
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: CRÍTICAS AL SISTEMA VIGENTE Y PROPUESTAS PARA UNA LEY NACIONAL

*Gabriela ÁVILA CAMBEIRO** y *Demian IGLESIAS SEIFERT***

Fecha de recepción: 2 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 6 de febrero de 2016

Resumen

El derecho de acceso a la información pública se ha convertido en una precondition para el ejercicio de otros derechos constitucionales y constituye una herramienta de control de la actividad de la Administración. Este artículo resalta las dificultades existentes de su correcta implementación para, finalmente, proponer una serie de elementos que deberían ser incluidos en una futura ley nacional de acceso a la información pública.

Palabras clave

Acceso a la información pública – transparencia- participación ciudadana

FREEDOM OF INFORMATION: A CRITIQUE TO THE CURRENT SYSTEM AND PROPOSALS FOR A NATIONAL LAW

Abstract

Freedom of information is a *conditio sine qua non* for the exercise of other constitutional rights and is an important institutional mechanism for the public control of the Public Administration. This article analyzes the difficulties concerning the proper implementation

* Abogada graduada de la Universidad de Buenos Aires (UBA) (Argentina), maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública de la UBA.

** Abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) (Argentina), maestrando en Derecho Administrativo y Administración Pública de la UBA.

of the freedom of information regarding a series of elements that should be included in a future national freedom of information act.

Keywords

Freedom of information- control - transparency – checks and balances – civic engagement

I. Introducción

El interés de la ciudadanía por los actos de gobierno ha crecido notablemente en el último tiempo, a tal punto que el régimen establecido en el Anexo VII del decreto 1172/03 (en adelante, el “Decreto 1172/03” o el “Decreto”) ya no es suficiente para garantizar el derecho de acceso de información pública adecuadamente. Este derecho es una herramienta esencial para la prevención de actos de corrupción y, en general, una precondition para la participación ciudadana y el ejercicio de derechos fundamentales. A los fines de garantizar el control y transparencia de la Administración Pública, es necesario que la información sea brindada en forma amplia, oportuna y precisa, por cuanto sólo cuando la ciudadanía está bien informada puede involucrarse activamente en la *res publica*. Así, consideramos necesaria la sanción de una ley de acceso a la información pública, ya que la experiencia ha demostrado que se requiere una ley formal que adopte los estándares internacionales en la materia y que establezca con precisión las excepciones a fin de asegurar su efectivo cumplimiento.

Nuestro punto de partida es que el acceso a la información pública es un medio que se dirige a evaluar la actividad del gobierno,¹ pero también un presupuesto de mecanismo de participación que funciona, a su vez, como prerequisite del ejercicio del derecho de participar en la formación de políticas públicas o en la toma de decisiones públicas o de efecto público. En palabras de SABA (2015),

en un sistema democrático, la ciudadanía se autogobierna. A fin de poder tomar decisiones de autogobierno, la comunidad política

¹ Recordemos que nuestro sistema de gobierno es representativo y como la soberanía radica en el pueblo —quien la ejerce a través de sus representantes, según lo expresado en el preámbulo de nuestra Constitución Nacional—, la democracia representativa requiere, además de instrumentos como el sufragio, de mecanismos de control en manos de los ciudadanos para hacerse efectiva (GELLI, 2013: 20).

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

ÁVILA CAMBEIRO, G. y IGLESIAS SEIFERT, D. (2015) "Acceso a la información pública...", pp. 126-145.

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

II. El Decreto 1172/03

El Decreto 1172/03 establece que información significa "toda constancia en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida" por determinadas dependencias oficiales. Sin perjuicio de ello, a renglón seguido incluye también como legitimados pasivos a aquellas empresas privadas que presten servicios públicos. Así, el Decreto toma un concepto amplio y abarcador de toda aquella que se encuentre en poder de una oficina estatal, pudiendo coincidir o no con la documentación administrativa, siempre que no esté vedado su acceso por una limitación establecida en la normativa (arts. 2 y 5).² Al respecto,

² Entendemos interesante comparar el régimen del Decreto con una norma que fue su antecedente, a saber, la ley 104 de acceso a la información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, la "Ley 104" y la "Ciudad", respectivamente), y es por ello que en esta sección compararemos en distintas notas al pie (dado que no hace directamente al eje discursivo principal del trabajo) los puntos salientes de sus articulados, que son similares. Así, comenzamos por señalar que la Ley 104 define como información a "cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo, así como las actas de reuniones oficiales". (art. 2), mientras que advertimos que el sutil requisito de que sirvan de base a un acto administrativo es un limitante inconveniente para el acceso público.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

la doctrina entiende que existe una presunción de publicidad de toda la información en poder del Estado y, en aras de facilitar la publicidad y libre circulación de la información para su efectivo acceso por todos (LAVALLE COBO, 2009).

