

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Leonardo Massimino

A. Introducción.

El acceso a la información pública constituye un componente esencial de cualquier gobierno republicano y democrático. Se trata de un mecanismo de buen gobierno que, junto con la rendición de cuentas, hacen posibles las condiciones de participación y proximidad ciudadana en los procesos gubernamentales y que viabilizan los canales de comunicación entre el Estado y los ciudadanos¹.

La aceptación y realidad práctica de este derecho –aunque sus inicios se remontan a los orígenes mismos de nuestra nación²– implican, empero, un inacabado proceso de transformación en la concepción y práctica del ejercicio de la función pública, ya que significa someter la gestión gubernamental y el desempeño de la función pública al escrutinio crítico de la sociedad.

El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública resulta, por ende, un componente clave de la rendición de cuentas y la transparencia del Estado. Sin embargo, como todo derecho, está sujeto a determinadas limitaciones y ciertas vicisitudes en la práctica, cuyo

alcance y contenido dependen, en definitiva, de la concepción y/o naturaleza que se asigna a este derecho en un determinado ordenamiento.

En ese marco, el presente trabajo plantea algunas implicancias de concebir el acceso a la información como un derecho fundamental –tal como predicen la doctrina³ y jurisprudencia⁴ especializadas–, procurando delinear ciertos principios y tendencias generales que derivan de esa conceptualización en la actualidad.

El plan de exposición será el siguiente. En primer lugar, se expondrán algunas distinciones –y relaciones– entre la ética, transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas. Posteriormente, se delinearé el concepto del acceso a la información pública como un derecho fundamental, procurando señalar el apoyo de esta concepción en la jurisprudencia y el marco legal de nuestro país. Luego se repararán algunos aspectos que derivan de esta concepción y finalmente se formularán algunas consideraciones a modo de conclusión.

B. Algunas precisiones terminológicas. Ética pública, transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas.

El acceso a la función pública está íntimamente vinculado con la transparencia, la cual importa un indicador ineludible del buen funcionamiento del Estado, promoviendo el comportamiento responsable de los funcionarios públicos. En este sentido, el acceso a la información pública adquiere dimensiones relevantes al construir una cultura de la función pública, haciendo de la transparencia una herramienta esencial en dicho proceso.

En el contexto actual, al referirnos a un gobierno transparente, importa referir –al mismo tiempo– una rendición de cuentas clara y completa y el acceso a la información por parte de quienes tienen a su cargo la gestión pública⁵.

En este apartado se remarca la estrecha relación que se presenta entre la ética pública –que se refleja con la ac-

¹Valverde Loya, Miguel A., *Transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas: experiencia en la Unión Europea y México*, IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, noviembre de 2004.

²Palacio, Susana B. y Olarte, Jorge E., “El primer presupuesto patrio”, *La Ley*, Suplemento actualidad, 24-5-2012, p. 1.

³Basterra, Marcela, *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

⁴Ver jurisprudencia que se cita en el punto D.

⁵En relación con este tema, seguimos el trabajo de Naessens, Hilda, *Ética pública y transparencia*, Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, Toluca, México, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma del Estado de México, p. 2113.

tividad y el quehacer del funcionario público— y la transparencia, cuyo concepto conviene precisar. El concepto de transparencia se vincula, a su vez, con el acceso a la información y la rendición de cuentas, nociones éstas últimas a su vez diferenciables entre sí.



Sin entrar en distinciones filosóficas entre la ética y la moral, tendremos aquí estos términos como sinónimos e intercambiables⁶. La ética es una ciencia práctica que tiende a procurar “el bien puro y simple del hombre”, y no apunta a la perfección de la obra, sino a la “bondad o perfección misma del hombre”⁷.

Cuando la ética se aplica y se pone en práctica en el servicio público se denomina ética pública, también llamada ética para la política y la Administración pública. “La ética pública señala principios y valores deseables para ser aplicados en la conducta del hombre que desempeña una función pública”⁸. Esta disciplina ofrece al servidor público un conocimiento que lo lleva a actuar de una determinada manera en cada situación, ofreciendo auxilio con respecto a la elección de las diversas situaciones que son convenientes o no para la colectividad.

La ética aplicada a la función pública es de vital importancia porque tiene como eje central la idea de

B.1. Ética pública, corrupción y eficiencia.

servicio, es decir, las tareas y actividades que realizan los funcionarios públicos están orientadas al bien común. La ética de la función pública es la ciencia del buen comportamiento en el servicio a la ciudadanía, es además un importante mecanismo de control de la arbitrariedad en el uso del poder público, un factor vital para la creación y el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones. Por tanto, es un factor clave para elevar la calidad de la Administración pública mediante la conducta honesta, eficiente, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos⁹.

