

**TERCER PROYECTO DE DICTÁMEN DE COMISIONES PRESENTADO POR EL SENADOR CABANCHIK**  
**DOCUMENTO DE RECOMENDACIONES<sup>1</sup>**

Septiembre 2010

## **Introducción**

Este documento apunta a contribuir al debate que se lleva a cabo en el Honorable Senado de la Nación vinculado a la elaboración de un proyecto de ley de acceso a la información pública. El documento se apoya en el conocimiento adquirido por organizaciones multilaterales, organizaciones de la sociedad civil y redes sociales especializadas en la promoción del derecho de acceso a la información pública cuyo trabajo permitió avanzar en la construcción de ciertos estándares internacionales para orientar la actividad legislativa de gobiernos y organismos internacionales<sup>2</sup>.

El Profesor Eduardo Bertoni, Director del Centro de Estudios para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información (CELE), fue invitado a participar en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Senado de la Nación que se realizó el 22 de junio de 2010. Allí presentó un documento<sup>3</sup> destacando los principales principios y estándares internacionales que deben ser considerados a la hora de elaborar una ley que regule el derecho de acceso a la información pública. Con posterioridad y a partir de la participación del CELE en la reunión, la Comisión puso a conocimiento del centro el segundo proyecto de dictamen del Senador Samuel Cabanchik que evaluamos oportunamente<sup>4</sup>. Luego, la comisión remitió un tercer proyecto de dictamen del senador que aquí analizamos y contrastamos con los anteriores proyectos de dictamen del legislador y con los principios y estándares internacionales. Este documento formula recomendaciones para mejorar el texto propuesto. Cabe destacar que hemos optado por revisar los aspectos más salientes que debe contener una legislación sobre acceso a la información pública, por lo que nuestro análisis no se ocupa de todos los aspectos del proyecto de dictamen del Senador mencionado.

## **1. Definición de información pública**

Queremos destacar el progreso en relación a la versión anterior de dictamen en tanto se ha definido más clara y precisa la información pública, en línea con las recomendaciones presentadas oportunamente.

## **2. Legitimación pasiva**

En línea a las recomendaciones presentadas en nuestro documento anterior, el proyecto de dictamen bajo análisis delimita la información pública en posesión de privados –organizaciones y asociaciones sindicales, obras sociales y mutuales, partidos políticos y entidades a las que se les haya entregado un subsidio o a las

---

<sup>1</sup> Preparado por Eduardo Bertoni y Natalia Torres para el Centro de Estudios para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información (CELE) con la colaboración de los alumnos de la Clínica Jurídica de Derecho de Acceso a la Información Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Eduardo Bertoni es Director del CELE y docente de la Clínica. Natalia Torres es investigadora del CELE y docente de la Clínica.

<sup>2</sup> Para la elaboración del presente documento de recomendaciones se consideró principalmente la Ley Modelo de Acceso a la Información de la OEA y su Guía de Implementación. También se consideraron los siguientes documentos: ARTICLE 19, The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Information and Access to Information, October 1995; ARTICLE 19, The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation, June 1999; ARTICLE 19, A Model Freedom of Information Law, July 2001; Peruvian Press Council, The Lima Principles: Freedom of Expression and Access to State Held Information, February 2001, Lima; Inter-American Dialogue, Access to Information in the Americas, Report on December 2002 Conference, Buenos Aires, Argentina; The Open Society Justice Initiative's 10 Principles on Right to Know; OEA, Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES 147 Principios del derecho de acceso a la información.

<sup>3</sup> <http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf/Presentacion-senado.pdf>

<sup>4</sup> [http://www.palermo.edu/derecho/centros/cele/noticias/Notas\\_senado\\_nacion.html](http://www.palermo.edu/derecho/centros/cele/noticias/Notas_senado_nacion.html)

que se les haya otorgado un permiso o licencia o mantengan una relación contractual con el estado- a aquella que se vincule estrictamente con el subsidio, permiso, licencia, contratación. Sin embargo, llama la atención la inclusión en esta categoría del inciso k), los “Entes públicos no estatales”. No se comprende por qué se incluye estas entidades públicas en esta excepción y recomendamos no hacerlo por su naturaleza pública.