En cuanto a la manera de acceder a la información pública en poder del Poder Ejecutivo Nacional (“PEN”), el Decreto establece que “[t]oda persona física o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado” (art. 6). Esta legitimación activa amplia está garantizada por la institución de los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad en el procedimiento (arts. 7 a 9).³

Por el lado de la legitimación pasiva, la norma abarca a todos los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y entes que funcionen bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del Sector Público Nacional, las instituciones o los fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional, las empresas privadas a quienes se les haya otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público (art. 2).⁴

En cuanto a la forma, se decretó que la solicitud debe ser presentada por escrito, identificando al solicitante, sin necesidad de mayores formalidades, ni requiriendo explicitar la motivación y que aquella debe ser gratuita, salvo los costos de reproducción de la información (art. 11).⁵ El Decreto establece un plazo de diez días para su contestación, prorrogable por diez más en caso de estar justificado por la dificultad de

³ Por su parte, la Ley 104 establece en términos similares que toda persona tiene derecho a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna (art. 1).

⁴ Análogamente, la Ley 104 alcanza a “cualquier órgano perteneciente a la administración central, descentralizada, de entes autárquicos, Empresas y Sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, del Poder Legislativo y del Judicial, en cuanto a su actividad administrativa, y de los demás órganos establecidos en [...] la Constitución de la Ciudad” (art. 1).

⁵ La Ley 104 tampoco requiere mayores formalidades, salvo estar presentada por escrito, identificando al requirente (art. 6).

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

ÁVILA CAMBEIRO, G. y IGLESIAS SEIFERT, D. (2015) "Acceso a la información pública...", pp. 126-145.

reunir la información, y ser notificado dentro del primer plazo (art. 12).⁶ La solicitud sólo puede ser denegada en caso de que la información no exista o esté incurso en alguna de las excepciones establecidas en el Decreto (art. 13).⁷ Si a la fecha de vencimiento del plazo la Administración no hubiera contestado o lo hubiera hecho en forma ambigua, parcial o inexacta, la norma habilita al solicitante a presentar un amparo por mora de conformidad con el artículo 28 de la ley ley 19.549 (art. 14).⁸

III. Problemática del derecho de acceso a la información pública

A pesar de que el Decreto 1172/03 respondió a la necesidad antes insatisfecha de efectivizar el acceso a la información pública en manos del Poder Ejecutivo Nacional, su implementación presenta numerosas deficiencias que generan un doble perjuicio. Por un lado, la imposibilidad de llevar a cabo el control de los actos de gobierno y, por otro, obstar a la eficiente intervención de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones.

⁶ La Ley 104 establece el mismo plazo, prorrogable (art. 7).

⁷ Tales excepciones están definidas en el artículo 16, según el cual "[l]os sujetos comprendidos en el Artículo 2º sólo pueden exceptuarse de proveer la información requerida cuando una Ley o Decreto así lo establezca o cuando se configure alguno de los siguientes supuestos: a) información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior; b) información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; c) secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; d) información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; e) información preparada por los sujetos mencionados en el Artículo 2º dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquéllos y que se refiera a exámenes de situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos; f) información preparada por asesores jurídicos o abogados de la Administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona el pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; g) cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; h) notas internas con recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso previo al dictado de un acto administrativo o a la toma de una decisión, que no formen parte de un expediente; i) información referida a datos personales de carácter sensible —en los términos de la ley 25.326— cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada; j) información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona".

⁸ El artículo 8º de la Ley 104 (CABA) establece que ante el silencio o respuesta parcial queda habilitada la acción de amparo.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

En primer lugar, nos referiremos a la *cultura del secreto* en la práctica administrativa, a la que entendemos como el silencio de los funcionarios sobre asuntos públicos sin otra justificación más que la mera costumbre (BASTERRA, 2010). Si bien es cierto que muchas veces este proceder responde a la intención de resguardar información valiosa, en otras ocasiones es apenas una forma de encubrir situaciones de dudosa legalidad. Por esta razón, consideramos que el Estado debe acabar con esta práctica oscurantista con la publicación de todos los actos relevantes y así consolidar el ejercicio del control ciudadano, la participación y el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Esto tendría por efecto mediato la mejora de la *performance* del Estado Nacional en los índices de transparencia internacional y acaso también el fomento de la costumbre de acceder a la información pública.⁹ En este sentido, se debe advertir que el reinado de la cultura del secreto sobre la publicación de los actos *públicos* perjudica la libertad de expresión y el debate público. Al mismo tiempo, también impide una eficaz participación ciudadana y el normal funcionamiento de nuestro modelo de democracia, toda vez que es menester que haya disenso para lograr consenso.

La reticencia de la Administración a dar intervención a los particulares en los procedimientos se justifica en que dicha intervención le quita eficiencia a la gestión, asumiendo que la participación ciudadana y la publicidad de los actos entorpecen el desenvolvimiento del actuar público (SILVERI, 2007). Obviamente, esto se contrapone con los principios de la democracia participativa —que propugna el autogobierno de la ciudadanía— y con la idea de que la información pertenece a las personas y está en manos del Estado en tanto y en cuanto representa a la ciudadanía. Por ello, a fin de erradicar esta práctica debería sancionarse a los responsables de negar la información requerida o a aquellos que obstruyan el derecho de los ciudadanos a peticionar a las autoridades. Si bien el artículo 15 del Decreto establece sanciones ante la reticencia a brindar información, entendemos que la falta de contralor por parte de la autoridad de aplicación convierte en letra muerta dichas disposiciones.

