

LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LOS CASOS DIFÍCILES *TRANSPARENCY OBLIGATIONS IN PUBLIC POLICIES: HARD CASES*



*Jorge Alejandro FILIPINI**
*Inés SELWOOD***

RESUMEN. Un enfoque de derechos en las políticas públicas, como mandato democrático y exigencia de la comunidad internacional, obliga a los Estados a observar estándares cada vez más precisos en materia de transparencia y rendición de cuentas. Es entonces imperioso dejar atrás la discrecionalidad en el diseño e implementación de políticas públicas y someter en tal sentido la actuación del Estado al escrutinio de la ciudadanía. En este trabajo, los autores profundizan en torno a las reglas de acceso a la información que rigen en materia de políticas públicas e indagan sobre cómo opera en tales circunstancias la prueba de interés público, en el entendimiento de que es necesaria mayor precisión para resolver casos difíciles en los que se presentan conflictos entre el derecho de acceso a la información y otros derechos fundamentales o intereses del Estado. Para ello traen a estudio dos casos por parte de los organismos garantes de acceso a la información de México y Argentina, en los que se decidió so-

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), con estudios de posgrado en derecho privado (UBA - UCES) y maestrando en derecho internacional de los derechos humanos (UBA). Ex relator de la Justicia Civil y asesor legal del Poder Ejecutivo Nacional (Argentina). Profesor de Derecho Constitucional (UBA) y abogado litigante; jfilipini@derecho.uba.ar.

** Licenciada en comunicación social (UBA). Fue responsable de la Oficina de Gobierno Abierto del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, directora de comunicación en Amnistía Internacional Argentina y responsable de Convenciones Internacionales y Acceso a la información de Transparency International (Berlín, Alemania).

Fecha de recepción: 09 de octubre de 2019.

Fecha de dictamen: 11 de diciembre de 2019.

JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

bre la publicidad de los resultados de las políticas de evaluación educativa de docentes y alumnos.

PALABRAS CLAVE. Transparencia, políticas públicas, enfoque de derechos, evaluaciones educativas, interés público.

62

●
○
●

ABSTRACT. A human rights perspective on public policy, as a democratic mandate and as a requirement of the international community, obliges States to observe increasingly precise standards in terms of transparency and accountability. It is therefore imperative to leave behind the discretion in the design and implementation of public policies and to submit the actions of the State to the scrutiny of citizenship. In this paper, the authors deepen around the rules of access to information that govern public policy and—in the understanding that greater precision is necessary to solve complex situations in which there is a conflict between the right to the information with another fundamental right or with a compelling interest of the State—analyze how a public interest test operates in two situations. The authors bring to the study the decision of the oversight bodies for access to information in Mexico and Argentina, regarding the publicity of the results of educational evaluation's policies of teachers and students.

KEYWORDS. Transparency, public policies, human rights perspective, educational evaluations, public interest.

I. INTRODUCCIÓN

Es notorio que las políticas públicas implementadas por los gobiernos de América Latina, en particular entre los años ochenta y noventa, no han servido para hacer frente a los altos niveles de pobreza y exclusión social que caracterizan a la región. Según datos de la CEPAL (2014: 65), la pobreza durante los años noventa y hasta mediados del 2000 alcanzaba a más del 40% de los habitantes de Latinoamérica.

El fracaso de las medidas adoptadas, sumado probablemente a la creciente intervención de nuevos actores de la sociedad civil, particularmente a través del litigio colectivo basado en la operatividad de cláusulas consti-

tucionales, y el trabajo constante de distintos órganos de derechos humanos a nivel regional y universal que han ido desarrollando estándares mínimos de obligaciones estatales, contribuyeron a forjar el convencimiento de que los gobiernos ya no pueden decidir y llevar adelante de manera discrecional sus políticas públicas.

Así, de a poco, la idea de pensar las políticas públicas como parte de las obligaciones estatales para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos fue ganando mayor consenso, fortaleciendo el papel del Estado como garante de los derechos y el posicionamiento de los sujetos como titulares de derechos con la capacidad de reclamar y participar (CIDH, 2018: 20), no sólo como meros beneficiarios de una política, un programa o un plan (IPPDH, 2014: 24). Ambas facetas de este nuevo enfoque de derechos se enrolan así en una dimensión de exigibilidad de las garantías.

De allí que las políticas públicas, entendidas como el conjunto de acciones llevadas adelante por los gobiernos que se orientan a la realización de objetivos considerados prioritarios por la sociedad o a la solución de problemas generales (Aguilar, 2009: 11), salen de la esfera de discrecionalidad de los administradores públicos para introducirse en una lógica de derechos. Ello exige, entre otras obligaciones de los Estados, que en cada una de las etapas del ciclo de las políticas públicas, que van desde la identificación de un objetivo o problema hasta la implementación y evaluación de una medida determinada, los procesos sean transparentes y participativos (ACNUDH, 2006: 11 y 12).¹

Se trata de que los Estados observen los deberes que impone la satisfacción de la garantía de acceso a la información pública, en tanto derecho humano comprendido en la libertad de expresión que reconoce la prerrogativa de la persona a informarse sobre asuntos públicos.

En este trabajo indagaremos sobre el contenido concreto de esas obligaciones de transparencia en lo que se refiere específicamente a los ciclos de las políticas públicas, y centraremos nuestro interés en la problemática que se presenta frecuentemente cuando el acceso a la información sobre políticas públicas es susceptible de lesionar otros derechos también fundamentales o intereses estatales legítimos, tales como la seguridad pública, la protección de datos personales, la competitividad, secretos financieros o estadísticos, entre varios ejemplos que reclaman de los operadores jurí-

¹ Las otras condiciones a las que se hace referencia son: el reconocimiento de la indivisibilidad e interdependencia de derechos; la necesidad de asegurar el disfrute de un mínimo básico de derechos económicos, sociales y culturales; la obligación de no discriminar, y la no retrocesión de derechos.



JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

dicos una decisión razonada que se incline a la protección de uno u otro interés.

64 Calificamos esos casos como “difíciles”, apropiándonos de una categoría —*hard cases*— propia de cierta filosofía jurídica que nos sirve para identificar conflictos entre derechos o intereses estatales que no encuentran una respuesta explícita e inobjetable en la sola aplicación de una regla jurídica a la que deban subsumirse, sino que requieren de un razonamiento más bien complejo basado en diversas reglas y principios que entran en juego (Dworkin, 1992: 147).