Tal como mencionamos en el documento anterior, ambos proyectos de dictamen –el segundo y el tercero- restringe la publicidad de la información producida por el Poder Judicial de la Nación y el Ministerio Público de la Nación a aquella información vinculada a sus actividades administrativas. Esta distinción no es incluida en la Ley Modelo y nuestra posición es que la actividad jurisdiccional no debería ser exceptuada sin más del principio de publicidad. En este nuevo dictamen se incorpora al Poder Legislativo de la Nación en el listado de organismos que sólo deben brindar información vinculada a sus actividades administrativas. La ley modelo tampoco realiza esta distinción entre actividad administrativa y legislativa y nuestra posición es que la actividad legislativa no puede bajo ningún aspecto ser exceptuada de la información pública.

El artículo 5 inciso s) establece como sujeto obligado a aquellas “Personas a las que se les haya entregado un subsidio o aporte proveniente del Estado Nacional; o a quienes se les haya otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual la prestación de un servicio público o la explotación de un bien de dominio público”. Consideramos que la técnica legislativa es poco precisa y ambigua y recomendamos re-redactar el inciso estableciendo como sujeto obligado a “toda persona física o jurídica”. De hecho, de adoptar esta redacción podrían eliminarse los incisos h), i) y r) por redundantes.

Sugerimos re redactar el último párrafo del artículo 5 de la siguiente manera: “En el caso de los sujetos referidos en los incisos i), h), K), r) y s) la obligación de proveer información queda restringida a **la información vinculada a los** subsidios, aportes, prestaciones de servicios públicos o explotaciones de bienes públicos”. De acuerdo a la propuesta de dictamen del senador Cabanchik, las empresas de medios de comunicación podrían estar alcanzadas por la normativa, por lo que sería deseable introducir una cláusula adicional a este artículo que preserve el secreto de las fuentes periodísticas en línea a lo establecido por el artículo 43 de nuestra Constitución Nacional.

Saludamos la eliminación del anterior artículo 5 inciso t) que establecía como sujeto obligado a los “Entes privados cuya actividad implique la explotación de recursos naturales o cierto impacto ambiental”, en tanto este inciso –tal como lo señalamos en el documento anterior- no seguía lo establecido por la Ley de Información Ambiental 25831.

### 3. Transparencia activa

El artículo 5 inciso b) y el artículo 8 incorporan el concepto de “Transparencia activa” en línea a lo que habíamos solicitado oportunamente. Lamentablemente en esta nueva versión de dictamen se ha eliminado el listado de información propuesto en el dictamen anterior para guiar la publicación proactiva y sistemática de información en los sitios web. Sin esta guía y al establecer en su artículo 8 que “Los sujetos obligados deben mantener toda la información pública a disposición de toda persona, en forma permanente, completa, organizada, actualizada y asegurando su fácil identificación y el acceso expedito, a través de sitios de Internet”, la transparencia activa se vuelve impracticable en tanto es imposible publicar toda la información pública en los sitios web de los organismos. A esta situación se le suma la exigencia establecida por el artículo 10 que da un plazo de 15 días para subsanar cualquier incumplimiento en relación a la obligación establecida en el artículo 8, lo cual vuelve a los organismos como sujetos constante de incumplimiento frente a la imposibilidad de cumplir con la obligación establecida.

#### 4. Sobre el procedimiento de solicitud de información

Una mejora en relación al proyecto de dictamen anterior es la inclusión del título III que establece los procedimientos para la presentación de solicitudes y su procesamiento. Sugerimos una serie de reformas para mejorar la redacción de esta sección.

En el artículo 25 recomendamos la siguiente redacción: “...La solicitud de requerimiento de información pública puede presentarse ante la DAIP **—o cualquiera de sus delegaciones—** o ante cualquier a de los sujetos obligados...”

En el artículo 27 debe incluirse la obligación de comunicar la prórroga fundada al solicitante.

El artículo 28 crea la figura de “pronto despacho” cuando “...por circunstancias objetivas y debidamente acreditadas del caso resulte necesario acceder a la información en un plazo menor al señalado...”. En tanto no se precisas cuáles son las circunstancias que habilitan la aplicación de esta figura, es difícil pensar en la aplicabilidad y factibilidad de esta figura.