Otra de las deficiencias que se observa está dada por la falta de adaptación de los procedimientos administrativos a las medidas de acceso, teniendo en cuenta la estructura burocrática que preexiste a la norma. Las dependencias administrativas no han compatibilizado los circuitos establecidos para contestar los pedidos de información con

⁹ Al respecto, ver el estudio elaborado por la OPEN SOCIETY JUSTICE INICIATIVE del año 2006, titulado "Transparencia & Silencio", consultado en [ver link] el 22.06.2015.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

ÁVILA CAMBEIRO, G. y IGLESIAS SEIFERT, D. (2015) "Acceso a la información pública...", pp. 126-145.

los plazos prescriptos en el Decreto 1172/03. También se observa que la existencia de distintas vías de ingreso y salida de documentación para una misma dependencia contribuyen a que no pueda cumplirse con los objetivos de la norma (SILVERI, 2007). Inclusive, este esquema se agrava en razón de las limitaciones implicadas por el trámite de los expedientes en papel, cuando son numerosas las administraciones que han hecho sensibles avances hacia el gobierno abierto electrónico (e. g., la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia de Salta).

De esta manera, si bien la regulación del Decreto 1172/03 significó un gran avance en la tutela del derecho de acceso a la información, fue insuficiente para garantizar que ésta fuera precisa, completa y oportuna. Así, a diez años de su entrada en vigencia, la experiencia demuestra que es necesario que se sancione una ley nacional de acceso a la información pública que enfatice en la publicación activa del Estado de la información importante para la sociedad. En este sentido, si la Administración tuviera un real interés en promover la participación ciudadana en las cuestiones públicas, respetando el principio de máxima divulgación, publicidad de los actos de gobierno y transparencia, debería publicar todo lo relativo a su accionar, y fomentar la participación y el interés de aquellos que por falta de información no se acercan al debate democrático. Un buen punto de partida sería la publicidad sobre la ejecución presupuestaria y cumplimiento de los objetivos en políticas públicas, como hace, por ejemplo, el Reino Unido.¹⁰

La forma republicana consagrada en el artículo 1 de la Constitución Nacional implica el deber de dotar de transparencia la actividad de la administración y, además, de facilitar su conocimiento por la generalidad de los administrados (LAVALLE COBO, 2009). Es por ello que, como señala BASTERRA (2010:1), el acceso a la información pública

constituye una *conditio sine qua non* para el adecuado funcionamiento de los regímenes republicanos, ello por cuanto no existe requisito más importante para alcanzar la credibilidad democrática que un Estado responsable y permeable al escrutinio de los habitantes. Así, no se concibe hablar de control en la actividad administrativa y en los actos de los gobernantes, si como contrapartida no se reconoce el derecho de acceso a la información pública en cabeza de cualquier persona.

¹⁰ Cfr. [<https://www.gov.uk/government/statistics>].

No hace falta aquí destacar el poder que implica la información en nuestro tiempo, ni cómo aquellos que carecen de ella están en una situación de desigualdad que no puede ser causada ni soportada por el accionar estatal.

IV. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre acceso a la información pública

En la sección anterior expusimos la importancia de que el derecho de acceso a la información pública sea efectivo, irrestricto y amplio, tanto en términos de legitimación activa y pasiva, como en su acceso, salvo excepciones debidamente justificadas. No obstante, la definición de estas excepciones ha suscitado diversos inconvenientes en la jurisprudencia y esto es lo que abordaremos a continuación a la luz de seis casos paradigmáticos que fueron decididos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la “Corte” o “CSJN”) en la materia.

a) “Asociación por los Derechos Civiles c. Estado Nacional – PAMI” (4.12.2012)

En el primer caso,¹¹ la Asociación por los Derechos Civiles (“ADC”) demandó al Programa de Atención Médica Integral (“PAMI”), dependiente del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional con el objeto de obtener la información relativa a su presupuesto de publicidad oficial para el año 2009 y su inversión publicitaria en los meses de mayo y junio del mismo año por cada rubro (medios gráficos, radiales, televisivos, cinematográficos, sitios de internet y vía pública), medio de comunicación, productora y programa al cual fue asignada, el tipo de campaña al cual correspondió la pauta asignada en cada caso, y la indicación de la agencia de publicidad o intermediario a través de la cual se contrataron estos espacios en los medios.

En su defensa, el PAMI sostuvo, primero, que no era un sujeto pasivo alcanzado por el Decreto 1172/03, dado que no estaba mencionado expresamente con ese carácter;¹² y,

¹¹ CSJN, in re “Asociación por los Derechos Civiles c. Estado Nacional – PAMI s/amparo ley 16.986” (04.12.2012). Consultado en [ver link] el 30.07.2015.