-
-
-

Sostendremos, a lo largo de este trabajo, que las obligaciones de transparencia se mantienen vigentes aun cuando la publicación de la información pueda lesionar otros derechos fundamentales de terceros o intereses del Estado, debiéndose recurrir a una prueba de interés público, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, para hacer prevalecer uno u otro interés según el caso.

Para sostener ese argumento, nos planteamos como objetivo principal, analizar las obligaciones de transparencia que orientan el régimen de información del Estado a partir de los compromisos y estándares del sistema interamericano de derechos humanos y su aplicación al caso específico de las políticas públicas. Como objetivos específicos, identificaremos y definiremos dos categorías de obligaciones —transparencia activa y pasiva—, luego ahondaremos en la prueba de interés público prevista por diversas legislaciones locales. Finalmente, indagaremos sobre cómo aplican el test de interés público los organismos garantes del derecho de acceso a la información pública de Argentina y México.

Hemos estructurado nuestro análisis en dos secciones. En la primera, dedicaremos los dos primeros apartados para explicar por qué la transparencia es una exigencia de un enfoque de derechos en las políticas públicas, qué normas rigen al respecto y cuáles son los estándares delineados por el sistema interamericano de derechos humanos. En una segunda parte de este trabajo abordaremos los alcances y efectos del llamado test de interés público para la solución de los casos que, con licencia de la filosofía jurídica, hemos caracterizado como difíciles.

Al respecto, nos interesará examinar si en la práctica se aplica —y en su caso cómo— la prueba de interés público cuando se trata de las obligaciones de transparencia en políticas públicas. Para ello, revisaremos la decisión de los organismos garantes de acceso a la información pública de México y Argentina en casos similares sobre publicidad de los resultados de evaluación educativa. Finalmente, nos permitiremos unas breves conclusiones.

II. LA TRANSPARENCIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO EXIGENCIA DE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Si hablamos de las obligaciones que encabeza el Estado es porque podemos sostener que existe un mandato concreto y exigible de transparencia en el régimen de información que genera y resguarda el Estado, lo que incluye el diseño e implementación de políticas públicas, al cual nos enfocaremos.

65

Hemos dicho antes que un enfoque de derechos en las políticas públicas procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de las medidas adoptadas por los Estados, para que el punto de partida no sea la existencia de sujetos marginados con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos empoderados capaces de demandar determinadas prestaciones y conductas (Abramovich y Pautassi, 2009: 297) para reivindicar sus derechos.

No se espera de las normas de derechos humanos que resuelvan por sí solas las complejas elecciones y concesiones en materia política, social, económica y cultural; sin embargo, contribuyen a hacerlo (ACNUDH, 2006: 11 y 12).

En este contexto, el aporte del derecho de acceso a la información pública se da fundamentalmente en tanto permite trazar puentes entre el Estado y la sociedad civil, empoderando especialmente a los sectores más vulnerables para exigir a los gobernantes rendición de cuentas. Ello se proyecta sobre distintos aspectos; así, en materia de diseño e implementación de políticas públicas, un primer gran aporte del acceso a la información es robustecer el debate, y con ello incidir en la agenda política, incorporando las necesidades y prioridades más urgentes.

Al mismo tiempo, el llamado *accountability* supone la posibilidad de exigir al Estado dar cuenta de las medidas adoptadas, no sólo para promover mejoras sociales, sino para garantizar que terceros no interfieran en el goce de los derechos. Por otra parte, el acceso a la información pública incluye, además, la obligación de que el Estado recolecte, produzca y procese información, a la vez que la difunda en forma abierta y oficiosa (transparencia activa) a fin de permitir su inmediata y efectiva utilización por parte de la ciudadanía.

Ello se vio potenciado con la aparición de las nuevas tecnologías de la información, lo que los autores han llamado “*e-democracia*”, la evolución del gobierno electrónico (*e-government*) para incorporar la dimensión participativa de la cosa pública. Las administraciones públicas fueron adoptando tecnología para poder hacer más eficientes los procedimientos

JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

y trámites, pero las políticas públicas seguían siendo diseñadas bajo la especificidad de lo que querían modificar, mejorar.

Con la modernización administrativa, el objetivo cambió: ya no es sólo mejorar la prestación de los servicios públicos, sino también aumentar la transparencia, la rendición de cuentas y facilitar la participación ciudadana en el diseño e implementación de las propias políticas, así como la reutilización de la inmensa cantidad de datos en poder de las administraciones públicas para crear servicios innovadores e imaginar nuevos usos para esos datos (Villoria, 2015: 85-103).

66

-
-
-

Un enfoque de derechos, como mandato de la comunidad internacional, impone una dimensión de exigibilidad de garantías que requiere, entonces, que la formulación e implementación de políticas públicas observe estándares mínimos de acceso a la información pública, transparencia y rendición de cuentas.

III. MARCO NORMATIVO Y ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA

El acceso a la información es un derecho humano reconocido fundamentalmente por el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, está plasmado en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el principio 2 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (OEA), del mismo modo que se lo considera contemplado en las disposiciones del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.²

En líneas generales, el derecho concebido en tales regulaciones comprende una obligación positiva que encabeza el Estado de brindar a los ciudadanos acceso a la información que está en su poder, y un derecho correlativo de las personas de acceder, usar y difundir la información pública que se encuentra en poder del Estado —o de particulares por indicación de éste—, sujeto a un régimen estricto de excepciones previamente previstas en la ley, fundadas en un interés general.

El acceso a la información pública es así reconocido como un derecho particularmente importante para la consolidación, funcionamiento

² Conforme a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, núm. 18030/11, sentencia del 8 de noviembre de 2016.

y preservación de los sistemas democráticos. En tal sentido, la carta democrática interamericana, en el artículo 4o., destaca la importancia de la transparencia de las actividades gubernamentales. También, subraya que la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es una condición necesaria para el pleno ejercicio de la democracia, y determina que los Estados deben fomentar diversas formas de participación.

Del mismo modo, se entiende que se trata de un derecho que asiste a la lucha contra la corrupción, al punto de haber sido incorporado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).

A su vez, entre los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015, el objetivo 16o. prevé la promoción de sociedades, justas, pacíficas e inclusivas, y contiene como meta para lograrlo la necesidad de “garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales” (meta 16.10).

