

CUARTO NÚCLEO TEMÁTICO: ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho de acceso a la información pública. Características, proyecciones y límites.

David Patchman

SUMARIO: I. Inicio y saludos. II. Aclaración preliminar. III. Introducción y conceptualización del derecho de acceso a la información pública. IV. Principios, finalidad y objetivos de este derecho. V. Consagración normativa del derecho de acceso a la información pública. VI. Pautas jurisprudenciales en materia de derecho de acceso a la información. VI.1. Legitimación. VI.1.1. Activa. VI.1.2. Personas jurídicas. VI.1.2.1. Asociaciones o Fundaciones sin fines de lucro. VI.1.2.2. Asociaciones o fundaciones con fines de lucro. VI.1.2.3. Estado Nacional, Provincial o Municipal. VI.1.3. Personas físicas. VI.1.3.1. Ciudadanos. VI.1.3.2. Legisladores. VI.1.3.3. Abogados. VI.1.4. Legitimación pasiva. VI.2. Vías judiciales idóneas. VI.3. Objeto de la acción. Información accesible. VII. Promover la participación responsable. VIII. Conclusión.

I. Inicio y saludos.

En primer lugar, quiero agradecer especialmente a las autoridades del FORJAD, en cabeza de Juan González Moras y Pablo Comadira, y a Pascual Caiella en forma personal y en su carácter de representante de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, por haberme hecho partícipe una vez más de estas fantásticas Jornadas, en un acto de irresponsabilidad que sólo es esperable de los amigos.

Quiero también hacer extensivo mi saludo a los colegas de los restantes paneles, a los profesores que nos acompañan y llenan de prestigio estas Jornadas y, por supuesto, a todos los que han venido a escucharnos, sin los cuales nada de esto tendría sentido.

Finalmente, quiero acercar un saludo muy especial a mi mujer y a mi hijo, que padecen una vez más el atroz encanto de escucharme.

II. Aclaración preliminar.

Se imaginarán que es muy difícil hablar del derecho de acceso a la información pública cuando el colega que me ha precedido en el uso de la palabra es el Dr. Comadira, puesto que realmente queda muy poco que decir cuando el tema ha sido analizado con tanta solvencia. Por suerte, la poca extensión de tiempo que nos otorgan me brinda la posibilidad de tocar algún otro aspecto de esta cuestión, que es el acceso a la información pública mirado ahora desde la óptica de la jurisprudencia.

Sin lugar a dudas, se sorprenderán algunos compañeros del FORJAD de escucharme hablar con tanto énfasis en pro del derecho de acceso a la información pública, cuando en las Jornadas preparatorias realizadas en el mes de mayo he sido uno de los más acérrimos defensores de la necesidad de establecer límites claros para este derecho, fuera de su innegable importancia y trascendencia para la sociedad.

A todos estos colegas y amigos debo decirles con toda sinceridad que les agradezco sus elocuentes razones en defensa de la magnitud y fuerza de este derecho, pues me han permitido estar atento en todo momento para no caer en sus trampas y artilugios de enamoramiento. Sin embargo, tengo que confesarles que para cumplir con mi objetivo he seguido la estrategia implementada por Ulises en la *Odisea* para no sucumbir al canto de la Sirenas, atándome al palo mayor del barco de la cordura, lo que me permitió escuchar sus melodías sin sucumbir ante su magnificencia.

Comprenderán entonces que al escuchar dicha advertencia haya tomado ciertos recaudos que me han permitido maravillarme ante sus virtudes pero sin caer en el enamoramiento absoluto, a menos, claro, que esta creencia sea nada más que otra evidencia de mi locura.

III. Introducción y conceptualización del derecho de acceso a la información pública.

Tal cual lo enseña la Dra. Basterra en *El Derecho de Acceso a la Información Pública* —que, vale destacarlo, se trata de una de las pocas obras que analizan profundamente esta cuestión—, podemos situar “el derecho de acceso a la información pública” en el cosmos jurídico como una especie del genérico “derecho a la información”¹, el que con el avance de las comunicaciones fue acrecentando su contenido, sin perjuicio de lo cual puede dividirse en tantos fragmentos como etapas permite el “*proceso de comunicación*”².