La ética pública es, por tanto, un instrumento fundamental para evitar la corrupción al elegir a los representantes más idóneos para gobernar. En tal sentido, la ética pública aglutina un conjunto de valores como la honradez, la laboriosidad, la eficacia, la transparencia, la atención y el servicio al ciudadano, la imparcialidad, la objetividad y otros que hacen del trabajo en el sector público una inmensa tarea de la cual la sociedad espera frutos de calidad.

⁶ La palabra ética proviene del griego *ethos*, que significa costumbre, hábito. En latín, la palabra costumbre se designa con el término *mos, moris*, que también se traduce como moral. Con base en estas etimologías, es común llamar *moral* a la ética, términos que hacen referencia por tanto al modo de ser de las personas. La costumbre o *ethos*, es decir, la ética, proyecta al ser humano hacia una finalidad, le hace autodeterminarse, dándole a su vida sentido y calidad. Por lo tanto, las normas a las que hace referencia la ética apuntan a su valor fundamental: lo bueno y lo justo. *Ibidem*.

⁷ Coviello, Pedro J., “Reflexiones sobre la ética pública”, *La Ley*, Suplemento constitucional, 11-5-2012.

⁸ Bautista, Oscar D., *Ética pública y buen gobierno. Fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público*, Toluca, México, Instituto de Administración Pública del Estado de México (IAPEM), 2009, p. 32.

⁹ En relación con este concepto ver al mismo autor citado en la nota anterior Bautista, Oscar D., *Necesidad de la ética pública*, México, Serie Cuadernos de Ética Pública, N° 1, Poder Legislativo del Estado de México – UAEM, México, 2009, p. 15. También ver Coviello, Pedro J., *Reflexiones... op. cit.*, p. 12 y sigs.



La *transparencia* es uno de los valores éticos que todo funcionario público debe aplicar en el ejercicio de su función, de ahí la necesidad de detenernos en su análisis y en su confrontación con otros conceptos tales como el *derecho a la información*, el *acceso a la información* y la *rendición de cuentas* con los que la transparencia convive y se interrelaciona diariamente en la labor pública.

La transparencia en el gobierno, además de un valor, es un mecanismo fundamental de exigibilidad y de responsabilidad pública. Sin embargo, los alcances y el contenido del concepto constituyen una cuestión que suscita interpretaciones diversas, razón por la cual conviene realizar algunas precisiones.

La palabra transparencia se utiliza en tres sentidos: como cualidad de un objeto, como atributo de un sujeto y como atributo de un grupo o colección de sujetos (por ejemplo, un partido político, un sindicato, una agrupación gremial o un gobierno)¹⁰.

Como valor en constante y permanente evolución, la transparencia ha devenido necesaria para el ejercicio de un buen gobierno –en el cual exista disposición,



El derecho a la información se relaciona, como vemos, con el concepto de transparencia y, en algunas ocasiones, se lo identifica con el acceso a la información. Sin embargo, conviene tener presente ciertas distinciones entre estos vocablos, tal como se verá seguidamente.

Si bien existen varias definiciones en el campo doctrinario sobre el tema, podría afirmarse que el derecho

B.2. El valor de la transparencia.

clasificación adecuada, actualización, calidad, claridad y utilidad de la información– que se encuentra sujeto a la vigilancia y al escrutinio de la sociedad en su conjunto.

En tal sentido y a modo de ejemplo, el Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México (Infoem) señala que, en el ámbito del derecho a la información, la transparencia es la obligación que tienen los servidores públicos para proporcionar a toda persona interesada en los actos del gobierno, de manera clara y expedita, la información que se deriva de las funciones que desempeñan¹¹.

De ahí que la transparencia –y como lógico corolario suyo, el acceso a la información pública– sea el eje fundamental de la democracia. Su exigencia en el mundo contemporáneo tiene raíces profundas en el espíritu humano dado que desde tiempos inmemoriales la búsqueda de la verdad aparece como una urgencia del ser humano, solo que en este caso se aplica a los asuntos de interés público. En lo que hace a la transparencia, las acciones del gobierno deben orientarse a maximizar el uso social de la información y dar sentido a los principios democráticos de rendición de cuentas y publicidad¹².

B.3. Los conceptos de acceso a la información y derecho a la información.

a la información (en un sentido amplio y de acuerdo con el Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) es la garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, informar y ser informada¹³.

Si bien los términos *transparencia*, *derecho de acceso a la información* y *rendición de cuentas* mantienen cierta relación entre sí, son conceptos diferenciables, razón por

¹¹ Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, 2009, Preguntas de interés general, México, ITAIPEM, <http://transparencia.edomex.gob.mx/informacion/formatos/preguntas2.htm> (consultado el 8 de junio de 2012).