Asimismo, el derecho de acceso a la información pública es reconocido como fundamental para cumplir otros objetivos establecidos en la Agenda 2030. Ello da cuenta de la importancia del derecho de acceso a la información pública como presupuesto para el ejercicio de otros derechos y del control del funcionamiento de los poderes públicos (Abramovich y Courtis, 2000); es un derecho “llave”, un requisito indispensable para el funcionamiento de una verdadera democracia. Ese carácter instrumental del derecho de acceso a la información también explica que éste sea abordado en distintos instrumentos y regulaciones sobre temáticas específicas.

Así, encontramos mandatos de producción y difusión de información en distintos tratados, tales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 31 impone el deber de los Estados de recopilar información adecuada para formular y aplicar políticas públicas, y lo propio hace la Convención de Belem do Pará, que establece la obligación de “garantizar la investigación y recopilación de estadística y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer” (artículo 8o., inciso H). Aunque es claro que el derecho de acceso a la información ha tenido mayor desarrollo en materia ambiental, pues ya desde la Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el principio 10 establece el derecho de toda persona a tener acceso adecuado a la información ambiental.

A su turno, tanto en el ámbito universal como regional, diversos órganos y relatorías especiales de derechos humanos profundizaron los es-



JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

tándares aplicables en materia del derecho de acceso a la información. Incluso, algunos órganos de tratados han previsto un sistema de indicadores de progreso que son destacables en materia de derecho de acceso a la información porque conllevan el reconocimiento de los Estados de la obligación de producir cierta información relacionada con el goce de derechos, fijando procedimientos y pautas específicas. En efecto, se han diseñado sistemas de información para el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones contraídas en el Protocolo de San Salvador y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará, 1994).

68

●
○
●
En materia jurisprudencial, el sistema interamericano exhibe algunos antecedentes en los que se ha alegado la violación al derecho de acceso a la información pública.³ El más significativo es el *Caso Claude Reyes*, en el que se sentenció la responsabilidad del Estado chileno por la denegatoria de acceso a información sobre un proyecto de deforestación, y en tal ocasión se resaltó que:

...el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas (*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*: 87).

Ese complejo escenario normativo, doctrinario y jurisprudencial se completa con el trabajo del Departamento de Derecho Internacional de la OEA que, por mandato de la Asamblea General (AG/RES, 2514, XXXIX-O/09), coordinó un grupo de órganos expertos y agencias regionales de los Estados miembros y la sociedad civil para la redacción de una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, que finalmente se aprobó en 2010 junto con una guía de implementación.

La Ley Modelo se basa en la experiencia del sistema interamericano, en trabajos preparatorios⁴ y en los Principios sobre acceso a la infor-

³ Nos referimos a los casos decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Claude Reyes y otros vs. Chile*, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *I.V. vs. Bolivia*, *Furlan y familiares vs. Argentina*. Aunque cabe decir que el derecho de acceso a la información estuvo presente en las consideraciones del Tribunal al menos desde que emitió la Opinión Consultiva núm. 5 del 13 de noviembre de 1985 (OC-5/85).

⁴ Véase, al respecto, las “Recomendaciones sobre acceso a la información pública” (CP/CAJP-2599/08) y el estudio relativo al Cuestionario de Legislación y Mejores Prácticas sobre Acceso a la Información de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos

mación aprobados por el Comité Jurídico Interamericano (CJI/RES. 147 LXXIII-O/08). El resultado es un documento que reúne estándares básicos relacionados con los alcances de las obligaciones de transparencia de los Estados, así como los procedimientos y reglas para la efectiva garantía del derecho, con el propósito de que sean incorporados a las legislaciones internas.

Tanto es así que en el sistema interamericano de derechos humanos se arriba a la definición de estándares bien precisos en materia de acceso a la información pública. En cuanto a las obligaciones para garantizar el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la información, los Estados deben regirse por el principio de no discriminación, que implica que toda persona, sin importar origen, edad, condición socioeconómica y sin expresar motivos, puede solicitar información en manos del Estado. También, por el de máxima divulgación, según el cual debe diseñarse un régimen jurídico para que la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general sometida a estrictas y limitadas excepciones fundadas en las necesidades de la sociedad democrática y republicana.

De ello se derivan las siguientes consecuencias: *a)* el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva; *b)* toda decisión negativa debe ser motivada y, por lo tanto, corresponde al Estado la necesidad de probar que la información solicitada no puede ser revelada, y *c)* ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información (CIDH, 2012: 4).⁵

Además, las obligaciones del Estado no se limitan a entregar la información que se le solicite, lo que se ha dado en llamar transparencia pasiva, sino que también tiene deberes de transparencia activa que le imponen producir, recopilar y publicar información en datos abiertos a disposición de los ciudadanos sin previo requerimiento (CIDH, 2012: 12). Se trata de que las personas puedan acceder y utilizar de manera fácil e inmediata información que detenta el Estado, dada la importancia, utilidad y beneficios que su divulgación les reporta.

Una primera etapa implicó dar a conocer datos sobre las autoridades a su cargo, los sueldos de las autoridades, sus declaraciones juradas, los procesos de contratación y los gastos de cada organismo. Pero existen indicios,

(CP/CAJP-2608/08), que contiene las respuestas de los Estados y la sociedad civil, así como las recomendaciones de organizaciones de la sociedad civil.

⁵ Además, tales directivas quedaron plasmadas en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información de la OEA.



JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

e incluso obligaciones reconocidas en el ámbito del sistema interamericano de derechos, de que esa obligación de transparencia activa pretende ir más allá y constituirse en una herramienta útil también para la satisfacción de los derechos.⁶

Las políticas públicas de los Estados no siempre son pasadas por el tamiz de los estándares mínimos de transparencia aludidos. Sin embargo, el diseño de políticas debe observar esas principales obligaciones de transparencia activa y pasiva que rigen en materia de apertura de la gestión pública,⁷ pues determinan la imposibilidad de implementar una política en la que se prevea la reserva de la información y documentos producidos, o en la que se prometa a terceros el resguardo secreto de los datos que se recaben, pues, en tales casos, en la medida en que la restricción al derecho de acceder a esa información no esté fundada en razones suficientes de interés general, previamente definidas por ley formal, tales secretos y acuerdos con terceros serán inválidos e inoponibles a la ciudadanía, a la vez que comprometerán la responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional.