¹ En efecto, la Dra. Marcela I. Basterra en su obra *El Derecho de Acceso a la Información Pública* sitúa el “derecho a la información”, como un “[...] como un derecho general abarcativo de todas las etapas del proceso de comunicación”, las que especifica como “[...] el derecho a recibir información, el derecho a transmitir la información y el derecho a difundirla, considerados por naturaleza inseparables” (Basterra, Marcela I., *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, pp. 10-11).

² Debo aclarar que la autora citada analiza el *El Derecho de Acceso a la Información Pública* como un desprendimiento del “derecho a la información”, al realizar una primera aproximación al concepto de este derecho. Como segunda aproximación, hace referencia al mismo en su faz individual (*op. cit.*, pp. 13-16) y colectiva (*op. cit.*, pp. 16-22). Y, finalmente, en una tercera, en su carácter de condicionante para el ejercicio de otros derechos (*op. cit.*, pp. 25-36).

En función de ello puede decirse que existen tantos desprendimientos del “derecho a la información” como etapas tiene el proceso de comunicación (a saber, el de no ser molestado por las opiniones, de poder expresar esas opiniones, recibir información, a investigar, difundir esa investigación, etc.).

Ahora bien, la importancia de esta explicación radica en que si bien los principios que inspiran a cada una de estas etapas del proceso de comunicación son similares, los derechos que surgen como consecuencia de las mismas pueden ser ejercidos en forma independiente. Así, por ejemplo, puedo defender en forma indistinta mi derecho de expresión, el de difundir información, o el de recibirla.

Ahora bien, aun cuando el derecho objeto de este trabajo se encuentra dentro del marco del “Derecho a la Información”, el mismo goza de autonomía, pues sus raíces se alimentan de los principios fundamentales del Estado Republicano, como es la “Publicidad de los Actos de Gobierno”.

Esta breve explicación previa tiene por finalidad demostrar que el “derecho de acceso a la información pública” tiene dos afluentes fundamentales que alimentan su contenido, dotándolo de una naturaleza dual, constituida en un aspecto por ser un desprendimiento del “derecho a la información” (que le exige adaptarse a la realidad cambiante de ésta, y a sus modalidades de soporte y difusión), y en otro como una herramienta fundamental para hacer efectivo el principio republicano de “publicidad de los actos de gobierno”, ya sea que el peticionante lo haga por un derecho o interés individual³, o en el marco de los derechos de incidencia colectiva⁴, considerando la informa-

³ Como puede ser, el hecho tomar conocimiento de documentación o elementos que coadyuven a la resolución de un reclamo personal (como se ve claramente en el caso “Couget, Raúl Horacio c/ EN – Ministerio del Interior – DNM – s/ amparo por mora”, de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal), se vincula también con los reclamos de usuarios (Art. 42) en relación a los usuarios y consumidores (Ley N° 24.240 modificada por la nueva Ley N° 26.361) e implica además un *correlato necesario e imprescindible de la libertad de expresión que es un derecho fundamental*.

⁴ También es importante tener en cuenta que este derecho que estamos analizando se encuentra dentro de lo que podríamos denominar, siguiendo a “Vallefn” (ver la respecto la obra del autor titulada: “La Legitimación en las Acciones de Interés Público”, Buenos Aires, Lexis-Nexis – Abeledo-Perrot, 2006), los pleitos de derecho público, los cuales se caracterizan como sigue:

1) Atenuación sensible de las exigencias formales atendiendo a la importancia y trascendencia del derecho de fondo discutido.

2) En estos pleitos es donde se nota con mayor frecuencia el activismo judicial y la participación del Tribunal, dado que en cierto modo son copartícipes del derecho en juego, y un ejemplo claro de ello se evidencia en el fallo “Mendoza” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que no podemos dejar de interpretar que los jueces tienen un interés lógico y transparente en que el problema se solucione.

Desde este aspecto es impensable sostener o pensar que su rol pueda ser igual que al de cualquier pleito, dado que los jueces viven en esta sociedad y tienen su cuota parte en el bien social de la información.

