

# CUESTIÓN de DERECHOS

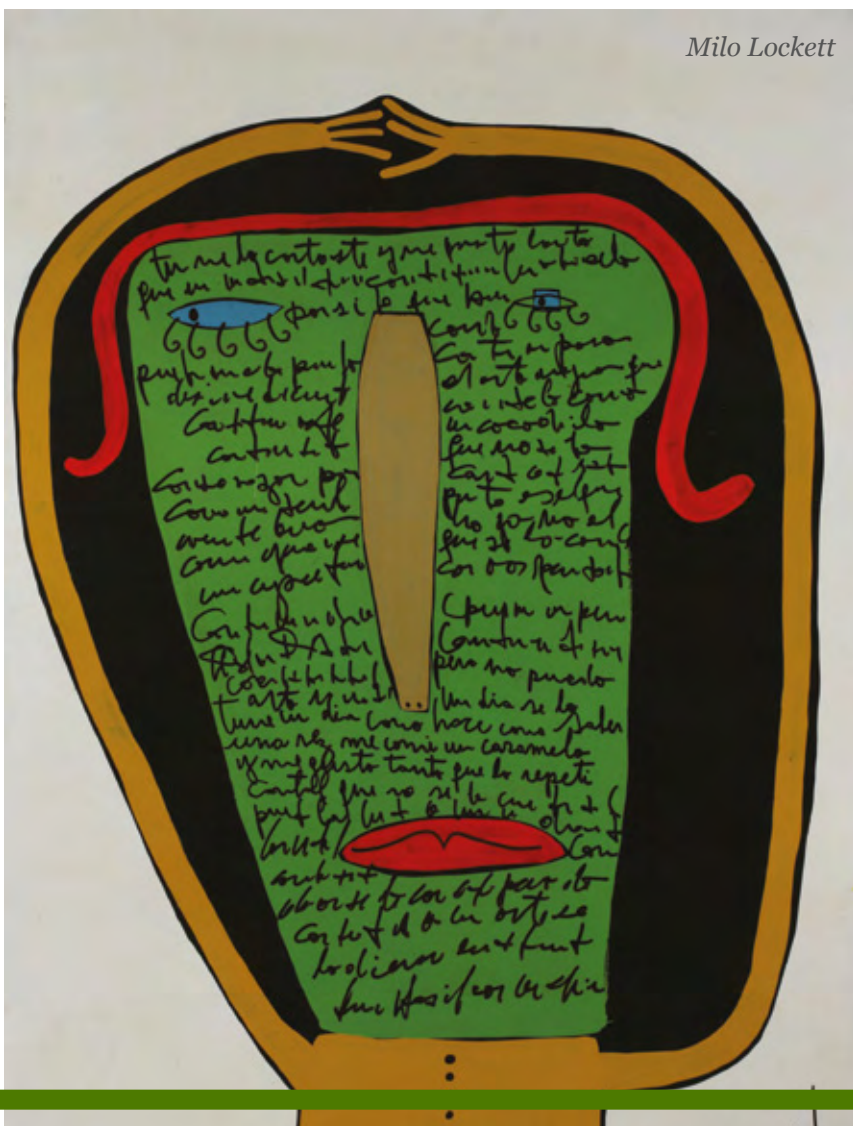
Revista electrónica

Publicación semestral de la **Asociación por los Derechos Civiles**

Nº 2 - primer semestre 2012

**Dossier:** Acceso a la información. La frontera entre lo público y lo reservado.

Milo Lockett



Acceso a la información. Posición de la Asociación por los Derechos Civiles. Documento institucional.

El esforzado diálogo de la Sociedad Civil con el Estado. La experiencia de la ADC en torno al acceso a la información. Ramiro Álvarez Ugarte y Micaela Finoli

El derecho de acceso a la información en México: nuevos contextos institucionales. Sergio López Menéndez

“La información en manos de un funcionario público no es de su propiedad”. Entrevista a Eduardo Bertoni

“Transparencia y acceso a la información son dos caras de la misma moneda”. Entrevista a Marta Oyhanarte

**ADC** / Asociación por los Derechos Civiles

Buenos Aires, Argentina

[www.cuestiondederechos.org.ar](http://www.cuestiondederechos.org.ar)

[www.adc.org.ar](http://www.adc.org.ar)

ISSN: 1853-6565

## Editores

### Director

Álvaro Herrero

### Supervisión Editorial

Alejandro Carrió

José Miguel Onaindia

### Coordinación Editorial

María Inés Pacecca

Asistencia: Micaela Finoli

### Consejo Editorial

En construcción

### Diseño Editorial

Estudio Demaro

**Dirección Postal:** Av. Córdoba 795 – 8° Piso  
(C1054AAG) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.fax: (54 11) 5236-0555

República Argentina

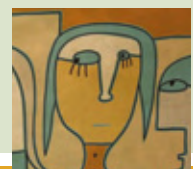
E-mail: revista@adc.org.ar

[www.cuestiondederechos.org.ar](http://www.cuestiondederechos.org.ar)

[www.adc.org.ar](http://www.adc.org.ar)

A excepción de aquellos artículos donde conste explícitamente la prohibición, los textos publicados en la revista pueden reproducirse libremente a condición de indicar la fuente y enviar copia de la publicación a “Cuestión de Derechos” por vía electrónica o postal (2 ejemplares para ediciones en soporte papel).

Los artículos reflejan el punto de vista de sus autores, y no necesariamente el de la revista.



## Índice

Página 4 ■ Editorial. El por qué del Acceso a la Información. *Álvaro Herrero*

### Dossier: Acceso a la información. La frontera entre lo público y lo reservado.

Página 8 ■ Acceso a la información. Posición de la Asociación por los Derechos Civiles. *Documento institucional.*

Página 18 ■ El esforzado diálogo de la Sociedad Civil con el Estado. La experiencia de la ADC en torno al acceso a la información. *Ramiro Álvarez Ugarte y Micaela Finoli*

Página 32 ■ “La información en manos de un funcionario público no es de su propiedad”. *Entrevista a Eduardo Bertoni*

Página 37 ■ “Transparencia y acceso a la información son dos caras de la misma moneda”. *Entrevista a Marta Oyhanarte*

Página 42 ■ El derecho de acceso a la información en México: nuevos contextos institucionales. *Sergio López Menéndez*

Página 55 ■ Para qué le sirve a los periodistas el gobierno abierto. La falacia del mundo transparente. *Mariano Blejman*

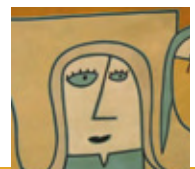
Página 56 ■ Viñeta: Caso Claude Reyes

Página 58 ■ Metáfora para la alianza por el Gobierno Abierto. *Susan Crawford*

### Artículos

Página 60 ■ Aborto no punible: A tres meses de “F., A. L s/medida autosatisfactiva”. ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener? *Mercedes Cavallo y Roberto Amette*

Página 82 ■ Multas a las consultoras: un análisis desde la libertad de expresión. *Julio César Rivera y Eleonora Rabinovich*



## Editorial

# El por qué del acceso a la Información



Al momento del elegir el colegio para los hijos, muchas veces surgen preguntas cuyas respuestas -esenciales para tomar la decisión- nos eluden. Por ejemplo: ¿cuántos días efectivos de clase se dictaron en determinada escuela? ¿A qué se debió la falta de clases? ¿A ausentismo docente, jornadas de capacitación, problemas de infraestructura? ¿Cuál es la antigüedad de la escuela, cada cuánto tiempo se realizan refacciones? ¿Cómo están calificados los docentes, cuáles son sus antecedentes académicos? ¿Cuál es el nivel de deserción que tiene la escuela y en qué grados o años se encuentran los mayores problemas? ¿Se realiza algún monitoreo de la trayectoria educativa o laboral de los estudiantes que han pertenecido al establecimiento? ¿La cantidad de vacantes alcanza a satisfacer la demanda que tiene la escuela? ¿Cuánto aprenderán realmente nuestros hijos? ¿Es la mejor opción posible?

Estas preguntas son, en efecto, esenciales. Conocer las respuestas permitiría a los padres y madres tomar mejores decisiones respecto de sus hijos, a las autoridades identificar de un modo preciso los problemas y a los maestros conocer las necesidades y desafíos que presenta la escuela en la que trabajan.

Este ejemplo sencillo muestra que acceder a la información que produce y guarda el Estado es indispensable para conocer muy diversos aspectos de nuestra sociedad, investigar problemas, proponer respuestas y evaluar acciones. El acceso a la información es igualmente indispensable para participar en la vida política del Estado y para ejercer el control ciudadano sobre los actos de los funcionarios.

En este sentido, el derecho a la información pública es un Derecho Humano fundamental, íntimamente vinculado con otros derechos. Dada su importancia institucional, está protegido por la

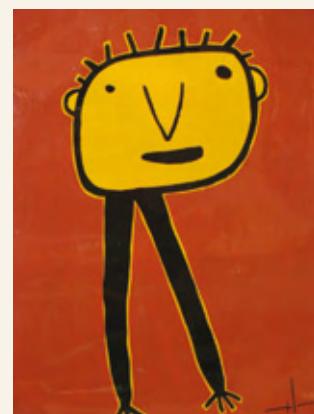
## Editorial

Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13, inc. 1), por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19) y por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19). Estos instrumentos establecen que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que 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.

En Argentina, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública se rige mediante el decreto N° 1172/2003, del Poder Ejecutivo. El Reglamento de Acceso a la Información establecido en dicho decreto garantiza a toda persona la posibilidad de solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna de todos los órganos que conforman el Poder Ejecutivo Nacional, de las empresas prestatarias de servicios públicos, de aquellas que reciban subsidios, o de los entes públicos no estatales. Establece asimismo la gratuidad para el acceso, los plazos dentro de los cuales el Estado debe contestar, y las acciones que las personas u organizaciones pueden emprender en caso que la administración se negara u omitiera proveer la información requerida.

Si bien al momento de solicitar información a los organismos obligados por el Decreto las reglas están claras, no sucede lo mismo cuando se hace un pedido al Poder Legislativo o Judicial. En esos casos, al carecer de una ley, no existen plazos ni se conoce qué información están obligados a brindar. Asimismo, la falta de una autoridad de aplicación sólida e independiente en el ámbito del poder ejecutivo nacional limita enormemente el potencial de una norma que exige un Estado proactivo en materia de promoción de las políticas de transparencia.

La campaña por la sanción de una ley de acceso a la información pública ya lleva muchos años: comenzó antes en la Argentina que en países que hoy cuentan con agencias estatales consolidadas y leyes que son modelo en toda la región. Por ello, no está de más reiterar por qué es cada vez más imprescindible saldar esta enorme deuda del sistema para con los ciudadanos. Además de la ley, que por sí sola no alcanza para hacer efectivo el cumplimiento de este derecho, será necesario un intenso trabajo por parte del Estado que incluya entre otras cosas capacitaciones a funcionarios públicos, creación de órganos de aplicación y la adopción de las medidas que den plena vigencia al derecho de acceder a la información. En otras palabras, se deben desplegar todas las acciones necesarias



## Editorial

para generar una verdadera política pública en materia de acceso a la información.

Se suele señalar que el acceso a la información pública tiene tres fines principales: generar una cultura de transparencia que permita luchar contra la corrupción, favorecer la participación política de los ciudadanos en su auto gobierno colectivo y servir para el ejercicio de otros derechos.

En efecto, el acceso a la información es “una herramienta crítica para el control del funcionamiento del Estado y la gestión pública, y para el control de la corrupción”<sup>1</sup>, ya que contribuye a correr los velos de un Estado que continúa, en muchos aspectos, atado a una cultura del secreto -inadmisible en una sociedad democrática.

El acceso también es una precondition necesaria para el pleno ejercicio de los derechos políticos, ya que sólo “a través del acceso a la información bajo el control del Estado es posible que los ciudadanos puedan saber si se está dando cumplimiento adecuado a las funciones públicas”<sup>2</sup>.

Finalmente, el derecho de acceso a la información es fundamental para el ejercicio de otros derechos. Por ejemplo, saber cómo el Estado distribuye su presupuesto publicitario es vital para determinar si a través de esa asignación de fondos se está afectando de un modo indirecto el derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este carácter *instrumental* del derecho de acceso a la información es aún más relevante en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, donde las estadísticas confiables y los datos adecuados son imprescindibles para evaluar los éxitos y fracasos de las políticas públicas que tienden a hacer realidad esos derechos.

Desde este punto de vista, el derecho de acceso a la información resulta central para que la ciudadanía pueda reclamar y ejercer derechos fundamentales como vivienda, salud, o educación, entre otros. Sin embargo, y especialmente en relación a esta clase de derechos, el acceso a la información por parte de los ciudadanos supone como contracara un Estado que produce y desarrolla información suficiente, relevante, en forma

<sup>1</sup> CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Cap. IV, párr. 5.

<sup>2</sup> CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Cap. IV, párr. 5.



## Editorial

oportuna y por voluntad propia. Y este no siempre ha sido el caso en nuestro país.

Por ello es imprescindible que el Estado comience a asumir obligaciones de producir información de forma oficiosa y a presentarla a la comunidad de un modo aceptable, bajo los parámetros del gobierno abierto<sup>3</sup>. La información debe estar fácilmente disponible a través de Internet y debe presentarse de manera tal que permita a ciudadanos y funcionarios cruzar datos y trabajar sobre ellos de modo de conocer los detalles más precisos posibles de las políticas públicas. De ese modo, por ejemplo, se podrán determinar estándares de rendimiento en el sistema educativo, distribución de fondos en hospitales y en planes de vivienda. Ello permitirá una mejor defensa de los derechos involucrados y una mejor y más inteligente implementación de las políticas públicas que los avanzan.

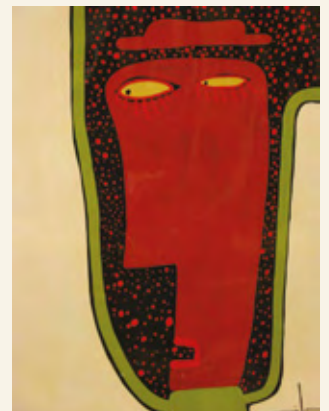
Sin lugar a dudas, la producción y el acceso a información completa, adecuada y oportuna es un prerequisite inevitable para tornar efectivos los derechos que la Constitución y los Tratados Internacionales prometen. Para el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información es necesaria una ley que establezca en forma clara las reglas, las excepciones, los plazos y las sanciones tanto para el Poder Ejecutivo como para el Legislativo y Judicial. Esa norma debe, además, crear una autoridad de aplicación autónoma e independiente, con suficiente presupuesto y facultades, entre las que debe incluirse la de resolver las controversias que se generen dentro de la administración. Sólo una autoridad de ese tipo es capaz de promover activamente las políticas de transparencia necesarias para desterrar la cultura del secreto que, todavía, impera en muchas dependencias oficiales.

**Álvaro Herrero**

Director Ejecutivo

Asociación por los Derechos Civiles

<sup>3</sup> Cfr. Declaración del Gobierno Abierto, en [www.opengovpartnership.org](http://www.opengovpartnership.org)



# Acceso a la Información Pública.

## Posición de la Asociación por los Derechos Civiles.

### I. Introducción

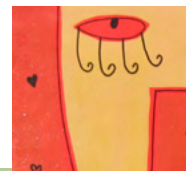
Este documento expone los fundamentos por los cuales la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) considera que el derecho de acceso a la información pública en la Argentina necesita de forma urgente de una ley federal que regule sus alcances, imponga sobre el Estado obligaciones de transparencia activa y establezca mecanismos adecuados e independientes de implementación.

El derecho de acceso a la información es reconocido como un derecho elemental en un sistema republicano. Supone una ciudadanía activa que interpela al Estado y lo cuestiona, y como tal es una herramienta fundamental para la construcción de ciudadanía democrática. Es una forma de participación política que, además, genera una cultura de transparencia en el Estado. Ello permite no sólo mejorar el control de la administración por parte de los ciudadanos sino también el mejor desarrollo e implementación de las políticas públicas, que precisan de información veraz, completa y oportuna para ser llevadas a cabo. El derecho de acceso a la información es también un instrumento imprescindible para el ejercicio de otros derechos fundamentales, en especial los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

En este documento presentamos un diagnóstico sobre los problemas que la falta de legislación adecuada genera actualmente, y señalamos hacia donde, desde nuestro punto de vista, debe orientarse el poder legislativo a la hora de regular y fortalecer el ejercicio de este derecho.

### II. El acceso en la Argentina de hoy: debilidad e implementación inadecuadas

El derecho de acceso a la información se encuentra garantizado por la Constitución Nacional. En primer lugar, como parte del derecho a la libertad de expresión. En segundo lugar, por su vinculación con el principio constitucional de la publicidad de los actos de gobierno. Sin embargo, su regulación más específica se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado incorporado con jerarquía constitucional a través del artículo 75.22 de la Constitución.





El derecho de acceso a la información ha sido ampliamente desarrollado por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el primer tribunal internacional en reconocerlo como derecho autónomo en el caso *Claude Reyes Vs. Chile*<sup>1</sup>. Allí, el tribunal vinculó este derecho a la libertad de expresión y al control y participación de la ciudadanía en el autogobierno colectivo.

Múltiples tribunales locales han reconocido, además, la importancia del derecho de acceso a la información y su plena vigencia en el orden nacional<sup>2</sup>. Asimismo, el mismo ha sido reglamentado a través de diversas regulaciones que han establecido mecanismos para su ejercicio en el orden nacional, provincial y municipal<sup>3</sup>.

Sin embargo, los marcos jurídicos actuales han demostrado ser insuficientes. Las débiles estructuras que crean, la falta de garantías adecuadas de implementación y la dispersión de criterios normativos hacen que los mismos no estén a la altura de un derecho fundamental para la democracia como el de acceso a la información pública.

Esta falta de regulación adecuada debilita el derecho de acceso a la información, ya que éste requiere de estructuras estatales que lo implementen adecuadamente. Los problemas principales son los siguientes:

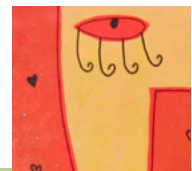
- Falta de un organismo de aplicación sólido e independiente.
- Excepciones demasiado generales, con remisiones inaceptables.

---

1 Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

2 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tiscornia, Sofía c. Estado Nacional*, ED 180-427 (1997); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Urteaga, Facundo c. Estado Nacional*, Fallos 321, 2767 (1998); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ganora, Fernando, s/ Habeas Corpus*, Fallos 322, 2139 (1999); Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Fundación Acionar c. Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza-Riachuelo*, JA 2003-IV-348 (2002); Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Asociación de Personal Legislativo c. Estado Nacional*, sentencia del 3 de junio de 2004; Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal No. 5, *Fundación Poder Ciudadano c. Estado Nacional*, sentencia del 22 de noviembre de 2001; Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal No. 8, *Monner Sans, Ricardo c. Estado Nacional*, sentencia del 11 de mayo de 2005; Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal No. 6, *Isern Munne, Pedro c. Estado Nacional*, sentencia del 10 de agosto de 2005; entre otros.

3 Cfr. Decreto 1172/03, Anexo VII; Ley 12.475 y decreto 2549/04 (Provincia de Buenos Aires); Ley 104 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires); Ley 3764 (Provincia de Chubut); Ley 8803 (Provincia de Córdoba); Decreto 1169/05 (Provincia de Entre Ríos); Ley 4444 (Provincia de Jujuy); Decreto 929/00 (Provincia de Misiones); Ley 1829 (Provincia de Río Negro); Ley 6715 (Provincia de Santiago del Estero); Ley 653 (Provincia de Tierra del Fuego). En Provincia de Buenos Aires, Ordenanza 3115 (Municipalidad de Bragado); Ordenanza 1970 (Municipalidad de Cañuelas); Ordenanza 3682/07 (Municipalidad de Chascomús); Ordenanza 13712 (Municipalidad de General Pueyrredón); Ordenanza 1553 (Municipalidad de Lincoln); Ordenanza 9780 (Municipalidad de Lomas de Zamora); Decreto N° 992/05 y Ordenanza N° 7187, Decreto 1855 (Municipalidad de Morón); Ordenanza N° 8042 y Decreto N° 575/05 (Municipalidad de San Isidro). En Provincia de Catamarca, Ordenanza N° 3883 (San Fernando del Valle de Catamarca). En Provincia de Chubut, Ordenanza 432 (Municipalidad de Trevelin). En Provincia de Mendoza, Ordenanza 6060/02 (Municipio de Guaymallén); Ordenanza 3660/17132 (Ciudad de Mendoza); Ordenanza 7913/05 (San Rafael). En Provincia de Neuquén, Ordenanza 5661 (San Martín de Los Andes). En Provincia de Río Negro, Ordenanza 1527 (Ciudad de Bariloche). En Provincia de San Luis, Decreto 218 (Ciudad de San Luís); en Provincia de Santa Cruz, Ordenanza 872 (El Calafate). En Provincia de Santa Fe, Ordenanza 11450 (Santa Fe); Ordenanza 5595/07 (Reconquista); Ordenanza 7279/01 (Rosario). En Provincia de Tierra del Fuego, Ordenanza 2474 (Ushuaia).



- Problemas de interpretación *vis á vis* otras normas y ausencia de mecanismos adecuados de coordinación.
- Falta de mecanismos de reclamo administrativos aceptables.
- Falta de obligaciones de transparencia activa.
- Falta de un régimen sancionatorio adecuado.
- A continuación, se analiza cada una de estas situaciones.

### **a. Falta de un organismo de aplicación sólido independiente**

El régimen legal vigente no establece un órgano de aplicación sólido e independiente. Se trata ésta de una falencia grave del sistema, ya que éste derecho necesita de órganos públicos capaces de expandir el acceso a la información pública hacia adentro de la administración.

En efecto, un órgano de ese estilo se vuelve un requisito ineludible si consideramos que la promoción del acceso a la información pública hacia adentro del Estado requiere realizar esfuerzos importantes contra la llamada cultura del secreto que prevalece en muchas estructuras estatales. Sin un órgano independiente, con facultades amplias y adecuadamente financiado, el acceso a la información se vuelve una herramienta poco útil. Cuando los ciudadanos la utilizan para interpelar al Estado encuentran un interlocutor pasivo, que aplica criterios de acceso de forma inconsistente.

Además, la ausencia de un órgano con estas características impide que desde el Estado se articulen esfuerzos significativos en la promoción de medidas de transparencia activa. Ellas son imprescindibles no sólo para que los ciudadanos accedan a más y mejor información, sino para que el Estado desarrolle sus políticas públicas de un modo inteligente, conociendo en profundidad la magnitud de los problemas que debe resolver y compartiendo información con todos los actores –públicos y privados– involucrados en esos esfuerzos.

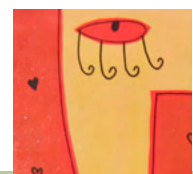
Entendemos que los modelos a seguir en la región, en materia de autoridades de aplicación, son Chile y México<sup>4</sup>. Ambos países cuentan con leyes de acceso a la información que crearon órganos de aplicación colegiados e independientes, que han producido importante jurisprudencia administrativa que ha favorecido la apertura del Estado hacia la sociedad.

### **b. Excepciones generales y con remisiones inaceptables**

El marco jurídico vigente establece un régimen de excepciones que contiene supuestos vagos y ambiguos, que no satisfacen los estándares interamericanos en la materia. En efecto, “las normas legales vagas o ambiguas que por esta vía otorgan facultades discrecionales muy amplias a las autoridades son incompatibles con la Convención Americana,

---

4 Cfr. Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública (Chile) y Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental del 11 de junio de 2002 (México).



porque pueden sustentar potenciales actos de arbitrariedad...”<sup>5</sup>.

Las excepciones previstas en el artículo 16 del Anexo VII del decreto 1172/03 no están redactadas con un grado de precisión adecuado. El lenguaje utilizado es demasiado genérico y admite interpretaciones amplias por parte del Estado que favorecen actos de arbitrariedad administrativa.

En este sentido, entendemos que el modelo a seguir es la Ley Modelo de Acceso a la Información de la Organización de Estados Americanos (OEA), que contiene un capítulo de excepciones redactado en forma precisa, de modo de evitar una aplicación extensiva de las mismas. Asimismo, la Ley Modelo contiene numerosas condiciones que impiden que el régimen de excepciones sea utilizado para restringir el debate público sobre cuestiones de interés público<sup>6</sup>.

### **c. Conflictos con otras normas**

El Anexo VII al decreto 1172/03, al remitir en forma expresa o tácita a otras normas, ha generado algunos conflictos de interpretación que no encuentran resolución en el marco jurídico y las estructuras vigentes.

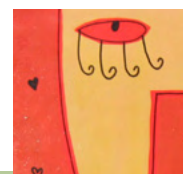
Por ejemplo, la remisión que hace el artículo 16.i a la ley 25.326 de protección de datos personales ha generado un conflicto entre las dos normas. Si bien existe una situación de tensión natural entre el deber del Estado de proteger datos personales en su poder y su obligación de permitir el acceso de los ciudadanos a la información que posee, dicha tensión debe resolverse por medio de una armonización adecuada. Eso no ha sucedido: la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales ha desarrollado una jurisprudencia muy restrictiva en materia de acceso a la información, y excesivamente expansiva en relación a la protección de datos personales. Como no existe un órgano similar que produzca jurisprudencia administrativa en relación al acceso a la información, la tensión entre ambas normas se ha resuelto, en la práctica, a favor de la protección de datos personales en poder del Estado, lo que resulta inaceptable.

Entendemos que una ley de acceso a la información debe establecer una autoridad de aplicación que absorba a la Dirección Nacional de Datos Personales, siguiendo el modelo del IFAI en México.

---

5 CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual 2009, Cap. III, párr. 71.

6 Ver, por ejemplo, artículo 40.a (que impide que la excepción de privacidad se aplique a “las funciones de los funcionarios públicos o bien cuando hayan transcurrido más de [veinte] años desde la defunción del individuo en cuestión”); artículo 40.b (que impide la aplicación de algunas excepciones cuando la información de que se trata se refiera a “hechos, análisis de hechos, informaciones técnicas y estadísticas”); artículo 41 (que obliga a la divulgación parcial de documentos cuando éstos contuvieran a la vez información protegida y no protegida por alguna excepción); artículo 42 (que limita la posibilidad del secreto hasta un máximo de veinticuatro años) y artículo 43 (que prevé un principio general de supremacía del interés público); entre otros.



#### **d. Falta de mecanismos de reclamo administrativo aceptables**

El Anexo VII al decreto 1172/03 no establece un régimen de reclamos administrativo satisfactorio. En efecto, de acuerdo al artículo 19 de ese reglamento, la Oficina Anticorrupción es la encargada de recibir y tramitar denuncias. Sin embargo, dicha oficina sólo produce un informe preliminar que luego remite a la Subsecretaría para la Reforma Institucional y el Fortalecimiento de la Democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que de acuerdo al artículo 18 del Anexo VII es la autoridad de aplicación del régimen de acceso a la información pública. Es ésta dependencia quien debe resolver la denuncia, pero sólo puede emitir recomendaciones a los organismos involucrados, lo que supone que las mismas no son obligatorias para ellos<sup>7</sup>.

Este régimen no resulta satisfactorio: es necesario establecer un mecanismo administrativo de denuncias que permita que las mismas se tramiten ante y sean resueltas por un organismo independiente, autónomo y colegiado que pueda tomar decisiones obligatorias para los entes públicos involucrados y, de ese modo, generar jurisprudencia administrativa. Un esquema de ese estilo convertiría al sistema de reclamos individuales en un verdadero motor de cambio que fomente la cultura de la transparencia hacia el interior del Estado.

#### **f. Falta de obligaciones de transparencia activa**

El régimen vigente no establece obligaciones de transparencia activa en la administración, es decir, no prevé qué tipo de información debe ser producida de forma obligatoria por las dependencias y distribuida de un modo adecuado, en general, a través de los sitios de Internet gubernamentales.

Este tipo de obligaciones son prácticas comunes en otros países que cuentan con sistemas de acceso a la información más avanzados. En este sentido, y para poner un ejemplo, la Ley Modelo de la OEA establece un esquema de publicación que obliga a las distintas dependencias del Estado a publicar de forma paulatina información relevante sobre sus funciones y su accionar<sup>8</sup>. Obligaciones de este estilo vuelven al Estado en un actor *activo* en el acceso a la información, rol que es sustancialmente más trascendente desde el punto de vista de la protección de los derechos constitucionales que el rol *pasivo* que asume actualmente.

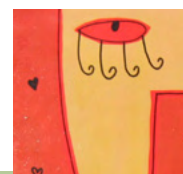
#### **g. Falta de un régimen sancionatorio adecuado**

El sistema vigente no prevé un régimen de sanciones adecuado para los casos en los que los funcionarios públicos impidan de modo ilegítimo el acceso de ciudadanos y ciudadana-

---

<sup>7</sup> Cfr. Resolución Conjunta 1/2008 y 3/2008 Secretaría de Gabinete y Relaciones Parlamentarias y Fiscalía de Control Administrativo. "Procedimiento de Tramitación de las Denuncias por Incumplimiento de las Obligaciones Previstas en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional", del 22 de abril de 2008.

<sup>8</sup> Ley Modelo de Acceso a la Información Pública de la OEA, OEA/Ser.G, Organización de Estados Americanos CP/CAJP-2840/10 Corr.1, 28 abril de 2010, artículo 9 y ss.



nas a información pública. Un régimen de ese estilo es imprescindible por dos motivos fundamentales. En primer lugar, porque sin mecanismos de implementación adecuados los funcionarios, en principio, carecen de incentivos para abrir sus dependencias al escrutinio público. En segundo lugar, porque un régimen sancionatorio en cabeza de una autoridad de aplicación sólida e independiente como la que sostenemos debe crearse, se convierte en una herramienta necesaria e idónea para implementar el derecho de acceso a la información y promover la cultura de la transparencia.