En línea con ello y directamente relacionado con nuestro tema, la Comisión Interamericana, en un reciente informe sobre “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos”, sostuvo que la obligación del Estado de producir y difundir información pública constituye “un elemento esencial para que la sociedad pueda fiscalizar el accionar estatal en la formulación y gestión de políticas públicas” (CIDH, 2018: 27 y 28). Es claro que esto no sólo implica que los agentes públicos revisen los mandatos legales que obligan al Estado en materia de transparencia y rendición de cuentas, sino que se trata de avanzar con un cambio institucional y social más

⁶ En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho recientemente que el derecho de las personas a obtener información se ve complementado con una correlativa obligación positiva del Estado de suministrar la máxima cantidad de información de forma oficiosa, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla (*Caso Furlan y familiares vs. Argentina*: 294; *Caso I.V. vs. Bolivia*: 316; OC-23/17). Como precedente, la Comisión Interamericana había abordado la cuestión dando cuenta de tales obligaciones en su *Informe sobre acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos* (CIDH, 2011: 25 y 26).

⁷ Debe decirse aquí que se reconocen otros principios, que probablemente se desprendan de los mencionados, sobre los que no profundizamos, pero que vale mencionar: gratuidad, máxima premura, informalismo y buena fe. Del mismo modo, se reconocen vinculadas obligaciones de los Estados de obtener y capturar información, la gestión y guarda adecuada de archivos, la capacitación de servidores públicos, la previsión de un recurso administrativo y la disposición de vías de revisión judicial idóneas (véase, al respecto, CIDH, 2012: 9/12).

profundo, que logre erosionar la cultura del secretismo⁸ tan fuertemente arraigada en la administración pública.

IV. LA SOLUCIÓN DE CASOS DIFÍCILES: LA VALORACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO

En ciertos casos, que aquí calificamos como difíciles, el derecho de acceso a la información pública es susceptible de entrar en conflicto con intereses estatales apremiantes —como la defensa nacional o la seguridad pública— o incluso con otros derechos fundamentales de terceros, tales como la intimidad, el honor e integridad de las personas. Se trata de casos en los que no se desconoce la existencia de un derecho de acceso a la información en poder del Estado, pero éste tiene buenas y válidas razones legales para mantener su reserva, de acuerdo con el mandato democrático y en orden a las necesidades de la comunidad.

La solución de estos casos difíciles viene dada por los llamados “test de daño” o “test de interés público”, que proponen ponderar los derechos en juego cuando se trata de responder solicitudes de acceso a la información pública de la ciudadanía. Estos ejercicios consisten en realizar un balance entre el interés de retener la información (por el daño que pudiera causar su difusión) y el interés de divulgarla para el conocimiento y uso de la sociedad (ponderando el daño que causaría no difundirla).

En efecto, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública prevé al respecto que ninguna autoridad puede denegar el acceso a información, aun cuando fuera de aplicación alguna de las excepciones de publicidad válidamente previstas por ley, sin evaluar que “el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener acceso a la información” (LMI, artículo 44). Asimismo, la carga de la prueba recae sobre el Estado que pretenda denegar información, a quien le corresponde establecer “...*b*) que la divulgación de la información podría causar un daño sustancial a un interés protegido por esta Ley; y *c*) que la

⁸ El concepto de “cultura del secretismo” aparece en la Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión (2004), donde se exhortó a las autoridades nacionales para que tomen “medidas activas a fin de abordar la cultura del secretismo que todavía prevalece en muchos países dentro del sector público”.



JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

probabilidad y el grado de dicho daño es superior al interés público en la divulgación de la información” (LMI, artículo 53).

72 En consonancia, legislaciones internas, como la mexicana y la argentina, prevén de igual modo la necesidad de valorar el interés público en los casos en que sea viable el resguardo de información, estando su prueba a cargo del Estado (LFTAIP, artículos 3o., 155 y ccs.; LGTAIP, artículos 104, 105, 120 y 149; LAIP, artículo 1o. —principio de facilitación—). En efecto, la ley federal mexicana precisa que, al resolverse reclamos sobre denegatorias de acceso a la información, el organismo garante deberá aplicar una “prueba de interés público con base en elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, cuando exista una colisión de derechos” (LFTAIP, artículo 155).

Del mismo modo, el Acuerdo de Escazú sobre acceso a la información ambiental prevé que los motivos de denegación de pedidos “...deberán estar establecidos legalmente con anterioridad y estar claramente definidos y reglamentados, tomando en cuenta el interés público...” (Escazú, artículo 5.8) y que “cuando aplique la prueba de interés público, la autoridad competente ponderará el interés de retener la información y el beneficio público resultante de hacerla pública, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” (Escazú, artículo 5.9).

Esto explica algo fundamental del sistema previsto por la Ley Modelo Interamericana y otras normas como las reseñadas: aunque pudiera encontrarse justificada en el caso la aplicación de alguna de las excepciones a la divulgación de información previstas por la ley, de todos modos, si el interés público comprometido es mayor al daño que podría generar su publicación, entonces corresponde brindar acceso a la información.

De allí que no basta que un documento verse, por ejemplo, sobre seguridad nacional para que pueda ser automáticamente reservado del conocimiento público. El Estado debe demostrar, además, que la divulgación del documento genera o podría generar un daño específico al valor jurídicamente protegido (López-Ayllón y Posadas, 2007: 23).

Ahora bien, hemos dicho que este nuevo ejercicio de efectuar un test de interés público —o su variante denominada “prueba de daño”, que aquí tratamos indistintamente— no es otra cosa que una precisión del examen de razonabilidad que, junto con el de legalidad, debe superar toda restricción legal a un derecho (CADH, artículos 30 y 32).⁹

⁹ En consonancia, se ha explicado que: “Las pruebas de interés público y pruebas de daño son normas contra las que se deben ponderar la justificación de una excepción a la divulgación a fin de determinar si satisface los requisitos de proporcionalidad y necesidad”

Es decir, que la restricción del derecho a la información, además de estar justificada en un supuesto de excepción previsto por la ley dirigido a la protección del “bien común” —principio de legalidad— (OC-16/86), debe superar también esta segunda prueba que implica la demostración por parte del Estado de:

- La idoneidad de la medida restrictiva: cualquier limitación al derecho de acceso a la información debe ser un instrumento idóneo para cumplir la finalidad que se busca a través de su imposición. Esto es, debe tratarse de una medida efectivamente conducente para obtener los objetivos legítimos e imperiosos que mediante ella se persiguen (CIDH, 2009b: 30).

73

Demostrarlo implica algo más que la mera invocación dogmática de objetivos generales: debe demostrarse un nexo causal de medio y fines; es decir, que la restricción está dirigida adecuadamente a lograr en alguna medida el propósito que la justifica.