3) Esta caracterización como pleitos de derecho público implican un íntima conexión con otras herramientas legales de las acciones colectivas, audiencias públicas, procedimientos participativos, amigos del Tribunal, presupuesto participativo, banca del vecino, registración de las audiencias de gestión de intereses, (por ejemplo, para el presupuesto participativo se necesita tener información, al igual que para la audiencias públicas o para ejercer la banca del vecino también, etc.).

4) En muchos de estos casos es donde se justifican las presentaciones como “amigos del tribunal”.

ción como un “bien social”, tal cual lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Costa”⁵, “y “Vago”⁶, criterio éste que también es seguido por la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego en su Artículo 46.

A la luz de lo expuesto, es claro que la vigencia plena de este derecho es el soporte necesario para la participación ciudadana, y como lógica derivación para el control que ésta debe ejercer sobre los actos de gobierno, y sus funcionarios⁷.

También es una herramienta positiva para los funcionarios políticos que quieren rescatar el honor de su vapuleada profesión y establecer nuevas reglas de convivencia y respeto para legitimar su función, pues estos derechos fomentan la transparencia porque no hacen más que poner en una vidriera la actuación del Estado.

Ahora bien, bajo estas nuevas perspectivas, el solicitante de información no debe ser mirado como contradictor, sino como bien lo decía nuestro querido Dr. Comadira, un coadyuvante el logro del bien común, a través de su participación en la gestión de los intereses públicos, como parte del procedimiento previo a la toma de decisiones⁸, pues esto refuerza el control sobre la Administración por parte de la sociedad⁹, a fin de lograr el cumplimiento efectivo del bien común.

A esta altura, es importante traer a colación lo que decía el Dr. Jorge Salomoni cuando recordaba los paradigmas tradicionales se estaban modificando, ya que actualmente existe un traslado del “interés público” que ya no sólo se encuentra en cabeza del Estado, sino también de los particulares, que ya no se conforman con ser expectantes, quiere formar parte de la cosa pública.

El pueblo, evocando las tumultuosas semanas de mayo de 1810, “quiere saber de qué se trata”, el ciudadano como tal empieza a tomar un nuevo protagonismo, y el poder político se lo empieza a otorgar, por cuanto necesita estrechar un nuevo lazo, un nuevo vínculo de la negociación.

Ya el pueblo sabe que esa forma de ejercer el poder no tuvo resultado, sabe que no puede desentenderse, y quiere empezar a tomar un nuevo protagonismo, y el vigor que está alcanzando este derecho no es más que producto de esta situación.

Todos estos criterios se manifiestan con su máximo esplendor en el fallo “Mendoza” dictado por la Corte Suprema de Justicia el 8 de julio del corriente año (2008), donde se han visto conjugadas estas herramientas.

⁵ Fallos: 310:508.

⁶ Fallos: 314:1517.

⁷ Ivanega, Miriam M., “La Participación y el Control ciudadano en los procesos de formación y ejecución contractual”, en AA VV, *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 920, con acertado criterio expresa la Dra. Ivanega, que ejercer o activar la responsabilidad de los funcionarios públicos, supone poder tener conocimiento de su gestión.

⁸ “[...] La realidad evidencia que el administrado no sólo se defiende frente a la autoridad administrativa, supuesto en el cual el debido proceso es garantía formal de justicia. El particular también aspira, por ejemplo, a acceder en condiciones igualitarias a la distribución de los fondos públicos involucrada en la contratación administrativa, o la participación útil en el control de la gestión de servicios que lo tienen por usuario [...]. En un Estado de Derecho, el debido procedimiento previo comprende, entonces, no sólo el debido proceso adjetivo, como garantía de protección frente al reproche, sino además, la participación privada en la gestión pública” (Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo – Acto Administrativo – Procedimiento Administrativo – Otros Estudios*, Buenos Aires, Lexis-Nexis – Abeledo-Perrot, 2003, 2ª edición, pp. 16-17).

⁹ Ivanega, Miriam M., *op. cit.*, p. 922.

Sin lugar a dudas, todos estas cuestiones implican nuevas paradigmas y cosmovisiones del derecho, con nuevas reglas, nuevos principios, donde podremos ver jueces más activos, y nuevas formas de participación y control en la cosa pública.