¹² Naessens, Hilda, *Ética pública y transparencia... op. cit.*, p. 2119 y sigs.

¹³ El Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”.

¹⁰ Guerrero Gutiérrez, Eduardo, *Para entender la transparencia*, China, Nostra Ediciones, 2008, p. 11.

la cual conviene realizar algunas distinciones. En tal sentido, *acceso a la información* designa aquella información que *debe solicitarse* para obtenerla. El acceso a la información “es el ejercicio de un derecho ciudadano por medio del cual los gobernados pueden conocer, solicitar y supervisar las acciones de los gobernantes”¹⁴, por lo que la información debe ser de dominio público a menos que existan razones para reservarla.

En un sentido amplio, la transparencia importaría una determinada “política de transparencia”, en tanto que “acceso a la información” se entendería como “el derecho de acceso a la información”, siendo éste último un instrumento de la transparencia, la cual varía según la jurisdicción y el ámbito en el que se predique. El derecho de acceso a la información pública es, en la práctica, el derecho que tienen las personas para conocer los

documentos que producen y manejan las autoridades públicas¹⁵, en el ejercicio de sus atribuciones y que puede llegar a ser un verdadero motor de la política de transparencia. En una definición similar, se ha dicho que el derecho de acceso a la información pública es, en principio, “la prerrogativa de toda persona para acceder y examinar datos y registros públicos en poder de los sujetos obligados, salvo las excepciones legítimas mínimas establecidas en la ley”¹⁶.

En esta segunda definición, aparecen resaltados dos aspectos de este derecho; por un lado, el acceso a la información y la posibilidad de revisar y analizar dicha información y, por otro, señala las excepciones a las que puede enfrentarse todo ciudadano y que se expresan a través de lo que se denomina información confidencial y reservada¹⁷.



El término *rendición de cuentas* está muy vinculado con la idea de controlar el poder, de prevenir y evitar sus abusos, de limitarlo a ciertas normas y reglas de conducta. Este concepto pone de manifiesto la preocupación por supervisar, controlar y restringir el poder, con lo que adquiere una gran relevancia democrática. Se dice que deriva de la palabra inglesa *accountability*, la cual a veces se traduce como control, otras como fiscalización o responsabilidad, pero la traducción más frecuente es como “rendición de cuentas” de quienes rinden y quienes exigen las cuentas¹⁸.

La noción de rendición de cuentas encierra, según la doctrina, dos dimensiones básicas. “Incluye, por un lado,

B.4. La transparencia y la rendición de cuentas.

la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público. Por otro, incluye la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios en caso de que hayan violado sus deberes públicos”¹⁹. El concepto incluye, entonces, no solo el derecho a recibir información por parte de la comunidad, sino también la obligación, por parte de los funcionarios, de difundirla, es decir, incorpora el derecho a recibir una explicación como el deber de justificar el ejercicio de poder.

Concretamente, los gobernantes deben estar abiertos a la inspección pública, deben poder explicar y justificar sus actos, y si incurren en faltas o ilegalidades, deben sujetarse

¹⁵ Merino, Mauricio, “El desafío de la transparencia organizacional”, en Bustillos Roqueñí, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, México, UNAM, 2007, p. 128.

¹⁶ Guerrero Gutiérrez, Eduardo, *Para entender... op. cit.*, p. 78.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 79. Por *información confidencial* se entiende aquella que no puede hacerse pública indefinidamente para proteger la privacidad e intimidad de las personas y que es regulada por ley. La *información reservada* es aquella que no puede hacerse pública temporalmente por diversas razones, entre ellas, evitar daños a la seguridad nacional, las relaciones internacionales, la estabilidad económica, etc., y que también es regulada por ley.

¹⁹ Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, Cuadernos de Transparencia, núm. 3, México, Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), 2004, p. 12.

¹⁴ Escudero Morales, Pablo y Galindo Rodríguez, José, *Transparencia y rendición de cuentas en la CNDH, así como su función transversal de control en la Administración pública*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 13.

¹⁸ Naessens, Hilda, *Ética pública y transparencia... op. cit.*, p. 2126.



a las sanciones correspondientes. De este modo, la rendición de cuentas se transforma en un diálogo crítico entre funcionarios y ciudadanos, es un puente de comunicación permanente que se establece entre las autoridades y la sociedad. “Su misión está en reducir las incertidumbres del poder, limitar sus arbitrariedades, prevenir y remediar sus abusos, volver predecible su ejercicio, mantenerlo dentro de ciertas normas y procedimientos preestablecidos”²⁰.



En el ámbito internacional, el derecho de acceso a la información se encuentra previsto en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²¹, en el Artículo 13 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²² y en el Artículo 19 inciso 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³.