- Para que la restricción sea legítima debe establecerse claramente la “necesidad” cierta e imperiosa de efectuar la limitación; es decir, que no sólo sea útil para el fin que se propone, sino que además tal objetivo legítimo e imperativo no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de derechos. Así, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho de acceso a la información (*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*: 91). También implica que no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable (CIDH, 2009b: 30).

Demostrar la necesidad de la restricción supone, entonces, acreditar que es indispensable para asegurar el fin que se propone y que para ello no existen otros medios alternativos menos lesivos. Este punto del análisis de razonabilidad, que suele pasar inadvertido, explica que, por ejemplo, mal podría —en principio al menos— justificarse la reserva de información vinculada a actos cumplidos por un funcionario público invocando la protección de su integridad física, pues el Estado cuenta con medios idóneos para lograr ese cometido preventivo sin necesidad de restringir el derecho de la ciudadanía de informarse sobre asuntos públicos.

(Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información, p. 11).

- Las restricciones al derecho de acceso a la información no sólo deben ser idóneas y necesarias. Asimismo, deben ser estrictamente proporcionales al fin legítimo que las justifica. Para determinar la estricta proporcionalidad de la medida de limitación, ha de establecerse si el sacrificio del derecho de acceso a la información que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen (CIDH, 2009b: 30).

74

Para evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión, con criterio aplicable en nuestro caso, la Corte Interamericana estableció que se debe analizar: *a*) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; *b*) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y *c*) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. “No hay respuestas *a priori* ni fórmulas de aplicación general en este ámbito: el resultado de la ponderación variará en cada caso, en algunos casos privilegiando la libertad de expresión, en otros el derecho contrario” (*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*: 79; *Caso Kimel vs. Argentina*: 84; CIDH, 2009b: 29-31).

Claro que acudir al test de interés público para evaluar la razonabilidad de una restricción en casos concretos se torna a veces dificultoso, sobre todo a la hora de valorar la estricta proporcionalidad de la medida. Más allá de estas dificultades, lo que la norma pretende es que se den razones de suficiente peso, siguiendo ciertas pautas que delimitan y nutren la discusión, para sostener una restricción al acceso a la información, sustentadas en la ponderación de intereses que se pretende proteger en uno y otro caso.

No cabe duda de que el concepto de “interés público” ha servido siempre como carta de triunfo en materia de libertad de expresión, reconociéndose, en esos casos, la existencia de un mandato de dar especial protección a la libre circulación de información de interés público (CIDH, 2009a: 128). Pensamos que, en materia de transparencia, la prueba de interés público procura ese mismo objetivo prioritario de resguardar aquella libertad, para lo cual pone a disposición de los operadores jurídicos una herramienta discursiva que les permitirá justificar válidamente la decisión de aquellos casos en que el derecho de acceso a la información pública entra en conflicto con otros derechos fundamentales o fines estatales.

V. EL CASO (DIFÍCIL) DE LAS POLÍTICAS DE EVALUACIÓN
EDUCATIVA EN MÉXICO Y ARGENTINA: LA APLICACIÓN
DEL TEST DE INTERÉS PÚBLICO

Hemos definido hasta aquí cuáles son las obligaciones que en materia de transparencia deben observarse para la formulación e implementación de políticas públicas, como imperativo de un enfoque de derechos en las sociedades democráticas modernas y según el desarrollo de los derechos humanos en la comunidad internacional.

75

También explicamos que la resolución de casos difíciles, en los que el derecho de acceso a la información pública entra en conflicto con otros derechos fundamentales de terceros o intereses urgentes del Estado, está dada por la valoración del interés público comprometido en cada caso respecto del daño que podría producirse al interés protegido con la reserva de información.

Veremos, en este último apartado, si esa valoración del interés público es efectuada por los organismos garantes de acceso a la información pública de México y Argentina, y de qué manera, para lo cual revisaremos la resolución de dos casos recientes referidos a la publicidad de los resultados de las políticas de evaluación educativa.

El caso mexicano que traemos al análisis se refiere a un pedido efectuado en 2016 por un particular a la Secretaría de Educación Pública para acceder a la base de datos “con los resultados obtenidos por los docentes (convocados y los que participaron voluntariamente) en la Evaluación de Desempeño Docente 2015-2016 en Educación Básica y Media Superior realizada en todas las entidades federativas...”. Como respuesta, el solicitante recibió una nota aclarando que “la información solicitada está considerada, por mandato de ley, como datos personales y, en consecuencia, ha sido clasificada como información confidencial...”; finalmente, se le remitió información global sobre los resultados de las evaluaciones docentes.

El solicitante, entonces, presentó un recurso de revisión contra la respuesta emitida por la Secretaría de Educación Pública ante el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), dando lugar a la resolución del Recurso de Revisión RDA 2185/16 y su acumulado RDA 2186/16, emitida por el Pleno el 10 de junio de 2016.

El organismo garante basó su análisis en la valoración del interés público ante la colisión de dos derechos fundamentales de raigambre constitucional: el de acceder a la información pública sobre la política educativa y

JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

el de proteger los datos personales referidos a la identificación del docente evaluado con su grado de aptitud académica. Concluyó que si bien los resultados de las evaluaciones docentes son datos personales merecedores de resguardo confidencial, en el caso concreto la ponderación del interés público en su difusión hace prevalecer su publicidad. En consecuencia, modificó la respuesta emitida por el sujeto obligado, ordenando la entrega de la información solicitada.

76

En un caso similar, pero referido no ya a los resultados de los docentes, sino a los reportes por escuela de las evaluaciones de alumnos, el organismo garante argentino (Agencia de Acceso a la Información Pública) resolvió intimar al Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología a dar acceso a los resultados del dispositivo “Aprender” de cada una de las escuelas de la Ciudad de Buenos Aires, resguardando la identidad de los educandos.

El ministerio había denegado la solicitud argumentando que los resultados sólo podían ser publicados por nivel jurisdiccional —provincias y municipios— y correspondía reservar los “reportes por escuela” a fin de evitar la estigmatización de los establecimientos educativos. Al resolver la cuestión, por Resolución 80 del 24 de mayo de 2019, la Agencia valoró el interés público frente al daño invocado por el organismo y resolvió la entrega de la información.

Del análisis de ambos casos observamos que tanto el organismo garante mexicano como el argentino aplicaron la prueba de interés público para resolver el conflicto de derechos presentado, y aunque las resoluciones no se estructuraron en un análisis explícito e independiente de cada uno de los elementos desarrollados antes —idoneidad, necesidad y proporcionalidad—, de todos modos, tales preceptos están presentes en los principales argumentos que comparten en común ambas resoluciones.