IV. Principios, finalidad y objetivos de este derecho.

- Es una derivación necesaria de uno de los pilares fundamentales en lo que se asienta la República: el principio de “publicidad de los actos de gobierno”, y es un requisito ineludible para se torne efectivo el control de los actos de gobierno, y como lógica derivación de ello la “responsabilidad de los funcionarios”.

- El principio general que impera en la materia es que toda la información es accesible, salvo las excepciones dispuestas por razones de reserva o secreto.

- El criterio rector en lo que respecta a la legitimación es sumamente abierto, basando en la mayoría de los casos con invocar el carácter de ciudadano.

- Tiene en concretar y efectivizar la transparencia dentro del ámbito de la Administración.

- Promueve e incentiva la adecuada organización, sistematización y disponibilidad de la información, asegurando un amplio y fácil acceso por parte del Estado.

- Es un medio importante, una herramienta eficaz para la concreción y protección de otros derechos.

- *Presenta una importancia particular en el procedimiento administrativo, dado que si el particular es un colaborador de la Administración, que participa en éste no sólo en su interés propio, sino también en función de la legalidad y eficacia del accionar administrativo, es lógico que tenga a su alcance toda la información que le permita ejercer adecuadamente ese rol.*

- Implica establecer un nuevo vínculo entre los gobernantes y los ciudadanos para reforzar la legitimidad, dado que permite una democracia legítima, transparente y eficiente (a lo cual hace referencia expresa el Decreto Nacional N° 1.172/2003 en sus considerandos).

- Finalidad histórica –tener documentos veraces sobre la realidad que acontece día a día– como una manera de reconciliar la realidad con la información que se guarda o documenta sobre ella, lo cual implica, a su vez, la concreción práctica de nuestro derecho a una historia común veraz.

V. Consagración normativa del derecho de acceso a la información pública.

A fin de adentrarnos en este temática es preciso señalar dos etapas bien diferenciadas.

La primera, anterior a la reforma constitucional de 1994, donde salvo alguna una normativa específica sobre la materia como la Ley de Defensa del Consumidor, el mismo se extraía del Artículo 1° de la Constitución Nacional, y de los derechos implícitos del Artículo 33.

Posteriormente, y luego de la reforma de 1994, si bien se sigue manteniendo el anterior sustento normativo (Arts. 1° y 33 de de la Carta Magna), la red normativa de contención de este derecho se amplió notablemente, conjugando normas de nuestra Constitución Nacional (Arts. 1° y 33) que lo mencionan expresamente (Art. 38 en relación a los partidos políticos; Art. 41, en lo que respecta al medio ambiente; Art. 42, en relación a los usuarios y consumidores), con normas del orden supranacional (Art. 13, inc. 1°, de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 19, inc. 2°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Estas normas impactaron directamente en las órbitas locales, generando una adopción normativa de importancia, logrando que este derecho sea consagrado en numerosas normas locales (a saber, Ley Nacional N° 25.152, Art. 8°; Ley N° 25.675 o Ley General de Ambiente; Ley Nacional de Ética Pública N° 25.188¹⁰; Ley de Residuos Peligrosos; Ley N° 25.831 o Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental).

A nivel provincial, encontramos numerosas normas que lo consagran y regulan (a saber, Ley N° 104 de la Ciudad de Buenos Aires, Ley N° 653 de la Provincia de Tierra del Fuego, Ley N° 3.764 de Chubut, Ley N° 1.829 de Río Negro, Ley N° 12.475 de la Provincia de Buenos Aires, entre muchas otras), al igual que numerosas Cartas Orgánicas de los Municipios. Este panorama nos permite afirmar en la actualidad, como bien lo explicó el Dr. Comadira en su reciente exposición, que ya no existen disputas legales en cuanto al reconocimiento e importancia del derecho a la información pública como un elemento sustancial imprescindible de nuestro desarrollo democrático, cristalizado en la transparencia de la función pública, y permitiendo a su vez la participación y el control ciudadano.

La indiscutible consagración desde el plano legal nos obliga entonces a realizar una reflexión y evaluación de cómo se ha concretado este derecho en la órbita jurisprudencial, detallando además cuál ha sido el criterio con el que se han interpretado las distintas normas existentes.

