al no exigirse la motivación del pedido más allá de la motivación presupuesta y justificada por el derecho mismo, se busca la protección de requirente. La *Freedom of Information Act* de los Estados Unidos, por ejemplo, requiere solamente una descripción razonable del registro donde el requirente entiende se encuentra la información que solicita, pero agrega que la administración no puede negarse a dar la información pedida fundando su decisión en que no se identificó el registro correctamente. Hay quienes sostienen que la ley de los Estados Unidos no requiere acreditar el motivo o interés específico debido a la dificultad para determinarlo.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Ver Mashaw and Merrill, *Introduction to the American Public Law System*, p. 627 y ss., citado en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

Sin embargo, más allá de lo dicho hasta aquí, la expresión del motivo de la solicitud no debería estar prohibida. Puede ser recomendable para el requirente precisar el motivo o el objeto del pedido a fin de facilitar y precisar la búsqueda por parte del funcionario. En suma, la expresión del motivo no puede exigirse, pero tampoco puede prohibirse. Quedará a criterio del solicitante realizar el cálculo acerca de cuanto pierde y cuanto gana manifestando las razones por las que solicita la información. Sí está claro, sin embargo, que nunca se podrá denegar la información por carecer el pedido de la motivación correspondiente o por entenderse que el requerimiento no se encuentra debidamente motivado.

### C. ¿Qué tipo de información se puede solicitar?

Otro obstáculo recurrente a la posibilidad de que la ciudadanía acceda a la información que se encuentra en poder del gobierno se relaciona con el tipo de información solicitado. Por este motivo, la ley debe establecer con claridad qué tipo de información la administración se encuentra obligada a brindar cuando una persona realiza un requerimiento.

El principio general que en este sentido la ley debería presentar es el de que se trata de *toda la información que se encuentre en poder del gobierno*, con excepciones que deben enunciarse taxativamente y sobre las que me referiré luego. Al sostener que la administración se ve obligada a dar cualquier tipo de información que se halle en su poder, se excluye de la obligación a toda información

información como derecho", *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Siglo XXI Editores, núm. 1, año 2000, p. 246.

ROBERTO SABA

que demandaría del Estado, no ya su búsqueda, sino su *producción*. El Estado no puede verse obligado a producir información por el mero requerimiento que le realice una persona. Sólo debe brindar aquella que se encuentre en su poder o que haya sido producida por el Estado u obtenida por éste utilizando recursos públicos.

La única excepción a este principio general podría ser la correspondiente a la obligación del Estado de brindar información *a cuya producción se obligó* por tratados internacionales o por leyes. Este es el caso de numerosos tratados referidos a derechos humanos que requieren que el Estado produzca información sobre la evolución y progresivo cumplimiento de sus compromisos internacionales y que el Estado habitualmente no realiza.<sup>24</sup> Incluir este tipo de información dentro de aquella que puede ser requerida por la ciudadanía sería un modo interesante de incorporar un mecanismo que deposita en manos de la ciudadanía la posibilidad de monitorear el cumplimiento de los tratados internacionales cuando ellos obligan al Estado a producir información. Sin embargo, es necesario resaltar que esto sería algo sumamente novedoso.

El principio general que debería incorporar la ley respecto del tipo de información que el gobierno está obligado a brindar a la ciudadanía, se refiere a toda la información que se encuentre en poder del Estado o que se halle bajo su control y que hubiere sido producida con financiamiento público. De este modo, ello refuerza la expansión de la legitimación activa a *toda persona*, basada en el hecho de que esa información *pertenece* a la ciudadanía por haber sido producida con el dinero que proviniera del pago

24 Ver Courtis y Abramovich, *op. cit.*, pp. 242 y 243.

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

de los impuestos o en su interés por controlar la labor de sus representantes.

En los Estados federales, existe un límite jurisdiccional adicional a la obligación de brindar información, y éste se vincula con el nivel de gobierno (nacional, provincial o municipal) al que se le requiera información, dado que cada uno de ellos sólo podrá brindar la información que se encuentre bajo su exclusivo control.

Finalmente, como es posible que la negativa de brindar información se ampare en el hecho de que la forma en que esa información se encuentra almacenada hace imposible o dificultoso el acceso, la ley debería decir en forma explícita que se trata de *información en poder del Estado en cualquier formato*. Así, podrían presentarse algunos ejemplos de formatos posibles (escrita, grabada, fotografiada, etcétera), pero de ningún modo esas referencias deben ser taxativas o cerradas dado que los avances tecnológicos generarán seguramente formatos para almacenar información impensados por las legisladoras actuales.