Esos argumentos son tres y los abordaremos a continuación:

1. *La información solicitada es esencial para que la ciudadanía pueda participar efectivamente en el control de la gestión pública*

Dijimos al comienzo que un enfoque de derechos se centra en la exigibilidad de derechos y pretende para ello una ciudadanía participativa, lo cual no pasó inadvertido en la resolución de ambos casos, ya que los organismos sustentaron su evaluación de interés público en la utilidad esencial de la información tanto para controlar el cumplimiento de las obligaciones

por parte de los agentes estatales como para promover mejores niveles de educación.

Así, en el primer caso, las comisionadas y comisionados del INAI tuvieron en cuenta que si se restringe la protección de los datos personales de los docentes evaluados para satisfacer el pedido de información, es evidente que la sociedad tendría el conocimiento objetivo de la capacidad de los servidores públicos que están formando e instruyendo a los alumnos a nivel nacional. Con ello, los ciudadanos tendrían elementos suficientes para determinar si el Estado cumple con su obligación constitucional de proporcionar una educación de calidad, mandato que viene dado por ley suprema (CPEUM, artículo 3o., fracción II, inciso i, y fracción IX, y artículo 73, fracción XXV) y compromisos internacionales.

En este sentido, la resolución del organismo en el caso de la evaluación docente entendió que “por causa de conveniencias particulares no debe perjudicarse la utilidad general que significa la publicidad ya que, por una parte, permitirá estudiar y entender cómo se generan los resultados, las variables y, en este sentido, dar seguimiento a las acciones que llevan a cabo la Secretaría de Educación Pública en su toma de decisiones...”. También, valoró que “su puesta a disposición permitirá ampliar el debate informado para la reforma reglamentaria del marco jurídico vigente en materia de evaluación” (Resolución INAI: 174).

Del mismo modo, la Agencia argentina, al resolver el segundo de los casos, referido a los reportes por escuela de las evaluaciones educativas, sostuvo que la obtención y difusión de información basada en evidencia que permita a la comunidad tanto tomar decisiones informadas como controlar el accionar del Estado en las políticas de incentivo, inversión y dedicación a la educación pública, configura sin duda una garantía para hacer efectivo el derecho fundamental a la educación.

El acceso a la información funciona entonces como llave para el ejercicio de otros derechos, en la medida en que de ella depende “...una adecuada participación ciudadana en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas, así como en el control de la gestión de los recursos del Estado” (Resolución AAIP: 3).

Esta línea argumentativa, principal en ambas decisiones, procura demostrar los beneficios que reporta a la ciudadanía el acceso a la información sobre los resultados de las evaluaciones educativas. Cuestión que, en un análisis de proporcionalidad —tercer elemento de la prueba—, sirve para justificar sus grandes ventajas y a la vez la gravedad de su restricción.



JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

2. *La información se refiere al cumplimiento de obligaciones básicas del Estado relativas a la satisfacción de derechos fundamentales*

78 Lo anterior advierte que en la decisión de los casos se tuvo en cuenta que el acceso a la información estaba referido al cumplimiento de una obligación básica de los Estados a brindar una educación de calidad, en condiciones de igualdad y no discriminación.

En tal sentido, en el primero de los casos, el INAI consideró que la prestación de servicios educativos de calidad constituye un “derecho al mínimo vital” o “mínimo existencial”, según lo había entendido el Poder Judicial de la Federación en febrero de 2013,¹⁰ que se apoya en los principios de Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, y que se encuentra consagrado en el plexo normativo interno y supranacional que conforman “...la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, ...etc.)”, por lo que se erige como un presupuesto del Estado democrático de derecho, pues “si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido...” (Resolución INAI: 169).

De esta manera, se consideró relevante que el objeto de la información requerida se refería a la satisfacción de un “derecho humano fundamental y que además es considerado parte del mínimo vital del que debe gozar toda persona: el derecho a la educación de calidad” (Resolución INAI: 174).

Claro que no siempre será fácil determinar cuáles son las obligaciones básicas del Estado en relación con cada derecho. Pero siempre que se pueda justificar la existencia de un deber mínimo en cabeza de las autoridades, existirá allí, sin duda, un deber correlativo de transparencia que será prioritario frente a otros mandatos de protección.

La idea de las obligaciones básicas por parte del Estado nos lleva ineludiblemente al trabajo de los organismos de tratados especializados en diferentes temáticas,¹¹ a los que ya nos hemos referido con anterioridad

¹⁰ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo Directo 6671/2012, Mónica Toscano Soriano, 31 de octubre de 2012, unanimidad de votos, ponente: Jean Claude TronPetit. Citada en el resolutorio como “[TA]. 10a. Época, T.C.C. S. J. F. y su Gaceta, Libro XVII febrero de 2013, Tomo 2, Pág. 1345”.

¹¹ Vale decir que el trabajo de tales órganos es mucho más que la doctrina de comisionados expertos. Se trata de estudios que parten de la experiencia acumulada por los organismos y en los que intervienen activamente la sociedad civil y los propios Estados. En

como una de las fuentes de las obligaciones de transparencia. En particular, resultan de utilidad las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, donde se aborda la cuestión de manera recurrente, al menos desde que en la Observación General número 3 —mencionada por el INAI en la resolución del caso— se reconoció expresamente que “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” (Comité DESC, 1990: 10). Luego, en la medida en que el Comité se expidió en relación con los distintos derechos sociales, siempre hizo hincapié en la definición de ciertas obligaciones inmediatas de los Estados, entre ellas la de legislar y asegurar niveles esenciales mínimos de satisfacción de los derechos.

79

Tal es el caso del derecho a la educación, abordado en la Observación General número 13, en la que se sostuvo que el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales impone a los Estados la obligación concreta de adoptar medidas positivas para garantizar la aceptabilidad de la educación, lo que conlleva asegurar educación de buena calidad para todos (Comité DESC, 1999: 50), e incluso vale resaltar que, entre las obligaciones concretas, surge también especificada por el Comité la obligación de establecer y mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos (Comité DESC, 1999: 49).