#### 5. Excepciones

El artículo 12 distingue información reservada de información confidencial. Recomendamos que la definición de información confidencial se mantenga en línea de lo dispuesto por la Ley Modelo y establezca un mecanismo claro para la aplicación de excepciones. Tal como lo dijimos en el documento de recomendaciones anterior, un aspecto fundamental para la restricción de la discrecionalidad en la aplicación de las excepciones es el establecimiento del **test de interés público**. La Ley Modelo establece este mecanismo en su artículo 53 y aclara en la guía de implementación: “Las pruebas de interés público y pruebas de daño son normas contra las que se deben ponderar la justificación de una excepción a la divulgación a fin de determinar si satisface los requisitos de proporcionalidad y necesidad. Al aplicar esas pruebas, es necesario adoptar una interpretación restrictiva de la excepción, como se señala en este capítulo. La presunción de la divulgación requiere, pues, que la excepción sea lo menos restrictiva posible; es decir, la no divulgación debe tener un efecto directo en el ejercicio de una excepción en particular, ser proporcionada para el interés público o privado e interferir lo menos posible con el ejercicio efectivo del derecho de acceso. En las palabras del Relator Especial para la Libertad de Expresión, la excepción debe pasar una prueba de tres partes: a) debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican; b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo; y c) debe demostrarse que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información.” En tanto esta propuesta de dictamen del Senador Cabanchik no incluye el test de interés público, sugerimos incluirlo. También sugerimos establecer ciertos parámetros para aplicación de las excepciones en la elaboración de la respuesta a una solicitud de información, como la asignación de la prerrogativa de denegatoria (artículo 30) a un funcionario con rango mayor a director, por ejemplo.

El artículo 11 establece que los sujetos pasivos enumerados por el artículo 5 no se encuentran obligados a producir información. A este artículo debe agregarse al final “salvo que se encuentre legalmente obligado a hacerlo”, de modo tal que se respeten las obligaciones pre-existentes en materia de producción de información pública. Esta aclaración es necesaria, especialmente si consideramos lo establecido en el artículo 29 sobre inexistencia de información.

El artículo 15 establece que la información sólo podrá ser reclasificada “...por un período más de 10 años sólo cuando hubiera sido proporcionada por una fuente diplomática”. No queda claro por qué la

información que provenga de una fuente diplomática puede reclasificarse.

En el proyecto de dictamen anterior, en su artículo 20<sup>5</sup> se habilitaba la desclasificación a requerimiento judicial. Si bien ese artículo tenía un error de consistencia con el resto de la ley<sup>6</sup>, era un artículo valioso en tanto establecía de manera expresa la posibilidad de desclasificación en el marco de un pedido de la justicia.

## 6. Autoridad de aplicación

En relación a la aplicación de la normativa hay dos funciones que una legislación en materia de acceso a la información debe atender: una es la implementación de la norma –esto es, el establecimiento de políticas que permitan llevar a la práctica el contenido de la ley, pongan en marcha acciones concretas para la gestión de la información pública y la administración de las solicitudes de información en los sujetos obligados; y el monitoreo y supervisión de la implementación de la normativa por parte de los sujetos obligados-; y la resolución de controversias. Esta propuesta de dictamen innova en una tercera alternativa a los dos presentadas en los dictámenes anteriores: crea la Defensoría del Acceso a la Información Pública (DAIP). La elaboración del diseño institucional y la identificación y/o conformación de una autoridad de aplicación es un aspecto de la legislación en materia de acceso a la información que es materia de debate por la variedad de diseños en la experiencia institucional. La creación de una defensoría especial no es el diseño institucional de preferencia de la ley modelo. Este modelo –o similar- se ha implementado en Albania, Armenia, Australia, Azerbaijan, Belize, Bosnia y Herzegovina, República Checa, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Grecia, Kosovo, Moldova, Nueva Zelanda, Noruega, Pakistán, Perú, Filipines, Polonia, Rumania, España, Suecia y en Trinidad y Tobago (Banisar, 2006). Entre estas experiencias, la principal diferencia reside en la capacidad de la defensoría resolver controversias y emitir decisiones de carácter vinculante.

Si volvemos a las a las funciones que debe desarrollar una autoridad de aplicación, encontramos que la DAIP tiene atribuciones para la implementación de la normativa, principalmente en el establecimiento de criterios orientadores para la aplicación de la norma y el seguimiento de la aplicación en los sujetos obligados. Ahora bien, este diseño genera varios interrogantes. En primer lugar, ¿cuál es la factibilidad de que un organismo ubicado completamente por fuera de los sujetos obligados logre ordenar sus actividades de implementación? Este interrogante podría resolverse si se le otorgara mayores atribuciones de implementación a las unidades de enlace en el artículo 24.