En síntesis, una ley de acceso a la información debe establecer un mecanismo de control y aplicación sólido, con base en un organismo independiente e imparcial capaz de promover políticas de transparencia hacia adentro del Estado. Esa ley debe definir con precisión las excepciones al principio de máxima divulgación y debe resolver los conflictos con otros derechos o intereses. Finalmente, es necesario que la ley otorgue herramientas a la ciudadanía que sirvan no sólo para acceder a la información, sino también para promover políticas de transparencia frente a la reticencia de los funcionarios estatales.

### III. La agenda futura del acceso a la información

En esta sección queremos presentar algunas cuestiones sobre las que vemos problemas urgentes, que merecen ser tratados y discutidos lo antes posible. Se trata de tres cuestiones que, de distinta forma, señalan hacia distintas falencias estructurales en materia de acceso a la información.

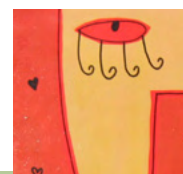
#### a. Acceso a la información y datos personales

El régimen actual en materia de acceso a la información no es compatible con el régimen de protección de datos personales. La tensión natural que se genera entre el deber del Estado de proteger datos personales y su obligación de permitir el acceso de los ciudadanos a la información que posee no está resuelta, y la iniciativa legislativa que más ha avanzado en el Congreso tampoco lo hace<sup>9</sup>.

Desde este punto de vista, es imprescindible que estos derechos sean armonizados por medio de una ley. Consideramos esencial que la futura ley de acceso establezca una autoridad de aplicación conjunta, capaz de resguardar la privacidad de los ciudadanos sin afectar de modo excesivo su derecho a acceder a información pública.

La armonización también podría llegar por vía judicial, y algunos de los aspectos problemáticos de la jurisprudencia de la Dirección Nacional de Datos Personales se encuentran siendo discutidos judicialmente. Por ejemplo, la ADC ha llevado adelante el caso *CIPPEC c. Estado Nacional*, que gira en torno al acceso a la información sobre datos personales que fue denegado por el Estado con base en la existencia de información “sensible” protegida por la Ley de Datos Personales. Este caso está pendiente de ser resuelto por la Corte Suprema, pero el criterio de ADC a favor del acceso a la información prevaleció tanto en primera como en segunda instancia.

<sup>9</sup> Cfr. Proyecto CD-116-2010, artículos 30 y 41, entre otros.



Si bien dicho caso podría constituir un precedente judicial favorable, no creemos que este camino sea eficaz para resolver los problemas de coordinación que genera el marco jurídico existente. En efecto, criterios judiciales armonizadores garantizarían el éxito en el ámbito judicial, pero podrían no tener un impacto directo en las prácticas del poder ejecutivo. Si esas prácticas se mantuviesen, los problemas de acceso subsistirían más allá del hecho de que podrían solucionarse recurriendo a la justicia.

Por ello, creemos que la cuestión debe resolverse por medio de una ley que (a) delimite los alcances de ambos derechos y (b) cree una autoridad de aplicación común capaz de lidiar con los conflictos concretos que se generan en la vida diaria de la administración.

## **b. Acceso a la información y memoria histórica**

Vinculado al punto anterior, actualmente en la Argentina no hay ninguna norma aceptable que regule el acceso de los ciudadanos a información que sobre ellos produjeron gobiernos dictatoriales o autoritarios del pasado.

En efecto, la Argentina ha vivido en las últimas décadas un proceso de transición a la democracia exitoso desde el punto de vista de los estándares internacionales en materia de justicia transicional. Los objetivos de memoria, verdad y justicia han guiado las políticas públicas de forma progresiva, y la situación actual en la materia es encomiable, especialmente si se la compara con lo que ocurre en otros países de la región que han avanzado más lentamente en la consecución de esos objetivos.

Sin embargo, aún se puede avanzar más en la materia. En este sentido, el acceso a la información vinculada con violaciones de derechos humanos ha sido objeto de especial interés por parte de los órganos del sistema interamericano en los últimos años<sup>10</sup>. Ellos han producido una serie de estándares que deben guiar las políticas públicas en la materia. Por ejemplo, la CIDH ha sostenido que en materia de acceso a la información pública vinculada a violaciones de derechos humanos, el Estado tiene ciertas obligaciones específicas:

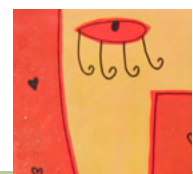
- Conservar los archivos y garantizar el acceso.
- Reconstruir la información cuando fue destruida.
- Recolectar información si la misma no existe.

En la Argentina se han desarrollado algunas experiencias interesantes en materia de acceso a la información pública vinculada con archivos de la represión.

La Comisión Provincial por la Memoria, por ejemplo, fue creada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires en el año 2000 para manejar el archivo de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (DIPBA)<sup>11</sup>. En 2006, la Legisla-

10 Cfr. Corte IDH. Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108; Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153; Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219;

11 Ley 12.642.



tura de la Provincia de Córdoba creó la Comisión y el Archivo Provincial de la Memoria<sup>12</sup>. Asimismo, por medio del decreto 4 de 2010, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la desclasificación de información producida por órganos de inteligencia militares entre 1976 y 1983, que deben transferirse al Archivo Nacional de la Memoria creado por decreto presidencial en 2003.

En conjunto, estos pasos dados por distintas administraciones en distintos momentos representaron avances positivos en materia de acceso a la información vinculada con violaciones de derechos humanos. Sin embargo, aún quedan desafíos.

Por ejemplo, estos archivos no cuentan con regulaciones claras respecto al acceso a la información por parte de víctimas, familiares y ciudadanos en general. Ello los lleva a tener prácticas contradictorias en materia de acceso. La falta de reglas claras conspira contra el adecuado acceso a la información, lo que –a su vez– obstaculiza el derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares.

La ADC considera que es necesario profundizar y mejorar los esfuerzos realizados hasta el momento, mejorando la infraestructura de los archivos para favorecer la conservación de los documentos, acelerar los procesos de digitalización y garantizar de ese modo un acceso por parte de la justicia y la ciudadanía.

Asimismo, y de acuerdo a los estándares internacionales en la materia, es necesario realizar esfuerzos sustanciales por reconstruir la información que fue destruida o recopilar información cuando ella no existe. La ADC recuerda que las investigaciones criminales no son el único camino posible para satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares, y que otras alternativas –como las comisiones de verdad, por ejemplo– pueden cumplir importantes funciones complementarias.

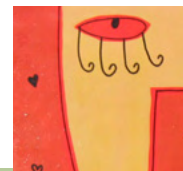
Finalmente, la ADC considera imprescindible que el Congreso de la Nación sancione una ley de acceso a la información en archivos históricos vinculados con gobiernos dictatoriales o autoritarios del pasado. En efecto, actualmente los archivos existentes reciben numerosos pedidos de información por parte de ciudadanos que se interesan en la investigación histórica, que quieren saber qué sucedió con familiares cercanos o que desean acceder a reparaciones vigentes. La falta de una normativa específica que regule los modos, las condiciones y limitaciones en el acceso a los archivos existentes genera problemas de coordinación que sólo pueden resolverse mediante una ley que regule el acceso de acuerdo a estándares internacionales en la materia.

### **c. El Estado y el manejo inteligente de la información**

La forma en que el Estado produce información es un problema que atraviesa a todas las estructuras estatales, en todos los niveles. No existen parámetros comunes ni buenas prácticas adecuadas, por lo que el Estado produce información de un modo caótico y poco inteligente, lo que le impide contar con herramientas adecuadas para el diseño de las políticas públicas.

---

<sup>12</sup> Ley 9.286.



Desde la ADC consideramos imprescindible que el Estado nacional, los estados provinciales y las municipalidades comiencen a producir información de acuerdo a los más altos estándares del gobierno abierto. Ello implica la producción de información sobre servicios públicos y actividades estatales de manera sistemática, pro-activa y oportuna, en formatos que el público pueda localizar fácilmente, entender, usar y procesar, incluyendo el acceso a los datos brutos<sup>13</sup>.

La promoción de políticas de gobierno abierto requiere necesariamente del impulso del Estado, y debería estar específicamente establecida en la ley de acceso a la información pública. Desde este punto de vista, la ADC considera que es necesario que la futura ley de acceso establezca parámetros precisos y progresivos en materia de producción de información de oficio. A la vez, es necesario que dicha norma habilite el reclamo judicial de los ciudadanos ante el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones de transparencia activa.

## IV. Conclusión

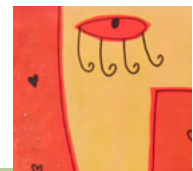
El acceso a la información pública es una herramienta fundamental de la ciudadanía para interpelar al Estado democrático moderno. La Argentina registra un importante retraso en la materia en comparación con otros países de la región, que han desarrollado en los últimos años prácticas y estructuras legales de avanzada. Resulta imprescindible que nuestro país se adecúe a los tiempos que corre y establezca instrumentos y mecanismos de implementación de este derecho fundamental para la democracia. Ello permitirá que el Estado desarrolle sus políticas públicas de una forma inteligente, en diálogo con la ciudadanía beneficiaria de ellas.

## Referencias citadas

- CORTE I.D.H. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tiscornia, Sofía c. Estado Nacional, ED 180-427 (1997).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Urteaga, Facundo c. Estado Nacional, Fallos 321, 2767 (1998).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Ganora, Fernando, s/ Hábeas Corpus, Fallos 322, 2139 (1999).
- CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I, Fundación Accionar c. Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza-Riachuelo, JA 2003-IV-348 (2002).
- CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA IV, Asociación de Personal Legislativo c. Estado Nacional, sentencia del 3 de junio de 2004.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR Y COURTIS, CHRISTIAN (2000) "El Acceso a la Información como Derecho" en

---

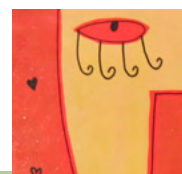
13 Cfr. Declaración del Gobierno Abierto, Open Government Partnership, en <http://www.opengovpartnership.org>.





*Anuario de Derecho a la Comunicación; Año 1 Vol. 1 Editorial Siglo XXI, Buenos Aires.*

BASTERRA, MARCELA I (2006) *El derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, Lexis Nexis.



# El esforzado diálogo de la Sociedad Civil con el Estado.

## La experiencia de ADC en torno al acceso a la información.

**Ramiro Álvarez Ugarte<sup>1</sup> y Micaela Finoli<sup>2</sup>**

En su larga historia, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) ha utilizado al acceso a la información como una herramienta fundamental en su tarea de defensa y promoción de derechos. Los cientos de pedidos de información realizados a lo largo de los años han señalado errores y aciertos, limitaciones y potencialidades. Este artículo revisa y analiza ese conjunto de experiencias, con el propósito de extraer lecciones que permitan fortalecer las prácticas de advocacy de la sociedad civil.

En la primera parte presentamos los fundamentos teóricos que sostienen una relación estrecha entre el acceso a la información y la defensa de los derechos humanos. Explicamos por qué un estado democrático comprometido con los derechos humanos está obligado a producir información de forma activa, a presentarla adecuadamente y a permitir su procesamiento por parte de la ciudadanía. Además, exploramos algunos ejemplos que permiten ver cómo una producción de información adecuada puede no sólo fortalecer el ejercicio de ciertos derechos sino además empoderar a los ciudadanos beneficiarios de ellos. En la segunda parte resumimos algunos puntos centrales de los más de 300 pedidos de acceso a la información realizados por la ADC en el período 2004-2011. En la tercera parte analizamos las experiencias concretas de dos áreas de la ADC (Educación y Libertad de Expresión) que, lidiando con problemas diferentes, utilizaron al acceso a

---

1 Ramiro Álvarez Ugarte es abogado por la Universidad Católica Argentina (UCA, 2002) y Master en Derecho (LLM) por la Universidad de Columbia (2009), donde fue becario Fullbright y Harlan Fiske Stone Scholar. Se ha desempeñado como abogado de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (2009-2011) y antes trabajo en el área de libertad de Expresión de la ADC (2007-2008). Curso una Maestría en Periodismo en la Universidad de San Andrés (2005) y durante 2006 trabajó como periodista en distintos medios de Buenos Aires. Fue docente de la asignatura Elementos de Derechos Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires 2005-2008).

2 Micaela Finoli es abogada graduada de la Universidad Torcuato Di Tella (2005) y maestranda en la Universidad de San Andrés en Educación, con Orientación en Gestión Educativa. Trabajó en diversos estudios jurídicos especializados en la creación y asesoramiento de entidades educativas. Desde 2006 hasta la fecha se desempeña en la Asociación por los Derechos Civiles, primero en el área de Acceso a la Información, luego en el área de Derecho a la Educación y actualmente en el área de Investigación. Publicó diversos artículos en libros y revistas, principalmente sobre el derecho a la educación.



la información para promover sus agendas. Además de mostrar experiencias exitosas de promoción de derechos, interesa especialmente destacar los desafíos encontrados a la hora de promover agendas de reforma legal utilizando al acceso a la información pública como herramienta. Finalmente ofrecemos una breve conclusión.

## I. El derecho de acceso a la información como herramienta

El derecho de acceso a la información pública es, a la vez, un derecho en sí mismo y un instrumento útil para la satisfacción de numerosos intereses en una sociedad democrática. En efecto, todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que el Estado hace como consecuencia del principio básico de publicidad de los actos de gobierno. Sin embargo, en general, el acceso a la información es buscado como un medio para conseguir un fin ulterior: desde ejercer de manera informada el derecho al voto hasta controlar el desempeño de las autoridades o ejercer otros derechos humanos.

La configuración del derecho de acceso a la información pública en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos da cuenta de ese carácter instrumental. En la sistematización de esos estándares realizada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es posible ver cómo el derecho de acceso a la información encuentra su justificación en tres ejes temáticos: el control ciudadano de la administración, la participación ciudadana a través del ejercicio informado de los derechos políticos y el ejercicio de otros derechos humanos (CIDH, Relatoría para la Libertad de Expresión 2009). Las tres *lógicas* del acceso a la información que ofrece la CIDH apuntan hacia características importantes de la vida política en democracia.

Este carácter instrumental del derecho de acceso a la información pública es lo que lo vuelve tan relevante para las organizaciones de la sociedad civil. Ellas lo utilizan como un mecanismo de interpelación a las autoridades que les permite avanzar sus agendas a través de los distintos mecanismos de incidencia a su disposición: ya se trate del *cabildo* de las autoridades o de *litigio* estratégico, el acceso a la información se presenta como una herramienta útil para impulsar ciertos debates públicos, para señalar falencias específicas en la implementación de políticas públicas y para crear las condiciones materiales que permitan plantear un reclamo judicial. El acceso a la información, de este modo, se convierte en la herramienta que permite correr el velo de opacidad que cae sobre distintas áreas del Estado.

Enfocar específicamente en el carácter *instrumental* del derecho de acceso a la información permite pensarlo como *herramienta* para ciertos  *fines*. Ello obliga, entonces, a pensar a la idoneidad de la herramienta en el contexto argentino actual. Por ejemplo, ¿cuán útil es el acceso a la información actualmente existente para ejercer otros derechos? ¿Sirve para controlar el accionar del Estado? ¿Cómo es utilizado por la ciudadanía en general? ¿Está adecuadamente implementado o hay falencias que hacen que no alcance su potencial pleno? Como cualquier herramienta, ésta puede estar en *buenas* o *malas* condiciones, puede ser más o menos confiable y desempeñar su tarea de modos más o menos satisfactorios.



La posición de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) en materia de acceso a la información –que se publica en éste mismo número– señala ciertas falencias específicas, vinculadas de manera estrecha con la falta de una ley que regule y ordene. Es indispensable una ley por tratarse de un derecho fundamental que sólo puede ser restringido formal y materialmente a través de ella, y porque es el instrumento necesario para establecer las estructuras estatales capaces de implementar este derecho.

En efecto, el mero reconocimiento de este derecho por el ordenamiento jurídico argentino –a nivel constitucional<sup>3</sup>, reglamentario<sup>4</sup>, en las provincias<sup>5</sup> y en múltiples fallos judiciales<sup>6</sup>– es insuficiente para que el mismo pueda considerarse realmente existente. Ese reconocimiento ofrece sólo una vigencia nominal. Convertirlo en un derecho al alcance de todos los ciudadanos requiere de una implementación adecuada por medio de órganos autónomos, independientes y con suficientes recursos para llevar adelante una tarea

---

3 Mediante la incorporación de diversos tratados internacionales, con la misma jerarquía que la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 22), la misma ha garantizado en forma directa y operativa el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información. Tanto al Convención Americana sobre Derechos Humanos (en su artículo 13), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su artículo 19) consagran el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho a su vez comprende los derechos de buscar y recibir informaciones de toda índole.

4 La norma que regula el derecho de acceso a la información pública a nivel nacional y en el marco del Poder Ejecutivo Nacional es el decreto 1172/03 de “Mejora de la calidad de la Democracia y de sus instituciones” (Boletín Oficial del 04/12/03). También se encuentra la Ley 25831 – Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (Boletín Oficial del 07/01/04) y la Ley 25326 – Protección de los Datos Personales (Boletín Oficial del 02/11/00).

5 Entre las provincias que tienen leyes que reglamentan de forma específica el ejercicio del derecho encontramos a Buenos Aires (Ley 12.475, Decreto 2549/2004); Chubut (Ley 3764 – Acceso a las fuentes de información); Córdoba (Ley 8803 – Ley de Acceso al Conocimiento de los Actos del Estado de la Provincia de Córdoba); Jujuy (Ley 4444 – Ley de Publicidad de los Actos de Gobierno y de Libre Acceso a la Información del Estado); Río Negro (Ley 1829 – Ley de Información Pública); Santiago del Estero (Ley 6753); y Tierra del Fuego (Ley 653 – Derecho a la Información). También la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene su propia ley (Ley 104). Por su parte, la provincia de La Pampa cuenta con una ley que garantiza el “...libre acceso a las fuentes informativas oficiales de carácter público a las personas mencionadas en los artículos 2 y 20 de la Ley Nacional 12.908 (Estatuto Profesional del Periodista)”. La norma, sin embargo, no especifica reglas ni plazos para el ejercicio del derecho. Otras provincias como Entre Ríos, Misiones y Salta, que aún no cuentan con una ley, han dictado Decretos que regulan el derecho de acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo (Entre Ríos: Decreto 1169 – 23 de marzo de 2005 - Reglamento General de Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Provincial de Entre Ríos; Misiones: Decreto 929/00 de 18 de Julio de 2000 y Salta: Decreto 1574/02 – Estándar mínimo de acceso a la Información de la Administración Pública). Finalmente, cabe señalar que tanto la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como las provincias de Mendoza y Misiones cuentan con leyes que prevén específicamente el acceso a la información pública ambiental.

6 Claude Reyes Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151); Urteaga (CSJN, “Urteaga, Facundo v. Estado Nacional –Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.- s/Amparo ley 16986”, sentencia del año 1998, Fallos, 321:2767); Tiscornia (CNCAFed., “Tiscornia, Sofía y otro v. Ministerio del Interior y otro s/ amparo”, Sala III, sentencia del 17 de diciembre de 1997); Finnmeccánica (CNCAFed., “Finmeccánica Spa Aérea Alenia Difusa v. E.N.- Ministerio de Defensa- Licitación12/97 s/medida cautelar autónoma”, Sala I, sentencia del 6 de noviembre de 1998); Isern Munne (CNCAFed., “Isern Munne, Pedro Pablo c/ E.N. Ley 25188 – Cámara de Diputados de la Nación s/amparo Ley 16.986”, Sala IV, sentencia del 18 de mayo de 2006); Morales (CNCAFed., “Morales, Gerardo R. y otro v. Estado Nacional - Nac.”, Sala V, sentencia de 18 de octubre de 2007); INDEC (CNCAFed. “ADC y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía – INDEC y otros s/ Amparo Ley 16.986”, Sala V, sentencia del 14 de octubre de 2008)



difícil: desarticular la cultura del secreto que impera en el Estado argentino.

Las falencias mencionadas son serias y merecen ser resueltas. Para ello, es necesario articular argumentos capaces de persuadir a los actores estatales de la importancia del acceso a la información. Esta tarea, como demuestra el fracaso legislativo de los proyectos de ley presentados<sup>7</sup>, no parece ser particularmente fácil. Pero además de lograr el favor de los funcionarios, es necesario informar sobre la utilidad de esta herramienta a los actores no estatales que pueden servirse de ella: periodistas, organizaciones de la sociedad civil de todo tipo (institucionalistas, de base, de agenda específica, etcétera), empresas y ciudadanos de a pie, todos pueden recurrir de a manera útil a ésta herramienta.

Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la educación. Como señala Eduardo Bertoni en la entrevista publicada en este número, ciertos datos sobre el desempeño educativo son necesarios para que padres y madres puedan decidir sobre la educación de sus hijos. Contar con esos datos –o no contar con ellos– resulta clave para ejercer ese derecho y para medir el grado en que el mismo es respetado o violado.

En 1989, la Suprema Corte de Texas, en los Estados Unidos, resolvió que el sistema educativo del estado funcionaba tan mal que violaba el derecho de sus ciudadanos a una educación adecuada, situación que afectaba especialmente a los miembros de grupos desaventajados como inmigrantes o afro descendientes (Ver Sabel y Simon 2004). Por ello, el tribunal exigió al Estado la adopción de un plan de acción capaz de superar esos problemas: en 1995 la Corte dio el visto bueno a uno basado fundamentalmente en la producción, recolección y difusión de información por parte del Estado. En efecto, el *Texas Public School System Accountability* es un sistema que produce información detallada sobre el desempeño de alumnos y maestros en todas las escuelas del Estado<sup>8</sup>. Sabel y Simon (2004,1026) explican cómo funciona:

“El sistema pone a la Junta de Educación del Estado a cargo. La Junta es la encargada de diseñar ‘instrumentos de evaluación’ para verificar el grado de conocimiento y desempeño de los alumnos en materias básicas. Esos instrumentos deben ser implementados en distintos puntos de la carrera de cada alumno. Las escuelas están obligadas a planificar y dirigir sus recursos para mejorar el desempeño de los estudiantes con notas más bajas (...). Bajo el esquema de Texas, las escuelas y los distritos escolares son evaluados anualmente con base en los resultados de las evaluaciones y otros indicadores, tales como tasas de abandono, graduación, presentismo, resultados de tests estandarizados (...) y presencia de cursos avanzados. El desempeño relativo [de cada institución] es comparado con un grupo de escuelas con indicadores similares tales como el desempeño académico pasado, el estatus socioeconómico del cuerpo de alumnos, la etnicidad y los límites en el manejo del idioma inglés [como consecuencia del alto número de inmigrantes en las escuelas del Estado]. Las escuelas cuyo desempeño es sobresaliente son identificadas y premiadas. Las que enfrentan problemas deben desarrollar –con ayuda de expertos

<sup>7</sup> Para mayor información sobre los proyectos de ley presentados:

[http://www.adc.org.ar/sw\\_contenido.php?id=185](http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=185)

<sup>8</sup> Cfr. Texas Public School System Accountability, en <http://ritter.tea.state.tx.us/perfreport/account/>.



independientes— planes detallados para mejorar los indicadores. En caso de que continúe el mal desempeño, esas escuelas son reformadas o reconstituidas” (Sabel y Simon 2004). [N. de la E.: traducción propia]

Como puede observarse, el plan de Texas para mejorar las escuelas de modo de permitir que todos los alumnos accedan a su derecho a una educación *adecuada* depende del acceso a la información. La información más detallada está disponible en Internet, en formatos abiertos que pueden ser analizados, estudiados y procesados por los ciudadanos en general: ello incluye a los padres de los niños preocupados por el desempeño de las escuelas a las que piensan enviar a sus hijos tanto como a asociaciones de padres movilizadas para mejorar el desempeño de escuelas individuales o de todo el sistema de un distrito específico. Incluso, la organización no gubernamental *Just For The Kids* tomó la información producida por el Estado, la procesó y la presentó de forma tal que los padres pudiesen consultar en Internet el desempeño de las escuelas de una manera fácil y amigable<sup>9</sup> (Sabel y Liberman 2003). Así mostró lo que llamó el *opportunity gap*: la distancia entre el desempeño actual de sus hijos con el promedio de las escuelas de alto rendimiento con poblaciones estudiantiles similares. Es decir que la producción de información resulta imprescindible para determinar si el derecho a una educación adecuada está siendo respetado o no, y para promover las reformas necesarias.

Este ejemplo ilustra cómo el acceso a la información puede modificar la forma en que entendemos el derecho a la educación y –a la vez– empoderar a los ciudadanos para exigir ese derecho, que resulta fortalecido como consecuencia del reclamo. La información pública, como elemento imprescindible para la evaluación de políticas, contribuye a que el derecho (a la educación, en este caso) se materialice en la realidad además de expresarse en el texto legal. También vale la pena señalar que los cambios introducidos en el sistema de Texas reseñados en los párrafos anteriores empezaron por medio de un litigio.

Lo que ocurre en el ámbito de la educación también puede postularse respecto de otros servicios que provee el Estado y que están estrechamente vinculados al ejercicio de ciertos derechos: salud, servicios públicos esenciales y seguridad son algunos ejemplos donde la producción proactiva de información debería redundar en una mayor vigencia de derechos.

## II. La historia de la ADC y el acceso a la información pública

Esta sección analiza la experiencia de ADC en materia de acceso a la información pública *como herramienta* para ejercer otros derechos. En 2011, luego de varios años de trabajo y convencidos de la importancia del acceso a la información, se comenzó a sistematizar los pedidos realizados por la ADC. La tarea no resultó sencilla y los datos volcados en el cuadro a continuación reflejan de manera provisoria la experiencia acumulada.<sup>10</sup> Entre

<sup>9</sup> Cfr. NCEA ACT, en <http://www.nc4ea.org/>

<sup>10</sup> La sistematización resulta compleja ya que la ADC ha realizado pedidos por cuenta propia, para otras organizaciones o individuos particulares, y en conjunto con otras organizaciones e individuos. El cuadro



2004 y 2011 la ADC realizó por lo menos 387 pedidos de acceso a la información, dirigidos principalmente al Estado Nacional, a la provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en muy menor medida a otras jurisdicciones<sup>11</sup>. Los pedidos fueron cursados por distintas áreas de la ADC, en función de intereses puntuales vinculados a requerimientos de monitoreo, incidencia, investigación, o diagnóstico. De todos los pedidos realizados, solo 42% recibió algún tipo de respuesta (no siempre ajustada a lo solicitado, y no siempre completa).

### **Pedidos realizados por las áreas de ADC entre 2004 y 2011**

<b>Área</b>	<b>Pedidos realizados</b>	<b>Pedidos respondidos</b>	<b>Porcentaje de respuestas</b>
Libertad de expresión	44	24	54%
Justicia	35	19	54%
Educación	134	52	38%
Cárceles	42	24	57%
Otros (*)	132	46	34%
<b>Total</b>	<b>387</b>	<b>165</b>	<b>42%</b>

(\*) Sobre temáticas de discriminación, salud sexual y reproductiva, migrantes, entre otros.

El cuadro muestra que más de la mitad de los pedidos realizados no recibieron respuesta. Incluso en ciertas ocasiones fue necesario demandar judicialmente al Estado Nacional y al de la Ciudad de Buenos Aires para acceder a la información solicitada.

Si bien los pedidos se hacían formalmente, y a través de las vías establecidas en la normativa correspondiente (decreto 1172/03), en muchos casos los equipos de profesionales de la ADC establecían un vínculo telefónico directo con los enlaces institucionales encargados de responder el pedido específico. En la experiencia de las áreas de Educación y de Libertad de Expresión, este contacto más personalizado era casi central para asegurar la fluidez de intercambio. Sin embargo, el fortalecimiento del vínculo con la persona no resolvía cuestiones tales como la disparidad en las respuestas provistas por la misma institución en distintos momentos, o en referencia a distintas cuestiones, o la frecuente inadecuación<sup>12</sup> o inconsistencia entre la información solicitada y la respuesta efectiva-

---

sólo recoge los pedidos que realizó ADC en su nombre y para cuestiones vinculadas a su propia agenda de trabajo.

11 Se enviaron: 4 pedidos a la provincia de Mendoza; 4 a Catamarca; 2 a Neuquén; 2 a Santa Cruz; 2 a de Formosa; 2 a La Rioja; 3 a Santa Fe; 3 a San Juan y 3 a Santiago del Estero.

12 Por ejemplo, frecuentemente los periodos sobre los que se informaba no coincidían con los periodos solicitados. Por ejemplo, si en 2010 se solicitaba información sobre 2008, la respuesta contenía datos referidos a 2007, o 2006, o ciertos meses de 2008.



mente brindada. Así, por ejemplo, en el área de Libertad de Expresión se pudo verificar cómo, ante el mismo pedido repetido en diversas oportunidades, el Estado proveía a veces información parcial y a veces información completa, pero casi siempre en formatos que variaban de un pedido a otro.

En conjunto, estas cuestiones (la no respuesta, la respuesta incompleta o inadecuada, la variabilidad en el formato de la respuesta, la necesidad de reforzar el pedido por vía telefónica) remiten a deficiencias serias no sólo de los regímenes legales sino también de su implementación. Tanto el bajo nivel de respuesta como la respuesta incompleta o inadecuada (por parte del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma) llevan a pensar en deficiencias estructurales, vinculadas con falencias del sistema de acceso a la información pública. A nivel nacional, **la falta de organismos independientes que promuevan políticas de transparencia hacia adentro de la administración es, sin dudas, uno de los principales escollos al fortalecimiento de este derecho**<sup>13</sup>. En la Provincia y en la Ciudad de Buenos Aires podemos encontrar problemas aún más serios, ya que los sistemas de acceso a la información pública ni siquiera cuentan con las estructuras de enlace que existen en el gobierno federal.