Por último, algunos nuevos desarrollos respecto de este derecho han llevado su atención a la posibilidad de solicitar información que se encuentre en poder de personas privadas, generalmente jurídicas, y que pudieran tener un interés público. La Constitución de Sudáfrica, sancionada en 1996, por ejemplo, establece que se les garantiza "a todos... el derecho de tener acceso a cualquier información que esté en manos del Estado y a cualquier información que esté en manos de otra persona y que se necesite para el ejercicio o protección de cualquier derecho".<sup>25</sup> Este derecho a la información en poder de privados se vuelve

<sup>25</sup> Ver Calland, Richard, "El acceso a la información: ¿Para qué sirve? ¿Y cómo se utiliza?", en Neuman, Laura (ed.), *Acceso a la información. La llave para la democracia*, Estados Unidos, El Centro Carter, 2002, p. 20.

ROBERTO SABA

de particular importancia en los casos de empresas que proveen servicios públicos, aunque no se circunscribe a ellas. En la Argentina, por ejemplo, existen algunos mecanismos de participación ciudadana de los usuarios de servicios públicos, como las audiencias públicas, por medio de los cuales aquéllos pueden tomar parte del proceso que conduce a la decisión de aumentar tarifas. Sin embargo, se ha argüido que este derecho a participar del proceso de regulación del servicio sería de ejercicio imposible si el usuario no contara con la información pertinente en poder de la empresa.

#### **D. El derecho a solicitar información comprende el de recibir copias**

Si bien parece una obviedad, es conveniente precisar en la ley que el derecho de acceso a la información supone también el derecho de realizar copias en el formato que sea técnicamente posible de la información que se encuentra en manos del Estado. Sabemos por experiencia que, por ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires, incluso contando con una ley relativamente completa de acceso a la información, una de las estrategias utilizadas para dificultar el ejercicio del derecho ha sido el de argüir, por parte de la administración, que el derecho sólo se refiere al "acceso" (en este caso "ver, leer"), pero no al "copiado" de la información. Personas que se han presentado a solicitar información han podido "tomar contacto" con la información requerida en el ámbito de la oficina pública, pero se le prohibió realizar duplicaciones. En algunos casos se le permitió a la solicitante incluso copiar a mano la información documental pero no fotocopiarla. En este sentido, el artículo 4 de la ley francesa establece el derecho de los administrados a "consultar y reproducir" la información solicitada.<sup>26</sup> También el artículo 8 de la ley española aclara

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

que “el derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de la documentación cuyo examen sea autorizado por la administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.”<sup>27</sup>

### **E. El principio es la publicidad y el secreto es la excepción**

Es muy importante que la ley haga explícito el principio de *publicidad* que articula y sobre el cual gira y se apoya el cuerpo de la norma. De este modo, y al contrario de lo que sucede habitualmente cuando no se cuenta con una ley de este tipo, el argumento del secreto puede sólo sostenerse en forma excepcional. La interpretación de una ley de acceso a la información debe, en caso de duda, ser guiada por el principio de publicidad de la información en poder de gobierno que se encuentra explicitado en la misma norma. Como se sabe, la existencia de un principio de estas características implica una *presunción a favor del requirente* o un principio *in dubio pro acceso*, por llamarlo de un modo análogo a otros principios existentes en materia de derechos humanos. Este principio nos ayudará a determinar denegatorias implícitas que el legislador no hubiera establecido por no haberlas previsto. Por ejemplo, ninguna legislación establece cuál es el monto razonable que el Estado puede reclamar que pague el requirente de la información. Sin embargo, basado en el principio de publicidad, un juez podría interpretar que “costo razonable” es el que no impide o dificulta el acceso a la información, estableciendo que cualquier cargo que torne imposible el acceso por excesivamente oneroso se considerará denegatoria implícita infundada.

<sup>26</sup> Courtis y Abramovich, *op. cit.*, p. 248.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 249.

ROBERTO SABA

## F. Plazos breves

Entre los modos habituales de negar el acceso a la información, se encuentra el de la denegación por omisión a través de la dilación o ausencia del acto de respuesta. Por este motivo, y con la finalidad aludida que una ley como ésta persigue, me refiero al objetivo de cerrar todos los posibles caminos de evasión de la responsabilidad estatal, se deben establecer plazos breves para que la administración dé respuesta a los requerimientos de las personas. Como el objetivo de esta ley es el de dar publicidad la información que se encuentra en poder del Estado, ella debe también reflejar aquellas situaciones en las que sea verdaderamente necesario para la administración contar con más tiempo que el establecido por la ley. Por ello, es recomendable que la ley incorpore la posibilidad de que el Estado solicite una prórroga del tiempo estipulado con la debida justificación de tal requerimiento.