¹² Al respecto, cabe recordar el artículo 2 del Decreto establece el ámbito de aplicación y alcanza a los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

ÁVILA CAMBEIRO, G. y IGLESIAS SEIFERT, D. (2015) "Acceso a la información pública...", pp. 126-145.

segundo, que el decreto se refiere específicamente a las instituciones que forman parte del Estado y que el PAMI no reviste tal carácter.¹³ En consecuencia, entendió que no se encontraba obligado a brindar la información solicitada.

De esta manera, el eje del debate judicial radicaba en torno a las posibilidades de aplicación del Decreto a la demandada. Así las cosas, la Corte realizó una serie de aclaraciones relevantes para la materia objeto de estudio. En especial, reprodujo e hizo suyos los argumentos y conclusiones a las que arribó la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH") en el caso "Claude Reyes" (consid. 10)¹⁴:

la importancia de esta decisión internacional consiste en que se reconoce el carácter fundamental de dicho derecho¹⁵ en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra "buscar" y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a "recibir" la información solicitada [...] es decir que la legitimación activa es amplia y *se la otorga a la persona como titular del derecho*, salvo los casos de restricción [...]. El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en *el derecho que tiene toda persona* de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a la información [...] que pertenece a las personas, la información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno. Éste tiene la información sólo en cuanto representante de los individuos. El Estado y las instituciones públicas están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas.¹⁶

Además, la Corte desarrolló el *principio de máxima divulgación*, también con cita a la Corte IDH, respecto del cual sostuvo que:

¹³ Según el artículo 1 de la ley 19.032, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) es una persona jurídica de derecho público no estatal.

¹⁴ Corte IDH (19.09.2006) *in re* "Claude Reyes y otros vs. Chile". Consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf] el 14.12.2015.

¹⁵ En referencia al acceso a la información pública.

¹⁶ Sin cursiva en el original.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

[e]n una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones [...] regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública [...] de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación de la gestión pública a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

En virtud de estas consideraciones, la Corte entendió que era procedente admitir la solicitud de información pública a una institución que gestiona intereses públicos y que detenta una función delegada del Estado como es el PAMI. Por lo tanto, la Corte consagró el *principio de máxima divulgación* de la información vinculada con fines estatales, ampliando la legitimación activa y obligando al Estado Nacional a brindar todo tipo de información con la finalidad de cumplir con los estándares internacionales a los que se comprometió.

b) "R. P., R. D. c. Estado Nacional – Secretaría de Inteligencia del Estado" (19.04.2011)

En este segundo caso,¹⁷ la parte actora pretendía obtener información que el Estado Nacional no consideraba de carácter público en razón de normas que permitían clasificarla, es decir, reservarla del conocimiento público. El actor promovió su demanda con el objeto de acceder a la información sobre su persona que tuviera la Secretaría de Inteligencia (en adelante, "SI") y que consideraba necesaria para acceder a ciertos beneficios previsionales que reclamaba a la Administración Nacional de la Seguridad Social ("ANSeS").

Por su parte, la SI sostenía que la ley 25.326 de protección de datos personales preveía, específicamente, que los responsables de los archivos pueden negar el acceso a la

¹⁷ CSJN (19.04.2011) *in re* "R. P., R. D. c Estado Nacional — Secretaría de Inteligencia del Estado" (Fallos 334:445).

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

ÁVILA CAMBEIRO, G. y IGLESIAS SEIFERT, D. (2015) "Acceso a la información pública...", pp. 126-145.

información en función de la protección de la defensa nacional, del orden y de la seguridad pública, mediante decisión fundada. Asimismo, la SI sostuvo que la ley 25.520 atribuyó exclusivamente al Presidente de la Nación la facultad de desclasificar o autorizar el acceso a determinada información, inclusive los datos que la reglamentación ha llamado "públicos", así como que asignó el control de las actividades de inteligencia y de los datos que se pudieren almacenar a la Comisión Bicameral creada a tal efecto.

Llegado el caso a la última instancia procesal, la Corte resolvió que el actor tenía derecho a obtener toda la información que era útil para acceder a su beneficio jubilatorio en poder de la SI. De esta manera, si bien no toda la información que tiene el Estado es considerada pública y el artículo 16 del Decreto 1172/03 prevé excepciones legales, el criterio sentado fue que la SI sólo puede denegar la información alegando expresamente que cuenta con esa información y que está comprendida por alguna de tales excepciones legales al principio de máxima divulgación en materia de acceso a la información, es decir, mediante una "decisión fundada [...] en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad pública, o de la protección de los derechos e intereses de terceros" (art. 17, incs. 1º y 2º, ley 25.326). Para así resolver, consideró que la clasificación de la información de los organismos de inteligencia (art. 23, inc. 2º, ley 25.326; art. 16, ley 25.520) no es óbice para que los jueces, a pedido de parte, puedan verificar si está comprometido el interés público y hacer efectiva la garantía del *habeas data* (art. 43, 3º párrafo, Constitución Nacional) y que éstos tienen la potestad de verificar a instancias del interesado si las razones dadas por el organismo justifican la negativa a suministrar la información, para lo cual podrán "tomar conocimiento personal y directo de los datos solicitados asegurando el mantenimiento de su confidencialidad" (art. 40, inc. 2, ley 25.326).