En efecto, un sistema de acceso a la información pública debidamente implementado no debería depender del establecimiento de vínculos con los funcionarios públicos involucrados. En este sentido, es importante destacar que la ADC es un actor *de repetición*, es decir, una organización que una y otra vez vuelve sobre las mismas estrategias de litigio y acceso a la información pública<sup>14</sup>. Por el contrario, los ciudadanos que solicitan información a título personal, sin declarar una afiliación o pertenencia institucional suelen utilizar esas herramientas una única vez. Y es para estos últimos que el acceso a la información debe estar específicamente preparado: en la medida en que haya limitaciones para los quienes se dirigen al sistema de manera “anónima” no es posible hablar de un sistema que respeta el derecho de acceso a la información.

Las experiencias fallidas sí arrojan luz sobre que debería hacerse para permitir el acceso a los ciudadanos. Desde líneas telefónicas o sitios capaces de centralizar los pedidos de acceso a la información hasta formularios uniformes para todas las dependencias, es posible pensar en múltiples mecanismos facilitadores. La ausencia de esos mecanismos hace que se vean favorecidas las tácticas de los actores de repetición, en detrimento del acceso por parte de los ciudadanos individuales.

En conclusión, el análisis de los pedidos realizados por la ADC entre 2004 y 2011 arroja resultados diversos. Por un lado, el acceso muestra claros límites en términos de desarrollo institucional, signados por la ausencia de figuras o dispositivos que promuevan el derecho a la información hacia adentro de la administración y para todos los ciudadanos. Por estos motivos, en tanto herramienta, el acceso muestra falencias que le hacen perder utilidad. Pero a la vez muestra la potencialidad de la herramienta, a la que ADC recurrió en numerosas oportunidades para acceder a información clave para desarrollo de muchos

13 Sobre el punto, ver *Posición de ADC* en este número de la revista.

14 Sobre el concepto de actores de repetición (“repeat players”) y actores de una “única” jugada (“one shooters”), ver Galanter 1974.





e importantes proyectos. En la próxima sección analizaremos dos de esas iniciativas en las que el acceso a información relevante fue fundamental para la defensa y promoción de dos derechos específicos.

### III. El acceso y los derechos: dos casos

#### Libertad de expresión: la lógica del palo y la zanahoria

En 2004, la ADC comenzó a investigar la forma en que el Estado distribuye el presupuesto publicitario. La tarea se orientó a partir de informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH que señalaban cómo, bajo ciertas circunstancias, la distribución discrecional de pauta estatal se convertía en una herramienta de presión gubernamental sobre medios que constituía una verdadera forma de censura.

La lógica era la del *palo* y la *zanahoria*: si el medio de comunicación era crítico se lo castigaba (*palo*) quitándole publicidad del Estado, lo que impactaba –según el tamaño del mercado publicitario– en las finanzas del medio en cuestión, generando de ese modo un incentivo fuerte para alinearse con el gobierno de turno. Si el medio era *afín*, se lo premiaba (*zanahoria*) con más publicidad oficial. Para funcionar, para expandirse y para obtener ganancias, el medio necesitaba de ese recurso que se volvía esencial y que dependía de la más pura discrecionalidad de los funcionarios. Como mecanismo de censura indirecta, la lógica del *palo* y la *zanahoria* estaba en el centro de la adjudicación discrecional de recursos.

La ADC encaró la temática de dos maneras complementarias. Por un lado, se analizó la distribución de presupuestos publicitarios en otros países, qué principios guiaban el reparto de la pauta estatal y cuáles eran los controles a la discrecionalidad existentes<sup>15</sup>. Por el otro, era necesario averiguar cómo se distribuía efectivamente la pauta estatal en la Argentina, y para ello el acceso a la información pública era a todas luces un aspecto fundamental. Sin embargo, en su momento, los resultados fueron magros: las comunicaciones realizadas por ADC en octubre de 2004 a la Lotería Nacional, la AFIP y el Banco Nación solicitando información referida a sus prácticas y gastos en publicidad no recibieron respuesta, como tampoco las realizadas al secretario de Medios Enrique Albistur y a la Oficina Nacional de Contrataciones. El director General de Télam y la directora General de Publicidad Oficial nos concedieron entrevistas puntualmente. De similar modo, la Secretaría de Turismo y la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) respondieron a nuestras solicitudes de información escrita en forma puntual y completa. La Auditoría General de la Nación brindó la información que requerimos; sin embargo, esta respuesta llegó seis meses después de haber presentado el pedido.

Ante esta realidad, la ADC debió acceder a la información por otras vías. Específicamente, se realizó un estudio de tendencias de publicidad oficial en cuatro diarios nacionales (La Nación, Clarín, Página/12 y Ámbito Financiero) durante dos semanas, desde el 19 de abril

<sup>15</sup> Este análisis se plasmó en el documento *Principios básicos para la regulación de la publicidad oficial*, disponible en [http://www.adc.org.ar/sw\\_seccion.php?id=119&p=2&id\\_categoria=8](http://www.adc.org.ar/sw_seccion.php?id=119&p=2&id_categoria=8).



hasta el 3 de mayo de 2004. Asimismo, se obtuvo la copia de un informe detallado sobre el gasto del Poder Ejecutivo Nacional en publicidad oficial para el período comprendido entre junio de 2003 y mayo de 2004, preparado por el jefe de Gabinete de la presidencia, y entregado a la Cámara de Diputados del Congreso<sup>16</sup>.

“Los pedidos de acceso a la información fueron contestados, en un primer momento, en largos documentos impresos que era imposible analizar. Los datos no se podían cruzar y sólo debíamos contentarnos con los resultados finales”, señala Eleonora Rabinovich, Directora del Área de Libertad de Expresión. Ese tipo de respuesta es frecuente en la administración pública y tiene una explicación: las tecnologías de registro tienen un objetivo contable; no están diseñadas como herramientas para analizar o estudiar las políticas públicas o producir información para los propios funcionarios o para los ciudadanos en general. Por ello, una respuesta posible es –simplemente– imprimir todos los registros existentes. La información existe, pero es totalmente inútil para los fines buscados.

Esas primeras respuestas fueron variando con el paso del tiempo y ante otros pedidos de acceso a la información. “Luego nos empezaron a entregar información en formatos digitales. Los datos no estaban en una planilla de cálculo ni mucho menos, pero era posible tomarlos y trasladarlos a una planilla de cálculo que nos permitía cruzar y desmenuzar la información existente. Requería muchísimo esfuerzo, pero era posible”, señaló Rabinovich.

Los primeros informes elaborados en base a esas respuestas analizaron la distribución de publicidad oficial durante 2007, un año electoral. Se determinó que en los primeros diez meses de 2007 (previos a las elecciones nacionales del mes de octubre) se había gastado un 29 por ciento más que en todo 2006. Finalmente, en todo 2007 el presupuesto había aumentado 55 por ciento. Asimismo, en el informe sobre 2008 se detectó que el presupuesto publicitario continuaba aumentando y que, en general, los medios de la Ciudad de Buenos Aires parecían ser los principales beneficiarios.

El proyecto de *Censura Indirecta* de la ADC marca claramente la importancia del acceso a la información para promover ciertos derechos. Si la libertad de expresión puede verse afectada por la forma en que el Estado distribuye su presupuesto publicitario, conocer detalladamente esa distribución se vuelve un requisito ineludible para la plena vigencia de ese derecho. Es justamente cuando esa información se hace pública que se habilitan las acciones judiciales pertinentes. Es lo que ocurrió en el caso *Río Negro*<sup>17</sup>, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la discriminación en la distribución de la pauta publicitaria constituía una restricción del derecho a la libertad de expresión. Para poder determinar esa restricción, primero fue necesario conocer los detalles de la distribución publicitaria. Sin esa información, la violación de ese derecho hubiera pasado desapercibida.

16 El informe *Una censura sutil: Abuso de Publicidad Oficial y Otras Restricciones a la Libertad de Expresión en la Argentina*, disponible en [http://www.adc.org.ar/sw\\_seccion.php?id=119&p=2&id\\_categoria=8](http://www.adc.org.ar/sw_seccion.php?id=119&p=2&id_categoria=8), recoge este proceso.

17 CSJN, “Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia de Neuquén”, Sentencia del 5 de septiembre de 2007.



## **Educación: falta de información clave**

En 2008 la ADC informó acerca de los resultados de una investigación realizada en 2007 y 2008 y enfocada en la desigualdad en el acceso a la educación en la provincia de Buenos Aires. Se estudiaron particularmente cuatro situaciones: la insuficiencia de oferta educativa en el nivel inicial; la situación a la que son expuestos los alumnos/as que repiten y las oportunidades que se les ofrecen; el incumplimiento de los 180 días de clase establecidos legalmente y el acceso a la educación de los hijos/as que viven en la cárcel junto a sus madres.

Desde el inicio del proyecto se utilizó la herramienta del acceso a la información con base en la normativa específica y en las leyes educativas. En efecto, tanto la Ley de Educación Nacional como la de la Provincia de Buenos Aires garantizan el acceso de todos los ciudadanos a la información pública. Específicamente, la Ley de Educación Provincial N° 13.688 establece, entre los fines y objetivos de la política educativa, la obligatoriedad de disponer el libre acceso a la información pública de los datos y estadísticas educativas.

A lo largo de esa investigación, la ADC dirigió 110 solicitudes de información por escrito a distintas reparticiones públicas provinciales y nacionales, y en 66 de ellas no se obtuvo ninguna respuesta. En contraposición a lo que establecen las normas de acceso a la información provincial, no hubo una sola respuesta escrita por parte de ningún organismo público que informe sobre la denegatoria a brindar la información ni justifique el motivo por el cual no lo hacía. De estos 110 pedidos, 66 fueron dirigidos a áreas específicamente educativas. Sólo 9 de los 23 pedidos dirigidos a la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires (DGCyE) fueron respondidos, mientras que el Ministerio de Educación nacional sólo respondió a dos de los cinco pedidos efectuados. Un dato particularmente llamativo de la investigación se vincula con las propias escuelas de la Provincia de Buenos Aires y sus funcionarios como sujetos obligados por la legislación relevante: ni una sola vez respondieron nuestras solicitudes de información.

Específicamente, a fin de evaluar el impacto que produce la insuficiencia de oferta educativa en el sistema provincial, la ADC dirigió dos pedidos de información a la Dirección Provincial de Educación Inicial (dependiente de la DGCyE) y a la de Educación Primaria (también dependiente de la DGCyE) respectivamente, consultando acerca de la existencia de niños/as que no hubieran obtenido vacante para determinados ciclos lectivos. Además se consultó si existían registros de inscripción de alumnos que no hubieran podido obtener una vacante. Ninguno de los dos pedidos obtuvo respuesta y por lo tanto, ante esa ausencia, la ADC interpuso una acción judicial por falta de acceso a la información.<sup>18</sup>

Tampoco fue posible acceder a información para saber cuántos días de clases habían perdido los niños/as o jóvenes de una escuela –y no como consecuencia de un conflicto

---

18 En el expediente judicial, la Dirección Provincial de Educación Primaria respondió que “[...] no [existían] registros de posibles alumnos que no hayan obtenido [una] vacante en las escuelas dependientes de [la] Dirección Provincial de Educación en relación con los ciclos lectivos 2005, 2006 y 2007”. Del mismo modo, manifestó que “[...] la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires garantiza el acceso a la educación de todos los niños y niñas de la Provincia. “Asociación por los Derechos Civiles c/ Dirección General de Cultura y Educación s/amparo por mora” Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°3 de La Plata.



docente. La ADC solicitó información a la DGCyE con el fin de conocer cuántos días efectivos de clases habían perdido los alumnos de una lista de establecimientos seleccionados y especificados, por ausencia de algún docente por motivos no relacionados con ejercicio de la libertad sindical. Puesto que el pedido no obtuvo respuesta, se solicitó autorización para generar nosotros mismos la información<sup>19</sup>. Además de la solicitud formal a la DGCyE, se enviaron 38 pedidos escritos de información a distintas escuelas solicitando lo mismo. Nuevamente en este caso, ante la falta de respuesta, la ADC inició una acción judicial por acceso a la información con el objeto de lograr que el gobierno provincial brindara la información solicitada. En el expediente y al momento de responder la demanda, el Estado provincial manifestó estar procesando los datos<sup>20</sup>.

A lo largo de la investigación, se observaron las disparidades de información educativa, tanto según tipo información como según quién fuera responsable de producirla. Las bases de datos nacionales y provinciales cuentan con información estadística e institucional mayormente rigurosa y actualizada; sin embargo, hay aún mucha información que debería estar procesada, disponible y al alcance de todos y no lo está<sup>21</sup>.

Por otro lado, en términos generales, las respuestas fueron pobres y en muchas oportunidades de silencio absoluto, en flagrante violación al derecho de acceso a la información protegido constitucionalmente. En ese momento se percibió falta de voluntad política de determinados organismos educativos en proveer la información solicitada, aunque también fue posible encontrar funcionarios que se esforzaron por buscar o producir la información de la que carecían<sup>22</sup>. Este punto resultó clave en la investigación, ya que mostró

---

19 Se solicitó autorización para que ciertos integrantes del equipo de investigación ingresaran a determinadas escuelas con el objeto de aplicar un conjunto restringido de instrumentos de captación de datos administrativos no nominales, centralmente sobre la base de los registros escolares estandarizados.

Las fuentes de datos a utilizar eran las siguientes:

- Normativa, disposición o formulario que establece la POF.
- Formulario de Planta Funcional.
- Planilla de contralor de servicios del personal docente, de los meses de mayo y agosto de 2007.
- Libro de firmas del personal docente, si es que se encuentra en aplicación en la escuela.
- Libro de temas de las secciones del 8º grado de EGB, o 2º de secundaria básica, y del 2º año de Educación Polimodal, para los meses de mayo y agosto de 2007.

Asimismo, se manifestaba el deseo de realizar una entrevista con los directivos de escuela para conversar sobre los temas de organización escolar. Se advertía, del mismo modo, que para desarrollar el operativo solicitaríamos la autorización escrita de parte de los directivos de la escuela a efectos de poder entrar al establecimiento y desarrollar la labor mencionada.

20 Específicamente, informó que “[...] los datos se encuentran en la actualidad en proceso de relevamiento distrital y regional [...]. Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde indicar que los datos solicitados deben recabarse en forma individual en cada uno de los establecimientos seleccionados por la presentante, razón por la cual y sobre la base de la reciente finalización del ciclo lectivo, la requisitoria se encuentra en término administrativo de contestación conforme a los artículos 78 y 79 del Decreto Ley N° 7647/70 [...]”.

21 Específicamente, informó que “[...] los datos se encuentran en la actualidad en proceso de relevamiento distrital y regional [...]. Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde indicar que los datos solicitados deben recabarse en forma individual en cada uno de los establecimientos seleccionados por la presentante, razón por la cual y sobre la base de la reciente finalización del ciclo lectivo, la requisitoria se encuentra en término administrativo de contestación conforme a los artículos 78 y 79 del Decreto Ley N° 7647/70 [...]”.

22 Éste es el caso del enlace de acceso a la información del Ministerio de Justicia nacional, que ha respondido a todos nuestros pedidos de información en el plazo indicado por la ley. Y en los casos en que ha



**lo complejo que resulta (para la sociedad civil y para funcionarios por igual) determinar si la información efectivamente existe.** Ello indica falencias básicas y profundas en la forma en que el Estado produce información y entiende sus obligaciones: los datos requeridos eran clave para analizar si el acceso a la educación estaba o no siendo garantizado adecuadamente. Nuevamente, la falta de información habla de un Estado que se contenta en reconocer derechos pero se desentiende de verificar y monitorear su vigencia e implementación.

La falta de acceso a información clave impidió conocer en profundidad la situación de desigualdad y evaluar las medidas adoptadas para satisfacer el derecho a la educación. A pesar de ello, fue posible dar cuenta de algunas situaciones y colocar determinados temas claves en la agenda educativa.

Por ejemplo, respecto a la indagación de la situación educativa de los niños que viven con sus madres en prisión, el acceso a la información resultó una herramienta esencial. Los pedidos de información permitieron constatar que el micro que trasladaba a los niños y niñas desde la unidad carcelaria hasta la escuela dependía del Servicio Penitenciario Bonaerense, y que muchísimas veces los niños/as no asistían a clase ya que el micro no funcionaba. Cuando ese dato fue informado a la Dirección de Educación Inicial (dependiente de la DGCyE) -que desconocía qué ocurría—, procedió a contratar un micro escolar que asegurara el traslado de los niños y niñas, a cargo de la DGCyE y no del Servicio Penitenciario. Los pedidos de información también echaron luz sobre la gran cantidad de veces que estos niños y niñas no asistían a la escuela por una diversidad de motivos. Cuando esto se puso en conocimiento de las autoridades educativas, comenzaron a trabajar más sistemáticamente con esta población, que hasta ese entonces había sido relegada.

En otra oportunidad, y en el marco de otra línea de trabajo, desde el área de Educación de ADC se envió en 2008 un pedido de información a la Dirección de Educación Especial (DGCyE) preguntando por las condiciones de accesibilidad de las escuelas de la provincia de Buenos Aires. Al no obtener respuesta se interpuso una acción de amparo en cuya sentencia se ordenó a la Dirección de Infraestructura Escolar a producir la información solicitada por la ADC. Así, dicha Dirección confeccionó un cuestionario que fue remitido a 7915 escuelas (todas las escuelas de la provincia de Buenos Aires que contaban con correo electrónico). A pesar de que sólo fue respondido por 1074 escuelas, amerita destacarse que la justicia reconoció la importancia de contar con la información requerida y ordenó a la provincia producirla.

Como señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en su informe *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, es imperioso producir información desagregada en

---

necesitado mayor cantidad de tiempo para dar una respuesta, ha hecho uso de la prórroga establecida en el art. 12 del Decreto Nacional Nº 1172/03 (BO 04/12/2003) de Acceso a la Información para la Mejora de la Calidad de la Democracia y de sus Instituciones, tratando de generar la información por nosotros solicitada. Para este número de la Revista solicitamos una entrevista al enlace del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien paradójicamente no fue autorizado a realizarla. Lo mismo ha sucedido con la DINIECE y con la Dirección de Información y Estadística de la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires.



función de determinar e identificar sectores desaventajados en el ejercicio del derecho a la educación de modo de poder generar la atención prioritaria que estos sectores requieren (CIDH 2007). En este marco, el Estado debería producir y poner a disposición información, así como arbitrar todos los medios para que no resulte obstaculizado el acceso de todas las personas, en forma igualitaria, a la información que posee (Culiver 1995).

## IV. Conclusión

En cierto sentido, la vigencia de derechos como la salud y la educación es sólo nominal si no contamos con parámetros e indicadores para determinar el desempeño de las instituciones encargadas de satisfacerlos. Esto remite a las responsabilidades del Estado en producir esa información, que derivan directamente de sus obligaciones de garantía en materia de derechos humanos. En efecto, el vínculo entre indicadores y derechos económicos, sociales y culturales es tan estrecho que diversos organismos internacionales han señalado la importancia de producir los primeros para respetar los segundos<sup>23</sup>.

Asimismo, las propias experiencias de la ADC y el ejemplo del sistema educativo de Texas que se trajo a colación también señalan ese vínculo. Desde este punto de vista, superar las deficiencias que actualmente existen en materia de acceso a la información pública en todas las jurisdicciones del país parece ser uno de las cuentas pendientes más urgentes de un Estado que dice comprometerse con la defensa de los derechos humanos.

Pero más allá de los problemas que surgen de las deficiencias del sistema actual, lo cierto es que el acceso a la información pública continúa siendo una herramienta fundamental para quienes promueven la defensa de los derechos humanos. La práctica permanente de ADC y sus distintas áreas –así como las de otras organizaciones– muestran que es el acceso a la información es vital para la sociedad civil. Cualquier visión de la democracia que valore el espacio político, cultural y social diverso definido genéricamente como *sociedad civil* debe prestar especial atención al acceso a la información pública, ya que se trata de una de las formas más utilizadas para interpelar al Estado. Fortalecer y mejorar el vínculo que por ésta vía se establece entre los ciudadanos y sus funcionarios debería ser prioridad en cualquier agenda democratizadora del poder y la sociedad.

## Bibliografía

CIDH (2009), *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Informe Anual, Cap. IV, párr. 4.

CIDH (2007), *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser/L/V/II.129., Doc. 5, 5 de octubre (párr. 58).

CULIVER, S., (1995) *The right to know: human rights and access to reproductive health information*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press (p. 39).

---

23 Cfr. CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser/L/V/II.129., Doc. 5, 5 de octubre (párr. 58, 2007); ONU, *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004, pág. 8 y ss. (2004).



GALANTER M. (1974), *Why the "Haves" come out ahead? Speculation on the limits of legal change*, 9 LAW & SOC'Y REVIEW. 95, pág. 97.

LIEBMAN J.S. & SABEL C. (2003) *A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: The emerging model of school governance and legal reform*, 28 NYU REVIEW OF LAW & SOCIAL CHANGE, 183.

SABEL C. & SIMON W. (2004) *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 HARVARD LAW REVIEW, 1015.



# “La información en manos de un funcionario público no es de su propiedad”

## Entrevista a Eduardo Bertoni

Eduardo Bertoni es abogado, ex becario del Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York. Realizó una Maestría en Políticas Internacionales en la Universidad George Washington. Fue Director Ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal. Entre 2002 y 2005 fue el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Organización de Estados Americanos (OEA). Fue asesor legal en diversas organizaciones no gubernamentales en Argentina y en el extranjero, y asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina. Ha escrito numerosos libros y artículos sobre el derecho a la libertad de expresión, reformas judiciales y derecho penal internacional. En la actualidad, es Director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, y Profesor Adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

### **Pregunta: ¿Por qué considera que el derecho de acceso a la información es importante?**

**Eduardo Bertoni:** Me parece importante hacer una precisión: cuando hablamos de “acceso a la información” podemos darle contenidos distintos. Por ejemplo, es importante que la población “acceda a información” a través de los medios de comunicación. Y para que ello ocurra adecuadamente, es bueno que existan distintos medios que puedan hacerlo y que no se pretenda una hegemonía comunicacional, ya sea propiciada por el gobierno o por sectores privados. Pero cuando hablamos de “acceso a la información” también hablamos del acceso a la información que debe ser pública, que produce el Estado y que en general, aunque no siempre, está en sus manos. En este caso yo me referiré sólo a esto último, al acceso a la información pública.

Sobre su importancia, podemos dar argumentos de distinto tipo. Por ejemplo, argumentos de tipo “normativo” nos llevan a responder que es un derecho importante porque se





encuentra dentro de los derechos fundamentales previstos por la Convención Americana de Derechos Humanos. Sólo basta referirse a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes vs. Chile” para sostener este argumento.

Pueden darse argumentos de tipo económico, por ejemplo considerando la importancia de las corrientes de información para el funcionamiento eficaz de los mercados. Una mejor información reduce los costos de transacción y da lugar a una mejor toma de decisiones y a una mejor asignación de recursos. También se ha subrayado la transparencia como elemento que ayuda a mitigar la volatilidad de los mercados financieros. Cuando los gobiernos controlan los datos con significado económico (que van desde medidas tales como el crecimiento económico o la tasa de inflación hasta la información sobre leyes, reglamentos, políticas, objetivos, etc.) la divulgación de esa información es crucial para los resultados económicos.

En segundo lugar, también se ha comprobado el efecto económico que pueden tener las leyes de acceso a la información abordando la cuestión desde el punto de vista de la gobernabilidad. Se ha resaltado que las leyes sobre acceso a la información pueden ser consideradas herramientas para combatir las prácticas corruptas, reducir las oportunidades para este tipo de actividades –que tienen efectos económicos adversos– y para mejorar los resultados del país en el indicador de la gobernabilidad referente al “control de la corrupción”. Para concluir, *si un avance en la gobernabilidad da lugar a mejores resultados económicos y si las leyes sobre acceso a la información permiten lograr mejoras en distintas dimensiones del gobierno, de ello se deriva que tales leyes representan un aporte positivo al desarrollo económico.*

Otro argumento tiene que ver con el fortalecimiento de la autonomía. Siguiendo a Abramovich y Courtis puede decirse que es un un derecho que fomenta la autonomía de las personas y que les permite *la realización de un plan de vida que se ajuste a su libre decisión.*

En resumen, creo que la garantía del acceso público a información en poder del Estado no sólo es una herramienta práctica que fortalece la democracia y las normas de derechos humanos y promueve la justicia socioeconómica, sino que es también un derecho humano protegido por el derecho internacional.

**Pregunta: Los países de América Latina se caracterizan por padecer desigualdades endémicas y falencias estructurales en materia institucional. En esos contextos donde parece haber necesidades más urgentes, ¿por qué es relevante el acceso a la información?**

**E.B.:** El acceso a la información ha demostrado en algunos casos ser *una herramienta útil para atender necesidades básicas.* Hay ejemplos en varios países que dan cuenta de ello. En América Latina se ha mirado mucho como modelo al modelo Mexicano<sup>1</sup>. Pero de todos modos, respecto de este cuestionamiento (atender necesidades urgentes) comparto con Amartya Sen algo que dijo hace varios años. Siguiendo al Premio Nobel, es errado

---

<sup>1</sup> Ver artículo de Sergio López Menéndez, en este mismo número (N.de E.).



suponer que las imperiosas necesidades económicas y la pobreza que atraviesan muchas regiones del hemisferio merecen ser atendidas en primer lugar, postergando la urgencia de trabajar por la expansión de libertades políticas, en nuestro caso, por fortalecer y afianzar la libertad de expresión y el acceso a la información. Tres son las razones de ese error:

- a) su directa importancia para la vida humana asociada con las capacidades básicas, incluida la participación social y política;
- b) su rol instrumental para permitir que los individuos puedan expresar sus demandas y ponerlas en la atención política, incluyendo sus reclamos de necesidades económicas; y
- c) su rol constructivo en la conceptualización de lo que son las “necesidades”, incluyéndose lo que se debe entender por necesidades económicas en un determinado contexto social.

**Pregunta: ¿Considera que existe una cultura del secreto en los países de América Latina? En su caso, ¿cómo puede vencerse esa cultura y las prácticas estatales que la sostienen?**

**E.B.:** Creo que se ha avanzado bastante, aunque la cultura del secreto por parte de la administración pública es patrimonio más bien universal. Posiblemente en América Latina se mostrara con mayor potencia pero creo que el trabajo realizado durante los últimos diez años, promoviendo leyes de acceso a la información pública, judicializando asuntos, etc., muestran que la idea que empieza a aceptarse es que la información en manos de un funcionario público no es de su propiedad.

**Pregunta: ¿Qué aspectos de la Ley Modelo de la OEA considera más importantes? ¿Cuáles no deberían faltar en una ley de acceso a la información?**

**E.B.:** La ley Modelo que se trabajó en el ámbito de la OEA ha representado un enorme avance en términos de manifestación de la voluntad política de los gobiernos de aceptar el acceso a la información como derecho, y también de aceptar la importancia de regularlo adecuadamente. Este documento fue objeto de mención en una resolución de la Asamblea General de la Organización, y, aunque no fue aprobada *in totum* por los Estados Parte, es una buena guía para la implementación del acceso a la información pública. Incluye varios aspectos a tener en cuenta: por ejemplo, lo que se conoce como el test de interés público a la hora de negar información, o las sugerencias que hace en relación al órgano que debe velar por el cumplimiento de la ley. Creo que en toda ley, como lo hace la ley modelo, debería establecerse el principio de publicidad de la información, una correcta y clara catalogación de las excepciones y un diseño institucional de los órganos que permita implementar y monitorear adecuadamente la ley.



**Pregunta: ¿Cómo evalúa los estándares en materia de acceso a la información del sistema interamericano? ¿Hacia donde considera que se dirige la agenda del sistema en materia de acceso a la información?**

**E.B.:** Me parece que esos estándares son parte de un proceso que se inició con los informes de la Relatoría, siguió con los principios emanados del Comité Jurídico Interamericano (en cuya elaboración desempeñó un rol fundamental la sociedad civil de varios países tuvo un rol fundamental), continuó con la ley modelo y ahora se avanza con los estándares. Estos últimos son otra herramienta fundamental para implementar leyes e incluso para evaluar su funcionamiento. Creo que esto último es parte de la agenda futura.

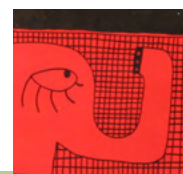
**Pregunta: ¿Podría darnos tres ejemplos de cómo el acceso a la información es útil para el ejercicio de otros derechos humanos?**

**E.B.:** Creo que los ejemplos más interesantes refieren a situaciones bien comunes de la vida cotidiana:

- a) Quiero mandar a mi hija a un colegio público donde los docentes estén bien calificados y no tengan altos niveles de ausentismo. Necesito esa información que hace al derecho a la educación de mi hija, que no se cumple simplemente con calentar la silla de la escuela.
- b) Quiero mudarme a un barrio tranquilo en términos de seguridad urbana. Necesito las estadísticas de criminalidad específicas de los potenciales barrios donde me gustaría mudarme. Lo mismo podría decir de estadísticas de índices de contaminación por barrio (incluso contaminación sonora o audiovisual).
- c) Quiero atenderme en un hospital público por una determinada dolencia. Necesito saber la nómina de médicos y sus antecedentes para ejercer mi derecho a la salud.