Cabe destacar que a nivel federal no tenemos una norma que regule la materia, pero sin lugar a dudas, los aficionados al derecho administrativo ya estamos acostumbrados a estos olvidos y eternas esperas (como sucede con el Código Contencioso Administrativo y la responsabilidad del Estado, entre algunas cosas), lo cual en el caso que analizo ha sido parcialmente subsanada por el Decreto Nacional N° 1.172/2003, pero lógicamente con un alcance limitado.

Es mi tarea entonces tratar de evaluar cuál ha sido la aplicación de este derecho a lo largo de la jurisprudencia, para tratar de establecer algunas pautas concretas para su aplicación.

¹⁰ La cual dispone la publicidad de las declaraciones juradas de los funcionarios, estableciendo que toda persona podrá consultar y obtener copia de las mismas, con la salvedad que se debe aclarando el objeto que motiva el pedido y finalidad que se le dará al informe.

VI. Pautas jurisprudenciales en materia de derecho de acceso a la información.

Tal como lo expliqué en los albores del presente trabajo, el análisis de la jurisprudencia es fundamental para comprender el contenido y los límites de este derecho, como así también las vías judiciales idóneas para garantizarlo.

El valor de esta jurisprudencia no sólo proviene del hecho de haber modelado y enriquecido su contenido, sino además porque el mismo fue reconocido y consagrado aun antes de la reforma del 1994.

Por tal motivo, estimo de fundamental importancia acercar algunas pautas útiles que he extraído de la jurisprudencia, que nos permitirán tener una idea aproximada de la legitimación necesaria para solicitar su protección judicial, su contenido, alcance, vía judicial idónea para reclamarlo, y finalmente su objeto.

VI.1. Legitimación.

VI.1.1. Activa.

La legitimación activa prácticamente no presenta problemas por cuanto las mayorías de las normas que regulan el derecho de acceso a la información prevén que cualquier persona física o jurídica puede invocar la titularidad de este derecho para acceder a los documentos, lo cual es una derivación lógica del hecho de constituir una garantía fundamental que tiende a concretar un principio esencial de nuestro sistema republicano, como es la “publicidad de los actos de Gobierno”¹¹, vinculado además con otro principio medular como es la “responsabilidad de los funcionarios públicos”.

En lo que respecta al plano de la consagración normativa, la mayoría de las legislaciones se la acuerdan solamente a las personas físicas o jurídicas sin necesidad de acreditar ningún interés particular (ver, por ejemplo, la Ley N° 104 de la Ciudad de Buenos Aires, Ley N° 653 de la Provincia de Tierra del Fuego, Ley N° 3.764, Ley N° 1.829 de Río Negro, etc.), a diferencia de lo que sucede con la Ley N° 12.475 de la Provincia de Buenos Aires que exige un interés legítimo (lo cual debe ser fundamentado en la petición), el Decreto Delegado N° 1.023, normas que han sido muy criticadas por esta limitación.

Algo similar sucede con la Ley Nacional de Ética Pública N° 25.188 (si bien no con el mismo nivel de crítica, en razón de lo delicada información que es objeto de su regulación), en cuanto establece la publicidad de las declaraciones juradas de los funcionarios, facultado a toda persona a consultar y obtener copia de las declaraciones juradas, con la salvedad de que se debe aclarar el *objeto que motiva el pedido y finalidad que se le dará al informe*).

¹¹ “La república clásica se define como un sistema político de división y control del poder. Las otras notas que la caracterizan son la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley”, Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª edición, p. 22.

Desde esta perspectiva, creo que las normas que imponen algún tipo de limitación a este derecho sin un motivo razonable que así lo justifique, podrían no superar un *test* de adecuación a la Constitución, por cuanto debe recordarse que este derecho no es más que la contracara del sistema republicano que hemos adoptado como forma de Gobierno, siendo uno de sus postulados esenciales el de la “Publicidad de los actos de gobierno”, y un disparador cualificado para hacer efectivo otro de sus postulados como es la “responsabilidad de los funcionarios públicos”.