Por otra parte, la normativa de acceso a la información en el ámbito nacional es incipiente y difusa²⁴. Ello por cuanto, en nuestro país, aún carecemos de una normativa específica de acceso a la información pública. El Decreto N° 1.172/2003 (BO 4-12-2003) es la única disposición en la materia e incluye el reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional, publicidad de la gestión de intereses, pautas para la elaboración participativa de normas y las reuniones abiertas de los entes reguladores.

En definitiva, la gestión pública transparente comprende una rendición de cuentas clara y precisa por parte de quienes laboran en la gestión pública. Así, la rendición de cuentas se presenta como un verdadero principio de “eficiencia administrativa”.

C. El marco legal del acceso a la información. Reseña.

La ramificación normativa la encontramos en nuestra Constitución Nacional en los Artículos 1º, 14, 33, 38, 40, 41, 42, 43, 83 y en algunas leyes como la N° 24.240, y su última reforma (N° 26.361), de defensa del consumidor; Ley N° 25.326, protección de datos personales; Ley N° 25.600, de financiamiento de los partidos políticos; Ley N° 25.675, sobre política ambiental; Ley N° 25.831, reglamentaria del Artículo 41 de la Constitución Nacional sobre los derechos humanos de tercera generación, derecho a un ambiente sano y equilibrado; el ya citado Decreto N° 1.172/2003, de acceso a información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional y en los Tratados Internacionales receptados en el Artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.



²⁰Ibídem, p. 24.



²¹Ver nota al pie n° 13.



²²La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13, inciso 1, establece: “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”.



²³El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19, inciso 12, reza: “Toda persona tiene derecho a la libertad 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 a su elección”.



²⁴Al respecto puede verse, Páez Rodríguez, Patricia, *Acceso a la información pública en el ámbito nacional, provincial y municipal*, Córdoba, Sindicato del Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, 2012, p. 103 y sigs.



La jurisprudencia en nuestro país reconoce que el acceso a la información se erige como un derecho fundamental que se fundamenta en los citados Artículos 1º, 33 y 42 de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que poseen jerarquía constitucional según lo previsto en la Carta Magna.

En tal sentido y tal como surge de los pronunciamientos que se refieren al tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho de acceso a la información constituye una de las dos facetas del derecho de la libertad de expresión. Por un lado, el derecho del individuo a manifestar su pensamiento y, por el otro, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. En estos precedentes se considera que la expresión y la difusión del pensamiento resultan indivisibles²⁵.

En la causa “Tiscornia, Sofía y otro c/ Estado Nacional. Ministerio del Interior y otro s/ amparo Ley N° 16.986”²⁶, además de reconocer legitimación activa a la actora, se obligó, en definitiva, al Estado Nacional –a través de la Policía Federal Argentina– a suministrar a la actora la información solicitada.

En este precedente, efectivamente, se reconoció legitimación al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) con el fin de accionar contra el Estado para garantizar el derecho a la información solicitada dado el propósito fijado en los estatutos, y consideró que los tratados de derechos humanos, entre los que se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Ley N° 23.054, posee jerarquía constitucional, según lo dispone el Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

La citada Convención, en su Artículo 13, inciso 1, reconoce a toda persona el derecho a la libertad de

D. La situación en la jurisprudencia.

pensamiento y expresión, señalando que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole.

Por su parte, en el caso “Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional – Secretaría de Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”²⁷, la cuestión se vinculó con la publicidad de las declaraciones juradas de los senadores.

En efecto, en el caso se le ordenó, en definitiva, a la Secretaría Administrativa del Senado de la Nación que cumpliera su obligación legal de dar a conocer a la accionante las declaraciones juradas de los senadores, según lo requerido por la Ley N° 25.188.

Al respecto, se señaló que la lesión de los derechos humanos que reconoce en la Constitución Nacional puede producirse sea por una actividad como por una inactividad estatal, agregando –con cita expresa del Artículo 13, inciso 1º, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos– que los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional son superiores a las leyes desde la reforma constitucional del año 1994.

Asimismo, se dice en este precedente que el régimen legal dispone la obligatoriedad de las declaraciones juradas de aquellos sujetos que establece el Artículo 4º de la Ley N° 25.188, con la finalidad de lograr una mayor transparencia en el desarrollo de las funciones administrativas, judiciales y legislativas.

Posteriormente, en el caso “Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”²⁸, se consideró que la publicación en el sitio de internet de los decretos administrativos y parlamentarios constituye una obligación de los

²⁵ Causa “Bullo Perea, Jorge Ignacio y otro c/ BANADE s/ amparo Ley N° 23.187”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 13-11-1992, *El Dial*, www.eldial.com, AAB93.

²⁶ En Causa N° 28833/96 de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 17-12-1997.