**Pregunta: ¿Qué desafíos en materia de acceso a la información ve a futuro, en el mundo y en América Latina?**

**E.B.:** Creo que durante estos últimos años, donde se ha insistido en impulsar leyes que garanticen el acceso a la información pública, han sido fundamentales los esfuerzos para que el tema se incluya en la agenda pública. Sin embargo, después de haber participado en distintas experiencias, creo que *el desafío hoy debería estar más enfocado en que la gente pueda ejercer el derecho más que en el impulso de leyes específicas*. Ya instalada la idea que el acceso es un derecho, creo que el desafío es empezar a hacerlo valer, y para ello, puede que en muchos casos no haga falta una ley específica. Por supuesto que no estoy proponiendo abandonar los trabajos vinculados con la aprobación de leyes específicas. Sólo digo que *hay que diversificar los esfuerzos y no solamente concentrarnos en la aprobación de una determinada normativa*. Y, finalmente, creo que no le hemos prestado suficiente atención al tema del manejo de la información que debe hacer la ad-



ministración pública. Me refiero por ejemplo, a que debemos esforzarnos para impulsar y proponer pautas adecuadas para el archivo de la información. Sin ellas, aún con la mejor ley, y con los funcionarios con la mejor voluntad, el desorden que provoca la falta de esas pautas de archivo hará que el derecho no pueda ejercerse.

Entrevista realizada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 28 de marzo de 2012,  
por Ramiro Álvarez Ugarte.



# “Transparencia y acceso a la información son dos caras de la misma moneda”

## Entrevista a Marta Oyhanarte<sup>1</sup>

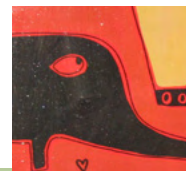
Marta Oyhanarte es abogada y mediadora. Fue Subsecretaria para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia; Directora Nacional del Programa de Auditoría Ciudadana; y Calidad de las Prácticas Democráticas en Municipio (Argentina); Directora Nacional del “Proyecto Construyendo Puentes”; miembro del Consejo de Expertos en Gestión Pública; diputada de la Ciudad de Buenos Aires; Directora para la Participación y el Control Ciudadano; y co fundadora y presidenta de la Fundación Poder Ciudadano. Es miembro de la Comisión Directiva del Comité de Expertos en Administración Pública del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, consultora en Glocal Consultores y One Laptop Per Chile y miembro asesor de de la Maestría en Administración y Políticas Públicas de la Universidad de San Andrés (Argentina). Ha dictado numerosos cursos y conferencias y es autora de varias publicaciones en la temática de acceso a la información pública.

**Pregunta:** En una era y en una sociedad que se describe a sí misma como “sociedad de la información”, pocas personas piensan en el acceso a la información como un derecho, y menos aún como un derecho humano.

**Marta Oyhanarte:** Es verdad, el derecho de acceso a la información tiene poca “prensa”. Cuando se piensa en cuestiones asociadas a la democracia, rara vez se piensa en información. Lo mismo ocurre cuando se piensan en mecanismos o acciones distintos del voto para controlar a los gobernantes. Las estrategias más usuales incluyen quejas, cacerolazos, manifestaciones callejeras, denuncias ante los medios de comunicación o partidos de la oposición... Casi nadie elige presentar una nota al municipio o a la jurisdicción que corresponda exigiendo información sobre los hechos o las políticas en cuestión. Si lo pensamos de esta manera, *es claro que el ejercicio del derecho de acceso a la información es una*

---

<sup>1</sup> La entrevista también recoge fragmentos de la presentación realizada por Marta Oyhanarte, como miembro del Comité de Expertos en Administración Pública de las Naciones Unidas, en el 21° Simposio NU/INTOSAI 2011 ([www.intosai.org](http://www.intosai.org)). realizado en Viena (Austria), el 14 de julio de 2011.



*precondición del sistema democrático y de la participación política de la ciudadanía.*

Es evidente que la información es un instrumento para la concreción de otros derechos, valores o principios, y en ese sentido su acceso debe estar protegido jurídicamente. Esto es lo que han reconocido diversos tratados internacionales<sup>2</sup> y también el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Claude Reyes contra Chile”.

En términos más específicos, el acceso a la información que se encuentra en manos del Estado es indispensable para asegurar transparencia en la gestión y para promover participación ciudadana y compromiso cívico. La información provee a los ciudadanos los elementos necesarios para evaluar el funcionamiento de las instituciones tanto como la implementación de las políticas públicas. Detrás de esta perspectiva subyace la idea que la transparencia se relaciona íntimamente con la *accountability*, con la rendición de cuentas ante la ciudadanía. Independientemente del uso concreto que se haga con la información, la obligación del Estado de informar, y la existencia de un mecanismo establecido para obtenerla, genera efectos preventivos.

### **P: ¿Cómo fue la gestación y el proceso de implementación del decreto 1172 de 2003, que regula el acceso a la información pública?**

**MO:** El Decreto 1172/2003 fue resultado de la participación y el trabajo colaborativo de varias instancias: la oficina a mi cargo -Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia-, la Oficina Anticorrupción, la mesa de Reforma Política del Diálogo Argentino<sup>3</sup> y el Foro para la Transparencia<sup>4</sup>. Trabajamos en el armado del decreto porque necesitábamos contar con un instrumento regulatorio. Se puede pensar que un decreto es una norma humilde, pero la experiencia me ha mostrado que ninguna norma es humilde si se la implementa bien y si hay un abordaje preciso de la temática.

El decreto salió a fines de diciembre de 2003, e inmediatamente organizamos una reunión (el 29 de diciembre!) en la Casa Rosada, a la que asistieron varios ministros y personas designadas por ellos. El propósito de la reunión era que cada ministerio designara una persona “amigable” y receptiva a la temática de acceso a la información. Una vez que estuvieron designados, comenzamos a trabajar con ellos y tras muchas reuniones y mucho esfuerzo se convirtieron en los “enlaces” institucionales de acceso a la información. La red que se conformó llegó a tener 250 personas.

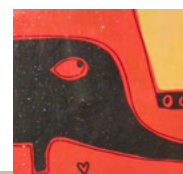
En la implementación del decreto intentamos trabajar armónicamente, teniendo en cuenta las diferentes reacciones que podrían tener las personas involucradas: un integrante

---

2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros.

3 La Mesa del Diálogo Argentino fue una iniciativa multisectorial nacida durante la crisis económica de fines de 2001 que buscó reunir a distintos sectores sociales. La iniciativa buscó generar un espacio de debate y discusión para llegar a acuerdos programáticos para enfrentar la crisis económica y social que vivió la Argentina durante los primeros años de la década.

4 Es una red de organizaciones sociales que tiene entre sus objetivos desarrollar propuestas de políticas públicas que sirvan al mejoramiento de la calidad institucional y promover una participación ciudadana más activa.



de una organización de la sociedad civil seguramente no iba a reaccionar de la misma manera que un funcionario que imaginaba sería literalmente bombardeado con pedidos de información. Había que trabajar tanto hacia adentro de la administración pública como con la sociedad civil: las organizaciones querían enviar miles de pedidos, pero no siempre era claro qué información solicitaban.

La implementación es, necesariamente, un proceso complicado, cuando no conflictivo. Para ambos sectores, el acceso a la información implicó modificaciones que trascendían la norma. *Para el Estado, el desafío consiste en generar una concepción de la información como patrimonio de la ciudadanía, y no como propiedad del funcionario.* Para la sociedad civil, el desafío consiste ampliar su participación en las decisiones públicas a partir de la difusión horizontal del derecho a saber.

Hacia adentro de la administración pública hicimos hincapié en la capacitación y en el trabajo con cada una de las áreas para establecer los pasos entre la recepción del pedido de información por parte de la mesa de entradas del organismo, hasta su respuesta. Paralelamente, comenzamos a trabajar en el registro de audiencias<sup>5</sup>, que resultó en la puesta en marcha de una página web específica<sup>6</sup>. Por otro lado luego de un diagnóstico muy minucioso, proyectamos un sistema electrónico de acceso a la información que se extendía a todo el país (denominado Inform.Ar<sup>7</sup>) pero no llegó a implementarse. También armamos el sitio Mejor Democracia<sup>8</sup>, donde volcamos toda nuestra experiencia y conocimientos. Dicho sitio fue desarmado luego de mi renuncia en el año 2009, pero gran parte de los datos pueden encontrarse en el sitio de Jefatura de Gabinete ([www.jgm.gov.ar](http://www.jgm.gov.ar)). Como se pueden imaginar, todo esto fue un trabajo de orfebrería, por eso, muchos de sus resultados permanecen.

### **P: ¿Quiénes utilizan la herramienta?**

**MO:** Los datos relevados durante 2008<sup>9</sup> muestran que los particulares son los principales solicitantes de información, ya que representan el 75% de los pedidos. Cabe aclarar que algunos de esos particulares integran organizaciones sociales pero firman ellos mismos los pedidos. Entidades públicas no estatales, instituciones académicas, organizaciones sociales y empresas también realizaron numerosos pedidos. En 2007 y 2008, el Ministerio de Salud de la Nación fue el organismo que recibió mayor cantidad de solicitudes, seguido

---

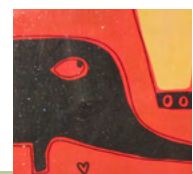
<sup>5</sup> El Registro Único de Audiencias funciona bajo la órbita de Jefatura de Gabinete. Él es parte fundamental del Reglamento para la Publicidad de la Gestión de Intereses, que busca transparentar la actividad de cabildeo en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional

<sup>6</sup> (<http://audiencias.jgm.gov.ar/registrodeaudiencias/searchjgm.php?>).

<sup>7</sup> Es un sistema electrónico que tiene como objetivo aumentar el nivel de eficiencia de los procesos de respuesta del Estado frente a las demandas de información pública y promover que aquellos que residen lejos de las sedes físicas de los organismos públicos accedan con facilidad a la información.

<sup>8</sup> <http://www.mejordemocracia.gov.ar/paginas.dhtml?pagina=1>

<sup>9</sup> Fuente: Subsecretaría para la Reforma Institucional y el Fortalecimiento de la Democracia. Jefatura de Gabinete de la Nación. Informe Anual 2008. Disponible en: [http://www.mejordemocracia.gov.ar/archivos/ AccesoInfoPub/docs\\_de\\_interes/cont\\_institucionales/InformeAnualMD2008.pdf](http://www.mejordemocracia.gov.ar/archivos/ AccesoInfoPub/docs_de_interes/cont_institucionales/InformeAnualMD2008.pdf)



por la Jefatura de Gabinete de Ministros, el Ministerio de Planificación Federal, y el Ministerio de Economía y Finanzas.

Quisiera señalar también dos críticas, tal vez antipáticas, al uso de los pedidos. Por un lado, pocos periodistas son militantes activos pro-acceso, y creo que esto se debe a que muchos de ellos tienen posibilidades de acceder bajo la cuerda a distintos informantes, y eso es sin duda una herramienta de poder. Una ley con procedimientos uniformes, y que diera a todos las mismas posibilidades, los haría perder esa exclusividad. Y en relación a las organizaciones sociales, creo que aún no han asumido colectivamente la tarea de mostrar que el acceso a la información es un derecho humano fundamental. No es una herramienta sólo para saber cuánto ganan los funcionarios, eso es un punto minúsculo dentro de todo lo que se puede hacer con el acceso a la información.

**P: Más allá de los caminos que abrió el Decreto 1172/2003, ha habido diversas iniciativas para convertir el acceso a la información en ley nacional. Uno de los proyectos surgió de su propia gestión al frente de la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia.**

**MO:** Todo el trabajo que realizamos nos fue dando una valiosa experiencia, a partir de la cual empezamos a trabajar en la preparación de un proyecto de ley de acceso a la información. Convocamos a diversas áreas, en las que habíamos visto interés por la temática y análisis y reflexión sobre las condiciones administrativas para garantizar el acceso al derecho. Trabajamos entre otros, con la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación), con la Oficina Anticorrupción, con la Dirección de

## Acciones de implementación con visión sistémica

**Red de enlaces y responsables de acceso a la información:** estos funcionarios deberían asistir a los ciudadanos durante el proceso de tramitación de los pedidos de información.

**Capacitación:** Programar cursos de capacitación para los agentes públicos que ocupan un lugar relevante en los circuitos de respuesta de pedidos de información, tales como personal de mesas de entradas, oficinas de atención al público y áreas jurídicas de las diferentes jurisdicciones.

**Asistencia técnica y mesa de ayuda on line:** Crear un sistema de información y consulta a través de una línea telefónica permanente y una dirección de correo electrónico.

**Criterios de interpretación:** Elaborar criterios jurídicos de interpretación para lograr posiciones armónicas con el resto de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional.

**Portal Web y Boletín electrónico:** Organizar un sitio web como canal de difusión y referencia en materia de acceso a la información pública y participación ciudadana.

**Herramientas de facilitación:** Producir y distribuir herramientas gráficas de difusión: trípticos, guías, carteles, formularios tipo para la presentación de pedidos de información, a efectos de facilitar su comprensión y utilización por parte de los organismos obligados así como de la ciudadanía en general.

**Articulación con ONGs:** Desarrollar alianzas con organizaciones de la sociedad civil para fortalecer un proceso de cooperación creciente para la construcción de criterios comunes de interpretación de las normas y acciones conjuntas que garanticen el ejercicio del acceso a la información pública.

**Sistema electrónico de solicitudes de información:** Desarrollar un Sistema Electrónico para Gestión de Pedidos de Información, es decir, una plataforma electrónica para el procesamiento y la recepción de pedidos efectuados por la ciudadanía

**Replica en Gobiernos Locales:** Promover en los gobiernos locales acciones que mejoren la cultura cívica e instar a sancionar normativa local para el ejercicio del derecho de acceso a la información.



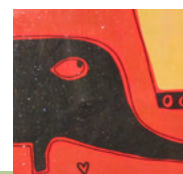
Relaciones con la Comunidad del Ministerio del Interior, con varios archivos, con áreas jurídicas, legales y técnicas... Empezamos en octubre de 2008 y nos reunimos semanalmente hasta julio de 2009, cuando terminamos el proyecto.

Tuvimos en cuenta todos los proyectos de ley con estado parlamentario, todos los antecedentes internacionales en la materia, y las leyes de otros países - fundamentalmente México, Nueva Zelanda y Canadá. Elaboramos un proyecto con alcances sobre el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, creando para el ejecutivo una autoridad de aplicación y diciendo que en determinado tiempo, cada uno de los poderes tenía que conformar su propia unidad de aplicación. Una vez que el proyecto fue revisado por un cuerpo de abogados del Estado, lo empezamos a circular en las áreas y difundir entre legisladores.

**P: Mirando retrospectivamente, y a partir de la experiencia ¿cómo debería estar estructurado, y cuál debería ser el rol del órgano de aplicación de una ley de acceso a la información?**

**MO:** Creo que el órgano de aplicación debe ser autárquico, pequeño, eficiente, con fuerte articulación con otras áreas del estado y con una dirección firme y avalada socialmente, que le permita resistir todo tipo de presiones.

Entrevista realizada por Ramiro Álvarez Ugarte y Micaela Finoli en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 15 de febrero de 2012.



# El derecho de acceso a la información en México: nuevos contextos institucionales

Sergio López Menéndez<sup>1</sup>

## Resumen

Este artículo revisa la evolución normativa e institucional del derecho de acceso a la información en México y analiza posibles efectos de dos reformas constitucionales recientes: una de ellas en materia de acceso a la información y la otra en materia de derechos humanos. Derivada de la segunda, se abre a posibilidad para que resoluciones pendientes en la Suprema Corte de Justicia de la Nación fortalezcan el derecho de acceso a la información. Asimismo, el artículo vincula este contexto institucional con las posibilidades de incidencia por parte de la sociedad civil, con acciones de litigio estratégico, con el uso de nuevas tecnologías de la información y con los principios y compromisos de la Alianza por el Gobierno Abierto<sup>2</sup>.

## I. Construcción institucional

La institucionalidad para garantizar el derecho de acceso a la información en México se ha desarrollado con rapidez. En el lapso transcurrido entre 2002 y 2007 fueron publicadas 32 leyes estatales de acceso a la información y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG). En julio de 2007 se reformó el artículo 6<sup>o</sup> texto constitucional<sup>3</sup> para reconocer el acceso a la información como un

---

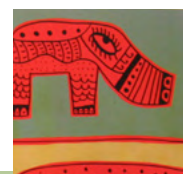
1 Licenciado en Ciencia Política y maestro en Comunicación por la Universidad Nacional Autónoma de México. Se desempeña como Director de Promoción y Vinculación con la Sociedad Organizada en el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI).

Las opiniones contenidas en este artículo son a título personal y no representan los puntos de vista del IFAI.

2 Es una iniciativa multilateral que busca asegurar un fuerte compromiso por parte de los estados en la promoción de la transparencia, el empoderamiento de los ciudadanos, la lucha contra la corrupción y el aprovechamiento de las nuevas tecnológicas con fines de fortificar la gobernabilidad. Está conformado por comités gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil. Para más información: <http://www.open-govpartnership.org/>.

3 Artículo 6<sup>o</sup>:

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:



derecho fundamental.

A este contexto normativo hay que agregar una reforma constitucional de gran calado en materia de derechos humanos<sup>4</sup>, publicada el 10 de junio de 2011, que permitirá interpretar –o impugnar– las leyes vigentes y las resoluciones de los organismos que a nivel estatal y federal garantizan el derecho de acceso a la información (DAI) a la luz de tratados internacionales firmados por México y de los fallos y resoluciones de los organismos internacionales competentes.

Además de este andamiaje normativo,<sup>5</sup> en México se han utilizado tecnologías de la información y la comunicación (TICs) para publicar en las páginas de cada institución rubros obligatorios de información pública y gestionar solicitudes de información, sus respuestas y eventuales controversias suscitadas por usuarios inconformes. Veinticinco de las 32 entidades federativas, el Poder Ejecutivo de la Federación y ocho de los 18 llamados Otros Sujetos Obligados<sup>6</sup> por la LFTAIPG cuentan con un mismo sistema informático (<http://www.proyectoinfomex.org.mx/>) que estandariza en niveles importantes la experiencia de los solicitantes a lo largo y ancho del país. Esta tecnologización de un derecho fundamental es parte de las obligaciones creadas para el Estado con la reforma citada al artículo 6 constitucional.

Estudios recientes encaminados a evaluar la práctica y condiciones institucionales del derecho de acceso a la información concluyen que este sistema institucional para garantizar

---

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

Ver: <http://www.ifai.org.mx/Eventos/articulo6>

4 Entre las características más relevantes de dicha reforma se encuentra la redacción del artículo 1º Constitucional: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

5 A nivel federal hay que sumar a este panorama la aprobación de una Ley de archivos el 8 de diciembre de 2011.

6 Son los sujetos obligados por la LFTAIPG distintos a la Administración Pública Federal.



el derecho de las personas a acceder a información gubernamental funciona, a pesar de fallas, limitaciones y velocidades de desarrollo dispares.<sup>7</sup>

En menos de una década, las instituciones del Estado mexicano han sido confrontadas a una transformación administrativa de grandes proporciones que implica el reconocimiento de un derecho a nivel constitucional y la posibilidad de que éste sea interpretado por cualquier autoridad a la luz de la Constitución mexicana, de tratados internacionales y de fallos emitidos por organismos jurisdiccionales a nivel internacional. En términos llanos: una persona en México tiene hoy la posibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información en el marco de un edificio institucional inimaginable hace apenas una década.

Esta nueva institucionalidad garantista, alineada plenamente con el principio *pro omine*, genera contextos de exigencia institucionales y públicos para todo el aparato del Estado y despliega para los actores sociales, económicos y políticos nuevas potencialidades transformadoras.

## II. El ejercicio de un derecho

A nivel federal, y para el caso exclusivo de las poco más de 240 instituciones dependientes del Poder Ejecutivo, las estadísticas disponibles aportan, al menos, tres conclusiones decisivas:

- i. Los sistemas electrónicos que permiten hacer solicitudes de información de manera remota, recibir respuestas e interponer controversias son indispensables para que el derecho de acceso a la información se ejerza.
- ii. Desde un enfoque garantista, el Estado debe robustecer sus políticas de transparencia para diagnosticar qué información es socialmente útil y ponerla a disposición de las personas en Internet.
- iii. Uno de los problemas centrales para acceder a la información pública es la declaración de inexistencia documental por parte de las instituciones públicas.

Las gráficas que aparecen a continuación ilustran estas conclusiones.<sup>8</sup>

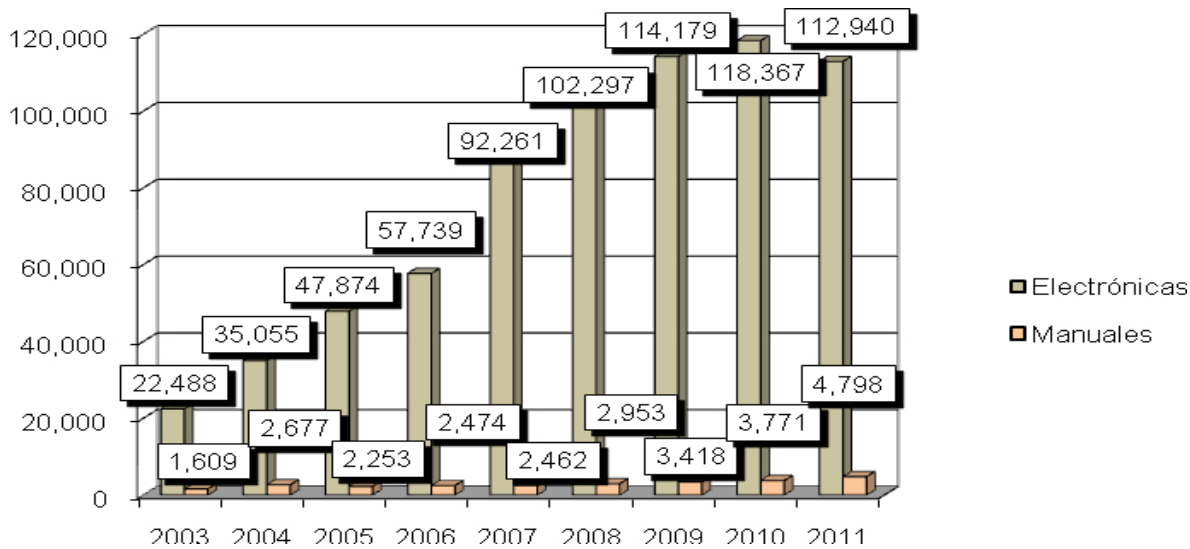
El Gráfico 1 compara el número de solicitudes (tanto de acceso a información pública como relacionadas con datos personales) que se han presentado por medios electrónicos con el de las realizadas directamente ante las oficinas públicas. Como puede verse, han sido las herramientas electrónicas el principal catalizador y propulsor del ejercicio del derecho de acceso a la información en México.

<sup>7</sup> Ver: <http://metricadetransparencia.cide.edu/metrica.html>.

<sup>8</sup> Todos los datos estadísticos están actualizados al 1º de diciembre de 2011. Las cifras referentes al Portal de Obligaciones de Transparencia (POT) están disponibles a partir de 2007, año en el que comenzó a operar dicho portal.

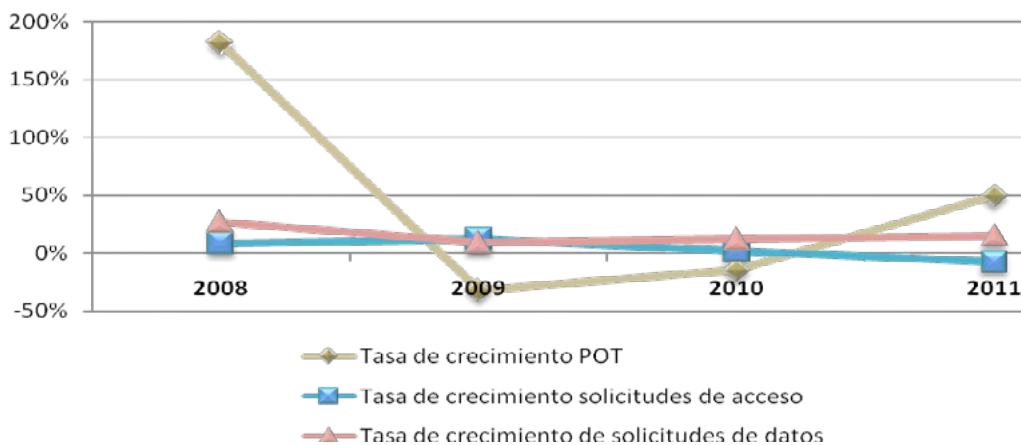


**Gráfico 1 – Solicitudes electrónicas y manuales (2003-2011)**



El Gráfico 2, a continuación, muestra las tasas de crecimiento de (i) las consultas realizadas al Portal de Obligaciones de Transparencia (POT) (<http://portaltransparencia.gob.mx>), sitio en el que es posible consultar los 17 rubros de información que por obligación de Ley (art. 7 de la LFTAIPG) las instituciones públicas dependientes del Ejecutivo federal mantienen actualizada en Internet; (ii) las solicitudes de acceso a información pública y (iii) las solicitudes para acceder o modificar datos personales. En todos los casos el universo de instituciones es el mismo.

**Gráfico 2 – Evolución de consultas POT, AI y Datos personales (2008-2011)**

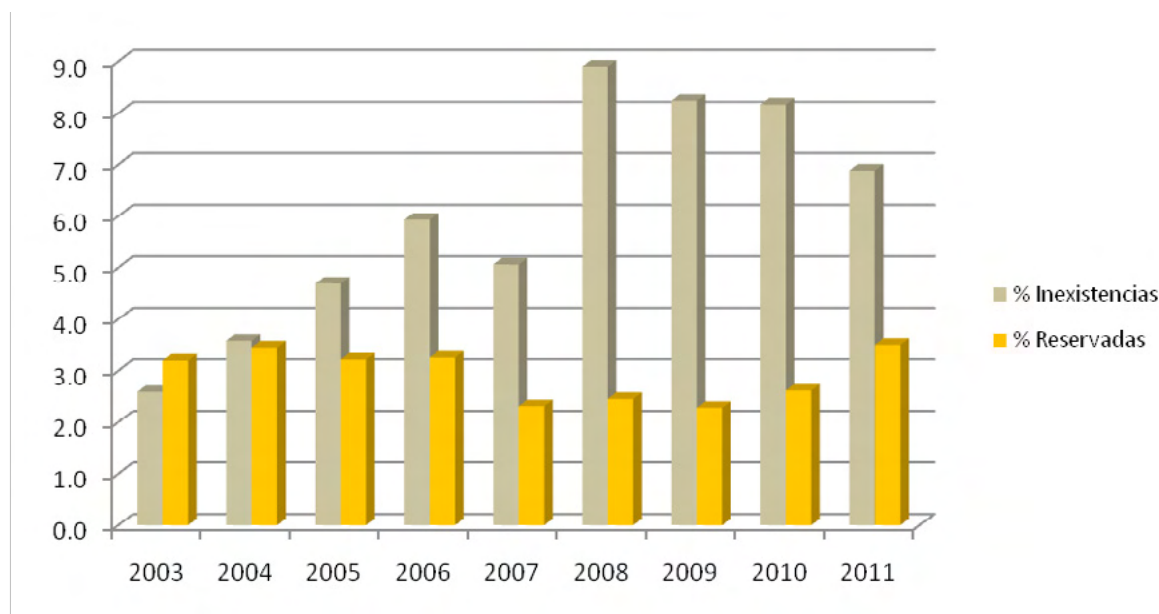


A la fecha de actualización de estos datos (<http://www.ifai.org.mx/Estadisticas/#estadisticas>), las consultas al POT suman un acumulado de 48.755.671 (período 2007-2011); mientras que las solicitudes de acceso a información pública suman 613.108 (período 2003-2011); y las solicitudes referentes a datos personales 116.507 (período 2003-2011).



Finalmente, el Gráfico 3 muestra que en el universo estudiado de instituciones públicas –aquellas que dependen del Poder Ejecutivo federal y la Procuraduría General de la República- existe una clara proclividad a declarar que el documento solicitado por un usuario de la LFTAIPG no existe. Como se observa, la inexistencia documental prevalece sobre la declaratoria de reserva de la información. Para fines de 2011, del total de respuestas emitidas por los sujetos obligados casi en el 7% de los casos no se entregó la información solicitada debido a que la institución la declaró inexistente.

**Gráfico 3 – Respuestas sobre información inexistente o reservada (2003-2011)**



### III. La fricción normativa y la judicialización del derecho de acceso a la información

Como si estuviera envuelto en un corsé incómodo, el derecho de acceso a la información no termina de asentarse con plenitud, no acaba por convertirse en una rutina procedimental ni despliega todo su potencial público. De 2002, año en el que vieron la luz las primeras leyes de acceso a la información en México (en los estados de Jalisco y Sinaloa) a 2011, se han realizado cerca de 75 reformas a leyes estatales. Este proceso de desgaste, de prueba y error, no tiene miras de culminar.

La reforma al artículo 6º del texto constitucional citada más arriba incluyó la obligación para los legislativos estatales y federal de reformar las leyes de acceso para ajustarlas con los principios y bases constitucionales. La idea central de la reforma fue garantizar un piso mínimo de calidad y operatividad para el aparato legal que regula el derecho de acceso a la información en los distintos órdenes de gobierno. El plazo para que este proceso fuera concluido por los poderes legislativos venció en julio de 2008.



A la fecha, el panorama es bien diverso: hay leyes que no han sido reformadas y otras que sí, pero los cambios no cumplen con lo previsto en el artículo 6 constitucional. Hay, incluso, leyes que han sido reformadas involuntariamente. La LFTAIPG, una ley de buena hechura original, no ha sido reformada por el Congreso federal y hoy está rezagada frente a algunos ejemplos estatales.<sup>9</sup>

El tema no es menor. La reforma constante de leyes de acceso a la información –además de la obiedad de restar certeza jurídica a los titulares del derecho de acceso a la información– ha ocasionado que ciertas disposiciones de leyes estatales hayan sido impugnadas ante el Poder Judicial mediante acciones de inconstitucionalidad. A éstas se suman controversias derivadas de la reforma a cuerpos normativos en otras materias que afectan el derecho de las personas para acceder a información gubernamental.