En segundo lugar, si bien la DAIP está habilitada a recibir denuncias (artículo 20 inciso h), impulsar sanciones administrativas (artículo 20 inciso j), y denunciar incumplimientos (artículo 20 inciso k), la DAIP no tiene prerrogativas para resolver controversias en materia de acceso a la información. Frente a una denegatoria, el solicitante, de acuerdo al artículo 31 podrá presentar un recurso judicial. Un punto a destacar esta propuesta legislativa es que, más allá de los problemas que pueda tener el recurso judicial, ha generado un procedimiento específico para la tramitación de las apelaciones. Sin embargo, en este esquema nos encontramos con dos problemas: en primer lugar, la presentación del recurso se habilita tan sólo frente a la denegatoria y no frente a otras circunstancias que pueden obstaculizar la satisfacción de la demanda de información (provisión de información fuera de plazo, provisión de información incompleta, parcial, desactualizada, falsa, etc). El segundo problema es que el proyecto deja en manos de la justicia la resolución de controversias lo cual puede obstaculizar el ejercicio del derecho. Apelar una decisión administrativa en el

<sup>5</sup> “Artículo 20.- Desclasificación a requerimiento judicial. La información clasificada como reservada o secreta será accesible cuando quien lo solicite sea un Juez competente en el marco de la tramitación de una causa judicial. En este caso, la información deberá ser requerida al Poder Ejecutivo Nacional, quien deberá responder el requerimiento dentro del plazo de los 15 (quince) días hábiles desde su notificación.”

<sup>6</sup> Ese artículo era inconsistente con la misma propuesta legislativa en tanto identifica al PEN como objeto del requerimiento y excluía al resto de los sujetos obligados.

ámbito judicial supone poseer recursos financieros y simbólicos que difícilmente cuente el común de la ciudadanía. De aprobarse esta iniciativa se estaría plasmando en una legislación, la deficiente situación que hoy se presenta en la práctica –e incluso agravando si consideramos que el PEN cuenta con una instancia para recibir denuncias frente a incumplimiento.

La ley modelo menciona con claridad las deficiencias de este tipo de diseño para la resolución de controversias y recomienda el establecimiento de una instancia independiente para los recursos de revisión de la ciudadanía (sobre este tema ver el capítulo V sobre Apelaciones, en especial los artículos referidos a la Apelación externa establecidos en los artículos 47-50). En la Guía de Implementación, se afirma: “El conjunto de disposiciones más importante de una ley de información posiblemente sea el que garantiza un procedimiento que permita a los ciudadanos hacer cumplir su derecho a la información cuando un pedido es obviado o denegado, o cuando se les impide el ejercicio de sus derechos. Sin un procedimiento independiente de revisión de decisiones, el derecho a la información rápidamente se volverá discrecional, basado en los caprichos y voluntades de las personas que reciben la solicitud.”

A este inconveniente debe sumarse el requerimiento establecido en el artículo 31 de presentar el recurso judicial en la jurisdicción del ente requerido. Este requerimiento puede terminar excluyendo a los que no viven en la cercanía del organismo y a aquellos que no cuentan con patrocinio letrado en la jurisdicción del ente.

Ahora bien, después de analizar el artículo 31, surge un nuevo interrogante: qué tipo de denuncias recibe la DAIP? Qué significa que tiene capacidad de intervenir en conflictos interpretativos (artículo 20 inciso r) y para impulsar sanciones (artículo 20 inciso j)?

En cuarto lugar, el proyecto sigue los requisitos establecidos en la Ley 24284 para la designación del Defensor. Sin embargo, nada se menciona de los requisitos técnicos y profesionales sobre acceso a la información que debería tener eventualmente quien ocupe el cargo de defensor. Tampoco establece criterios para la remoción, Sin esta limitación, el organismo encargado de velar por la implementación y cumplimiento de la normativa se ve puede ver expuesta a grandes presiones políticas. Garantizar la autonomía de estos organismos es uno de los puntos clave para la implementación efectiva de la ley. Hacerlo –siguiendo las recomendaciones de la Guía de Implementación en su capítulo 3- supone considerar las reglas de destitución, asegurar la soberanía presupuestaria y el personal y los recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.

## 7. Disposiciones finales y transitorias

El artículo 32 establece una *vacatio legis* de 180 días. Consideramos que este plazo es escaso para realizar todas las actividades preparatorias para la implementación de la normativa como la conformación del sistema electrónico de tramitación de solicitudes de información establecido en el artículo 20, por ejemplo. Recordemos que México dio 2 años e Inglaterra 5 a sus organismos para la correcta aplicación de la norma.

El artículo 38 invita a adherir a este marco normativo tan sólo a las provincias que carecen de marcos normativos, cuando sería deseable buscar un reconocimiento uniforme del derecho a lo largo de nuestro territorio, que garantice la autonomía provincial pero que adapte los marcos existentes a los estándares internacionales.

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

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