²⁷ Ver Expte. 14419/01, “Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional – Secretaría de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”, Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 5, 22-11-2001, publicado en *El Dial*, www.eldial.com, AAB93.

²⁸ Ver Causa N° 17426/2004, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 27-5-2005, *El Dial*/AA2A79.



respectivos secretarios, según lo prevén las normas que menciona el fallo.

La omisión de la referida publicación, en contra de lo dispuesto por el reglamento del Senado de la Nación, vulnera el derecho a la información reconocido en el Artículo 42 de la Constitución Nacional.

El principio de publicidad de los actos de gobierno, dice el fallo, constituye uno de los pilares de gobierno

republicano y existen diversas normas que colocan, en cabeza de los órganos y entes del Estado, el deber de dar a conocer información. En ese sentido, luego de referir al Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló que las restricciones al derecho señalado deberán estar fijadas por ley, por motivos de seguridad nacional, orden público, salud o moral pública, lo cual no había ocurrido en el presente caso.



La afirmación de que el acceso a la información pública constituye un derecho fundamental importa adscribir a una determinada filosofía de los derechos humanos y fundamentales. La comprensión de esa significación y sus implicancias son decisivas en el examen del tema y, además, en la determinación del marco conceptual que se emplea para abordar los problemas que se suscitan al respecto.



El hilo conductor de los conceptos vertidos en la doctrina y jurisprudencia que reseñamos –y a partir de los cuales se introducen las mayores innovaciones– es que se reconoce el acceso a la información como un derecho fundamental. La instalación de los derechos fundamentales –en relación aquí con el acceso a la información– importa hacer referencia a las múltiples funciones que cumplen estos derechos, como por ejemplo las funciones informante, motriz y autolimitadora.

La función genérica que desempeñan los derechos humanos, como ideas fuerza que disponen de vigor para canalizar el derecho futuro, para perfeccionar el existente, para acelerar el cambio y la transformación, es la de favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición²⁹.

E. El acceso a la información pública como un derecho fundamental.

Si bien la cuestión es demasiado ardua para pretender explicarla de manera breve, basta con resaltar aquí algunos elementos de los derechos fundamentales que resultan útiles en este desarrollo –tales como una conceptualización, su caracterización y la función y/o finalidad, todo lo cual posee incidencia directa en esta temática. En los apartados siguientes nos referiremos en forma breve a algunos aspectos relevantes de esta cuestión, como ser los sujetos obligados por este derecho, su contenido y límites.

E.1. Algunas implicancias del acceso a la información como un derecho fundamental.

La primera función de los derechos fundamentales es, como se dijo, la de instalar al hombre en la comunidad política con un estatus satisfactorio para su dignidad de persona, que importa una órbita personal de libertad. Esta función conlleva una doble implicancia; por un lado, la limitación del Estado y del poder y, por el otro, la especial forma de legitimación de ese poder.

Los derechos humanos traducen, expresan y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el estatus material de la persona humana. Y tal sistema, una vez instalado constitucionalmente, se expande a todo el ordenamiento jurídico del Estado y le sirve de guía para la interpretación. Esta sería la fórmula de la integración estatal.

En ese marco y en cuanto a la función informante y unificadora señalada, cabe decir que el sector

²⁹ Peces-Barba, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Latina Universitaria, 1980, 3ª edición, p. 109.

constitucional de los derechos humanos no es un casillero divorciado del conjunto integral de la constitución y del derecho sino que hay un nexo indisoluble que pone a los derechos en circulación por todo el circuito constitucional y, desde éste, por el resto del ordenamiento infraconstitucional.

De lo anterior, puede inferirse fácil una función derivada. Los derechos fundamentales integrados al orden jurídico del Estado hacen el principio de unidad de dicho orden, en cuanto cristalizan valores que no solo completan la interpretación, sino que además promueven el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de esos valores. En tal sentido, la ética pública, la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a la información constituyen valores que informan todo el ordenamiento e impactan directamente en la actividad estatal, tal como se analizó al comienzo de este trabajo.

La función motriz de los derechos fundamentales—en este caso el acceso a la información— resulta esencial para la vigencia del derecho de acceso a la información. En efecto, como la eficacia es esencial a la positividad, se adjudica a los derechos fundamentales otra función

motriz, cual es la de fundar la tutela jurisdiccional mediante vías y órganos idóneos, lo cual nos conduce a la cuestión de la autoridad de aplicación y/o de los sujetos obligados a brindar o asegurar el acceso a la información pública.