El Poder Judicial –la Suprema Corte de Justicia de la Nación– tiene en sus manos resoluciones capitales para el futuro del derecho de acceso a la información en México. A grandes rasgos, estas decisiones pendientes se centran en dirimir lo siguiente:

- i. Si las resoluciones de los organismos que garantizan el derecho de acceso a la información pueden y deben ser definitivas e inatacables para los sujetos obligados. Este tema ha hecho correr mucha tinta. El artículo 6 constitucional establece que los procedimientos para acceder a la información pública gubernamental deben ser expeditos y reconoce a todas las personas este derecho. La no definitividad y inatacabilidad de las resoluciones de los organismos garantes genera la posibilidad de que éstas sean impugnadas por los sujetos obligados ante tribunales administrativos. La discusión se ha centrado en la afectación que la prolongación del proceso ocasiona en los solicitantes de información y en si la definitividad e inatacabilidad de las resoluciones afecta intereses legítimos de los sujetos obligados. Afortunadamente, la reforma constitucional en materia de derechos humanos citada más arriba dará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación un marco normativo más favorable a la garantía de derechos fundamentales para pronunciarse sobre este dilema.
- ii. Si la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales establece que las averiguaciones previas contenidas en expedientes judiciales son información reservada. Textualmente, el Código establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 16.-[...]Al expediente de averiguación previa únicamente tendrán acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido o su representante legal. La averiguación previa así como todos los documentos, independientemente de su contenido o naturaleza, y los objetos, registros de voz e imágenes o cosas que le estén relacionados, son estrictamente reservados.*

*Para efectos de acceso a la información pública gubernamental, únicamente deberá proporcionarse una versión pública de la resolución de no ejercicio de la acción penal, siempre que haya transcurrido un*

<sup>9</sup> Ver nota 6.



*plazo igual al de prescripción de los delitos de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal Federal, sin que pueda ser menor de tres ni mayor de doce años, contado a partir de que dicha resolución haya quedado firme.*

*Si la resolución de no ejercicio de acción penal resulta de la falta de datos que establezcan que se hubiese cometido el delito, el Ministerio Público podrá proporcionar la información de acuerdo a las disposiciones aplicables, siempre y cuando no se ponga en riesgo indagatoria alguna.”*

Por supuesto, más allá de dirimir si las resoluciones de los organismos garantes pueden y deben ser definitivas e inatacables y si el artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales respeta la norma constitucional, el trasfondo del dilema de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es definir el tamaño y los alcances del derecho de acceso a la información en el seno de la función pública. En otros términos: las resoluciones pendientes enviarán señales sísmicas a todo el aparato del Estado y a los principales actores políticos sobre el grado de vulnerabilidad –o blindaje, como quiera verse– de la institucionalidad del derecho de acceso a la información.

Grave sería, por ejemplo, que a través de legislación secundaria en materias específicas –como la seguridad pública– pudiera acotarse un derecho fundamental. La gravedad no reside solamente en la contención de un derecho a partir de consideraciones que no tengan que ver con procedimientos de armonización con otros derechos fundamentales, con ejercicios de ponderación de distintas libertades en fricción. Descansa, sobre todo, en la lógica que una sociedad imagina para el sentido del funcionamiento del Estado: una orientación garantista o una orientación subsumida a la razón de Estado y los *arcana imperii*.

Sin duda, el reconocimiento del acceso a la información pública gubernamental como un derecho fundamental genera poca simpatías entre actores tradicionalmente beneficiados por la existencia de vías para cooptar la acción del Estado y por actores políticos y cuadros administrativos que otorgan más valor a la eficiencia y la gobernabilidad que al fortalecimiento de aparatos públicos orientados a la garantía y expansión de derechos fundamentales. No es este el lugar apropiado para discutir si efectivamente el derecho de acceso a la información reduce la eficiencia y la gobernabilidad. Basta señalar que dichos actores movilizan resistencias al interior del Estado –particularmente a través de su función legislativa– orientadas a reducir los alcances del derecho de acceso a la información y su posible imbricación con la institucionalidad encargada de la rendición de cuentas.

Las constantes modificaciones del aparato legal –menores atribuciones para los organismos garantes del derecho de acceso a la información, costos de acceso a la información elevados, diseño institucional deficiente, torpes mecanismos de aplicación de responsabilidades, etc.– y las prácticas encaminadas a acotar el acceso a la información –reserva discrecional de información, cooptación de los propios organismos de control del Estado por parte de los poderes Ejecutivos, etc.– serán frecuentes mientras la clase política no haga un pacto de largo plazo para dar a este derecho la estabilidad que requiere.





Al menos en México, esta clase de pactos generaron avances indudables en materia electoral y pueden darse en el tema de este artículo. Por supuesto, el nuevo esquema de control de la convencionalidad y de la constitucionalidad generado por la reforma constitucional en materia de derechos humanos citada más arriba, da al Poder Judicial un peso específico sin precedentes en la determinación del futuro del derecho de acceso a la información.

## **IV. El derecho de acceso a la información y la reconstrucción de lo público**

Como muchos países en Latinoamérica y en el mundo, México vive los efectos de la resaca neoliberal en aspectos de la vida social que trascienden lo meramente económico. Diversos observadores han llamado la atención sobre los efectos que las políticas derivadas del Consenso de Washington tienen en la vida pública y en los discursos sobre las obligaciones del Estado para garantizar derechos fundamentales.<sup>10</sup>

Además de lo señalado en los apartados anteriores, especialmente en lo referente al control de la convencionalidad y la constitucionalidad, en el horizonte mexicano hay al menos seis factores directamente relacionados con el derecho de acceso a la información que pueden vincularse a la reconstrucción de lo público, como una vía para incidir en las decisiones de Estado que afectan la vida de millones de personas. Estos factores son:

- i. La construcción de indicadores derivada del artículo 6 constitucional
- ii. La relación del derecho de acceso a la información con el sistema de rendición de cuentas
- iii. Acciones de litigio estratégico emprendidas por organizaciones civiles
- iv. Funcionamiento de espacios de participación ciudadana
- v. La Alianza por el Gobierno Abierto
- vi. El acceso a Internet como un derecho fundamental

La reforma al artículo 6 constitucional tiene un mandato muy poco explorado pero de grandes posibilidades transformadoras: la obligatoriedad, para todos los sujetos obligados, de publicar sus indicadores de gestión. Textualmente, la Constitución dispone lo siguiente:

*“V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.”*

En México, los indicadores de gestión rara vez sirven para evaluar con precisión la efectividad de las políticas públicas. Más aún: difícilmente las políticas públicas se definen con base en la información de la que disponen los propios tomadores de decisión. Desde la

---

<sup>10</sup> Joseph Stiglitz, Paul Krugman, Tony Judt, entre otros.



construcción y aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación hasta el mantenimiento inercial de programas sociales de subsidio, en México es evidente que las decisiones gubernamentales no suelen estar fundadas en información pertinente y oportuna. En términos llanos: la información en México no es un insumo para dotar de racionalidad a las políticas públicas, a las decisiones de los actores políticos o a las agencias del Estado encargadas de la fiscalización o el control.<sup>11</sup>

La reforma al artículo 6 constitucional lleva en su código genético la misión de transformar la práctica administrativa del país. El mandato constitucional de publicar en Internet los indicadores de gestión busca, fundamentalmente, dos cosas: (i) construir instrumentos pertinentes, veraces, que permitan evaluar y ponderar la pertinencia de las políticas pública y sus efectos; y (ii) dotar a los actores involucrados con la rendición de cuentas horizontal y vertical de insumos adecuados para deliberar sobre las decisiones de las instituciones públicas.

Se trata, como se ve, de una reforma de largo aliento, transformadora, que busca dotar a los actores que concurren en el espacio público de calorías suficientes para energizar el debate sobre las acciones del Estado y sus fines. Teniendo como horizonte un Estado de bienestar renovado, la reforma constitucional al artículo 6º en México es uno de los pilares más importantes para, ni más ni menos, repensar los fines del Estado e imprimirles un sentido garantista.

En México, sobre todo a partir del trabajo realizado por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)<sup>12</sup>, una institución académica pública de educación superior, se ha reflexionado insistentemente sobre la necesidad de vincular los efectos y la lógica del aparato institucional del derecho de acceso a la información con los mecanismos e instituciones encargados de la rendición de cuentas. La premisa del trabajo del CIDE es que la estructura de la rendición de cuentas en México, en los distintos órdenes de gobierno, está desarticulada. Pero más allá del planteamiento primigenio, el trabajo desarrollado por sus investigadores pone el dedo en una llaga supurante: la información gubernamental –en los casos en que existe– no es el origen y fundamento de la toma de decisiones. Justamente por ello, la reforma al artículo 6º constitucional tiene dimensiones transformadoras inexploradas: se trata de sumir al Estado en una lógica virtuosa de producción de información pertinente oportuna, veraz, y disponible para todos que permita entender, comparar, evaluar y debatir sobre los efectos de la política pública.

Si bien algunas leyes estatales de acceso a la información<sup>13</sup> han otorgado a los organismos encargados de garantizar dicho derecho la facultad de sancionar a funcionarios públicos que incumplen las disposiciones en la materia, las disposiciones de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental otorgan dichas capacidades a la Secretaría de la Función Pública, dependencia encargada del control interno de las instituciones de la Administración Pública Federal. Hasta el momento, el esquema

11 Ver La estructura de la rendición de cuentas en México, Merino, López-Ayllón y Cejudo (coords.), CIDE-UNAM. México, 2010. (<http://www.rendiciondecuentas.cide.edu/>).

12 La Red por la Rendición de Cuentas es un ejemplo: <http://www.rendiciondecuentas.org.mx/>

13 Para consultar dichas leyes: <http://www.ifai.org.mx/OtrasInstituciones/#vinculacion>



contemplado en la Ley Federal ha generado pobres resultados, al grado de que organizaciones civiles han solicitado la publicación del número de servidores públicos sancionados por violar disposiciones de la LFTAIPG.

Por supuesto, la insuficiencia de información procesada, pertinente y disponible dificulta enormemente orientar las funciones de fiscalización y control hacia la evaluación de la política pública con fines correctivos. Más aún: justo porque los indicadores de gestión son defectuosos, no es posible vincular la función pública con finalidades expresas del Estado en términos de bienestar público.

En México, las acciones de litigio estratégico emprendidas por organizaciones civiles han cumplido la venturosa función de expandir y definir las obligaciones del Estado en relación con derechos fundamentales.<sup>14</sup> Las reformas constitucionales mencionadas en el primer apartado de este artículo han dotado a la sociedad civil interesada en la defensa y progresividad de los derechos fundamentales de un marco para la incidencia sin precedentes. Teniendo como objetivo el derecho de acceso a la información o haciendo uso de él para exigir la ampliación o garantía de otros derechos, la sociedad civil ha realizado acciones de incidencia que han forzado al Poder Judicial de la Federación –la Suprema Corte de Justicia de la Nación– a emitir fallos que, en pocas palabras, crean Estado.

En realidad, las disposiciones del artículo 6º constitucional en su conjunto tienen un magnífico potencial para la acción pública de actores sociales. En primer lugar –algo obvio–, reconocen el derecho a conocer información pública bajo la premisa de la máxima publicidad como principio de interpretación de todas las normas; en segundo término, abren la posibilidad de debatir e incidir sobre la pertinencia de los indicadores de gestión y su utilidad para tomar decisiones presupuestarias y de política pública. El derecho de acceso a la información ha dotado a la sociedad civil organizada de un instrumento para imprimir racionalidad a la política pública: es la propia información gubernamental la que es utilizada para demostrar que no siempre el gobierno toma las mejores decisiones.

La inédita sumisión de México a los mandatos de los tratados internacionales y a la normatividad emanada de la acción jurisdiccional de los organismos internacionales encargados de su interpretación –a partir de la reforma citada en materia de derechos humanos<sup>15</sup>– fortalecen las posibilidades de acciones de litigio estratégico encaminadas a fortalecer el régimen de libertades. Si bien está por verse el rumbo que toma el control difuso de la convencionalidad, es probable –y deseable– que éste tenga un impacto relevante en el nivel de gobierno subnacional.

En pocas palabras, la sociedad civil relacionada con la defensa de derechos humanos tiene en México condiciones institucionales favorables para su incidencia en la definición

14 La Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos con el Caso Radilla, un activista desaparecido durante la década de los setenta; Fundar. Centro de Análisis e Investigación, con el llamado Caso Dupont en materia ambiental; Sonora Ciudadana, con el Caso Abel Montenegro, en materia de salud, etc.

15 Casos de litigio estratégico, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado Mexicano y la reforma constitucional citada han creado las posibilidades concretas para un control de la convencionalidad que si bien era posible conforme a la letra no se aplicaba *de facto* en las resoluciones del Poder Judicial y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



de lo que constituye el interés público. Este concepto, vago y escurridizo, será afinado a golpes de litigio estratégico y, poco a poco, se delinearán la frontera entre lo público y lo reservado. Desde esta perspectiva, y una vez más, el Poder Judicial se convertirá en un actor relevante para la construcción del espacio público en el país.

Lo dicho hasta aquí debe analizarse a la luz de los distintos y diversos factores que inciden en la fortaleza y capacidad de la sociedad civil para incidir en lo público.<sup>16</sup> Sobre todo a la luz de trabajos realizados por Ernesto Isunza, Alberto Olvera y Felipe Hevia, queda claro que en México los espacios de participación ciudadana no son plenamente funcionales. Por supuesto, su operatividad es un tema de alta complejidad y que merece discutirse en otro espacio. Para este artículo, sin embargo, resulta relevante enfatizar que los mandatos de los artículos 1º y 6º constitucionales dan a dichos espacios, mal que bien, la posibilidad de trascender la reducida amplitud del concepto de control social que los anima.

El debate sobre la funcionalidad de los espacios institucionalizados para la participación ciudadana –consejos consultivos, contraloría social, etc.– será revitalizado a la luz de los preceptos constitucionales citados y habrá mayores posibilidades para que dichos espacios resulten en ejercicios efectivos de rendición de cuentas. El control social, pensado como un derecho que el Estado otorga a beneficiarios de programas sociales de subsidio, es trascendido por el derecho de acceso a la información.

A raíz de una iniciativa del gobierno de Barack Obama presentada ante la Organización de las Naciones Unidas a fines de 2010, se ha constituido la Alianza internacional por el Gobierno Abierto ([www.opengovpartnership.org](http://www.opengovpartnership.org)), de la cual México forma parte. La Alianza –entre otras cosas– busca fomentar políticas de transparencia agresivas que incluyan la participación ciudadana a través del uso estratégico de información gubernamental. El concepto de gobierno abierto –que hace de la información un bien público consumible y transformable por parte de las personas– quizá sea un motor adicional para que en México el Estado reflexione sobre su papel de principal generador de información.

La virtud anti-tecnocrática de este concepto es que parte del supuesto de que no necesariamente es el Estado la entidad que puede determinar con mayor efectividad qué uso de la información es el más afortunado para el interés público. Surge justamente de la hipótesis contraria: que son las personas y su experiencia una fuente importante de reflexión para dotar a la información cruda de sentido y finalidades sociales específicas. Las estadísticas presentadas en el segundo apartado de este artículo refuerzan con creces la impresión de que la información ya disponible y consultable en Internet es un insumo de gran impacto público.

Es evidente que la publicación de bases de datos y documentos en formatos abiertos es un insumo importante para organizaciones civiles y actores que buscan incidir en el diseño, la implementación y la evaluación de políticas públicas. Información presupuestaria, cumplimiento de metas, niveles de sub-ejercicio de gasto, obra pública, aplicación de sanciones, padrones de beneficiarios, implementación de políticas de equidad de género, calidad de escuelas y evaluación de profesores, contaminantes detectados en agua y aire

---

16 El financiamiento, la institucionalidad, la capacidad de interlocución técnica con el Estado, etc., son sólo algunos de dichos factores.

y muchos otros temas –bajo la lógica del gobierno abierto- requieren de bases de datos para ser monitoreados, estudiados a lo largo del tiempo, comparados geográficamente o por órdenes de gobierno. Y esas bases de datos estarán –o deberían estarlo- disponibles en formatos que permitan no sólo su consulta sino su procesamiento, reordenamiento y análisis a partir de necesidades de usuarios específicos.

El Estado mexicano ha presentado ante la Alianza por el Gobierno Abierto diversos compromisos.<sup>17</sup> Existen al menos tres buenas noticias:

- Uno de los ejes rectores del trabajo de los países que forman parte de la Alianza debe ser la participación de la sociedad civil. En México, por lo tanto, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos y las instituciones del Estado, deberán trabajar en procesos de intercambio, consulta y discusión con organizaciones civiles para determinar objetivos comunes y estrategias para alcanzarlos.
- La duración de la Alianza rebasará –esperemos- nuestra lógica de recambio gubernamental sexenal. Sea quien sea la persona que resulte ganadora en la elección presidencial de julio de 2012 se encontrará con un nivel de exigencia que incluye testigos internacionales.
- La noción de dato abierto e interoperabilidad (a grandes rasgos: la existencia de datos en formatos transformables por los usuarios y la posibilidad de que las diversas bases de datos puedan interconectarse a gusto de los usuarios para hacer cruces y generar nuevo conocimiento, nuevas interpretaciones) rebasa conceptualmente las actuales obligaciones de transparencia presentes en las leyes estatales y federal de acceso a la información en México. Esta experiencia debería retomarse como una nueva noción para el diseño de leyes de acceso y para el otorgamiento de atribuciones a los organismos que garantizan el derecho de las personas a la información gubernamental.

Como se ve, existe un contexto nada despreciable para el avance del derecho de acceso a la información en México, a pesar de resistencias en zonas de la acción del Estado (marcadamente en materia de seguridad pública y secreto fiscal) y actores específicos.

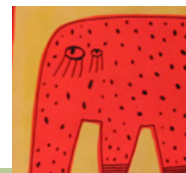
La experiencia mexicana en materia de acceso a la información ha sido pionera en la inserción de las tecnologías de la información en el ejercicio de derechos fundamentales. El panorama nacional en el uso de dichas tecnologías, sin embargo, es triste. De acuerdo con estadísticas para el año 2010 generadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en México cerca de 33 millones de personas usaban Internet. El porcentaje de hogares con conexión a la red era del 22%. Y el 60% de los hogares que no disponen de Internet declaran no contar con el servicio por no poder costearlo.

En un panorama donde la tecnología es el medio para ejercer derechos y libertades, resulta evidente que la segregación tecnológica –tanto en la falta de conocimiento como la falta de infraestructura para su uso- redundará en su limitación. Con el ejemplo de países europeos nórdicos, México debe encaminarse al reconocimiento constitucional del derecho al acceso a Internet. Sin duda, este cambio sería un espléndido cimiento para edificar una so-

<sup>17</sup> Ver: <http://www.ifai.org.mx/GobiernoAbierto>



ciudad de información equitativa, con mejores posibilidades para el ejercicio de derechos y libertades y con una esfera pública más racional, con mejores niveles argumentativos y criterios más claros para la toma de decisiones de actores estatales, políticos y sociales.



# Para qué le sirve a los periodistas el gobierno abierto.

## La falacia del mundo transparente

Mariano Blejman<sup>1</sup>

Se supone que la información pública es pública: debe estar disponible para todos de una forma que pueda ser usada, copiada y estudiada libremente. Pero que la información pública esté pública no significa que realmente sea utilizable por todos. La digitalización de las sociedades permitiría, en primera instancia, tener a disposición los datos, las fuentes, y los recursos digitales de todas las áreas de gobierno y las implicadas con las empresas privadas. Se presume que un gobierno abierto debería ser más transparente que un gobierno que oculta su información, al menos su información de gestión. Pero la manipulación de los datos digitales también asegura una cierta velocidad en la modificación virtual de la realidad.

La idea del gobierno abierto es una corriente mundial que pregona que cientos de gobiernos en todo el mundo, y otras organizaciones que lo hacen desde el tercer sector, liberan la información de manera digital para que esta pueda estar accesible. Desde la perspectiva periodística, los datos abiertos funcionan como grandes fuentes digitales. Pero la idea de *open data* no asegura transparencia *per se*, sólo genera sensación de transparencia si no hay trabajo periodístico encima. Es necesario que los periodistas “intervengan” esas plataformas digitales para encontrar historias allí, para verificar datos, para corroborar fuentes.

A partir de la experimentación y el intercambio entre el periodismo y la programación de software ha comenzado a conformarse un campo absolutamente novedoso en los más de trescientos años que lleva la crónica cotidiana (a partir de 1702, con el primer periódico cotidiano: el Daily Courant de Londres). Si bien hace ya quince años que los medios trabajan sobre Internet, y la temática de los datos o las infografías ha dejado de ser una novedad, la corriente de periodismo de datos (*datajournalism*) es relativamente nueva y más aún en América Latina. En las principales redacciones del mundo, el trabajo cotidiano junto a programadores ha sido un gran paso para generar valor agregado a los contenidos periodísticos, ya que contribuye a recuperar la fidelidad, el contrato de lectura, la cercanía con los usuarios, la apertura de los procesos productivos (*open journalism* o periodismo abierto), y suma valor al uso de las redes sociales. No se propone, al menos

---

<sup>1</sup> Es editor en Página/12, co-fundador de Hacks/Hackers Buenos Aires y emprendedor en temas de periodismo de datos (Data Journalism). También es columnista en radio Continental en La Vuelta de María O'Donnell y en televisión.



desde este espacio, que el periodismo de datos sea el único tipo de periodismo, ni suspender la escritura en todos sus géneros: es simplemente un género más que ofrece un gran valor, aumenta la permanencia de consumo y es difícil de trasladar.

Se supone que un periodista sabe contar historias, sabe dónde buscar algunos datos, tiene capacidad interpretativa y analítica. Y los programadores de software tienen una gran capacidad para trabajar con esos datos, aunque muchas veces carecen de mirada periodística o interpretativa. Sin embargo, hay muchísimos programadores de software que tienen un alto sentido de responsabilidad social, y que están dispuestos a aportar su conocimiento para contar historias o realizar investigaciones. El periodismo de datos es una atractiva resignificación para el trabajo cotidiano de miles de programadores, muchos de los cuales trabajan para grandes empresas en proyectos en los que no se ven involucrados. En varios medios de los Estados Unidos y Reino Unido ya están trabajando juntos de manera cotidiana, y aquí se empiezan a ver algunos proyectos en ese sentido. Para los periodistas, significó ingresar a un mundo de posibilidades ilimitadas.

El principal lugar de desarrollo de periodismo de datos es el diario *The New York Times* (bajo el mando de Aron Pilhofer), que cuenta con un equipo de 20 personas y seguirá creciendo. Pero también hay grandes casos en *The Guardian*, el *Zeit On Line* y el equipo de la *BBC News* interactivo, que muestra una estructura impresionante. En Argentina, el diario *La Nación* lleva la avanzada en la estructuración de una redacción integrada. En abril de 2012, y con el auspicio de la Open Knowledge Foundation, se presentó en el Festival Internacional de Periodismo<sup>2</sup> que tuvo lugar en Italia el primer libro de periodismo de datos, *DataJour-*

<sup>2</sup> <http://www.journalismfestival.com/>

## Caso Claude Reyes y otros vs. Chile<sup>1</sup>

Ciudadanos del Estado de Chile y representantes de organizaciones ambientales solicitaron al Estado chileno información acerca del proyecto Río Cóndor, una iniciativa de deforestación que llevaría a cabo la empresa forestal Trillium. La información solicitada no fue entregada por lo que, tras agotar las instancias judiciales locales, los peticionarios recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La sentencia de la Corte, de septiembre de 2006, condenó al estado de Chile por violar el derecho de acceso a la información pública y ordenó a dicho Estado entregar la información solicitada por los ciudadanos y crear un mecanismo que asegure el derecho de acceso a la información pública. Ello dio lugar a la sanción de la nueva Ley 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de los Órganos de la Administración del Estado.

Este caso resulta emblemático ya que se trató de la primera vez que la Corte se pronunció sobre el derecho de acceso a la información, estableciendo entre otras cosas que este derecho es una herramienta instrumental para el ejercicio de otros derechos fundamentales así como también para el control del funcionamiento del Estado y la transparencia. El Estado de Chile cumplió con todas las medidas ordenadas por la Corte.

1. Cfr. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=245>.

2. En este caso la ADC presentó un escrito en calidad de "amigo del tribunal". Disponible en [http://www.adc.org.ar/sw\\_contenido.php?id=888](http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=888).



*nalism Handbook*, en el que colaboramos editores y periodistas de todo el mundo.

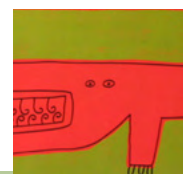
Los desarrolladores de aplicaciones periodísticas (“news app developer”) están dando lugar a un nuevo género con resultados más que interesantes en algunos medios digitales. Por ejemplo, en Prepublica.org se encuentra disponible una base de datos llamada “Dollars For Docs” que publica información sobre el dinero que reciben los médicos de parte de los laboratorios farmacéuticos.

Los periodistas trabajamos sobre la base de la información que está disponible o que podemos conseguir por distintos medios. Hay varias ONG que piden sistemáticamente la mejora de la información pública, y existen algunos mecanismos para pedir que se libere cierta información. La idea de la transparencia gubernamental a través de la liberación de datos en Internet mejora la relación con los ciudadanos pero también puede ser engañosa. Porque la liberación de datos digitales sistemáticos no asegura la transparencia si no hay un análisis interpretativo y cotidiano de esos datos. Además, los gobiernos encuentran la manera de ir cumpliendo con las leyes de gobierno abierto y al mismo tiempo ir poniendo trabas o falsas liberaciones. Los periodistas no estamos preparados para poder manejar grandes volúmenes de datos con velocidad. En todas las redacciones empezará a ser necesario tener periodistas capacitados no para programar pero sí para poder conversar de cerca con los programadores, y que sepan qué pueden hacer, qué herramientas tienen que pedir. El caso de *The Guardian* es emblemático: con muy poquitas personas hacen coberturas y visualizaciones realmente buenas y lo mejor es que son muy rápidos.

A través de la experiencia de Hacks/Hackers Buenos Aires <sup>3</sup> (abril de 2011), que lanzamos con Martín Sarsale, Guillermo Movia, Mariana Berruezo y César Miquel, ayudó a estimular el uso de nuevas herramientas digitales en los medios, e incentivó a editores, periodistas y organismos del tercer sector a trabajar en problemáticas desde la apertura de los datos. También hemos trabajado con programadores, capacitándolos en la tarea de contar historias con datos. Durante 2011 hicimos cuatro *hackatones* (encuentros participativos organizados por Hacks/Hackers, también llamados maratones de hackeo) específicamente dedicados a resolver problemas de contenido y aplicaciones periodísticas, y en abril de 2012 realizamos un *hackatón* para resolver un problema de visualización de líneas de tiempo. En Buenos Aires, en Chile y México están apareciendo productos y proyectos, y los programadores comienzan a llegar a las redacciones. Los medios tradicionales romperán la inercia cotidiana, y se apropiarán de los datos como siempre supieron hacerlo. Los medios serán plataformas, lugares de destino, espacio para el análisis y la interacción, y la posibilidad de comprender el significado de los datos. Aquellos medios que acierten en esto habrán encontrado la forma de recuperar valor agregado en esta marea digital.

---

<sup>3</sup> Hacks/Hackers es un espacio de intercambio conformado por periodistas y programadores de software que se reúnen en todo el mundo para colaborar en la construcción del futuro de los medios de comunicación. Es un espacio de “networking” que permite encontrar relaciones, productos, servicios e ideas entre periodistas y tecnólogos. Fue creado por Burt Herman (Storify.com) y Aron Pilhofer de The New York Times y tuvo su primer encuentro en San Francisco en noviembre de 2009 y actualmente cuenta con miles de miembros de todo el mundo. En abril de 2011 se abrió en Buenos Aires el capítulo local de Hacks/Hackers. <http://www.meetup.com/HacksHackersBA/>.



# Metáfora para la Alianza por el Gobierno Abierto<sup>1</sup>

Susan Crawford<sup>2</sup>

Los nuevos campos tardan en emerger. Beth Noveck realizó una enorme contribución al campo del gobierno abierto cuando escribió *Wiki Government*. Y luego hizo una contribución aún mayor cuando busco llevar su libro a la práctica mediante la implementación de soluciones tecnológicas en todo el gobierno federal de los Estados Unidos. Ella lideró –y liderar es una palabra muy débil, pero es la que tenemos– el desarrollo de la *Iniciativa por el Gobierno Abierto* (Open Government Initiative, en inglés) de la administración de Barack Obama, lo que implicó impulsar en todas las agencias gubernamentales el uso de herramientas tecnológicas para facilitar la transparencia, la rendición de cuentas y la colaboración.

El lanzamiento de la *Alianza por el Gobierno Abierto* (Open Government Partnership, en inglés) será otro gran momento para este nuevo campo. Docenas de países se han comprometido a emprender esfuerzos de gobierno abierto. Entusiastas en políticas públicas de todo el mundo vendrán a New York City; el evento arrojará luz sobre avances tecnológicos, revoluciones en materia de datos abiertos y reformas legales. Las personas que creían que estaban trabajando solas hace un año se encontrarán con que son parte de una comunidad y de un movimiento.

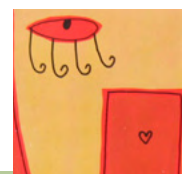
El Gobierno Abierto es muchas cosas –de todo, desde esfuerzos anti corrupción hasta *crowd sourcing* de las mejores ideas. (...) Es tantas cosas que es difícil describirlo como un *campo* aislado. Esto es importante, porque genera problemas para que los financiadores destinen fondos, para que los maestros enseñen y para que las personas dentro de los gobiernos puedan entenderlo e implementarlo.