## G. Denegatoria

Dado que la denegatoria puede encontrar diferentes razones o manifestaciones, la ley debe referirse a las más habituales y establecer la forma en que trata a cada una de ellas. Por este motivo, parece importante la incorporación de un capítulo en la ley referido exclusivamente a este tema y que establezca, al menos, lo siguiente:

- a) Que la denegatoria no puede fundarse en la identidad del solicitante o sus propósitos, dado que, como ya vimos, la única razón válida para solicitar información al Estado y para que éste tenga la obligación de brindarla, reside en la calidad de "persona" que reviste la solicitante.

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

- b) Que la denegatoria no puede fundarse en el hecho de que la información requerida se encuentra también en poder de personas privadas.
- c) Que la denegatoria se presupone cuando la respuesta es ambigua. Como he sostenido previamente, esta ley debe operar de modo que altere los incentivos existentes para denegar información o brindar información poco clara. Al entender que la respuesta ambigua se toma como una denegatoria tácita (con las consecuencias correspondientes para la administración y el funcionario —que veremos más adelante—), el funcionario a cargo de proveer la información solicitada realizará los esfuerzos necesarios para brindar la información requerida del modo más claro y ajustado a la solicitud como sea posible.
- d) Que la denegatoria también se presupondrá cuando exista silencio de la administración frente al requerimiento de una persona dentro de un plazo predeterminado. Esto tiene fundamento en las mismas razones que se señalaron para el caso de la respuesta ambigua.
- e) Que la denegatoria *sólo* puede fundarse en una o más de las excepciones establecidas en forma clara y taxativa por la misma ley. Este es el aspecto más importante de la regulación del derecho de acceso a la información en cuanto a la denegatoria de una solicitud. La ley debe establecer en forma clara y taxativa aquellos casos en los que el Estado no sólo no está obligado a brindar información, sino que se encuentra impedido de hacerlo (protección de la privacidad, de la seguridad nacional, etcétera). Pese a la amplitud con que puedan interpretarse estas excepciones, que en definitiva y ante la duda serían consideradas por un juez, la cantidad de información que

ROBERTO SABA

no encuadra de ningún modo en ellas y que habitualmente se niega es enorme. Basta con imaginar casos como los de contrataciones de servicios públicos, listados de personal en la administración pública, presupuestos de agencias gubernamentales, entre muchísimos otros que usualmente no logran hacerse públicos y que, bajo el régimen de una ley de acceso a la información, sería prácticamente imposible denegar el acceso sin asumir consecuencias negativas para el funcionario y para el Estado.

## H. Recurso judicial (1): amparo por mora

Dado que se presume que el solicitante desea principalmente que le sea brindada la información solicitada, si el marco jurídico de la ley de procedimientos administrativos lo permitiese, cabría la posibilidad de que se interponga ante un juez lo que el artículo 28 de la Ley 19.549 de Argentina, por ejemplo, denomina *amparo por mora*. Ello le da al solicitante la alternativa, antes de recurrir a la justicia interpretando la existencia de silencio de la administración frente a su requerimiento, de que el juez pida explicaciones al Estado por la demora y lo obligue a responder. Pese a que de existir una norma similar en el régimen de procedimientos administrativos éste no necesita ser repetido en la ley de acceso a la información, la inclusión del *amparo por mora* en el texto de la ley permite que las personas legas, de su mera lectura, conozcan las alternativas a las que puede recurrir en caso de silencio de la administración o incumplimiento de los plazos establecidos en la misma ley para responder al requerimiento.

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

### I. Responsabilidades: falta grave y responsabilidad penal

La ley de acceso a la información debe invertir los incentivos habituales que un miembro de la administración tiene para negar información. Como se dijo anteriormente, el temor a la reacción del superior frente al hecho de haber brindado información, el riesgo de comprometer al Estado por liberar datos que podrían usarse en su contra, o la mera resistencia de toda burocracia a abrirse a aquellos que no forman parte de ella, son razones que habitualmente un funcionario encuentra para negar la información solicitada.

Si a ello se le suma la inexistencia de sanción alguna frente a la negativa de dar información, el funcionario, al tener que optar por responder en forma afirmativa o negativa al requerimiento, muy probablemente se inclinará por esta última alternativa. Por ello, una ley de acceso a la información deberá establecer responsabilidades claras en cabeza del funcionario que haya optado por negar la información de manera infundada y contrariamente a lo establecido por la ley. Esa responsabilidad podrá ser de carácter administrativo, calificando a la conducta como *falta grave* (esta calificación por supuesto varía en cada Estado). Además, podrán sumárseles también las responsabilidades de tipo penal que se vinculan con el incumplimiento de los deberes de funcionario público. En general, el régimen de sanciones penales prevé este tipo de conducta por lo que no parece ser necesario incluirla en la ley que regule el derecho de acceso a la información. Por lo tanto, resulta de fundamental importancia un régimen de responsabilidades claras y severas dirigido a que el funcionario encargado de decidir acerca de liberar o no información en poder del Estado se vea incentivado a dar la información en lugar de recibir el estímulo opuesto.