Ahora bien, la concreción práctica de la publicidad de los actos de gobierno exige no sólo que se adopten medios para darlos a conocer (boletín oficial, medios masivos de comunicación, páginas web oficiales, etc.), sino además que no se pongan trabas u obstáculos para los habitantes del país puedan acceder a las constancias documentales de dichos actos, bajo esta óptica negar el acceso a dichas constancias, es un modo de impedir el control que los mismos principios de la República postulan.

Si bien estos principios despejarían cualquier duda en torno a la amplísima legitimación con que se cuenta para el ejercicio de este derecho, cabe tratar en particular algunas situaciones:

VI.1.2. *Personas jurídicas.*

VI.1.2.1. Asociaciones o fundaciones sin fines de lucro.

En lo que respecta a esta cuestión es importante traer a colación diversos precedentes de la Cámara Contencioso Administrativa Federal, como son “Tiscornia”¹², “Función Poder Ciudadano c/ EN - Presidencia Provisional del H. Senado s/ amparo ley 16.986”¹³, “Fundación Accionar Preservación Ambiente Sustentable”¹⁴, entre otros¹⁵, en los cuales se concedió legitimación activa a las diferentes asociaciones que reclamaban información, fundando la misma en que el pedido de información se vinculaba con la labor que éstas desarrollaban.

¹² “Tiscornia, Sofía y otro c/ Ejecutivo Nacional (M° del Interior) y otro s/ amparo Ley N° 16.986”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, sentencia del 17-12-1997.

¹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Causa N° 187.343/2002, sentencia del 29-11-2004, citado por Marcela Basterra, *op. cit.*, p. 123, nota al pie N° 35.

¹⁴ “Fundación Accionar Preservación Ambiente Sustentable y Otros c/ Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza – Riachuelo y otros”, CNA en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, sentencia del 16-4-2002 –citado por Marcela Basterra y el dial–.

¹⁵ “Asociación del Personal Legislativo –APL– c/ EN –Honorable Congreso de la Nación– H. Senado Ley N° 23.551 s/ Diligencia preliminar”, CNA en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, sentencia del 3-6-2004; “Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c/ Cámara de Senadores del Congreso de la Nación”, CNA en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, sentencia del 27-5-2005, “Fundación Poder Ciudadano/Dr. Luis Moreno Ocampo c/ Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, sentencia del 27-5-2005, entre otros.

Una particularidad se presenta en el caso “Tiscornia”, por cuanto en el mismo se hace hincapié en la obligación que tenía la asociación de entregar la información para cumplir con diversos compromisos asumidos con organizaciones internacionales que les otorgarían financiamiento. Asimismo, la Cámara no analizó la legitimación de Sofía Tiscornia, que pedía la información en carácter de ciudadana (como sí lo había hecho la Juez de Primera Instancia).

Sin lugar a dudas, el criterio luce sumamente prudente, pues si bien desde un punto de vista jurídico no existiría impedimento alguno para otorgar la información a personas jurídicas aun cuando sus estatutos no se vinculen con actividades relacionadas con la información que solicitan, desde lo práctico es razonable que se tenga al menos una somera idea de que esa información será utilizada para un debido ejercicio del control de los actos públicos.

VI.1.2.2. Asociaciones o fundaciones con fines de lucro.

Hay que considerar el caso de Finamérica¹⁶, en el cual se le otorgó legitimación a una firma que, en el marco de una licitación pública, quería conocer las ofertas presentadas por las demás. La importancia del mismo radica en el importante principio que sentó al destacar en forma específica el carácter público del proceso de selección, por medio del cual se asegura el conocimiento de todas las actuaciones por parte de los oferentes y de la conducta de éstos entre todos los participantes. Coronando este razonamiento con una idea categórica, “[...] no se concibe un proceso de selección sin control público, sin publicidad, mantenido en secreto para quienes presentaron ofertas o sin conocimiento de lo que hace el competidor”¹⁷.

VI.1.2.3. Estado Nacional, Provincial o Municipal.

Un tema que no ha sido materia de análisis, pero que a mi entender resulta de suma importancia, radica en indagar si un organismo público puede solicitar información de otro amparándose en este derecho.