c) "Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social - decreto 1172/03 s. amparo ley 16.986" (26.03.2014)

En este tercer caso,¹⁸ el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento ("CIPPEC") requirió al Ministerio de Desarrollo Social de la

¹⁸ CSJN (26.03.2014) *in re* "Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social - decreto 1172/03 s. amparo ley 16.986". Consultado en [ver link] el 30.07.2015.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

Nación (el “Ministerio”) que informara: (a) los padrones de beneficiarios de transferencia limitada y/o subsidios otorgados en concepto de “ayuda social a personas” durante los años 2006 y 2007; y (b) las transferencias a “Otras instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro”, sean éstas organizaciones locales, instituciones comunitarias o asociaciones barriales, identificando individualmente el nombre de la organización receptora, programa bajo el cual recibe el subsidio y valor monetario de cada una de las transferencias realizadas en los años 2006 y 2007. La Corte hizo lugar al reclamo de CIPPEC, ordenó al Estado Nacional brindar la información íntegra requerida referida a planes sociales de asistencia a la comunidad que el Ministerio administra, y exhortó al Congreso de la Nación a sancionar urgentemente una ley que regule el modo en que las autoridades deben satisfacer el derecho de acceso a la información pública.

En su fallo, la CSJN apuntó que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (“OEA”) instó a que los Estados promuevan la adopción de las medidas necesarias para asegurar el reconocimiento y aplicación efectiva de este “derecho humano fundamental y piedra angular de todas las libertades [...] y que abarca el derecho a juntar, transmitir y publicar noticias” (consid. 6º). Con una nueva cita del precedente “Claude Reyes” de la Corte IDH, la CSJN destacó que este derecho tiene una doble vertiente y debe entenderse como derecho individual de toda persona descrito en la palabra “buscar” y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a “recibir” la información solicitada. Así, el fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho de toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan. En concordancia con ello, la Corte afirmó que la información pertenece a las personas, que no es propiedad del Estado y que el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno, que tiene la información sólo en cuanto representante de los individuos. En resumidas cuentas, el Estado y las instituciones públicas están alcanzados por el mandato constitucional y republicano de respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas.

Asimismo, la CSJN reiteró que la información debe ser entregada sin necesidad de que el requirente acredite un interés directo para su obtención. De esta manera, la sola condición de integrante de la comunidad es suficiente para justificar la solicitud de información de carácter público, pues ésta no pertenece al Estado sino al pueblo de la Nación Argentina. En cuanto al alcance de este acceso a la información, el Estado Nacional está obligado a permitirlo en tanto no se trate de datos “sensibles” cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor. También señaló que, según la ley, los “datos sensibles” son los que revelan el origen racial o étnico, las

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

ÁVILA CAMBEIRO, G. y IGLESIAS SEIFERT, D. (2015) "Acceso a la información pública...", pp. 126-145.

opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual de las personas (art. 2, ley 25.326).

En estos términos, la CSJN entendió que la información requerida por CIPPEC no estaba comprendida por ninguno de estos casos y, por lo tanto, no podía ser calificada como "sensible". Atento a ello, la negativa del Estado a brindarla carecía de sustento legal. Así, señaló que debe prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública y que los datos solicitados constituyen una herramienta fundamental para evaluar las políticas sociales puestas en práctica. También se remarcó que la publicación de la nómina de beneficiarios no modificará ni agravará la situación de vulnerabilidad que los hace merecedores de esa ayuda pero, en cambio, permitirá al conjunto de la comunidad verificar, entre otros aspectos, si la asistencia es prestada en forma efectiva y eficiente, si se producen interferencias en el proceso y si existen arbitrariedades en su asignación.

d) "Oehler, Carlos, A. c. Secretaría de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy - Estado Provincial s. recurso de inconstitucionalidad" (21.10.2014)

En este cuarto caso,¹⁹ el diputado provincial Carlos Oehler, en su carácter de presidente de la Comisión de Turismo, Transporte y Comunicaciones de la legislatura, demandó a la Secretaría de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy con el objeto de obtener información relativa a: (a) si el Consejo Federal de Turismo y el Comité Interinstitucional de Facilitación Turística habían sido constituidos; (b) en caso de que esto hubiera sucedido, se facilitaran copias de los instrumentos que lo hubiesen dispuesto; (c) en caso de que no hubiera sucedido, se explicaran los motivos de esa omisión; y (d) todo otro dato de interés. Por su parte, la demandada planteó la excepción de falta de legitimación activa y el Tribunal en lo Contencioso Administrativo rechazó la acción interpuesta con fundamento en el carácter de diputado que revestía el actor y que no había un derecho subjetivo en juego.