El quehacer de los derechos fundamentales no se agota en lo normativo y sus implicancias, sino que se proyecta más allá y tiene que ver con lo que la doctrina ha señalado respecto de la necesidad de proyectar los derechos humanos hacia la promoción y realización³⁰ efectiva de políticas de bienestar en el área económica, social y cultural, para crear, consolidar y difundir condiciones de bienestar común y de acceso al goce de los derechos por parte de todos los hombres, principalmente los menos favorecidos. Esto nos lleva a una cuestión sustancial y es que los propios derechos, aunque parezca paradójico, convalidan las limitaciones razonables que se imponen a algunos de sus titulares para acrecer la capacidad de ejercicio de otros que la tienen disminuida o impedida por razones que les exceden, lo cual constituye la función autolimitadora de los derechos fundamentales.



E.2. El acceso a la información pública como un derecho fundamental. Contenido.

Existe una significativa relación entre los llamados derechos humanos y los derechos fundamentales pues, si bien los primeros se encuentran en principio en el orbe de lo teórico y conforman los aspectos o atributos que en un momento determinado se consideran inherentes a la naturaleza humana (como pueden ser su dignidad, libertad, igualdad), los mentados en segundo lugar, en cambio, son aquellos positivizados en el ordenamiento de un Estado determinado³¹.

La noción de que el ser humano tiene por naturaleza ciertos derechos viene dada por Del Vecchio³² y sirve de base en Maritain a su filosofía de los derechos del hombre, cuando afirma enfáticamente que “hay”

naturaleza humana³³. Se comprende, por lógica ilación, que si estos derechos son naturales o propios de la naturaleza de la persona humana, revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, de algún modo, con la inherencia a la naturaleza humana³⁴.

En el mismo sentido, la jurisprudencia señala —como vemos *ut supra*— que el acceso a la información pública es un derecho fundamental de las personas que hace, además, al sistema republicano de gobierno. De esta manera, y como corolario del ya mentado concepto amplio dispuesto en el Artículo 19 de la CIDH, el acceso a

 ³¹ Pérez Luño define los derechos humanos como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Por su parte, “derechos fundamentales” son, según el autor, “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (cfr. Pérez Luño, *Derechos Fundamentales... op. cit.*, p. 46).

 ³² Del Vecchio, Giorgio, “Persona, Estado y derecho”, p. 349, citado por Bidart Campos, Germán, *Teoría General... op. cit.*, p. 3.

³⁰ Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 63 

³³ Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, editorial Leviatán, 1982, p. 89. 

³⁴ Bidart Campos, *Teoría General... op. cit.*, p. 3. Finnis, John M., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1988. 

la información pública importa, entonces, los siguientes derechos, a saber:

- a. El derecho a atraerse información. Esto incluye las facultades de: a) acceso a los archivos, registros y documentos públicos; y b) la decisión de qué medio se lee, se escucha o se contempla.
- b. El derecho a informar incluye: a) las libertades de expresión y de imprenta, y b) la constitución de sociedades y empresas informativas.
- c. El derecho a ser informado, que contiene las

facultades de: a) recibir información objetiva, oportuna y completa; y b) con carácter universal, es decir, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna³⁵.

El derecho a la información presenta, en consecuencia, sendos aspectos que se encuentran relacionados entre sí, a saber: por un lado, incluye al sujeto que informa, que es un sujeto activo y, por otro lado, al receptor de la información que es un sujeto pasivo, quien debe exigir de aquel una cierta calidad de la información, tal como se verá en el apartado siguiente.

E.3. La cuestión del sujeto pasivo del derecho y de su obligación.

En el análisis del tema resulta necesario, además de determinar el contenido del derecho de acceso a la información, responder a las siguientes preguntas: ¿frente a quién (sujeto pasivo) se ostenta la titularidad del derecho?, ¿frente a quién es oponible o puede hacerlos valer el titular? y ¿cuál es el deber o la obligación que ante este último tiene que cumplir aquél sujeto pasivo a favor del titular, para que los derechos sean efectivos? Si no hay frente a quien se haga valer el derecho, la persona no puede demandar nada a nadie³⁶.

Cada vez que se proponga un derecho a una persona determinada, habrá que dilucidar una cuestión tan sencilla como imprescindible: cuál es el sujeto pasivo ante el cual su titular puede hacer exigible el goce y ejercicio, y cuál es la obligación que aquel sujeto debe cumplir a su favor³⁷.

Al respecto, algún sector de la doctrina afirma que los obligados a dar información son determinados sectores del Estado³⁸. Otros incluyen, además, todas las autoridades públicas cualquiera sea el nivel y jurisdicción en el que se desempeñen³⁹. Finalmente, hay quienes consideran, en una posición más amplia, que este imperativo se extiende a todos los sujetos que posean información (sean públicos o privados) y como tal, deben ponerla a disposición de terceros⁴⁰. Es decir, según esta última posición, el acceso a la información acarrea, naturalmente, obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares⁴¹.