¿Sería posible por ejemplo que el Poder Ejecutivo Provincial le pida al Poder Judicial, o al Poder Legislativo, determinada información con la que necesita contar? Hay que tener en cuenta que esto es de fundamental importancia, sobre todo para aquellos organismos que no tienen establecidas claramente entre sus atribuciones la de solicitar información a ciertos organismos públicos, que es imprescindible para su debido funcionamiento.

En mi opinión, no existe obstáculo alguno para que los organismos del Estado puedan accionar entre sí para solicitar el acceso a la información pública. En este aspecto, es muy importante tener en cuenta un precedente de indudable importancia como

¹⁶ “Finmeccanica Spa Aérea Alenia Difesa c/ EN –Ministerio de Defensa– Licitación N° 12/1997 s/medida cautelar autónoma”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, sentencia del 6-11-1998.

¹⁷ Fallo “Finmecánica”, cita del voto del Dr. Licht, Considerando 10.

es el de “Morales c/ Poder Ejecutivo”¹⁸, donde pese a que los demandados habían manifestado que existía un poder especial en los demandantes (ya que en su calidad de Senadores de la Nación podrían haber utilizado la interpelación), ello no les vedaba de que en calidad de ciudadanos puedan requerir información.

Esto es esencial tenerlo en cuenta a los fines de analizar la viabilidad de un pedido de información, dado que, a mi entender, cualquier calidad que se agregue a la de ciudadano (Senador, Diputado, Defensor del Pueblo, etc.), sólo puede servir para ampliar la esfera de legitimación de un sujeto, más nunca para limitarla.

Desde este punto de vista, se podrán agregar calidades al sujeto, más nunca disminuirse, por cuanto ante todo se trata de ciudadanos de la Nación, ejerciendo derechos que tienen por finalidad el debido control de los actos públicos.

VI.1.3. Personas físicas.

VI.1.3.1. Ciudadanos.

Tal como lo expliqué, las personas físicas no requieren otra condición que la de ser ciudadanos, sin que pueda exigírseles que prueben contar con un interés legítimo u otra condición.

Aquí debe hacerse una especial aclaración, puesto que la regulación debe estar dirigida a amparar a cualquier persona física o jurídica, lo cual implica que la información pueda ser pedida por extranjeros que no habitan en el país¹⁹.

Es fundamental en este aspecto recordar el fallo “Tiscornia” ya citado, por cuanto en el mismo la Juez de Primera Instancia se refirió a la calidad de ciudadano, refiriendo que se trata de un derecho que deriva de la forma republicana de gobierno, y por tal motivo, debe ser concedido a cualquier ciudadano en su calidad de tal.

VI.1.3.2. Legisladores.

En el precedente “Morales”²⁰ (comentado por Marcela Basterra), se aclara que la información también podría pedirse invocando la condición de Senador. Debe tenerse en cuenta que los demandados habían rechazado la posibilidad de que se les entregara la información a los senadores, sosteniendo que su calidad les exigía pedirlo mediante la interpelación.

En este aspecto, cabe destacar que el Artículo 38 de la Constitución Nacional garantiza el acceso a la información pública a los partidos políticos (funcionarios, le-

¹⁸ *In re* “Morales, Gerardo R. y otro c/ Estado Nacional”, sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, el 18-10-2007.

¹⁹ Otros promueven que sean habitantes, es decir, residentes del país, y otros ciudadanos. Resulta también importante en este aspecto traer a colación la legislación de Río Negro que establece la necesidad de que el peticionante se encuentre radicado en esa Provincia, sin importar que sea residente nacional o extranjero.

²⁰ “Morales, Gerardo R. y otro c/ Estado Nacional”, citado en la nota N° 18.

gisladores y senadores), y esta norma posee tal importancia que la doctrina considera que puede extenderse también a los ciudadanos particulares, por cuanto sería impensado que se otorgue dicha facultad sólo a los partidos políticos²¹.

VI.1.3.3. Abogados.

Cabe destacar que en el famoso caso de las “leyes secretas”²², el Sr. Monner Sanz no sólo invocó su condición de ciudadano, sino también la de abogado, por cuanto las leyes que regulan la profesión autorizan a los profesionales a requerir información relacionada con las causas que llevan.