Ante el rechazo de su demanda en primera instancia, el actor interpuso un recurso de inconstitucionalidad y el Superior Tribunal de Justicia Jujeño resolvió que "los jueces no deben exorbitar los límites de sus atribuciones y actuar sustituyendo aquellos mecanismos parlamentarios aptos para resolver la controversia. Por otro lado, señaló que

¹⁹ CSJN (21.10.2014) *in re* "Oehler, Carlos A. el Secretaria de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy - Estado Provincial s/ recurso de inconstitucionalidad". Consultado en [ver link] el 31.01.2016.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

la alegada condición de ciudadano tampoco lo autorizaba a demandar, pues no había demostrado la existencia de un derecho subjetivo o colectivo, o de un interés directo o difuso. Y agregó que no correspondía conferir protección jurisdiccional a quien promueve un juicio con la única aspiración de obtener el restablecimiento de una situación *de iure*, sin alegar derecho vulnerado, ni rol de víctima”.²⁰

Arribado el caso a la última instancia, la Corte analizó pormenorizadamente el artículo 10 de la ley 4444 de la Provincia de Jujuy que regula el “libre acceso a las fuentes de información pública” y reconoce ese derecho a toda persona. Como consecuencia de ello, entendió que no se exige la acreditación de un derecho vulnerado toda vez que la mera calidad de ciudadano alcanza para habilitar la intervención del Poder Judicial. Asimismo, con cita del fallo “Asociación por los Derechos Civiles c. EN - PAMI” (referido anteriormente), reiteró que la Corte IDH en el precedente “Claude Reyes” ha desprendido el derecho al acceso a la información del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

De esta manera, advertimos que la Corte sostuvo nuevamente que este derecho corresponde a toda persona como titular del derecho (legitimación activa amplia), salvo los supuestos de excepción.

e) “Stolbizer, Margarita c. Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s. amparo ley 16.986” (01.09.2015)

En el quinto caso a considerar,²¹ la diputada Margarita Stolbizer promovió una acción de amparo en los términos del Decreto para que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos informara en relación con el Programa de Desarrollo Territorial de Políticas Públicas. En lo sustancial, el Estado se opuso a la pretensión con fundamento en que la actora carecía de legitimación, que no se había precisado adecuadamente la información requerida y que la misma se encuadraría en los supuestos de excepción. La jueza de grado admitió la pretensión y ordenó al ministerio entregar la información solicitada en el plazo

²⁰ CSJN (19.04.2011) *in re* “R. P., R. D. c Estado Nacional — Secretaría de Inteligencia del Estado” (Fallos 334:445), considerando 3.

²¹ CSJN (01.09.2015) *in re* “Stolbizer, Margarita c. Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s. amparo ley 16.986”, consultado en [ver link].

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

ÁVILA CAMBEIRO, G. y IGLESIAS SEIFERT, D. (2015) "Acceso a la información pública...", pp. 126-145.

de diez días, de conformidad con el principio de máxima divulgación aplicable en la materia.

Apelada la sentencia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió su confirmación con sustento en la doctrina del fallo "CIPPEC". El Estado Nacional recurrió esta resolución y la Corte falló con remisión a lo resuelto en los fallos "Asociación Derechos Civiles", nuevamente "CIPPEC" y "Oehler", todos mencionados anteriormente.

f) "Giustiniani, Rubén Héctor c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s. amparo por mora" (10.11.2015)

El último de los antecedentes jurisprudenciales²² es el que involucró a Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. (en adelante, "YPF"), en el cual el actor requirió copia íntegra del acuerdo de proyecto de inversión que dicha sociedad había suscripto con Chevron Corporation para la explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la Provincia del Neuquén. Ante su negativa, el diputado Giustiniani inició un amparo a fin de obtener dicha información, el cual fue rechazado en primera y segunda instancia con fundamento en que YPF no estaba alcanzada por el Decreto 1172/03 y que la información podía ser negada por contener secretos industriales, técnicos y científicos.

Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte reiteró una vez más lo expuesto en los precedentes "ADC" y "CIPPEC" en relación al alcance del derecho a la información pública, el principio de máxima divulgación y la legitimación activa amplia. Con base en estos principios, examinó la conformación societaria de YPF S.A. resaltando que el Poder Ejecutivo Nacional es titular del 51% de las acciones de la sociedad y ejerce un rol preponderante en su gobierno.

Por ello, concluyó que: "tanto las normas regulatorias como las medidas que en su consecuencia adoptó el Estado Nacional permiten afirmar que YPF S.A. funciona bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional"²³ y, por lo tanto, debe permitir a cualquier

²² CSJN (10.11.2015) *in re* "Giustiniani, Rubén Héctor c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s. amparo por mora", consultado en [ver link].

²³ CSJN (10.11.2015) *in re* "Giustiniani, Rubén Héctor c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s. amparo por mora", considerando 11.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

persona el acceso a información relacionada con sus actividades. Respecto del carácter secreto de la información, la CSJN destacó que las imprecisas y genéricas afirmaciones que formuló YPF en la causa no eran suficientes para tener por probado que la divulgación del contenido del acuerdo pudiese comprometer secretos industriales, técnicos y científicos y, en consecuencia, la CSJN resolvió revocar lo dispuesto por la Cámara y ordenó a YPF S.A. brindar la información requerida.