³⁵ Zaldivar, Ángel T., *La transparencia y el acceso a la información como política pública y su impacto en la sociedad y el gobierno*, México, Porrúa, 2006, p. 34.

³⁸ García Lema, Tomás A., *El derecho al acceso a la información: creación, estructura, competencias y facultades de una nueva autoridad de aplicación*, inédito, tesina presentada para optar para el título de magíster en derecho administrativo de la Universidad Austral, mayo de 2012, p. 61 y sigs.

³⁹ Para ampliar, Basterra, Marcela, *El derecho fundamental... op. cit.*, p. 1 y sigs.

⁴⁰ Ver el alcance planteado al respecto en Naessens, Hilda, *Ética pública y transparencia... op. cit.*, p. 2117.

⁴¹ Pérez Luño, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 314, citado por Bidart Campos, Germán, *Teoría General... op. cit.*, p. 63. Este autor arrima dos argumentos básicos para apoyar la necesidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos privados. El primero que opera en el plano teórico, es corolario de la exigencia lógica de dar coherencia interna del ordenamiento jurídico. El segundo, dice el autor, obedece a un acuciante imperativo político del presente, en una época en la que al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones más importantes que las del propio Estado en la violación de los derechos fundamentales.

³⁶ Finnis, John M., *Aquinas. Moral... op. cit.*, p. 1 y sigs.

³⁷ Al respecto, Bidart Campos afirma que nada se avanza en reconocer derechos que nadie niega sino que frente a cada uno no se sitúa un sujeto pasivo con el correspondiente débito, cuyo cumplimiento pueda ser requerido por el titular del derecho. El autor cita a E. H. Carr, que en 1947 decía: “[...] que ninguna declaración de derechos que no contenga también una declaración de obligaciones correlativas puede tener un significado trascendental” (“Los derechos del hombre”, en obra colectiva “Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal”, p. 27. Ver Bidart Campos, G., *Teoría General... op. cit.*, p. 6.



Uno de los temas más opinables vinculados a la problemática del acceso a la información es la necesidad o no de creación de una autoridad de aplicación efectiva para el ejercicio de las funciones que se le asignen y su ubicación institucional, todo lo cual de un modo compatible con el régimen republicano de división de Poderes.

En nuestro país, si bien carecemos, como se dijo, de una ley de acceso a la información pública, tramitaron varios proyectos tendientes a crear un régimen sobre la materia. En los debates originados ante la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados hubo propuestas de la creación de una autoridad de aplicación en el ámbito del Congreso de la Nación⁴².

Las razones que se esgrimen para la creación de la autoridad en ese ámbito fueron, entre otras, la autonomía funcional, la idoneidad técnica y la estabilidad funcional. Dado que, para cierto sector, la obligación de dar a



El acceso a la información pública, empero, no es absoluto sino que, como todo derecho, está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, según lo disponen los distintos ordenamientos. Las limitaciones deben establecerse por razones de interés general y deben resguardar los estándares actuales de razonabilidad en los términos del Artículo 28 de la Constitución Nacional.

En ese entendimiento, este derecho fundamental debe armonizarse con otros derechos tales como la privacidad de las personas, en el cual se excluye a otros individuos, organizaciones y el Estado del conocimiento de ciertos aspectos de la vida de cada persona. Se vincula con otros derechos específicos, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones privadas, al honor y la integridad de la propia imagen, y a ser respetado y no

E.4. La cuestión de la autoridad de aplicación.

conocer la información recae sobre los tres Poderes del Estado, también es posible sostener que esta autoridad debiera ser un órgano independiente del Estado.

Por otra parte, en el ámbito de la OEA se elaboró la ley modelo interamericana sobre acceso a la información; ello en cumplimiento del párrafo 9 de la Resolución AG/Res. 2514, que encomendó al Departamento del Derecho Internacional –en cooperación con el Comité Jurídico Interamericano, la Relatoría Especial de Libertad para la Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Departamento de Modernización del Estado y Gobernabilidad– la confección de una ley modelo de acceso a la información pública y una guía para su aplicación, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

En el título VI de la ley prevé el aspecto de la autoridad de aplicación, que se denominó “Comisión de Información”, cuya principal función consiste en promover la efectiva implementación de la ley.

F. Los límites al derecho de acceso de información pública.

molestado. Se relaciona también con la libertad de pensamiento e ideas, de procreación, de expresión y de imprenta, puesto que el respeto a la vida privada de los individuos constituye una limitante a su ejercicio⁴³.