Lo que hace que un campo funcione es un límite, una frontera que lo diferencie a él de todo lo demás.

Aquí ofrezco una forma de pensar al gobierno abierto. Hay una diferencia entre estar “adentro” del gobierno o “afuera” cuando nos referimos a decisiones finales sobre políticas públicas, asignación de fondos o el legítimo uso de la fuerza. Este se puede ver si pensamos al gobierno como una célula o un conjunto de células –si esa imagen facilita

<sup>1</sup> Este artículo fue traducido del inglés al español por Ramiro Álvarez Ugarte.

<sup>2</sup> Es doctora en derecho de la Universidad de Yale, profesora en la escuela de derecho Benjamin Cardozo y fue miembro del board del Internet Corporation for Assigned Names and Numbers y fundadora de OneWebDay. Además trabajó en la Comisión Federal de Comunicaciones y fue elegida como asesora de Obama en el área de Ciencia, Tecnología e Innovación.



la comprensión – que tiene millones de elementos sumamente interesantes dentro de su membrana. Pero lo relevante es que tiene una membrana: hay una diferencia entre lo que hay adentro y lo que hay afuera. Hay elementos de gobierno, una cierta visión de lo público que es necesaria para el funcionamiento del cuerpo político.

El Gobierno Abierto es el esfuerzo por hacer que esa membrana sea permeable de un modo útil. En otras palabras, este movimiento alrededor del mundo está dirigido a enriquecer las relaciones entre lo que ocurre por fuera de la membrana y lo que ocurre adentro. Entonces, la célula provee servicios a lo que la rodea y, a la vez, es sostenida y mantenida por eso que está afuera. La información fluye a través de esta membrana en dos direcciones. En primer lugar, las decisiones que se toman en el interior están informadas por recursos expertos que están afuera; lo que se inicia afuera conoce la información que hay adentro.

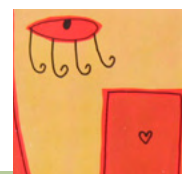
La célula puede tener ciertos secretos: eso es probablemente ineludible. Pero tiene 360 grados de conexión con su ambiente y es capaz de escuchar y aprender. La función de la parte interior de la célula es más sana si la membrana es lo suficientemente transparente y recibe de ese modo nuevas ideas. Las que van en la otra dirección –desde adentro hacia fuera– necesitan ser persuasivas, no sólo mandatos obligatorios. Y todo ello sirve a la democracia: el interior se ve obligado a servir al todo.

En otras ocasiones se ha utilizado la palabra *interfase* (entre el gobierno y el pueblo) para cumplir esta función metafórica. Pero esa palabra, para mí, no captura todas las cosas que la idea de una célula podría capturar –la riqueza y el (a veces caótico) ir y venir entre lo que está adentro y lo que está afuera, mientras se mantienen las dos esferas separadas. La célula se recrea a sí misma de un modo constante, y se mantiene de todas formas como una estructura coherente. Además, en algunas ocasiones, hay filtraciones.

Si la célula sólo comunicase edictos, o si tuviera un funcionamiento tan endeble que no hubiera razones para filtrados hacia adentro o hacia fuera, no tendría una relación particularmente fuerte con lo que la rodea. Sería frágil, demandante, estridente (no se si una célula puede ser estridente, pero acéptenme la metáfora por ahora) y con una tendencia a reaccionar de manera imprevista y violenta. ¿No es mejor tener una puerta siempre abierta que comunica lo que está afuera con lo que está adentro?

Ahora bien, esta metáfora no nos ayuda a decidir cuanta apertura es “suficiente”, o cómo deberíamos priorizar recursos o esfuerzos para producir los mejores resultados sobre nuestras democracias. Pero permite hablar por fuera de la jerga técnica acerca de la vitalidad de toda la empresa del gobierno abierto, y puede cubrir casi cualquier temática. ¡Presupuestos participativos! ¡Pedidos de acceso a la información! ¡Datos compartidos! ¡Código abierto! Todos éstos elementos pueden ser entendidos como funciones de una membrana permeable.

Si la membrana hace su trabajo, el interior de la célula cambia y aprende constantemente. También puede mantener su propia temperatura y sentido de bienestar, de modo que pueda seguir funcionando sin estropearse.



# Aborto no punible. A cuatro meses de “F.,A.L. s/medida autosatisfactiva”. ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?

Mercedes Cavallo<sup>1</sup> y Roberto Amette<sup>2</sup>

## I. Introducción

Desde 1921, el artículo 86 inciso 2 del Código Penal (CP) lee:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible: (...) 2º) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

Durante décadas se debatió si el art. 86.2 CP permitía el aborto para todos los casos de mujeres violadas, o si sólo operaba cuando la mujer violada era, además, discapacitada intelectual/mental. Esta polémica, sumada a muchas otras relativas al alcance del art. 86, en cuanto a los permisos para abortar en caso de peligro para la salud o la vida de la mujer<sup>3</sup>, determinaron una situación de inaccesibilidad sistemática a los abortos no punibles<sup>4</sup>.

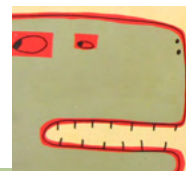
---

1 Abogada graduada de la Universidad Torcuato Di Tella (2007), Magister (LL.M.) en Derechos Sexuales y Reproductivos de la Universidad de Toronto (2009), Postítulo en la Universidad de Chile (2011). Durante 2007 y parte de 2008, ocupó el cargo de Prosecretaria Administrativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En 2009 fue pasante en la Irish Family Planning Association y fue asistente legal ante la Corte Europea de Derechos Humanos. En 2010 y 2011 fue abogada litigante en el estudio JC Abogados y Asociados. En 2011 comenzó a integrar el Consejo Asesor de Salud Adolescente del Ministerio de Salud de la Nación. Desde noviembre de 2011 es Directora del Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

2 Abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires en la orientación de derecho penal (2011). Trabajó en la Subsecretaría de Derechos Humanos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires donde se dedicó a diferentes aspectos relacionados con las consecuencias del Terrorismo de Estado en nuestro país y otras violaciones a Derechos Humanos. De 2008 a mayo de 2012 integró el área de Litigio en la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Actualmente se desempeña como oficial en Unidad de Asistencia para Causas por Violaciones a los DDHH durante el Terrorismo de Estado.

3 Para más sobre los debates respecto del alcance de las causales, ver: <http://www.cuestiondederechos.org.ar/index.php?action=numeros&numero=1>

4 Para una descripción pormenorizada de casos de inaccesibilidad al aborto no punible en Argentina, ver Silvia Juliá, “«L.M.R. vs. Estado Argentino» patrón de violaciones” en Díaz, Estela et al (2011) *L.M.R. contra Estado Argentino: Acceso a la Justicia en un caso de Aborto Legal*, Católicas por el Derechos a Decidir,



El 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló sobre el alcance del permiso para abortar en casos de violación. El caso había sido previamente decidido en marzo de 2010, por el Tribunal Superior de la Provincia de Chubut, que resolvió favorablemente el pedido de aborto de una niña de 15 años que había sido violada por su padrastro (S.T. de Chubut, F.,A.L., 2010).

Luego de que el aborto fuera practicado, el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut, en su carácter de Tutor *Ad-Litem* y Asesor de Familia e Incapaces, interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el fallo “F.,A.L. s/medida autosatisfactiva” (CSJN, F.,A.L., 2012), la Corte Suprema estableció que el aborto no es punible cuando el embarazo provenga de una relación sexual no consentida. Además, el Máximo Tribunal afirmó que no se requiere autorización judicial previa ni denuncia policial previa para acceder al aborto en estos casos. Finalmente, la Corte exhortó al Estado Nacional y a los Estados Provinciales a que sancionen protocolos que regulen el efectivo acceso a los abortos no punibles.

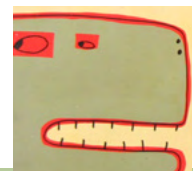
Las reacciones a la exhortación a los poderes ejecutivos y legislativos fueron variadas. Autoridades de algunas jurisdicciones recibieron con beneplácito la sentencia de la Corte, pero, a la fecha de cierre de este artículo [julio 2012], aún no adecuaron su reglamentación; otras adecuaron su normativa casi inmediatamente; otras no se manifestaron o se manifestaron en contra y aún no adecuaron sus regulaciones; otras están discutiendo las reformas en sus respectivas legislaturas; y otras se manifestaron en contra aunque luego regularon en algún sentido.

Si bien creemos que para el acceso al aborto no punible no es un pre-requisito la existencia de protocolos de atención, en muchas jurisdicciones la falta de protocolos con algún tipo de aval normativo ha dado lugar a la inaccesibilidad sistemática a la práctica, a la que nos referimos antes. Si bien la mera sanción de protocolos de atención no asegura, en sí mismo, el acceso a los abortos permitidos, sí implica un paso normativo importante para que el acceso se posibilite en muchos casos. Por ello, el objetivo de este trabajo consiste en sistematizar las distintas reacciones institucionales que produjo la exhortación de la Corte en distintas jurisdicciones, a cuatro meses del dictado de la sentencia. En primer lugar, introduciremos el fallo de la Corte. En segundo lugar, haremos un *racconto* de las modificaciones normativas y las acciones judiciales que se sucedieron en las distintas jurisdicciones, y sus aspectos favorables y desfavorables para el acceso al aborto no punible. La idea es poder rastrear qué obtuvimos y qué nos queda por obtener.

## II. “F., A.L. s/medida autosatisfactiva”

### II.1 La constitucionalidad del art. 86 CP, y en particular, de la interpretación amplia de su inciso 2.

En su sentencia, la Corte consideró oportuno y necesario responder a los agravios que le habían sido traídos a discusión por el apelante, que radicaban en la supuesta incom-



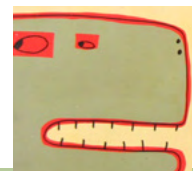
patibilidad de la normativa constitucional y convencional con la interpretación amplia del permiso de aborto no punible en casos de violación, establecido en el art. 86.2 CP. Es decir, con la noción de que el inciso 2 del art. permite el aborto en todos los casos en que el embarazo es producto de un abuso sexual.

El Asesor General de la Provincia del Chubut se agravió por entender que, con la interpretación amplia del art. 86. 2 CP que había efectuado la Suprema Corte de Chubut — al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente— se desconoció el plexo constitucional y convencional que estipula la protección de la vida a partir de la concepción. El apelante se fundó en:

- La Constitución Nacional, art. 75, inciso 23: “Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”;
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 1: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”;
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 3: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y art. 4: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”;
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y art. 6: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”;
- La Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, art. 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y art. 6: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. (CSJN, F.A.L., considerando 3).

La Corte fundó la primera parte de la sentencia relativa a la constitucionalidad del art. 86 CP —y de la interpretación amplia del inciso segundo de dicha norma— a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino aceptó a través de la ratificación de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento, responsabilidades internacionales.

En primer lugar, la Corte señaló que del art. 75, inciso 23, de la Constitución Nacional resulta imposible extraer un a base para sustentar la inconstitucionalidad del aborto no



punible o de una interpretación restrictiva del art. 86.2 CP. Esto así porque un marco normativo que asegura protección social al niño desde el embarazo refiere al supuesto específico de políticas públicas en materia de seguridad social y no en materia de política criminal. Por ende, no sería relevante en ningún sentido para estudiar el la interpretación o constitucionalidad del aborto no punible. (CSJN, F.,A.L.; considerando 9)

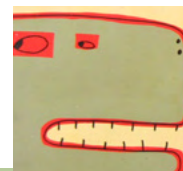
En segundo lugar, la Corte expresó que las previsiones establecidas en el art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no establecen una prohibición del aborto no punible, ni tampoco una obligación de que el permiso para abortar en casos de abuso deba restringirse a mujeres discapacitadas mentales. De hecho, la Corte afirma:

“las normas pertinentes de estos instrumentos fueron *expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos*” (CSJN, F.,A.L., considerando 10, énfasis agregado).

En tercer lugar, la Corte manifestó que, de la previsión contemplada en el art. 3 de la Convención Americana —en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica—, tampoco se puede derivar la incompatibilidad del aborto no punible con la Convención Americana. De hecho, la Corte afirmó que el art. 3 de la Convención no puede ser interpretado de forma aislada del art. 4, que establece las formas concretas en que el bien jurídico “vida” es amparado por la Convención. En este sentido, el art. 4 establece que el derecho a la vida es protegida por ley, *en general*, desde el momento de la concepción. La Convención, incluyó la expresión “en general”, porque, en palabras de la Corte, “no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste” (CSJN, F.,A.L.; considerando 10, énfasis agregado).

En cuarto lugar, la Corte estableció que la alegada incompatibilidad del aborto no punible tampoco puede encontrar sustento en las disposiciones de los arts. 3 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Así, el Máximo Tribunal afirmó que una interpretación coherente de la normativa, los arts. 3 y 6 deben leerse a la luz del art. 1 del mismo documento, que establece: “Todos los seres humanos *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (énfasis agregado). La Corte sostuvo que de la interpretación de estos tres artículos, y “atento los claros términos en que está formulado este enunciado, *resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas para fundar la tesis restrictiva* del supuesto de aborto no punible previsto en el art. 86, inciso 2, del Código Penal”. (CSJN, F.,A.L., énfasis agregado; considerando 11). Dado que la Corte no se explayó en las razones por las cuales los arts. 3 y 6 no son aplicables al embrión, cabe deducir que la Corte incorporó al análisis el art. 1 justamente para poner de manifiesto que los derechos establecidos en los arts. 3 y 6 del Pacto son aplicables a personas *nacidas*.

En quinto lugar, la Corte afirmó que la alegada incompatibilidad tampoco encuentra cabida en el deber que emana del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esta oportunidad, el Tribunal consideró lo manifestado por el Comité de



Derechos Humanos de Naciones Unidas que sostiene la permisión del aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. Dicho Comité, al examinar la situación particular de Argentina, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal. Por ende, la Corte concluyó que “no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria” (CSJN, F.,A.L.; considerando 12).

En sexto lugar, la Corte mantuvo que tampoco es posible sostener que la interpretación amplia del art. 86.2 CP colisione con la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello así porque, de los antecedentes que precedieron a la sanción de la Convención, se observó que, ante una variedad de alternativas propuestas, se decidió no hacer una interpretación restrictiva que impida el aborto en casos de violación. Esto se advierte con más claridad en las observaciones finales que el Comité de los Derechos del Niño ha hecho a los algunos Estados Partes —que en su normativa no admiten el aborto para los casos de embarazos derivados de violaciones— donde los exhortó a reformar sus normas legales incorporando tal supuesto. Respecto de nuestro país, que sí prevé la causal abuso, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal.

## II.2 Interpretación amplia del art. 86.2 CP

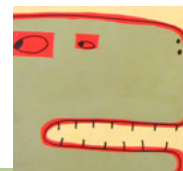
Una vez que la Corte dejó sentado que no existe incompatibilidad entre el marco normativo de aborto no punible y el marco normativo convencional y constitucional, el Tribunal se dispuso a estudiar otras cláusulas de igual jerarquía —así como principios básicos de hermenéutica— que obligan a interpretar el art. 86.2 CP de forma amplia. Es decir, admitiendo el permiso para el aborto en todos los casos de violación y no únicamente en los casos de mujeres discapacitadas mentales.

En primer lugar, el Tribunal sostuvo que la interpretación restringida del art. 86.2 CP —esto es, permitir el aborto únicamente cuando el embarazo provenga de una violación a una mujer discapacitada mental— “implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida” (CSJN, F.,A.L., Considerando 15).

En segundo lugar, el Máximo Tribunal sostuvo que la interpretación amplia del art. 86.2 CP se funda en el principio de “dignidad de las personas”. Así, según la Corte, las personas deben ser entendidas como fines en sí mismas, lo que proscribía que sean tratadas “utilitariamente”; es decir, como medios para alcanzar fines ulteriores distintos a ella (CSJN, F.,A.L.; considerando 16).

En tercer lugar, la Corte sostuvo que los principios de estricta legalidad y *pro homine* también apoyan la interpretación amplia del art. 86.2 CP (CSJN, F.,A.L., considerando 17).

Si bien el desarrollo pormenorizado que hace la Corte sobre la constitucionalidad del aborto no punible —y, en particular, de la interpretación amplia del permiso en casos de violación— debería bastar para que los jueces inferiores sigan el precedente —y para que





los poderes ejecutivos implementen regulaciones que faciliten el acceso a la práctica— ante la inaccesibilidad sistemática al aborto no punible, la Corte consideró necesario extender su pronunciamiento. (CSJN, F.,A.L., considerando 18).

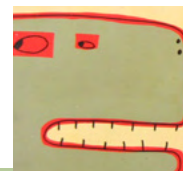
Respecto de la judicialización sistemática y muy frecuente de los casos de aborto permitidos por la ley, la Corte manifestó que se trata de una práctica innecesaria e ilegal, porque obliga a la mujer a exponer públicamente su vida privada y porque trae aparejada una demora que pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la usuaria como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo de forma segura. (FAL considerando 19). Además, el Tribunal argumentó que el principio de reserva legal — derivado del art. 19 de la Constitución Nacional— impide el requisito arbitrario de autorización judicial previa, así como cualquier otro requisito que no se desprenda de la ley y/o que no esté orientado a mejorar o facilitar el acceso al aborto en los casos permitidos. Por ende, y en base a este principio, la Corte afirmó que para acceder a un aborto bajo el art. 86.2 CP sólo es necesario que la mujer, o su representante, “manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal” (CSJN, F.,A.L., considerando 27).

En relación a la posibilidad de que mujeres que, de hecho, no fueron violadas, puedan acceder a la práctica a través de la declaración jurada, la Corte afirmó que se trata de un supuesto hipotético que “no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud” (CSJN, F.,A.L., considerando 28).

### II.3. La exhortación a la creación de protocolos

Hacia el final del voto de la mayoría, el Máximo Tribunal encontró imperioso establecer un “remedio” a esta situación de inaccesibilidad sistemática a los abortos no punibles. En este caso, se trató de exhortaciones concretas a los poderes políticos en materia de protocolos, asistencia a las víctimas de violencia sexual, capacitaciones a funcionarios públicos respecto de los alcances del fallo y campañas de difusión. En particular, en relación a los protocolos, la Corte manifestó:

“corresponde *exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos*. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la



práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual” (CSJN, F.,A.L., énfasis agregado; considerando 29).

A continuación, la Corte expresó:

“Que por último, en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, esta Corte no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso”. (CSJN, F.,A.L., considerando 30)

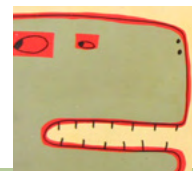
Y finalmente, la Corte manifestó:

“Que, por estas mismas razones, se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación. Asimismo deberá capacitarse a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa”. (CSJN, F.,A.L., considerando 31)

### **III. Reacciones ante la exhortación de la corte**

La Corte fue muy específica en cuanto a la eliminación de barreras de acceso a la práctica de abortos no punibles. Como ya vimos en el apartado anterior, concretamente sobre los protocolos, el Tribunal recomendó:

- que se creen protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles (en principio, ambos incisos), a nivel provincial y nacional, a través de normas del más alto nivel;

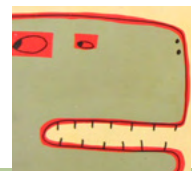


- que el permiso para el aborto contemplado en el 86.2 proceda en todos los casos de violación, sin importar la capacidad de la mujer;
- que no se requiera autorización judicial, ni denuncia policial previa en ningún caso;
- que el único requisito habilitante para el aborto sea una declaración jurada;
- que se garantice la información y la confidencialidad a la usuaria;
- que se eviten procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas;
- que se eliminen los requisitos que no estén médicamente indicados;
- que se articulen mecanismos que permitan resolver los desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia del aborto;
- que se disponga un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia;
- que la objeción de conciencia sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente;
- que las instituciones obligadas cuenten con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual;
- que se sancione a los profesionales que dificulten o impidan el acceso a los abortos no punibles;
- que en el ámbito nacional, como en los provinciales, se brinde a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva;
- que deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones;
- que se asegure la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito;
- que se asegure la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima;
- que se asegure el asesoramiento legal del caso.

Como dijimos, las reacciones de los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales de las distintas jurisdicciones fueron variadas. Clasificaremos las reacciones en: jurisdicciones que obedecieron la exhortación de la Corte; jurisdicciones que obedecieron parcialmente la exhortación de la Corte y; jurisdicciones que aún no obedecieron la exhortación de la Corte.

### **III.1. Jurisdicciones que obedecieron la exhortación de la Corte**

Las únicas jurisdicciones cuyos protocolos de atención se ajustan más cabalmente a lo dispuesto por la Corte son la provincia de Chubut y la provincia de Santa Fe.



Técnicamente, el caso de la **provincia de Chubut** no debe pensarse como una reacción a la exhortación de la Corte, dado que Chubut cuenta, desde 2010, con un protocolo de atención a los abortos no punibles, coherente con los parámetros que luego estableció la Corte. Este protocolo, sancionado por la ley XV 14, regula el aborto para los casos contemplados por el art. 86.1 (causal salud/vida), establece el alcance amplio del art. 86.2 (causal violación) y remueve varias barreras de acceso en el sentido establecido por la Corte<sup>5</sup>.

La ley tiene varios aciertos. Primero, se exige que la verificación de la causal la haga el profesional interviniente. La interconsulta procede únicamente en caso de necesidad; salvo que se trate de un aborto por peligro para la salud psíquica de la mujer, donde se requiere la interconsulta con un/a psicólogo/a. Especialmente en los casos de violación, la interconsulta no tiene fundamento dado que la causal se habilita con la mera declaración jurada sobre el abuso. Para el caso de peligro para la salud, la interconsulta no debería ser obligatoria, justificándose únicamente a instancias de la mujer o del profesional tratante. En este sentido, y si bien es un acierto lo regulado para la causal abuso, no parece justificarse lo regulado para la causal salud psíquica.

Segundo, no se requiere autorización judicial ni ningún otro requisito previo, sino sólo declaración jurada.

Tercero, se explicita que las mujeres mayores de 14 años pueden consentir la práctica, mientras que para las mujeres menores de 14 años debe consentir su representante legal. Si bien los límites etarios no son la manera recomendada por la Convención de Derechos del Niño para asegurar los derechos de niñas y adolescentes, el límite de 14 años resulta más razonable que el límite de 18 años que imponen otros protocolos. Además, se corresponde con lo establecido por la ley nacional 25.673/2003 de Salud Sexual y Procreación Responsable y su correspondiente decreto 1282/2003 que otorga competencia a los/as jóvenes a partir de los 14 años según lo establecido en el art. 921 del Código Civil en relación al discernimiento.

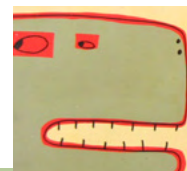
Cuarto, se contempla que la objeción de conciencia debe ser siempre individual y previamente declarada; y que las autoridades del hospital deberán asegurar el acceso al aborto a través de algún profesional no objetor. En la práctica, en Chubut se registran abusos de la objeción de conciencia de parte de algunos/as profesionales. Si bien la ley, en teoría, regula la objeción adecuadamente, la enorme cantidad de médicos/as objetores/as ha dejado a la provincia con escasísimas profesionales no objetoras<sup>6</sup>. Las pocas profesionales dispuestas son quienes, en la medida de lo posible, han respondido a los pedidos de aborto no punible por vía institucional.

Quinto, se estipula responsabilidad profesional en caso de incumplimiento de la norma. Esto es relevante dados los altos niveles de incumplimiento que se observan para el acceso a los abortos no punibles.

El procedimiento de Chubut tiene algunas omisiones que la Corte requirió expresamente. Por ejemplo, no se estipula procedimiento en casos de desacuerdo entre el profesional

5 <http://www.chubut.gov.ar/portal/medios/uploads/boletin/Junio%2004,%202010.pdf>

6 Ver caso de Esquel: [http://www.adc.org.ar/sw\\_contenido.php?id=865](http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=865)



interviniente y la mujer respecto de la procedencia del aborto. Esto es problemático porque muchas veces el/la profesional se niega a realizar el aborto, y la usuaria queda sin instancia de revisión de tal decisión. El protocolo tampoco menciona la forma de conservación de la evidencia forense, en caso de que la mujer quiera denunciar el abuso posteriormente.

Por su parte, en abril de 2012, la **provincia de Santa Fe**, dictó la resolución 612 que adhiere a todo lo dispuesto en la Guía Técnica de Atención Integral a los Abortos No Punibles, en su versión actualizada de 2010, redactada por el Ministerio de Salud de la Nación<sup>7</sup>. La resolución 612/2012 modifica la resolución 887/2009, por la que la provincia de Santa Fe adhería a la antigua Guía Técnica para la Atención Integral de Abortos no Punible del Ministerio de Salud de la Nación, de 2007<sup>8</sup>. Además, y como parte de una política integral de accesibilidad a los derechos reproductivos, en 2010 Santa Fe dictó la resolución 843, a través de la cual se crea un registro de objetores de conciencia<sup>9</sup>.

El protocolo de Santa Fe tiene algunos aciertos que el de Chubut no tiene. Primero, se estipula expresamente que la objeción de conciencia no puede alegarse cuando haya peligro inminente para la vida o la salud de la mujer ante la ausencia de profesionales no objetores y que las usuarias deberán ser informadas sobre la objeción en la primera consulta que realicen. Segundo, se menciona la conservación de la evidencia forense.

En relación al consentimiento para casos de mujeres con discapacidad intelectual/mental, ambos protocolos establecen el consentimiento de su representante legal. Esta misma previsión se exige, además, en todos los protocolos de atención al aborto no punible de Argentina. Este es un requisito que contradice la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPCD) y la ley nacional concordante 26.378. Las personas con discapacidad gozan del derecho a ejercer su capacidad jurídica y a otorgar su consentimiento, en igualdad de condiciones con las demás; más aún cuando se trata de consentir un procedimiento médico que afecta su cuerpo, su vida, sus intereses y sus deseos. Incluso si tuvieran una declaración de insania, debería procurarse que sea la mujer con los “apoyos” que requiriese (conforme lo establece el artículo 12.3 de la CDPD) quien consienta el aborto. En consecuencia, no puede oponerse un representante legal a la práctica del aborto si la mujer manifiesta (con los apoyos que pudiera requerir) que quiere interrumpir su embarazo.

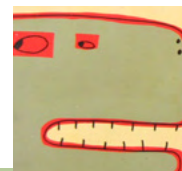
Según lo trascendido en algunos medios locales, la **provincia de Santa Cruz** también adhirió por resolución ministerial a la Guía Técnica de Nación, aunque, a la fecha de cierre de este artículo, no fue posible conocer el número de resolución, ni el contenido del protocolo.<sup>10</sup>

7 [http://www.msal.gov.ar/saludsexual/aborto\\_no\\_punible.php](http://www.msal.gov.ar/saludsexual/aborto_no_punible.php)

8 <http://www2.ohchr.org/english/issues/women/docs/WRGS/Governments/Argentina.pdf>

9 <http://www.santafe.gov.ar/index.php/tramites/modul1/index?m=descripcion&id=126283>

10 Ver noticias online: [http://www.infoglaciariar.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21640:santa-cruz-tiene-protocolo-de-aborto-pero-no-se-le-practicara-a-la-chica-de-el-calafate&catid=18:africa&Itemid=27#.UBLYT2E7odo](http://www.infoglaciariar.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=21640:santa-cruz-tiene-protocolo-de-aborto-pero-no-se-le-practicara-a-la-chica-de-el-calafate&catid=18:africa&Itemid=27#.UBLYT2E7odo); [http://www.ahoracalafate.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=12569:piden-suspender-el-protocolo-de-aborto-no-punible-en-santa-cruz&catid=37:locales&Itemid=90](http://www.ahoracalafate.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=12569:piden-suspender-el-protocolo-de-aborto-no-punible-en-santa-cruz&catid=37:locales&Itemid=90)



### III.1.1. Contra-reacciones

La resolución 612/2012 de Santa Fe fue impugnada en mayo de 2012 por una miembro de la Junta Ejecutiva Federal de la Red Federal de Familias. A través de una acción de amparo se solicitó la inconstitucionalidad de la resolución y su suspensión. El expediente tramita ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito de la 1era Nominación de la Ciudad de Rosario. A la fecha de cierre de este artículo, no se le había notificado al Ministerio de Salud de Santa Fe sobre la impugnación.

### III.2. Jurisdicciones que obedecieron parcialmente la exhortación de la Corte

Las jurisdicciones que obedecieron, en forma parcial, la exhortación de la Corte lo hicieron en diferentes grados: algunas ajustándose más y otras ajustándose menos a lo dispuesto por el Máximo Tribunal. Si bien ahora repasaremos cada normativa, vale aclarar que todas ellas regulan el acceso al aborto no punible en todos los casos de abuso sexual. Esto es un avance, en especial, considerando que todas estas jurisdicciones carecían de normas complementarias de atención del aborto no punible antes del dictado de la sentencia. Sin embargo, dos de ellas regulan únicamente el procedimiento en casos de violación, excluyendo el supuesto de aborto no punible del art. 86.1 CP (causal salud/vida). Además, todas, de distintas forma, incorporaron requisitos que funcionan como barreras de acceso al aborto no punible<sup>11</sup>.

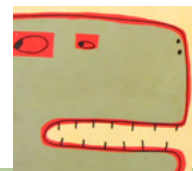
El protocolo que más se aleja de los estándares sentados por la Corte es el de la **provincia de Salta**. Este protocolo es producto de las declaraciones públicas del Gobernador salteño Juan Manuel Urtubey. A los pocos días de dictado el fallo, Urtubey manifestó que incumpliría la exhortación del Máximo Tribunal porque la sentencia operaba únicamente para el caso concreto<sup>12</sup>. Sin embargo, a los pocos días, el Gobernador volvió sobre sus pasos y dictó el decreto 1170/2012. Allí ordenó la creación de un protocolo sanitario de atención a los abortos no punibles, pero especificó, entre otras limitaciones, la obligatoriedad de que, en la declaración jurada por violación, interviniera el Ministerio Público, Defensor Oficial o Asesor de Menores, según el caso.