En consonancia, en el caso argentino la Agencia valoró que “el interés público comprometido en la difusión de la información se vincula directamente con el deber del Estado de garantizar una educación de calidad e igualitaria, mandato que no solo surge de la Constitución Nacional... sino también de los compromisos y objetivos asumidos por la comunidad internacional”. En tal sentido, trajo a consideración que, entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible, a los que también nos hemos referido al comienzo y que creemos de utilidad a la hora de señalar las obligaciones impostergables de los Estados, se prevé el compromiso global de “garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos” (objetivo 4), y que entre las metas de dicho objetivo está la de “asegurar que todas las niñas y todos los niños terminen la enseñanza primaria y secundaria, que ha de ser gratuita, equitativa y de calidad y producir resultados de aprendizaje pertinentes y efectivos”.

efecto, los comentarios generales conllevan un proceso complejo de debate con consulta de los representantes estatales y de las organizaciones internacionales.

JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

Asimismo, el organismo explicitó que la Declaración de Incheon (2015) da cuenta del compromiso de los países participantes para dar cumplimiento al objetivo 4 antes transcrito y, en lo que aquí se destaca, expresó que para ello los Estados están decididos “a establecer marcos jurídicos y políticos que promuevan la rendición de cuentas y la transparencia, así como la dirección participativa y las asociaciones coordinadas en todos los niveles y en todos los sectores, y a defender el derecho a la participación de todas las partes interesadas” (instrumentos citados en la resolución comentada).

80

-
-
-

De allí que el objeto de la información, en tanto estaba referido a la obligación básica de adoptar medidas para brindar una educación de calidad en condiciones de igualdad, también jugó un papel central en la resolución del caso argentino, y sirvió, al igual que en el mexicano, para demostrar que la afectación del acceso a la información sobre las políticas de evaluación educativa era grave en función de los intereses comprometidos.

A esta altura, el ejercicio de la proporcionalidad imponía ya al Estado demostrar que esa afectación grave al derecho de acceso a la información, así definida en función de su contenido y las ventajas que reporta a un interés general, estaba justificada en la protección de un interés semejante o mayor. Ello nos lleva al último de los argumentos.

3. El daño al interés protegido por la norma es menor o meramente especulativo

El test de interés público se completa necesariamente con la llamada prueba de daño, que implica para nosotros revisar cuál es la lesión a un interés jurídico que la reserva de información pretende proteger.

Es interesante señalar que los comisionados mexicanos consideraron que si bien existía un interés legítimo dado por la protección de otro derecho fundamental referido a la protección de los datos personales de los docentes evaluados, se sostuvo que “también es cierto que existe una relevancia pública debido a que son el punto de partida de un conjunto de funciones encaminadas a garantizar la prestación de servicios educativos de calidad”. Entendió así que al ser funcionarios públicos que decidieron desempeñar un rol de interés público, como es el de ser transmisores del conocimiento, “son responsables de la ejecución de un derecho humano fundamental”; de allí que opera “una reducción en su esfera privada, por el interés público que representa el tipo de responsabilidades que voluntariamente han decidido desempeñar” (Resolución INAI: 174).

El caso argentino es interesante, en la medida en que el organismo garante no estaba frente a la afectación de un derecho humano de personas concretas, sino ante una alegada estigmatización de las entidades educativas que podría provocar la publicidad de los reportes por escuela. Allí, la Agencia debió ante todo evaluar la existencia de un daño cierto y no meramente conjetural.

Al respecto, el organismo decisor consideró que el daño por estigmatización de las escuelas que podría causar la difusión de la información constituía “una mera especulación por lo que resulta un argumento insuficiente para justificar la restricción a la garantía de acceso a la información” (Resolución AAIP: 9). Esto basado en que la experiencia ha demostrado que la estigmatización de las instituciones educativas ya existe en la actualidad en la Argentina y no es producto de políticas de transparencia, sino de una marcada desigualdad social. Así, trayendo un precedente del máximo tribunal local referido a publicidad de asignaciones de la seguridad social,¹² rechazó categóricamente la posibilidad de justificar una restricción al derecho de acceso a la información pública con fundamento en un riesgo abstracto y conjetural que, de verificarse, no sería de todos modos consecuencia necesaria, directa o inmediata del acceso en sí mismo a la información, sino producto de conductas independientes y posteriores realizadas por terceras personas; extremo que, llegado el caso, sólo justificaría el accionar legal para hacer cesar y reparar las consecuencias de tales comportamientos discriminatorios.

Vemos que, en principio, en el caso mexicano el examen de proporcionalidad implicó valorar los beneficios que se procura obtener mediante la restricción del derecho de acceso a la información, que estaban vinculados a la protección de datos personales de docentes, y el consecuente grado de afectación que conllevaría publicar la información. En tal sentido, pareciera que los comisionados consideraron que esa afectación era leve o moderada, por lo que, continuando la línea de análisis, la restricción era evidentemente desproporcionada en función de la grave afectación al acceso a la información.

En el caso argentino, los argumentos en este sentido estuvieron más bien dirigidos a demostrar la inexistencia de una verdadera afectación al interés protegido. Con ello, al descartarse que la publicidad de la información pudiera producir causalmente la “estigmatización de las escuelas”, se puso en crisis la idoneidad de la medida restrictiva para lograr su supuesto

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “CIPPEC /c E.N. Mo. Desarrollo Social DTO 1172/03 s/ Amparo Ley 16.986”, sentencia del 26/03/2014 (Fallos: 337:256).



JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

cometido, a la vez que, en el mejor de los casos, se relativizó el daño que podría causar la información, pues sería de todos modos leve.

VI. CONCLUSIONES

82 Hemos abordado al comienzo las obligaciones de transparencia que rigen en el diseño y ejecución de políticas públicas, de conformidad con las exigencias democráticas del Estado moderno y de la comunidad internacional.

- En tal sentido, resultan medulares los principios de no discriminación y de máxima divulgación para la información en manos del Estado.
- Ésta sólo puede ser limitada en orden a estrictas excepciones fundadas en las necesidades de la sociedad democrática. Tales excepciones serán interpretadas de manera restrictiva, a la vez que deben ser invocadas y fundadas por la autoridad que pretenda resguardar la información; además, ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información.
-

Las obligaciones del Estado no se limitan a la transparencia pasiva, sino que también tiene deberes de transparencia activa: se trata de que las personas puedan acceder y utilizar de manera fácil e inmediata la información que detenta el Estado, dada la importancia, utilidad y beneficios que su divulgación les reporta para el ejercicio de sus derechos fundamentales; esta cuestión determina que paulatinamente la jurisprudencia del sistema interamericano exija cada vez más proactividad informativa por parte del Estado.