Suelen establecerse límites al derecho a la información por razones de seguridad nacional o por otras causales⁴⁴. En la Unión Europea se distinguen las categorías de información “top secret”, “secret”, “confidential” y “restricted”. La primera se aplica a toda información y material cuya difusión no autorizada pueda causar “perjuicios excepcionalmente graves” para los intereses de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembro; la clasificación “secret” es para aquella que pueda dañar seriamente los “intereses esenciales” de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembro; la “confidential” tiene

⁴² García Lema, Tomás A., *El derecho al acceso a la información... op. cit.*, p. 55 y sigs. El autor señala que en algunos proyectos se propuso la siguiente fórmula: “Créase en el ámbito del Congreso de la Nación la Autoridad Nacional de Acceso a la Información Pública que funcionará como órgano independiente y actuará con autonomía funcional, no encontrándose sometida a ninguna relación jerárquica ni de tutela con otra autoridad de la Nación”.

⁴³ Urías, Joaquín, *Lecciones de derecho de la información*, Madrid Tecnos, 2009, segunda edición, p. 185.

⁴⁴ Valverde Loya, Miguel A., *Transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas... op. cit.*, p. 3.



que ver también con potenciales daños a intereses esenciales si se divulga sin autorización, pero involucra a un número más amplio de funcionarios con acceso a ella; y la “restricted” es aquella cuya difusión puede resultar “desventajosa” para los intereses de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembro. En Estados Unidos, existe un plazo en el cual prescribe la prohibición de acceso a cualquier información gubernamental. Una vez concluido este plazo, cualquier ciudadano puede hacer la petición formal de que se vuelva pública.



Los crecientes requerimientos de mayor transparencia y ética en el ejercicio de las funciones estatales irradian sus efectos en forma transversal en todo el ordenamiento jurídico y en todas las ramas del derecho.

El acceso a la información pública adquiere dimensiones relevantes al construir una cultura de la función pública, haciendo de la transparencia una herramienta esencial en dicho proceso. En el contexto actual, al referirnos a un gobierno transparente, importa referir – al mismo tiempo– a una rendición de cuentas suficiente y permitir el acceso a la información pública por parte de quienes tienen a su cargo la gestión pública.

En tal sentido, la filosofía inherente a los derechos humanos que receptan los precedentes judiciales citados

El tener información de acceso restringido o secreta puede ser una necesidad del quehacer estatal, y sirve tanto a los intereses del Estado como de los ciudadanos. Sin embargo, estas restricciones presentan el costo de no permitir una revisión amplia que viabilice la retroalimentación y puede usarse de manera indebida. Por esa razón, es relevante establecer especificaciones legales claras y precisas, de cuándo y en qué condiciones la información resulta de acceso restringido.

G. Algunas consideraciones a modo de conclusión.

en este trabajo –alineados con los pronunciamientos que se vislumbran en el derecho comparado– consagra el acceso a la información pública como un derecho fundamental de la persona, y estos derechos inciden en otros derechos del ámbito personal y social del individuo, con lo que entra a jugar la dimensión institucional de este derecho.

Las diferentes cuestiones o los dilemas en torno al tema del acceso a la información pública –algunos de los cuales hemos repasado en este trabajo– deben abordarse, en definitiva, a partir del marco teórico como fundamento primero y último de nuevos horizontes en esta materia, sin dejar de mencionar –claro está– que tal filosofía, en prospectiva, está llamada a producir significativas implicancias en el campo del derecho. *

Normativa relacionada.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 19.
Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13, inciso 1.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19, inciso 12.
Constitución Nacional, Artículos 1º, 14, 33, 38, 40, 41, 42, 43, 75 inc. 22 y 83.
Decreto N° 1.172/2003 (BO 4-12-2003).

Leyes vinculadas.

Ley N° 24.240 (y su última reforma, Ley N° 26.361), de defensa del consumidor.
Ley N° 25.326, de protección de datos personales.
Ley N° 25.600, de financiamiento de los partidos políticos.
Ley N° 25.675, sobre política ambiental.
Ley N° 25.831, sobre los derechos humanos de tercera generación, derecho a un ambiente sano y equilibrado.

Jurisprudencia.

“Tiscornia, Sofia y otro c/ Estado Nacional. Ministerio del Interior y otro s/ amparo Ley N° 16.986”, en Causa N° 28833/96 de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 17-12-1997.

“Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional – Secretaría de Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”, Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 5, 22-11-2001.

“Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley N° 16.986”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 27-5-2005.

Normativa y jurisprudencia de acceso a los documentos de las instituciones y órganos de la UE.

Artículo 255 del Tratado CE.
Artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales.
Reglamento (EC) 1049/2001.
El Tratado de Reforma.
Informe de la Comisión Europea N° 24.9.07.
http://lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2007/com2007_0548en01.pdf.
Caso “Bavarian Lager”.
EO, “Caso maltés”. <http://www.ombudsman.europa.eu/recommen/en/053643.htm#Target3>.
Caso “Satakunnan Markkinaporssi”.