Luego de más de dos meses de dictado el decreto, el Ministerio de Salud de Salta aprobó, por resolución, un protocolo que sólo regula el acceso al aborto por la causal violación. Los aciertos del protocolo son pocos.

Primero, se establece que la verificación de la causal debe hacerla el profesional interviniente. Como ya dijimos, dado que el/la profesional no debe comprobar la existencia de

11 Existe abundante literatura sobre barreras de acceso a los abortos permitidos por ley. La Organización Mundial de la Salud las listó en 2003, en Aborto Sin Riesgos, disponible online en: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf). Esta guía fue actualizada en 2012 y está disponible online en inglés en: [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe\\_abortion/9789241548434/en/](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241548434/en/). International Planned Parenthood Federation también clasificó las distintas barreras para el acceso a los abortos permitidos en un estudio comparado de varios países del mundo, disponible online en: [http://www.ippfwhr.org/sites/default/files/Legal\\_Abortion.pdf](http://www.ippfwhr.org/sites/default/files/Legal_Abortion.pdf)

12 <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-190183-2012-03-22.html>

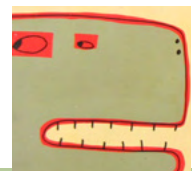


una violación, sino sólo recibir la declaración jurada, la exigencia de más de un/a profesional tendría como único objetivo entorpecer el rápido acceso al aborto.

Segundo, la regulación del consentimiento en los casos de mujeres menores de 18 años es confusa. Leyendo el protocolo a su mejor luz, si bien se requiere que las jóvenes asistan “acompañadas” por sus padres o tutores, podría entenderse que el consentimiento para la práctica les corresponde a ellas, dado que no se solicita expresamente el consentimiento de sus padres. Sin embargo, la mención al art. 61 del Código Civil en caso de desacuerdos entre los padres y la joven hace pensar que el acompañamiento es, en realidad, el consentimiento informado de los padres. Si, en efecto, se exige el consentimiento de los padres a toda menor de 18 años, el requisito vulnera la Convención de Derechos del Niño y la ley nacional 26.061 que recepta la Convención, en cuanto estipulan que las niñas y adolescentes son sujetos de derecho, que debe tenerse en consideración sus capacidades evolutivas según su propio grado de desarrollo, y que el “interés superior del niño” es el principio rector dirimente para todo lo que las involucre. La patria potestad establecida en el art. 264 del Código Civil se define como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral”; en este sentido, nunca podría ser esgrimida para obligar a una niña o adolescente a que lleve adelante un embarazo producto de una violación. Ello así porque desvirtuaría el objetivo de la patria potestad entendida como un medio para la protección y formación integral de los/as hijos/as, y no como un fin en sí misma. Los derechos personalísimos de las niñas y adolescentes —en este caso, derecho a la integridad física y sexual, y derecho a la autonomía reproductiva— sólo pueden ser ejercidos por ellas, desnaturalizándose su esencia al ser ejercidos por interpósita persona. Las nociones de capacidad jurídica tradicional se aplican al ámbito de los actos jurídicos, dado que tienen como finalidad el resguardo de la seguridad jurídica en el ámbito de los contratos; por el contrario, las nociones de competencia y discernimiento deben aplicarse al ámbito de ejercicio de los derechos personalísimos, dado que tienen como finalidad el resguardo de la autonomía y la libertad del individuo. La falta de reconocimiento de las capacidades evolutivas de niñas y adolescentes para ejercer sus derechos personalísimos implica la violación del derecho a la salud, a la integridad y a la igualdad de aquellas niñas cuyos progenitores no protegen sus derechos adecuadamente. El Estado no puede dejar librado al arbitrio de los padres la protección de los derechos y garantías constitucionales de uno de los sectores más vulnerables de su población (ver TSJ de la Ciudad de Buenos Aires, “Liga de Amas de Casa”).

Tercero, la responsabilidad profesional por provisión de información falsa o dilación injustificada está contemplada. Como nos referimos en el análisis de la normativa de Chubut, la contemplación de sanciones es positiva para conseguir un mayor cumplimiento de la norma.

Cuarto, se provee de asistencia psicológica a la mujer. Si bien la asistencia psicológica fue requerida por la Corte, y es deseable que las mujeres abusadas tengan a su disposición ese servicio, nunca puede ser obligatoria como prerrequisito para el acceso al aborto permitido. Esto así porque se vulneraría la autonomía de la mujer, pero además porque la asistencia psicológica previa al aborto puede ser una instancia de disuasión y/o inti-



midación a la mujer o a su familia. Estas mismas consideraciones se aplican al resto de los protocolos que prescriben asesoramiento psicológico.

Los desaciertos del protocolo salteño son varios. Primero, el protocolo se aplica únicamente a los casos de aborto no punible por violación (es decir, no regula el acceso a los abortos en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer). Si bien la Corte, en su sentencia, se dedica mayormente a estudiar la interpretación del permiso en casos de abuso, la exhortación refiere a “los abortos no punibles” en general —que, técnicamente, corresponden tanto al inciso 1 como al inciso 2 del art. 86 CP. La falta de regulación del inciso 1 es preocupante, dado que deja sin normativa clara el proceso para el aborto terapéutico.

Segundo, se exige que la declaración jurada sea asistida por defensor oficial, organismo de asistencia a las víctimas del Ministerio Público, o asesor de menores e incapaces. Esto implica una forma de judicializar el procedimiento, circunstancia expresamente rechazada por la Corte en su sentencia. También se exige la fotocopia del DNI, que en la práctica funciona como un requisito extra.

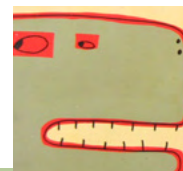
Tercero, se contempla el supuesto de que el profesional se niegue a realizar la práctica, pero como un supuesto distinto a la objeción de conciencia, a la vez que no contempla procedimiento en casos de desacuerdos entre el profesional y la mujer respecto de la procedencia del aborto. Esta situación abre la puerta a una objeción de conciencia encubierta, que pareciera no regirse por los parámetros que regulan a los objetores.

Finalmente, se permite el aborto únicamente hasta las 12 semanas. La estipulación de límites gestacionales es un tema complejo que excede el objetivo de este artículo. Sin embargo, caben algunas consideraciones. Los límites gestacionales pueden presentar una barrera de acceso al aborto permitido cuando las mujeres acuden al sistema sanitario con un embarazo que excede el límite regulatorio. Además, los límites gestacionales no son una exigencia de nuestro sistema jurídico, porque en Argentina el aborto se regula a través de un sistema de indicaciones o causales (esto es con “motivos”), y no a través de un sistema de plazos (que justificaría más el límite). No obstante, pueden existir razones que argumenten a favor de la estipulación de algún límite, especialmente para ampliar la cantidad de profesionales de la salud dispuestos a ofrecer los permisos. Es relevante conocer los motivos de Ministerio de Salud salteño para la imposición del límite gestacional, y monitorear que no funcione como una barrera, sino, por el contrario, como un facilitador al acceso al aborto.

El protocolo de la **provincia de La Pampa** tiene una historia gestacional similar al de Salta. Luego de las declaraciones del Gobernador salteño Urtubey, el Ministro de Salud de La Pampa, Mario González, teóricamente en representación del Gobernador Oscar Jorge, también afirmó que la provincia no iría a seguir la exhortación de La Corte<sup>13 14</sup>.

13 <http://www.laarena.com.ar/la-ciudad-aborto-en-la-pampa-no-rige-el-fallo-el-gobierno-lo-estudia-72611-115.html>

14 En el caso particular de La Pampa, cabe recordar que el Gobernador Jorge fue quien, en 2007, vetó el protocolo de atención de abortos no punible que había sancionado la legislatura provincial, lo que provocó una demanda contra el Estado Nacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la violación a los derechos a la vida, salud e integridad física de las mujeres.





No obstante las declaraciones, luego de algunas semanas, el gobernador dictó el decreto 279/2012 que, a través de la resolución 656/2012, el Ministerio de Salud aprobó como protocolo de atención a los abortos no punibles.

El protocolo de La Pampa regula los dos supuestos de aborto no punible contemplados por el Código, y tiene algunos aciertos. Primero, y leyendo el documento a su mejor luz, se contempla una especie de procedimiento en caso de desacuerdo entre la mujer y el profesional interviniente, al dar intervención a la asesoría letrada delegada del Ministerio de Salud. Sin embargo, al ser nuevo, desconocemos la efectividad que pueda tener dicha intervención en la resolución del conflicto y la provisión del aborto.

Segundo, se contempla la conservación de la evidencia forense.

Tercero, se provee asistencia psicológica.

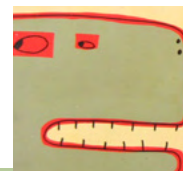
Sin embargo, el protocolo establece requisitos que, en la práctica, pueden obstruir el acceso al aborto. Primero, requiere que la verificación de la causal la haga el profesional interviniente con un equipo interdisciplinario. Esta circunstancia vuelve obligatoria la participación de varios actores en el proceso, lo que da lugar a demoras y desacuerdos. Además, la formación de equipos interdisciplinarios en todos los hospitales autorizados para realizar la práctica puede llevar varios meses, —o nunca concretarse— impidiendo, de hecho, la realización de abortos permitidos en esas instituciones.

Segundo, en el caso de menores de 18 años, se requiere consentimiento firmado por sus padres y/o representante legal, y además se anuncia a la Dirección General de Niñez y Adolescencia. Del texto de la norma no queda claro si la intervención de la Dirección General procede en todos los casos, o sólo en ausencia de padres/tutores. Como ya dijimos, la exigencia de que el consentimiento lo den sus padres anula el derecho de las niñas y adolescentes a que se respeten sus capacidades evolutivas en la toma de decisiones respecto de sus derechos personalísimos, en violación a la Convención de Derechos del Niño, la ley nacional 26.061 y normas concordantes.

Tercero, se estipula la confidencialidad del registro de objetores de conciencia, lo que implica que la mujer no pueda conocer de antemano si el profesional que la atenderá se declarará objetor. Esta circunstancia puede implicar que la mujer recorra varios profesionales hasta que dé con uno no objetor, lo que ocasiona demoras en la realización de la práctica. Además, puede propiciar una instancia donde a la mujer se la persuade de no realizarse el aborto.

Cuarto, respecto de la causal salud, se contempla el supuesto de que, a juicio del profesional interviniente, no sea posible la práctica del aborto. En tal caso, se exige que se avise a la mujer o a su representante legal, por escrito y en forma inmediata, dejándose constancia en la Historia Clínica. Como en el caso de Salta, esta denegatoria se regula como un supuesto distinto a la objeción de conciencia, lo que podría habilitar una objeción de conciencia encubierta, que no se rige por los parámetros que regulan a los objetores.

Quinto, se limita la práctica del aborto no punible a establecimientos asistenciales de nivel 4 o superiores, restringiendo las instituciones habilitadas para realizar los abortos. Si bien



la limitación podrían deberse a razones exclusivamente sanitarias (que no son expuestas en el documento), el protocolo parece desconocer la práctica del aborto medicamentoso<sup>15</sup>, avalada por la Organización Mundial de la Salud, y que las mujeres pueden realizarse en la privacidad de su hogar, para luego controlar su salud en un centro sanitario cercano. La sobre-medicalización del aborto excluye a un amplio sector de la sociedad que no tiene acceso sencillo a los hospitales de alta complejidad y viola el derecho al desarrollo científico y tecnológico.

Finalmente, no se estipula responsabilidad profesional en caso de incumplimiento de los protocolos.

La **provincia de Córdoba** aprobó un protocolo mediante resolución 93/12. Como La Pampa, Córdoba también regula el aborto en los dos casos permitidos por el Código Penal (causal salud/vida y abuso).

El protocolo cordobés tiene algunos puntos fuertes. Primero, la intervención del equipo interdisciplinario es opcional. Segundo, se estipulan algunos supuestos de responsabilidad profesional. Tercero, se provee asistencia psicológica.

El protocolo cordobés exige requisitos que pueden obstruir el acceso al aborto. Primero, la regulación sobre el consentimiento informado en casos de menores de 18 años es confusa. Para que proceda el aborto por causal salud, primero se establece que en todos los casos de menores de 18 años se dará noticia a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. Luego se agrega que en todos esos casos, el consentimiento deberá darlo los padres o tutores. Y más tarde se estipula que aquellos casos de menores de 13 años, o si la niña está sola, se le debe intervención a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. Por lo que no queda clara la intervención de la Secretaría de Niñez. Al margen del rol de la Secretaría, lo que sí queda claro es que no se reconoce competencia a las menores de edad para decidir la interrupción del embarazo, que, en los casos permitidos por ley, es su derecho. Esto vulnera la Convención de Derechos del Niño, la ley nacional 26.061 y normas concordantes.

Segundo, se establece que el Director/a del hospital deberá asegurar la práctica en casos de objeción de conciencia. Sin embargo, se contempla que cuando una institución no cuenta con un médico no objetor, deberá dar intervención a la Secretaría de Atención Médica del Ministerio de Salud de la provincia, quien deberá arbitrar los medios para garantizar el aborto no punible. Estas disposiciones contradictorias demuestran una aceptación implícita de que en los servicios todos los profesionales se declaren objetores. Esto da lugar a una práctica común, que es la de trasladar a las embarazadas a ciertos hospitales de Buenos Aires donde realizan abortos permitidos por la ley, porque no encuentran a un profesional dispuesto a hacerlo en su propia provincia.

Finalmente, se contempla un procedimiento de resolución de desacuerdos muy similar al de La Pampa, del que tampoco podemos evaluar, aún, su efectividad.

La **provincia de Entre Ríos** aprobó en mayo de este año, por resolución 974/2012,

<sup>15</sup> El aborto con medicamentos es una práctica segura, confiable y barata. Para más sobre este tema ver [http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789243594842\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789243594842_spa.pdf)



un protocolo de atención a los abortos no punibles. La génesis de este protocolo también fue turbulenta, dado que unos meses antes del fallo —en enero de 2012— el Ministro de Salud de Entre Ríos, Hugo Cettour, había manifestado que “la naturaleza es sabia”, a propósito de una niña de 11 años, embarazada producto de una violación, a la que se le negó el acceso al aborto no punible<sup>16</sup>.

El protocolo tiene algunos aciertos. Primero, en caso de conflicto, establece que debe decidir el Director del Hospital, y que ante cualquier inconveniente o duda sobre la aplicación del protocolo, deberá resolverse en base al principio de favorabilidad, adoptándose la interpretación o aplicación que mejor se compadezca con los derechos de las mujeres. El verdadero acierto aquí es el criterio de interpretación más favorable, que no incorpora ningún otro protocolo.

Segundo, se estipula asistencia psicológica.

Tercero, se contemplan supuestos de responsabilidad profesional en caso de incumplimiento.

Sin embargo, el protocolo tiene varios desaciertos. Primero, como en el caso de Salta, el protocolo regula únicamente el aborto permitido en casos de violación (Art. 86.2 CP), y no contempla el aborto permitido en casos de peligro para la vida o la salud de la mujer (art. 86.1 CP).

Segundo, la verificación de la causal violación debe hacerla un quipo interdisciplinario; circunstancia arbitraria, por los motivos que expresamos anteriormente.

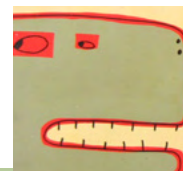
Tercero, además del dictamen del equipo interdisciplinario, se requiere la refrenda del Director/a del hospital. Este requisito no tiene razón de ser en ningún supuesto de aborto permitido, pero mucho menos en el de abuso sexual, cuando, como ya dijimos, la declaración jurada es el requisito necesario y suficiente para habilitar el aborto.

Cuarto, la regulación del consentimiento en casos de menores de edad es confusa: por un lado se establece que en los casos de mujeres menores de 18 años el consentimiento deberá darlo su representante legal; por otro lado, se hace un distingo respecto de las jóvenes menores de 14 años, y se establece que el consentimiento deberán darlo los padres (sirviendo el consentimiento de sólo uno de ellos); por lo que no queda clara la razón de ser de la distinción al los efectos del consentimiento. Leído a su mejor luz, el protocolo de Ente Ríos podría adherir a los criterios de discernimiento y no a los de capacidad jurídica, aunque es tan confuso que difícilmente se aplique en ese sentido.

Quinto, no se menciona la conservación de la evidencia forense.

Sexto, la objeción de conciencia puede alegarse al momento de atender a la paciente, en lugar de declararse al momento de la implementación del protocolo o de ingreso al establecimiento, como indica la Corte. Esto implica que la mujer no conozca con antelación si el/la profesional que la atiende estará dispuesto a realizarle la práctica. En consecuencia, la usuaria puede enfrentar serias demoras hasta conseguir el procedimiento.

<sup>16</sup> <http://www.lanacion.com.ar/1441129-polemica-por-el-caso-de-una-nina-de-11-anos-embarazada>



Finalmente, como con los protocolos de Salta y La Pampa, Entre Ríos también estipula que en el supuesto de que, a juicio del profesional interviniente no sea posible realizar el aborto, ello deberá ser puesto en conocimiento de la mujer o de su representante legal. Considerar la posibilidad de una denegación de la práctica como distinta de la objeción de conciencia habilita la objeción encubierta y desregulada.

El último protocolo sancionado al cierre de este artículo fue el de la **provincia de Buenos Aires**<sup>17</sup>, a través de resolución ministerial 3146/2012. El protocolo tiene varios aciertos. Primero, regula el acceso al aborto no punible tanto bajo la causal salud/vida, como bajo la causal violación (que el texto considera como dos supuestos distintos: 1) violación, 2) atentado al pudor de mujer idiota demente). Segundo, acoge expresamente la definición de salud integral de la Organización Mundial de la Salud, lo que permitiría el aborto en caso de peligro al bienestar psíquico, físico y social de la mujer. Finalmente, el equipo interdisciplinario no se forma para verificar la existencia de la casual, o autorizar la práctica del aborto, sino para emitir un informe garantizando la integralidad de la atención, que será comunicado a la mujer y formará parte de la historia clínica.

No obstante, el protocolo tiene algunos requisitos que posiblemente actúen como barreras. Primero, en los casos de mujeres menores de 18 años el consentimiento para la práctica debe darlo su representante legal, y ellas dar la confirmada. Y en caso de que concurra sin representante legal o este se oponga a la práctica, se deberá dar intervención a los Servicios Locales o Zonales de Promoción y Protección de Derechos, que deberá expedirse en un plazo de 48hs. Este requisito es problemáticos, porque, como vinimos diciendo, vulnera los derechos a la autonomía y confidencialidad de niñas y adolescentes. Segundo, no estipula sanciones en caso de incumplimiento. Tercero, no estipula nada relativo a la conservación de la evidencia forense. Finalmente, para los casos de mujeres con discapacidad intelectual/psico-social, se requiere el consentimiento y la declaración jurada de su representante legal, además de la declaración de insania.

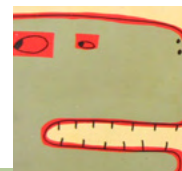
### III.2.1. Contra-reacciones

En Salta, el Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades presentó una acción de inconstitucionalidad contra el decreto de 1170/2012 ante la Suprema Corte de la provincia. Al cierre de este artículo, la acción estaba pendiente de resolución<sup>18</sup>.

En Córdoba, la Asociación Civil Portal de Belén interpuso un amparo solicitando que se ordene al Ministerio de Salud provincial la suspensión de la aplicación de la resolución ministerial en todo el territorio de la provincia. El juez de la 30ª Nominación en lo Civil y Comercial hizo lugar a una medida cautelar innovativa de forma parcial. Es decir, no concedió la cautelar para los casos expresamente previstos en el art. 86.1 CP (causal salud).

17 Además, en mayo de 2012 el Municipio de Morón adhirió a la Guía Técnica del Ministerio de Salud de la Nación, versión 2010.

18 <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-192710-2012-04-26.html>



El ámbito de aplicación de la medida cautelar se limitó a los centros de salud provinciales<sup>19</sup>.

Esta medida fue apelada por el gobierno provincial, que está pendiente de resolución ante la alzada. Paralelamente, Portal de Belén solicitó la extensión de la medida cautelar también a los hospitales nacionales, pedido que fue denegado por el juez. Además, la Asociación Civil por el Derecho a Decidir se presentó como tercero coadyuvante en defensa de los derechos sexuales y reproductivos y de la salud, autonomía e igualdad de las mujeres en su dimensión de incidencia colectiva, y respecto del grupo de usuarias y potenciales usuarias de los servicios de salud. Su petición fue concedida en abril de 2012. La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) presentó un *amicus curiae* en mayo de 2012 a favor de la vigencia del protocolo.

### III.3. Jurisdicciones que aún no obedecieron a la exhortación de la Corte

Como ya adelantamos, en 2007, el **Ministerio de Salud de la Nación** desarrolló una “Guía Técnica para la Atención de Abortos No Punibles”, que fue actualizada en el año 2010, con un contenido similar a lo que posteriormente dijo la Corte. En julio de 2010, el Estado anunció ante el Comité CEDAW que la Guía había sido elevada al rango de resolución ministerial. La declaración fue recogida por los medios, donde incluso se publicó el número de la resolución. Sin embargo, al día siguiente, el Ministerio de Salud emitió un comunicado negando que su titular hubiera firmado la resolución: es decir, quitándole la refrenda normativa a la Guía. Si bien la Guía está disponible en la página web del ministerio<sup>20</sup>, la falta de resolución ministerial fue uno de los factores que permitieron la inaccesibilidad sistemática a los abortos no punibles de forma segura.

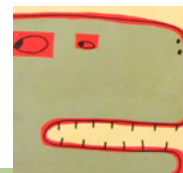
A la fecha de cierre de este artículo, el Ministro de Salud de la Nación, Juan Manzur, aún no había refrendado la Guía a través de resolución, no se había manifestado públicamente sobre el tema, no había convocado a una reunión del Consejo Federal de Salud (COFESA) para acordar con los ministros de salud provinciales la atención de abortos no punibles, como tampoco había respondido a los pedidos de reunión que le hicieron desde distintos sectores de la sociedad civil<sup>21</sup>.

En 2007, varias jurisdicciones aprobaron normativa que regulaba el acceso al aborto no punible de forma más restrictiva que lo establecido por el fallo de la Corte. Al cierre de este artículo, seguían vigentes la resolución 1174/2007 de la **Ciudad de Buenos Aires**, y la resolución 1380/2007 de la **provincia de Neuquén**. La legislatura porteña está actualmente debatiendo varios proyectos de ley para la creación de protocolos en el sentido indicado por la Corte (algunos más garantistas que otros), aunque a la fecha de cierre de este artículo continuaba vigente la resolución 1174/2007.

19 <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/todavia-no-se-aplica-cordoba-guia-aborto-no-punible>

20 <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-web.pdf>

21 La Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito hizo una carta abierta al Ministro en mayo. Disponible online en: <http://www.abortolegal.com.ar/?p=1873>; ver pedido de reunión que solicitó ADC, CEDES, CELS y ELA a través de carta en mayo de 2012.



En la misma línea que el Gobernador Urtubey y el Ministro González, el Gobernador Francisco Pérez de la **provincia de Mendoza** afirmó públicamente que no acatará el fallo de la Corte<sup>22</sup>. Al cierre de este artículo, Mendoza seguía sin protocolo.

En la **provincia de San Luis**, la presidenta del Superior Tribunal de Justicia manifestó que el fallo de la Corte no exige que sea obedecido<sup>23</sup>. El Gobernador Claudio Poggi expresó que el tema se resolvería a través de debate en la legislatura<sup>24</sup>. Al cierre de este artículo, San Luis seguía sin protocolo.

**La provincia de Misiones<sup>25</sup>, la provincia de Tierra del Fuego<sup>26</sup>, la provincia de La Rioja<sup>27</sup>, la provincia de Santiago del Estero<sup>28</sup> y la provincia de Tucumán<sup>29</sup>** recibieron con beneplácito el fallo de la Corte y algunas de sus autoridades incluso afirmaron que lo acatarían; sin embargo, aún no refrendaron, a través de normativa vigente, protocolo o guías para la atención de los abortos no punibles, según lo exhortado por la Corte.

**La provincia de Jujuy, la provincia de Formosa, la provincia de Chaco, la provincia de Corrientes, la provincia de Catamarca, la provincia de San Juan y la provincia de Río Negro**, al cierre de este artículo, tampoco poseían protocolos de atención de abortos no punibles.

## IV. Conclusión

La decisión de la Corte en la sentencia “F.,A.L. s/medida autosatisfactiva” marcó un punto de inflexión en relación al reconocimiento del derecho de las mujeres al aborto no punible, vigente en el Código Penal desde hace más de noventa años. Por primera vez en la historia de Argentina, uno de los máximos poderes del Estado asumió la responsabilidad de garante de los derechos constitucionales de las mujeres, y abordó la problemática de la inaccesibilidad del aborto permitido desde una perspectiva comprensiva de derechos

22 [http://www.clarin.com/sociedad/Mendoza-acatara-Corte-Suprema-punible\\_o\\_669533195.html](http://www.clarin.com/sociedad/Mendoza-acatara-Corte-Suprema-punible_o_669533195.html)

23 <http://www.infobae.com/notas/642399-San-Luis-dice-que-no-hay-obligacion-de-acatar-fallo-de-la-Corte-sobre-aborto.html>

24 <http://agenciasanluis.com/2012/04/aborto-no-punible-el-gobernador-dio-su-postura-personal-e-institucional/#.T5HYIMGhX24.email>

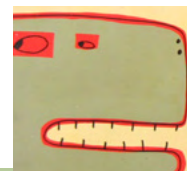
25 <http://www.misionesonline.net/noticias/26/03/2012/misiones-hara-cumplir-el-fallo-de-la-corte-sobre-abortos-no-punibles>

26 <http://www.telam.com.ar/nota/19963/>

27 <http://tiempo.infonews.com/2012/03/27/sociedad-71415-aborto-tierra-del-fuego-y-la-rioja-adhieren-al-fallo-de-la-corte-suprema.php>. El hospital Vera Barros redactó un protocolo para uso interhospitalario, disponible en <http://www.laredlarioja.com.ar/index.php?modulo=notas&accion=ver&id=12101&PHPSESSID=152553a04dd5d8f9bc544b9ff2e98cf1>

28 <http://diariodesantiago.com/2012/04/santiago-del-estero-se-adhirio-al-aborto-no-punible-de-la-corte/>; <http://diarioinfo.com/sitio/noticia.php?RecordID=69852%20&%20edic=%20&%20sec=6>

29 <http://www.lagaceta.com.ar/nota/484443/Politica/Alperovich-Tucuman-acatara-el-fallo-del-aborto.html>



humanos.

A cuatro meses del dictado del fallo, el escenario a nivel nacional es muy disímil. De las 24 jurisdicciones, más la jurisdicción nacional, sólo dos (o tres si se tiene en cuenta Santa Cruz) poseen protocolos que se corresponden, en su gran mayoría, con los establecido por la Corte; dos jurisdicciones aún mantienen protocolos de alcance restrictivo, limitando el permiso de violación a las mujeres con discapacidad intelectual/mental; cinco jurisdicciones regulan los permisos con exigencias de requisitos arbitrarios y dos jurisdicciones regulan únicamente el aborto en caso de violación.

Si bien el escenario actual es más promisorio que el que teníamos hace diez años, queda mucho trabajo aún por delante para conseguir la adecuación de las normativas en aquellas jurisdicciones donde su falta —o su redacción restrictiva— impiden el acceso al aborto no punible. En otras palabras, donde impiden el ejercicio de un derecho reconocido por ley. Sin embargo, sabemos que el trabajo no se agotará en la victoria normativa, dado que la inaccesibilidad al aborto permitido parece abrir nuevos frentes de resistencia todos los días.

## Bibliografía citada

BERGALLO, P. (2011). “Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado”, En Revista Jurídica *Cuestión de Derechos*, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Nº1, (julio 2011). Disponible en <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/04-aborto-justicia-reproductiva-Paola-Bergallo.pdf>

JULIÁ, S. (2011). “L.M.R. vs. Estado Argentino’ patrón de violaciones” en *L.M.R. contra Estado Argentino: Acceso a la Justicia en un caso de Aborto Legal*, Estela Diaz, Cristina Zurutuza, Susana Chiarotti, Silvia Juliá y Marta Alanís, Católicas por el Derechos a Decidir, Insgenar, Cladem y Ministerio de Asuntos Exteriores de la Cooperación, Buenos Aires.

Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles, Ministerio de Salud de la Nación, 2010. (<http://www.msal.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-web.pdf>)

OMS, Preguntas frecuentes acerca del aborto farmacológico. OMS, Ginebra, 2008. [http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789243594842\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789243594842_spa.pdf)

Organización mundial de la salud, serie de informes técnicos, nº461, Aborto Espontaneo y Provocado. Informe de un Grupo Científico de la OMS. OMS, Ginebra, 1970 [http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO\\_TRS\\_461\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_461_spa.pdf)

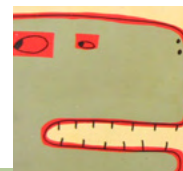
## Legislaciones, decretos y resoluciones

Código Penal de la Nación Argentina

Ley nacional 26.061/2006

Ley nacional 25.673/2002

Ley nacional 26.529/2009



Ley XV 14 de la Provincia de Chubut  
Decreto 1170/12 de la Provincia de Salta  
Decreto 279/12 de la Provincia La Pampa  
Resolución 1174/2007 de la Ciudad de Buenos Aires  
Resolución 1380/2007 de la Provincia de Neuquén  
Resolución 304/2007 de la Provincia de Buenos Aires  
Resolución 612/12 de la Provincia de Santa Fe  
Resolución 93/12 de la Provincia de Córdoba  
Resolución 974/12 de la Provincia de Entre Ríos  
Resolución 3146/12 de la Provincia de Buenos Aires

## **Jurisprudencia**

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Paulina del Carmen Jacinto Vs. México, Petición 161/02, Informe nº 21/07, Solución Amistosa. 9 de marzo de 2007. (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>)

Comité CEDAW. L.C v. Peru Comunicación Nº 22/2009. CEDAW/C/50/D/22/2009. 25 de noviembre de 2011. ([http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_sp.pdf))

Comité de Derechos Humanos, Dictamen K.L. v. Perú. Comunicación 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 17 de noviembre de 2005.