De allí que toda política pública que se pretenda abordar desde un enfoque de derechos requiere reconocer en cabeza del Estado la obligación de garantizar a la ciudadanía el máximo acceso a la información que obra en su poder, justificando excepcionalmente cualquier restricción, y producir, a la vez, la información necesaria sobre la satisfacción de los derechos. Ello no sólo implica revisar las distintas fuentes normativas a nivel interno y supranacional, sino además la capacitación de agentes públicos, y generar, tanto en la comunidad como en el seno del Estado, una cultura de la transparencia que deje atrás prácticas viciadas por una cultura del secretismo.

Ahora bien, existen casos ciertamente difíciles, en los que el derecho de acceso a la información es susceptible de entrar en conflicto con intereses estatales apremiantes —como la defensa nacional o la seguridad pública— o incluso con otros derechos fundamentales de terceros, tales como

la intimidad, el honor e integridad de las personas. Se trata de casos en los que la restricción al acceso a la información se sustenta, al menos en principio, en un interés general que lo justifica válidamente.

Vimos que la solución de estos casos está dada por los llamados “test de daño” o “test de interés público”. Estas pruebas consisten para nosotros en la aplicación en la materia de la prueba de razonabilidad que debe superar la restricción de cualquier derecho humano, y explican que, aunque pudiera encontrarse justificada la aplicación de alguna de las excepciones a la divulgación de información previstas por ley, de todos modos, si el interés público comprometido es mayor al daño que podría generar su publicación, entonces corresponde brindar acceso a la información.

De allí que la autoridad que procure la reserva de información debe ponderar el interés de retener la información y el beneficio público resultante de hacerla pública, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Claro que, dijimos, acudir al test de interés público para resolver casos concretos se torna a veces difícil. Más allá de estas dificultades, lo que la norma pretende es que se den razones de suficiente peso para sostener una restricción al acceso a la información, sustentadas en la ponderación de los fines y medios con los que se procura proteger los intereses en conflicto.

Finalmente, hemos propuesto analizar la aplicación de ese test por parte de los organismos garantes de acceso a la información de México y Argentina. Trajimos a consideración dos casos difíciles referidos a la publicidad de resultados de políticas de evaluación educativa. En ambas situaciones, las previsiones legales determinaban la reserva de información, en el primer caso sobre los resultados de evaluaciones a docentes, y en el segundo de alumnos reportados a nivel de escuelas. Allí advertimos que, en la resolución de casos difíciles, los organismos garantes aplican el test de interés público y, aunque desprovistos de estructuras argumentativas rígidas, lo hacen evaluando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la restricción al derecho de acceso a la información.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

ABRAMOVICH, Víctor, 2006, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, Santiago, abril, núm. 88, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050_es.pdf.



JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, 2000, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, Siglo XXI, año I, vol. 1.

ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, 2009, “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”, en ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

84

AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., 2009, “Marco para el análisis de las políticas públicas”, en F. MARIÑEZ NAVARRO y V. GARZA CANTÚ (coords.), *Política pública y democracia en América Latina: del análisis a la implementación*, México, Porrúa.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), NACIONES UNIDAS, 2014, *Panorama social de América Latina*, diciembre de 2014 (LC/G.2635-P).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2009a, *Informe anual 2008. Volumen III: Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 25 de febrero de 2009 (OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2009b, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho de libertad de expresión*, 30 de diciembre de 2009 (OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.2/09).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2011, *Informe sobre acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, 22 de noviembre de 2011 (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2012, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2a. ed. (OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 9/12).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2018, *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, aprobado el 15 de septiembre de 2018 (OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18), disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticPublicasDDHH.pdf>.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (COMITÉ DESC), 1990, NACIONES UNIDAS, *Observación General No. 3*.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (COMITÉ DESC), 1999, NACIONES UNIDAS, *Observación General No. 13*.

DWORKIN, Ronald, 1992, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Planeta-Agostini (Colección Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, núm. 40).

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR (IPPDH), 2014, *Ganar derechos. Lineamientos para la formulación de políticas públicas basadas en derechos*, documento elaborado por Julieta Rossi y Javier Moro, disponible en: http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2014/12/GanarDerechos_Lineamientos1.pdf.

85

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y POSADAS, Alejandro, 2007, “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, *Derecho Comparado de la Información*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 9.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH), 2006, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Nueva York-Ginebra.

VILLORIA, Manuel, 2015, “La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones”, *Eunomía - Revista en Cultura de la Legalidad*, España, núm. 7.

Referencias normativas

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Escazú), adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018.

Carta Democrática Interamericana, adoptada por la Asamblea General extraordinaria de la OEA celebrada el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950.

JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer “Convención de Belem do Pará”, adoptada por los Estados americanos el 9 de junio de 1994.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

- 86 Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión (2004), documento disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp.

Declaración de Incheon “Educación 2030: hacia una educación inclusiva y equitativa de calidad y un aprendizaje a lo largo de la vida para todos”, adoptada en mayo de 2015 en el marco del Foro Mundial sobre la Educación realizado en la República de Corea.

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (OEA), documento adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108o. periodo ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Brasil del 3 al 14 de junio de 1992.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución núm. 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública, 2016, Argentina.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2016, México.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2015, México.

Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información (LMI), aprobada por la Asamblea General de la OEA en la cuadragésima sesión ordinaria el 8 de junio de 2010 (AG/RES 2607 (XL-O/10)), y el documento “Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información” (CP/CAJP-2841/10).

Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la cumbre de Nueva York del 25 de septiembre de 2015.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el Décimo Octavo Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.

87

Referencias de jurisprudencia y resoluciones

AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (AAIP), Argentina, Resolución 80 del 24 de mayo de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), *Claude Reyes y otros vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), *Furlan y familiares vs. Argentina* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), *I.V. vs. Bolivia* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de noviembre de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), *Kimel* (Fondo, Reparaciones y Costas), 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), OC-5/85, Opinión Consultiva núm. 5 del 13 de noviembre de 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), OC-6/86, Opinión Consultiva núm. 6 del 9 de mayo de 1986.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), OC-23/17, Opinión Consultiva núm. 23, *Medio ambiente y derechos humanos*, del 15 de noviembre de 2017.

JORGE ALEJANDRO FILIPINI / INÉS SELWOOD

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135.

INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (INAI), México, resolución del Recurso de Revisión RDA 2185/16 y su acumulado RDA 2186/16, emitida por el Pleno el 1o. de junio de 2016.

88

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH), caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, núm. 18030/11, sentencia del 8 de noviembre de 2016.