ROBERTO SABA

Por último, resulta interesante resaltar que este tipo de sanciones y asignaciones de responsabilidad también operan como “ayuda” al funcionario que, teniendo disposición para dar información se siente constreñido por órdenes o instrucciones de superiores. De contar con una ley de este tipo, ese funcionario podría actuar contra la instrucción que obstaculiza el acceso a la información con la tranquilidad de que la ley respalda (y obliga) su decisión.

## J. Recurso judicial (2): amparo

Otro elemento fundamental para lograr la mayor eficacia posible de la ley de acceso a la información y el consiguiente ejercicio de este derecho, es la posibilidad de recurrir a un juez cuando el gobierno niega infundadamente la información requerida. Esta intervención judicial implica el único remedio eficaz frente a la violación del derecho a la información, tal como se supone debe suceder con el resto de los derechos. Cuando la ley equivalente fue discutida en los Estados Unidos, la ya referida *Freedom of Information Act*, gran parte de la discusión entre el Poder Legislativo, que quería sancionar la ley, y el Ejecutivo, que la resistía, radicaba en el punto de hacer al Poder Judicial responsable de lograr su efectivo cumplimiento. Una ley de acceso a la información que no cuente con la posibilidad de que la persona que recibió por respuesta la negativa infundada recurra judicialmente la decisión, carece de eficacia respecto de los fines que persigue. En Argentina, por ejemplo, la incorporación del amparo a través del nuevo artículo 43 a la Constitución Nacional, sumado al reconocimiento que la ley haría del derecho de *toda persona a toda la información que se encuentre bajo control del Estado*, brinda una magnífica posibilidad de hacer el ejercicio de este derecho una realidad cierta.

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

### K. Excepciones

El derecho de toda persona a toda la información que se encuentre bajo control del Estado no es, por cierto, un derecho absoluto cuyo ejercicio no admite límite alguno. El límite al ejercicio de este derecho radica en el ejercicio de otros derechos de las personas y razones de orden público que se relacionan con la seguridad nacional y la defensa social. Por ello, el principio de publicidad admite excepciones aunque, a fin de que ellas no queden libradas a la discreción del Estado (controlado por la posibilidad de exigir esa publicidad), deben establecerse en forma clara y taxativa en la ley de acceso a la información.

Si la administración considerara que el principio de publicidad no rige en un caso en particular por encuadrarse la situación en una de las excepciones de la ley, la funcionaria que deniegue la información deberá fundarla en la excepción específica que justifique la respuesta negativa y deberá señalarla en forma individualizada. Este requisito que acompaña la denegatoria debe ser establecido en la ley. Si no se cumple con él, la denegatoria será infundada y habilita al juez a exigir su provisión.

El capítulo referido a las excepciones, por supuesto, es el más complejo y debatible de este tipo de legislación. Es aquí donde todos los esfuerzos por concretar una buena regulación pueden frustrarse. En el caso de la ley que no llegó a sancionarse en Paraguay en 2002, por ejemplo, se establecía como excepción el hecho de que la información se refiera a “conductas de funcionarios o sobre hechos de corrupción hasta que concluya la investigación correspondiente” (cuando en realidad este derecho tiene por fundamento justamente el control de la corrupción en el gobierno).<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Ver informe preparado por Ignacio Martínez del Foro por la Libertad presentado en la reunión organizada por Article 19, el 18 y 19 de noviembre de 2002 en la ciudad de México.

ROBERTO SABA

Al momento de establecer las excepciones que justifican la denegatoria de la información, se observan diferentes estrategias posibles. La más habitual se vincula al listado detallado del tipo de información que se le autoriza al Estado a no brindar, de acuerdo a lo previsto, por ejemplo, en la pionera *Freedom of Information Act* de los Estados Unidos. Si bien esta estrategia es la más extendida, ella descansa casi totalmente en el grado de precisión con que se describa la información que puede denegarse. Dado que es prácticamente imposible evitar una mediana indeterminación en esa descripción, es recomendable combinar el señalamiento de la información "denegable" con un "procedimiento" específico y exigente que conduzca a la determinación del secreto. Por ejemplo, es sabido que el establecimiento del secreto sobre materias tales como seguridad nacional o inteligencia, son habituales en este tipo de legislaciones, pero también sabemos que bajo estos rótulos ampliamente indeterminados, el Estado deniega una considerable cantidad de información que podría brindar sin poner en riesgo el interés público. Es debido a ello que, por ejemplo, podría establecerse un proceso especial, incluso a través de un órgano particular representativo de los integrantes del Congreso que, a través de una votación calificada, establezca el secreto. En síntesis, parece que la estrategia que combina "materias" de secreto con "procedimientos" para establecerlo, sería lo más recomendable.