Para así decidir, la CSJN resaltó que “la empresa desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los principios de una sociedad democrática y de acuerdo a la jurisprudencia reseñada, negar información de indudable interés público, que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión”.²⁴

V. El derecho de acceso a la información a nivel regional y propuestas para una ley nacional de acceso a la información pública

A partir de la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la legislación interna de los distintos países de Latinoamérica, éstos estuvieron obligados a sancionar normas internas para garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información. Así, a partir de la Declaración de Nueva León del 2004, los Estados partes de la OEA se comprometieron “a contar con los marcos jurídicos y normativos, así como con las estructuras y condiciones necesarias para garantizar a los ciudadanos el derecho de acceso a la información” (OEA, 2004).

La primera ley de acceso a la información en el continente es la *Freedom of Information Act* (1966) de los Estados Unidos de América.²⁵ Básicamente, esta norma dispone que cualquier persona tiene el derecho de obtener acceso a la información en poder de las distintas dependencias del Gobierno Federal. En esta línea, distintos Estados han incorporado normas de este tipo, entre los que podemos mencionar a Canadá, Chile, Costa Rica, Nicaragua, Uruguay, Trinidad y Tobago, México, Panamá, Perú, Jamaica, Ecuador, República Dominicana, Honduras y El Salvador, todos los cuales han dictado una ley de acceso a la información (OEA, 2007).

²⁴ CSJN (10.11.2015) *in re* “Giustiniani, Rubén Héctor c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s. amparo por mora”, considerando 17.

²⁵ Disponible en [<http://www.foia.gov/index-es.html>].

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

ÁVILA CAMBEIRO, G. y IGLESIAS SEIFERT, D. (2015) "Acceso a la información pública...", pp. 126-145.

En líneas generales, los países que han sancionado una ley de acceso a la información tienen un nivel de respuesta superior a los pedidos de acceso respecto a los países que no cuentan con una normativa específica en la materia. Un estudio de la OPEN SOCIETY JUSTICE INICIATIVE demuestra que los primeros tienen un nivel de respuesta tres veces superior respecto de los segundos (2006: 11). Asimismo, en los casos en que el pedido se realizó en forma oral, el solicitante fue derivado de oficina en oficina sin obtener la información solicitada; mientras que en las presentaciones efectuadas por escrito no se obtiene denegatoria expresa y frecuentemente la respuesta de la Administración es incompleta y tardía. A su vez, cuando el solicitante es derivado a los sitios *web* donde supuestamente está la información requerida, la información *on-line* es muy difícil de encontrar o inexistente (*id.*).

En estos términos, si bien una ley no garantizaría el cumplimiento del derecho de acceso a la información, el índice de cumplimiento en los países que tienen una ley específica es superior. Además, una ley que defina el procedimiento aplicable sería una oportunidad para fortalecer el comportamiento de las instituciones públicas funcionando como un puente entre la sociedad y el Estado (LAVALLE COBO, 2009).

En primer lugar, la sanción de una ley según los estándares regionales resolvería el inconveniente de tener una norma a nivel decreto que pueda restringir el acceso a la información pública. De este modo, una misma norma de prelación superior definiría un único concepto de información reservada y aclararía qué se entiende por dato sensible, entre otras cuestiones. Asimismo, la ley debería establecer con claridad los requisitos que deben darse para brindar o negar la información solicitada y, en general, se adecuaría la práctica administrativa a la propia nuestra forma republicana. La antítesis de ello es la cultura del oscurantismo estatal y la teoría de que la participación ciudadana es un escollo en la marcha de la Administración.

De lo dicho precedentemente, se desprende la necesidad que la ley cuente con elementos mínimos que impidan a la Administración y al Poder Judicial oponer argumentos infundados o razones insuficientes para negar la información solicitada. En esta línea, es necesario que la ley mantenga una legitimación amplia como hace el Decreto, que no requiera la explicación de motivación, que establezca qué tipo de información la Administración está obligada a brindar y que indique taxativamente las excepciones. A su vez, debe señalar que la solicitud de información comprende el derecho a recibir copias, es decir, a la reproducción de la información requerida, aunque ello sea a costa del

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

interesado por cuanto no cabe cargar con gastos extras a la Administración. En este punto, también el Decreto y la Ley 104 de la Ciudad siguen un criterio adecuado.

A su vez, es necesario dejar en claro que el principio de publicidad rige de forma tal que, en caso de duda, prima la presunción a favor del solicitante. También debe contemplarse la posibilidad de que la información sea remitida en plazos breves aunque con la posibilidad de que el Estado lo amplíe siempre que medie una razón debidamente justificada (SABA, 2004: 176).