Comité de Derechos Humanos, Dictamen LMR v. Estado Argentino. Comunicación Nº 1608/2007. CCPR/C/101/D/1608/2007. 28 de abril de 2011. (<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CCPR/C/101/D/1608/2007&Lang=S>)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, F.,A.L. s/medida autosatisfactiva, sentencia del 13 de marzo de 2012.

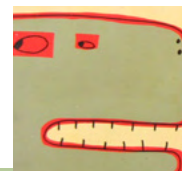
Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (STChubut), 08/03/2010, F., A. L./ medida auto-satisfactiva, Expte. Nº21.912-F-2010, LLPatagonia 2010 (abril), con nota de Tomás Ignacio González Pondal LLPatagonia 2010 (abril), 117. *On line* : AR/JUR/390/2010

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (2003).

## **Observaciones e informes de organismos internacionales**

Asamblea General de Naciones Unidas, Informe del Relator Especial Anand Grover, “El Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, A/66/254, 3 de agosto de 2011,

Comité CEDAW, Recomendación General Nº 24: “La mujer y la salud”. 5 de febrero de 1999.





Comité DESC, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 ([http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ARG.CO.4\\_S.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ARG.CO.4_S.pdf))

Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4 ([http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf))

Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/Add.107; ([http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.107.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.107.Sp?Opendocument))

Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; ([http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.149.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.149.Sp?Opendocument))

# Multas a las consultoras: un análisis desde la libertad de expresión

Julio Rivera (h)<sup>1</sup> y Eleonora Rabinovich<sup>2</sup>

La controversia sobre el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) constituye uno de los temas más relevantes de la agenda pública desde hace varios años. Las multas impuestas en 2011 a consultoras que elaboran y difunden índices de inflación alternativos al oficial reavivaron el debate sobre la cuestión y despertaron numerosas críticas por su forma y contenido.

En este documento analizaremos la cuestión desde el ámbito del derecho a la libertad de expresión, ya que consideramos que las medidas adoptadas ponen en juego **el corazón de la protección de este derecho: la discusión sobre los asuntos de interés público**. Ese fue el argumento central que desde la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) se desarrolló en un *amicus curiae* presentado en noviembre de 2011.<sup>3</sup>

Las multas contra las consultoras resultan **paradójicas desde el punto de vista de la política oficial de información pública**: el Estado castiga a quienes brindan información (correcta o incorrecta) en un área en la que el propio Estado ha abandonado su obligación de brindar datos confiables.

Para analizar la cuestión, nos centraremos en las multas aplicadas por la Secretaría de Comercio Interior (dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas). Comenzaremos analizando brevemente los hechos ocurridos y continuaremos con un examen de los principios constitucionales y del sistema interamericano de derechos humanos aplicables a la cuestión. Una aclaración: no haremos una evaluación sobre la calidad de la información proporcionada por las consultoras, ya que a los fines de nuestro análisis

---

1 Julio César Rivera (h) es abogado, realizó un master en derecho (LL.M) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en el año 2000 y es Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires, 2008). Actualmente se desempeña como profesor de la Universidad de San Andrés y miembro de la Junta Directiva de la ADC.

2 Eleonora Rabinovich es abogada y periodista, tiene una maestría en Estudios Latinoamericanos en la Universidad de Nueva York, donde hizo investigaciones en el tema de políticas regionales y medios de comunicación. Trabajó en la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y actualmente es directora del programa libertad de Expresión de la ADC.

3 Amicus curiae presentado en “Economía y Regiones S.A. c/ EN – Ministerio de Economía (DLG) (Expte SO 150707/11) s/ Queja por Defecto de Tramitación” (Expte. 28.545/2011), Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.



es indistinto que aquella sea cierta o falsa. Como veremos más adelante, el derecho a la libertad de expresión impone una serie de exigentes condiciones para que los Estados puedan castigar la difusión de informaciones, aun las que son inexactas.

## 1. Breve resumen de los hechos

La Secretaría de Comercio Interior sancionó durante el año 2011 a diversas consultoras locales por haber difundido un índice de inflación considerado inexacto. Según el organismo, las consultoras realizaron “presentaciones que fueron difundidas en diversos medios masivos de comunicación que, al carecer del debido rigor científico, exhiben inexactitudes y ocultamientos susceptibles de inducir a error, engaño o confusión, respecto del precio y condiciones de comercialización de bienes muebles, inmuebles y servicios”<sup>4</sup>, en supuesta violación al artículo 9 de la ley 22.802 de Lealtad Comercial.

Las actuaciones se iniciaron en febrero de ese año, cuando la Secretaría, a través de la Dirección de Lealtad Comercial, requirió a diversas consultoras que se dedican a efectuar estudios vinculados a la proyección de la inflación que informen distintas cuestiones vinculadas a los métodos que utilizan para calcular el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Los requerimientos fueron efectuados, de acuerdo con la Secretaría, a los efectos de fiscalizar el cumplimiento de la Ley de Lealtad Comercial.<sup>5</sup> La mayoría de las consultoras respondieron al requerimiento<sup>6</sup>, aunque alegaron la incompetencia de la Secretaría para efectuarlo. Dichas respuestas fueron enviadas al INDEC para su evaluación, que sostuvo que las investigaciones y presentaciones efectuadas por las consultoras y luego difundidas en los medios de comunicación incurrieron en “numerosas inexactitudes, inconsistencias y debilidades metodológicas”.

Como consecuencia, la Secretaría impuso a las consultoras una multa de 500.000 pesos argentinos (equivalente a aproximadamente 125.000 US\$), el monto más alto que fija la ley de Lealtad Comercial. Las sanciones se sustentaron en el art. 9º de dicha norma, que establece que: “queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio o condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”. Algunas consultoras

4 Conf. Resolución de la Secretaría de Comercio Interior contra la firma Orlando J. Ferreres & Asociados, del 5 de mayo de 2011. Exp. SO1-0050684/2011.

5 Se intimó, por ejemplo, a Ferreres & Asociados; Finsoport: Coordinación-Información; M & S Consultores; Abeceb; Fiel; Ecolatina; Estudio Bein & Asociados; Ecoviews; Gabriel Rubinstein y Asoc.; entre otros (Expediente SO1: 0033410/2011) y a Graciela Cristina Bevacqua (Expediente SO1: 0050716/2011). Conf. Denuncia presentada por los diputados nacionales Ricardo Gil Lavedra, Felipe Solá, Gustavo Ferrari, Patricia Bullrich, Federico Pinedo y Margarita Stolbizer.

6 Algunas consultoras directamente no respondieron los requerimientos, o los respondieron con información parcial y fueron sancionadas por incumplimiento del artículo 21 de la ley 22.802. Ver por ejemplo Resolución de la Secretaría de Comercio Interior contra la firma Gabriel Rubinstein & Asociados, del 23 de marzo de 2011, Exp. SO1-0050682/2011; Resolución de la Secretaría de Comercio Interior contra la firma Finsoport, Exp. SO1-0033410/2011; Resolución de la Secretaría de Comercio Interior contra Graciela Bevacqua del 15 de marzo de 2011, Exp. SO1-0050716/2011.



fueron multadas por no responder el requerimiento en término, en violación al artículo 21 de la Ley de Lealtad Comercial.

Las multas fueron impugnadas por vía de apelación, con el propósito de habilitar la instancia de revisión ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, tal como prevé el artículo 22 de la ley 22.802. Mientras tanto, la Dirección de Lealtad Comercial efectuó nuevas intimaciones a algunas consultoras, para que informen respecto de la metodología empleada para concluir la existencia de alzas en los precios durante los meses de marzo y abril, así como sobre la medición interanual.<sup>7</sup>

Por otro lado, el secretario de Comercio Interior también inició una denuncia penal contra una de las consultoras por la presunta comisión del delito tipificado en el artículo 300, inciso 1º, del Código Penal, que reprime con prisión de seis meses a dos años a quien “hiciera alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores, por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercadería o género, con el fin de no venderla sino a un precio determinado”. Según la denuncia, la consultora elabora y difunde, “intencionalmente”, índices de inflación falsos, “con el único objetivo de crear expectativas inflacionarias a efectos de generar para su clientes ganancias extraordinarias”, mediante el incremento de títulos públicos y tasas de interés. En este documento no analizaremos la especificidad del tipo penal alegado ni el desenvolvimiento de la denuncia, aunque los principios generales sobre libertad de expresión son también aplicables al caso.

## **2. El ámbito de aplicación de la Ley de Lealtad Comercial vis à vis la información de interés público<sup>8</sup>**

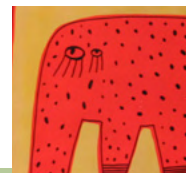
De acuerdo con la Secretaría, la ley de Lealtad Comercial es aplicable ya que las consultoras imputadas son “comerciantes proveedores de servicios” que efectuaron “presentaciones con marcado ánimo publicitario que contienen infinidad de inexactitudes y errores con aptitud para generar error, engaño y confusión en los consumidores”.<sup>9</sup> De este modo, entraría en juego el artículo 9 de dicha norma, que expresamente prohíbe “la realización de cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio o condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

En realidad, como ha dicho la Cámara Nacional en lo Penal Económico Federal “el art. 9, ley 22.802 prohíbe la realización de cualquier tipo de publicidad o propaganda que mediante inexactitud u ocultamiento pueda inducir a error, engaño o confusión al consu-

<sup>7</sup> *Supra* nota 3.

<sup>8</sup> Para mayor desarrollo sobre este tema ver Julio Rivera (h), “Libertad de Expresión y difusión de estimaciones de indicadores económicos”, en *elDial.com* - DC162A (Publicado el 28/06/2011).

<sup>9</sup> *Supra* nota 2.



midor, *al momento de adquirir algún producto o mercadería*<sup>10</sup>. En esta misma línea, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha observado que “[e]l fin que se persigue mediante la ley 22.802, de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores, mediante indicaciones poco claras y engañosas, o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías o en la contratación de servicios protegiéndose, de este modo, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz, *en relación al consumo* (art. 42 de la C.N.)”<sup>11</sup>. Como puede apreciarse, la finalidad de la ley 22.802 es “evitar que los consumidores sean inducidos a contrataciones sin información suficiente, con ocultaciones o distorsionada”<sup>12</sup>.

No resulta razonable, a priori, extender la aplicación de esta norma a la determinación y difusión de las estimaciones inflacionarias por medios de comunicación. Aún cuando dichas informaciones formaran parte de informes que tuvieran un fin comercial (es decir, que las consultoras ofrecieran a cambio de un precio luego de su promoción en los medios de comunicación), su difusión no induciría a confusión, error o engaño a potenciales consumidores *respecto del bien o servicio ofrecido* (los informes en cuestión), sino, en todo caso, respecto de otras circunstancias (el mercado, la inflación, etc.). Es decir, la publicidad no sería en todo caso engañosa respecto del producto referido –que es lo que sanciona la norma– ya que a los consultores no se les imputa la publicidad de resultados diferentes a los arribados en su propio informe.<sup>13</sup>

Pero existe otro modo de ver la cuestión. Independientemente de cómo interpretemos el ámbito de aplicación de la Ley de Lealtad Comercial, lo cierto es que la difusión de las estimaciones inflacionarias consiste en difusión de información de interés público. Resulta incuestionable que información sobre la marcha económica del país, como la que expresan las estimaciones inflacionarias, es de interés general. Más aún cuando se trata de cuestiones controvertidas que ocupan un lugar destacado en la agenda de debate público, como sucede actualmente con dichas cifras.

Para arribar a esta conclusión es intrascendente el ánimo de lucro que puedan tener las consultoras, y no interesa que aquellas difundan informaciones que luego venderán, o no, como parte de informes más amplios. Lo mismo sucedería con el autor de un libro que se ofrece a la venta en las librerías y que, en una entrevista de promoción periodística, manifestara cuestiones de interés público incluidas en su publicación.

**En conclusión, la difusión de informaciones vinculadas con cuestiones de interés público constituye el núcleo de la protección de la libertad de expresión,**

10 CN Penal Económico, Sala B, 15/4/1997, “Cencosud S.A.”, JA 1998-I-319. Citado en Julio Rivera (h), “Libertad de Expresión y difusión de estimaciones de indicadores económicos”, en elDial.com - DC162A (Publicado el 28/06/2011).

11 CNCont.Adm.Fed., Sala 2º, 25/8/2009, “Reckitt Beckinser Argentina S.A. c/ DNCI-Disp. 787/08”. Citado en Julio Rivera (h), “Libertad de Expresión y difusión de estimaciones de indicadores económicos”, en elDial.com - DC162A (Publicado el 28/06/2011).

12 Mugillo, Roberto Alfredo, *Publicidad*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 247. Citado en Julio Rivera (h), “Libertad de Expresión y difusión de estimaciones de indicadores económicos”, en elDial.com - DC162A (Publicado el 28/06/2011).

13 *Supra* nota 3.



sólo puede ser restringida en situaciones específicas y se rige por estándares constitucionales y de derechos humanos ostensiblemente distintos a aquellos relacionados con la defensa de los consumidores.

### 3. La protección de la libertad de expresión aplicada al caso

El sistema interamericano de derechos humanos establece una serie de principios que se aplican a la hora de evaluar y proteger la difusión de información vinculada con cuestiones de interés público. Dichos principios interpretan el contenido de la libertad de expresión garantizada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y disponen las condiciones bajo las cuáles este derecho puede limitarse. En nuestro *amicus curiae* desarrollamos dicho estándares, que deberían iluminar la cuestión aquí presentada y guiar las decisiones administrativas y judiciales que se tomen.

- a. *Las expresiones vinculadas con cuestiones de interés público no pueden ser sancionadas porque sean “erróneas” o porque “induzcan a error o engaño”.*

De acuerdo con la Secretaría de Comercio Interior, las consultoras no pueden ampararse en el derecho a la libertad de expresión ya que elaboran y difunden informes “inexactos” y “carentes de todo rigor metodológico” pasibles de inducir a error o engaño a los consumidores. Citando un fallo de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, la Secretaría asume que “el derecho a una información veraz es uno de los pilares fundamentales” para proteger a los consumidores<sup>14</sup>. Sin embargo, como explicamos anteriormente, la difusión de información de interés público se rige por principios sustancialmente diferentes a los que rigen la protección de los consumidores.

En realidad, el debate público democrático –por razones profilácticas– admite la circulación de informaciones inexactas o erróneas. Cómo ha sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia, citando a la Corte Suprema de Estados Unidos, “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre”<sup>15</sup>. Según la Corte, “el excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes”<sup>16</sup>. En este marco, la Corte Suprema ha delineado dos doctrinas constitucionales –la doctrina “Campillay” y la doctrina de la “real malicia”, herencia esta última de la Corte estadounidense– cuya finalidad es otorgar a quienes participan del debate público un cierto margen de protección frente al error, a los fines de evitar la autocensura en cuestiones de interés público. Dichas doctrinas estipulan una serie de requisitos y condiciones bajo las cuales es legítimo aplicar responsabilidades

14 *Supra* nota 2.

15 CSJN, 16/11/2009, “Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros”, consid. 9, *Fallos* 332:2559. El máximo tribunal de los Estados Unidos, en el célebre fallo *New York Times vs. Sullivan* había afirmado que “Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir” (*New York Times vs. Sullivan*, 376 U.S. 254, 271).

16 CSJN, 16/11/2009 “Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros”, consid. 9. *Fallos* 332:2559.



ulteriores por la difusión de informaciones inexactas, que de otro modo están protegidas por el derecho a la libertad de expresión.

En la misma línea, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha expresado que “una interpretación correcta de las normas internacionales, especialmente del artículo 13 de la Convención Americana, nos lleva a concluir que el derecho a la información abarca toda la información, inclusive aquella que denominamos ‘errónea’, ‘no oportuna’ o ‘incompleta’<sup>17</sup>. En todo caso, prosigue la Relatoría, “de acuerdo a las normas internacionales y la jurisprudencia más avanzada, únicamente la información que demuestre ser producida con ‘real malicia’ podría ser sancionada”.

En este sentido, así como el derecho del consumidor protege a éste de informaciones falsas o engañosas, que distorsionan la relación de consumo, el derecho a la libertad de expresión debe garantizar que las personas puedan acceder a la mayor cantidad de informaciones e ideas para formarse *sus propios juicios de valor* sobre las cuestiones de interés público. La circulación de informaciones y el debate de ideas nunca pueden suplantarse con una verdad “oficial” sobre ningún aspecto que atañe al funcionamiento del Estado y la sociedad.

En primer lugar, como sostuvo la Relatoría Especial, porque “es indudable que sobre un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas”; y “asumiendo inclusive que sea posible determinar la verdad sobre todas las cosas, es indudable que precisamente el debate y el intercambio de ideas es el método indicado para la búsqueda de la misma y el fortalecimiento de sistemas democráticos basados en la pluralidad de ideas, opinión e información”.<sup>18</sup> En segundo lugar, como ha señalado la Corte Suprema de Estados Unidos, porque son los ciudadanos quienes tienen, en el sistema democrático, “la responsabilidad de juzgar y evaluar los méritos relativos de los argumentos en conflicto” y “si hay algún peligro de que el pueblo no pueda evaluar la información y los argumentos presentados, es un peligro contemplado por los redactores de la Primera Enmienda”<sup>19</sup>. La doctrina reseñada, en el sentido de que en los casos de difusión de informaciones de interés público la posible inexactitud no puede, por sí sola, justificar la imposición de sanciones al informador, ha sido expresamente receptada por la Corte Interamericana en el caso “Tristán Donoso v. Panamá”.<sup>20</sup> En conclusión, el sistema interamericano de derechos humanos y nuestra Constitución otorgan un margen de protección frente al error ya que, como vimos, esto es esencial para promover un debate desinhibido y amplio sobre las cuestiones que atañen al interés público. Las informaciones erróneas e inexactas forman parte inevitable de la discusión democrática y castigarlas sin

17 “Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”. Disponible en <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=132&ID=2>>

18 “Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”. Disponible en <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=132&ID=2>>

19 “First National Bank of Boston v. Bellotti”, 435 US 765, p. 791-792 (1978). Citado en Julio Rivera (h), “Libertad de Expresión y difusión de estimaciones de indicadores económicos”, en elDial.com - DC162A (Publicado el 28/06/2011).

20 Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia del 27 de enero de 2009, parrs.124/130.



más promovería la autocensura sobre asuntos relevantes para la sociedad. Solo cuando se verifican las condiciones que disponen las doctrinas de la real malicia o “Campillay”, pueden aplicarse sanciones por la difusión de informaciones inexactas.

- b. *Las restricciones a la libertad de expresión deben ser “necesarias” e “idóneas”. La imposibilidad de sancionar expresiones de interés público por el “posible efecto” que pudieran causar en una comunidad.*

De acuerdo con las pautas establecidas por el sistema interamericano de derechos humanos, las limitaciones a la libertad de expresión deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden<sup>21</sup>. La Corte Interamericana ha sostenido que este *test* de necesidad de las limitaciones debe ser aplicado en forma aún más estricta cuando se trate de expresiones atinentes al Estado y a asuntos de interés público, como los que aquí discutimos<sup>22</sup>.

La Corte Interamericana ha aclarado que el adjetivo “necesarias” no equivale a “útil”, “razonable” u “oportuna<sup>23</sup>. Para que la restricción sea legítima, debe establecerse claramente la necesidad “cierta e imperiosa” de efectuar la limitación, es decir, que tal objetivo legítimo e imperativo no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los derechos humanos. El requisito de necesidad también implica que no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión<sup>24</sup>. Para determinar la necesidad de la medida de restricción, deben estudiarse las alternativas existentes para lograr el fin legítimo perseguido, de manera tal que pueda seleccionarse aquella que limite o interfiera en la menor medida posible el ejercicio efectivo de la libertad de expresión. En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho protegido por el artículo 13 de la Convención.<sup>25</sup>

Entre los fines legítimos que habilita la Convención Americana se encuentran la protección del orden público y los derechos de terceros. Sin embargo, para poder aplicar legítimamente una restricción, debe quedar demostrada la existencia de un “daño cierto” o

21 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 7 de julio de 2004, párr. 121.

22 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005; Corte IDH, *Caso Eduardo Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

23 Corte IDH, “La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5. Párr. 46. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia del 2 de julio de 2004, . Párr. 122.

24 Corte IDH, *Caso Eduardo Kimel vs. Argentina*. Sentencia del 2 de mayo de 2008, . párr. 83. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 85. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 121-122. Corte IDH, “La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 46.

25 CIDH, Informe Anual 2008, Vol. II: “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”. Capítulo III, párr. 79.





una “amenaza cierta de daño” a los derechos ajenos: es necesario que los derechos que se pretende proteger se encuentren “claramente lesionados o amenazados”, lo cual compete demostrar al Estado<sup>26</sup>. Del mismo modo, “cualquier afectación del orden público invocada como justificación para limitar la libertad de expresión debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas”<sup>27</sup>.

Es decir, debe existir un daño, o una amenaza cierta y verificable de un daño, y una exigente relación de causalidad entre la expresión restringida y el daño alegado, que el Estado debe probar. En este caso vale la pena preguntarse cuál es el “fin imperioso” que se persigue a través de las sanciones a las consultoras. O, en otras palabras, ¿qué daño busca evitar el Estado a través de la imposición de las multas?

De acuerdo con la Secretaría de Comercio Interior, “la difusión de proyecciones de inflación, incremento de precios al consumidor, que han sido elaborados con una profusión de inexactitudes, *necesariamente da como resultado y determina la generación de un estado de incertidumbre y confusión*, en atención a que se vierte información que en modo alguno resulta exacta, ni elaborada con el rigor metodológico que requiere para su difusión masiva” (el énfasis es nuestro). Ante esta imputación, las consultoras alegaron que “la inflación es un fenómeno macroeconómico que no se ve incrementado o disminuido por la publicación de los índices de precios” y que “resulta inverosímil suponer que las ‘estimaciones’ que realiza ... como parte del seguimiento de la evolución de la inflación a nivel consumidor, tengan a partir de su difusión por la prensa, la capacidad de producir aumentos de precios o incertidumbre en la población acerca del valor de los bienes o servicios ofertados y demandados en el país”. La única respuesta de la Secretaría de Comercio Interior fue que “resulta evidente que la consultora desconoce la teoría de expectativas que genera en todos los actores de la economía al difundir información que no tiene rigor técnico”.<sup>28</sup>

Es decir, la Secretaría, aparentemente, ha buscado evitar la generación de una situación de incertidumbre o caos económico, provocada por el aumento de precios que sería disparado por la difusión de cifras diferentes a las del INDEC. Pero, de acuerdo con la información que consta en las resoluciones, la Secretaría no ha acreditado fehacientemente el daño ni la relación de causalidad que existiría entre la difusión de las cifras de las consultoras y el aumento del proceso inflacionario o la generación de un estado de incertidumbre en la población.

Por otra parte, aun cuando el daño y su relación con las cifras difundidas por las consultoras estuvieran hipotéticamente acreditados, el Estado debería demostrar que las sanciones son imperiosamente “necesarias” para evitarlo, de acuerdo al requisito que establece el sistema interamericano de derechos humanos. Esto es, que tal objetivo no

26 CIDH, Informe Anual 2009, Vol. II: “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”. Capítulo III, párr. 78.

27 Ibid, párr. 83.

28 *Supra* nota 2.



puede alcanzarse por un medio “menos restrictivo de los derechos” que la imposición de multas. En este caso, el Estado podría recurrir a canales alternativos, públicos o privados, para contrarrestar la información que considera errónea, difundir las cifras que cree correctas o cuestionar la credibilidad de las consultoras, sin necesidad de recurrir a la limitación por medio de sanciones. “Ello es así porque, en primer lugar, el Estado tiene mucha mayor capacidad para desnudar la eventual mentira y, por lo tanto, exhibir sus inconsistencias. En segundo lugar, porque el ejercicio del poder punitivo es la última de las herramientas del poder público para intervenir en el espacio social. El Estado puede y debe- intervenir de manera múltiple en la puja por definir el significado del mundo, y además de sus recursos materiales cuenta con la imaginación política y un acceso privilegiado a los medios masivos”.<sup>29</sup>

c. *Las restricciones a la libertad de expresión no pueden ser desproporcionadas ni provocar efectos inhibitorios en el debate público.*

La Secretaría de Comercio impuso las más altas multas que prevé la ley de Lealtad Comercial con el argumento de que “actúan como agravantes de la conducta de la infractora (...) la actividad desarrollada por la misma, su grado de responsabilidad en la infracción imputada, el interés protegido” y finalmente, el criterio según el cual “las multas del derecho penal económico no son meramente retributivas, son acciones *ejemplificadoras o intimidatorias*”. La multa, dice la Secretaría, “debe ser *disuasiva* para la sumariada”.<sup>30</sup>

La aplicación de estas multas no parece cumplir con el estándar de “proporcionalidad” que establece el sistema interamericano de derechos humanos<sup>31</sup>. El monto excesivamente alto —y las propias palabras de la Secretaría— revela la intención de intimidar a las consultoras que difunden cifras distintas a las oficiales en materia de inflación, para evitar que ellas, u otros, continúen haciéndolo. Pero la imposición de sanciones disuasorias resulta incompatible con los principios más básicos de la libertad de expresión en el ámbito de la difusión de informaciones de interés público.

En el sistema interamericano de derechos humanos, la imposibilidad de aceptar el “efecto inhibitorio” en materia de sanciones a las expresiones sobre cuestiones de interés público ha sido establecido tanto en materia penal como civil. La CIDH ha sostenido que “el recurso a las herramientas penales para sancionar discursos especialmente protegidos no sólo es una limitación directa de la libertad de expresión, sino también puede considerarse como un método indirecto de restricción de la expresión por *sus efectos amedrentadores, acalladores e inhibidores* del libre flujo de ideas, opiniones e informaciones de toda índole. La simple amenaza de ser procesado penalmente por expresiones críticas sobre

29 Federico Delgado, “La (im) potencia del artículo 300, inciso 1º, del Código Penal”, en elDial.com - DC162A (Publicado el 28/06/2011).

30 *Supra* nota 2.

31 Según la Corte Interamericana, para establecer la proporcionalidad de una restricción cuando se limita la libertad de expresión con el objetivo de preservar otros derechos, se deben evaluar tres factores: (i) el grado de afectación del derecho contrario—grave, intermedia, moderada—; (ii) la importancia de satisfacer el derecho contrario; y (iii) si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión (Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 84).



asuntos de interés público puede generar autocensura dado su efecto amedrentador”<sup>32</sup>. De acuerdo a la CIDH, “si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica. [...] el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas”<sup>33</sup>. En el fallo *Kimel*<sup>34</sup>, la Corte IDH sostuvo que la aplicación del derecho penal debe considerarse la última herramienta posible, aplicable solo bajo excepcionales circunstancias en las cuales se pondere “la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”<sup>35</sup>.

El rechazo a las sanciones disuasorias se manifiesta también en el ámbito del derecho civil.<sup>36</sup> En este sentido, la Declaración Conjunta del año 2000 de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) señala que las sanciones civiles “no deben ser de tales proporciones que susciten un *efecto inhibitorio* sobre la libertad de expresión”. En el caso *Tristán Donoso* la Corte IDH exteriorizó su preocupación acerca del monto reclamado en una acción de resarcimiento civil, que “puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal (...) con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”<sup>37</sup>.

## 4. Conclusión

El objetivo de este documento fue analizar las multas aplicadas por la Secretaría de Comercio Interior desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. En ese sentido, las sanciones aplicadas violan numerosos estándares que, en nuestro derecho, protegen las expresiones de interés público.

La aplicación de sanciones que no cumplen con los principios establecidos por nuestra Constitución y los tratados de derechos humanos es particularmente relevante cuando se trata de un asunto que es materia de controversia permanente en la agenda pública.

32 Informe 2009, cit., p. 276.

33 CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV Conclusión. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

34 Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

35 Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 78.

36 Julio Rivera (h), “Libertad de Expresión y difusión de estimaciones de indicadores económicos”, en el-Dial.com - DC162A (Publicado el 28/06/2011).

37 Corte IDH, *Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia del 27 de enero de 2009, párr. 129.



Precisamente, los principios antes mencionados buscan garantizar que los temas controvertidos, los que molestan, los que no generan acuerdos, puedan gozar del mayor debate posible, sin inhibiciones. Cualquier sanción por la difusión de este tipo de discursos debe estar justificada en una serie de exigentes requisitos, los cuales no parecen estar presentes en este caso.

Las multas contra las consultoras, además, resultan paradójicas desde el punto de vista de la política oficial de información pública: el Estado castiga a quienes brindan información (correcta o incorrecta) en un área donde es el propio Estado quien ha abandonado su obligación de brindar datos confiables.

Las sanciones desproporcionadas sobre las consultoras son problemáticas, en definitiva, por el mensaje que el Estado envía, a todos, cuando castiga a quien difunde una información o una opinión que considera errónea o no comparte. El Estado es el garante de que exista una verdadera pluralidad de voces sobre las cuestiones de interés público, utilizar el derecho para perseguirlas es hacer precisamente lo contrario de lo que está obligado a promover.