Algunas excepciones recurrentemente referidas en leyes de este tipo y que incorporan esta combinación de "materias" y "procesos" consignan lo siguiente:

- a) Información clasificada como secreta por decreto o ley.
- b) Seguridad, defensa o política exterior (según lo establecido por ley).

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

- c) Riesgo para el sistema financiero o bancario.
- d) Información bancaria o financiera de terceros obtenida con carácter de confidencial.
- e) Información correspondiente a las deliberaciones internas de la administración.
- f) Asesoramiento legal al Estado en juicio (relacionado con el secreto profesional del abogado).
- g) Datos personales y privacidad.

Es importante que, al establecerse las excepciones, se tenga en cuenta el principio rector de la publicidad y ellas se reduzcan a su mínima e imprescindible expresión. De todos modos, será inevitable que el contenido preciso de estas excepciones se delinee a través de la jurisprudencia que irá construyendo, caso por caso, los contornos y el alcance del derecho. Los jueces, en ejercicio del control de constitucionalidad, podrán invalidar no sólo decisiones de la administración que contradigan la ley (al denegar información en forma infundada), sino que también podrán fulminar una excepción o una aplicación concreta de una excepción cuando se contradiga con el derecho constitucional de acceso a la información o el derecho humano respectivo reconocido en el derecho internacional. Es por ello que la justificación constitucional del derecho, referida en la primera parte de este ensayo, es tan relevante, de modo de proveerle al juez de herramientas para ejercer el control. También se desprende de esto último la enorme relevancia de promover, desde la sociedad civil, pedidos de información que, en su caso, lleguen a los tribunales brindándole a los jueces la oportunidad de expedirse y así establecer el significado de la norma.

ROBERTO SABA

## **L. Información parcial: excepción no implica permiso para negar el resto**

Es posible que dentro de un documento se hallen entremezcladas informaciones de acceso permitido y también prohibido. En estos casos, la existencia del segundo tipo de información no autoriza al Estado a denegar el resto, que debe ser brindado al requirente.

## **M. Costos de búsqueda y reproducción de información**

Tanto la búsqueda como la reproducción de la información requerida puede implicar costos para el Estado. En este sentido, si bien hay quienes sostienen que el acceso a la información debe ser *siempre* gratuito, en el derecho comparado se reconoce la posibilidad de requerir un pago que contribuya a solventar los gastos correspondientes para la administración. La gratuidad en todos los casos, no sólo es estratégicamente muy poco recomendable (ningún Estado asumiría una obligación con semejante grado de indeterminación futura), sino que no ofrece ningún desincentivo a solicitar información en forma indiscriminada. Sin embargo, es también común que estas leyes establezcan la gratuidad para los pedidos de información que persigan como objetivo satisfacer el interés público o que se trate de datos personales. Un modo de establecer un *proxy* para poder determinar si se trata del primer tipo de casos, los referidos al interés público, se relaciona con el señalamiento de determinado tipo de organizaciones, como las sin fines de lucro por ejemplo, a las cuales se les reconoce *a priori* el derecho de solicitar información en forma gratuita. Otra estrategia posible es la de dejar librado al funcionario, o en su caso al juez, la determinación del carácter de interés público del requerimiento, lo

## EL DERECHO DE LA PERSONA A LA INFORMACIÓN

cual implicaría que el requirente explique el motivo del pedido. Es muy claro, sin embargo, que el cargo que se establezca a la búsqueda y reproducción no puede exceder nunca los valores "razonables", dado que ello podría ser interpretado como una denegatoria implícita. Por supuesto, existen diferentes modos de establecer el significado del requisito de razonabilidad al pautar el costo de la información, pero en última instancia será el Poder Judicial el que, a través de la jurisprudencia, determinará los límites de lo razonable.

Por supuesto, es imposible cubrir en un breve ensayo la totalidad de las múltiples opciones entre las que el legislador podría decidirse. Éstas son sólo algunas de las más habituales y sin las cuales, sin duda, una ley que regule el derecho de acceso a la información se tornaría ineficaz.