Una cuestión importante que el Decreto no resuelve es la posibilidad de establecer un régimen aplicable tanto a todos los estamentos del Estado (como sí lo hace la Ley 104), como a los niveles nacional, provincial y local. De ocurrir esto, entendemos que no habría avasallamiento alguno de las competencias originarias de las provincias según la Constitución Nacional (art. 121), puesto que: (a) el acceso a la información pública es inherente a la forma representativa republicana (art. 1); (b) los ciudadanos de las provincias gozan de los mismos derechos inherentes al título de ciudadanos (art. 8) y son iguales ante la ley (art. 16); (c) el acceso a la información pública está protegido por el derecho a la libertad de expresión,²⁶ previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (art. artículo 19) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13), todos los cuales son Tratados Internacionales de Derechos Humanos enumerados tienen rango constitucional (art. 75, inc. 22); (d) el Congreso de la Nación tiene competencia para legislar lo conducente para “[p]roveer al crecimiento armónico de la Nación” y asegurar “la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna” (art. 75, inc. 19), y “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (art. 75, inc. 23).

Aunque, como señaláramos la mayoría de las características que enumeramos precedentemente ya se encuentran receptadas por el Decreto, la falta de una autoridad de aplicación y control independiente convierte en letra muerta sus lineamientos, lo que se ve reflejado en el bajo nivel de respuesta que tienen los pedidos de información a nivel nacional. Para modificar esta situación creemos que es necesario crear una autoridad de

26 Cfr. sección IV de este artículo en lo atinente a la jurisprudencia de la CSJN y el Corte IDH.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

ÁVILA CAMBEIRO, G. y IGLESIAS SEIFERT, D. (2015) "Acceso a la información pública...", pp. 126-145.

aplicación especializada, independiente y autárquica, que garantice el cumplimiento de la ley. La autoridad deberá promover campañas públicas de concientización y capacitación, también deberá "contemplar la necesidad de mantener organizados, actualizados y digitalizados los archivos históricos y administrativos" (ALONSO, 2010). Esta autoridad de aplicación debería estar conformada por representantes de todos los poderes así como de organizaciones de la sociedad civil cuyo objeto esté enfocado en el fortalecimiento de las instituciones democráticas, de manera que aseguren el control y monitoreo de las prácticas públicas pertinentes.

A su vez, la ley debe asegurar la aplicación de sanciones ante la denegatoria tácita y habilitar la vía del amparo ante la falta de respuesta o respuesta parcial. No debemos perder de vista que la aplicación de sanciones establecidas por ley genera un incentivo mayor al cumplimiento. Al respecto, a los efectos de establecer el tipo de sanciones en la ley nacional, podría receptarse la pauta establecida en el Decreto, el cual establece que la negativa injustificada a brindar información es considerada falta grave y conlleva la aplicación de las sanciones más severas de la ley de empleo público (art. 15).

En adición a aquello, la ley también podría seguir la línea de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública²⁷ en relación con ciertas temáticas que por su importancia deberían ser publicadas proactivamente, a saber: (a) información presupuestaria; (b) informes anuales sobre ejecución presupuestaria; (c) datos para la ejecución y seguimiento del desempeño de contratos públicos; (d) detalle de subsidios públicos otorgados; y (e) aquella información que sea solicitada con frecuencia y sea de interés para la sociedad.

En conclusión, es fundamental que para la mejora de nuestra participación ciudadana, transparencia estatal y acceso a la información que nuestros representantes sancionen una ley de acceso a la información pública que construya a partir del Decreto 1172/03 (dictado hace casi trece años) y la Ley 104 de la Ciudad (todavía anterior) con la interpretación que la jurisprudencia ha realizado sobre tal norma a la luz de nuestra forma republicana de gobierno, pero que también permita superar las deficiencias que la práctica administrativa demostró no poder (o no querer) resolver.

²⁷ Disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf].

Bibliografía

ALONSO, L. (2010) “Una ley de acceso a la información pública”, en *La Ley, Suplemento Actualidad*, año 2010, número 1. Buenos Aires, La Ley.

BASTERRA, Marcela, “¿Supera el test de constitucionalidad el Proyecto de ley de Acceso a la Información Pública?”, en *La Ley, suplemento Constitucional*, año 2010, nro. 63

GELLI, M. (2013) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires, La Ley.

LAVALLE COBO, D. (2009) *El derecho de acceso a la información pública*, BUENOS AIRES, ASTREA.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA) (2004) *Declaración de Nueva León*. Consultado en [ver link] el 22.06.2015.

— (2007) “Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información”. Consultado en [ver link] el 22.06.2015.

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (OSJI) (2006) *Transparencia & Silencio*. Consultado en [ver link] el 22.06.2015.

SABA, R. (2004) “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del Gobierno”, en *Derecho Comparado de la Información*, número 3, enero-junio de 2004, pp. 145-185. Consultado en [ver link] el 17.06.2015.

SILVERI, C. (2007) “La participación como estilo de gobierno”, ponencia presentada en *Mesa redonda “Democracia participativa: Desafíos del Siglo XXI”* realizada en 10.05.2007. Consultado en [ver link] el 17.06.2015.