También en este aspecto deben tenerse en cuenta los precedentes “Gánora”²³ y “Moreno”²⁴, en los cuales se tuvo en cuenta la condición de abogado del solicitante de la información.

VI.1.4. Legitimación pasiva.

En general, no se discute que el Estado en sentido lato y comprensivo de sus tres Poderes es el destinatario directo de las normas que regulan el acceso a la información pública. Sin embargo, haré referencia a los casos que han presentado algún tipo de duda o discusión.

No cabe duda de que las leyes que regulan la materia han sido amplias en cuanto a los sujetos pasivos de la información abarcando también a las empresas concesionarias de servicios públicos, o cualquier ente público que desarrolle una actividad que ha sido delegada por el Estado, como puede ser en los casos de las empresas concesionarias de servicios públicos esenciales.

En realidad, y como una primera aproximación, a mi criterio, en todos aquellos casos en que esté involucrado la prestación de un servicio público esencial se debe brindar la información, debiendo los restantes ser analizados caso por caso.

Sin embargo, en este aspecto el deber de información y, por lógica consecuencia, el acceso a la información, no dimanan sólo del carácter de esenciales de los servicios prestados, sino también de otro tipo de regulación que les impone el deber específico otorgarla, como por ejemplo el que dispone la Ley de Defensa del consumidor en sus Artículos 7º o 4º, o los que disponen las leyes que en materia ambiental, que a mi entender son aplicables sin distinciones²⁵.

²¹ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Derecho a la Información*, Buenos Aires, Depalma 1996, pp. 64-66.

²² *In re* “Monner Sans, Ricardo c/ Estado Nacional s/ amparo Ley Nº 16.986”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, sentencia del 15-6-2006.

²³ CSJN, *Fallos*: 322:21239; “Ganora, Fernando y otra s/ hábeas corpus”, fallo del 16-9-1999.

²⁴ *In re* “Moreno, Gustavo Daniel y otros c/ GCBA s/ amparo (Art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 12-8-2004. Citado por Basterra en la p. 117 de su obra.

²⁵ Si bien en este apartado he realizado citada doctrinaria o jurisprudencial alguna, la idea que inspira la solución que cito provino de la inestimable colaboración del Dr. Fabián Canda, quien me aportó dictámenes emitidos en su carácter de Fiscal ante la Cámara Contencioso Administrativa, en los cuales se vislumbra este razonable criterio.

En conclusión, como puede apreciarse de lo expuesto, el criterio en esta materia es sumamente amplio, con lo cual las restricciones serán limitadas y estarán sujetas a casos de excepción, siempre que exista un previa fundamentación.

VI.2. Vías judiciales idóneas.

En lo que respecta a esta temática, y dado que el tanto el Decreto N° 1.172 como otras legislaciones que lo han tomado como modelo (por ejemplo, la Ley N° 653 de la Provincia e Tierra del Fuego), establecen el amparo por mora como remedio idóneo para garantizar este derecho, debo decir que, a mi criterio, el mismo es insuficiente.

En efecto, el *amparo por mora* tiene como finalidad obtener *una orden de pronto despacho* de las actuaciones administrativas, *conminando a los órganos respectivos a que emitan el dictamen o resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado*. La finalidad pura y exclusiva es obtener la orden de pronto despacho, con lo cual este instituto jurídico agota su finalidad en la obtención de una orden judicial de cumplimiento de las obligaciones formales que concierne a la autoridad remisa. *En ningún caso, esta vía procesal comprende el conocimiento y decisión de la cuestión de fondo involucrada en las actuaciones administrativas, por cuanto ello solo compete a la Administración.*

Si bien dicho remedio no es ciertamente incorrecto en su formulación cuando la información no es brindada por el Estado, es decir, estrictamente cuando hay silencio de la Administración, podemos decir que en realidad será el único supuesto en el cual el amparo por mora estará siendo utilizado dentro de sus parámetros técnicos.

De todas maneras, y aun en el supuesto en que dicho escollo pueda saltarse, lo cierto es que este remedio no encontraría un mayor campo de actuación, por cuanto su procedencia estaría limitado a los casos en que la Administración no se pronuncia concretamente frente a un pedido de información, mas no cuando haya una respuesta aunque sea en sentido negativo, dado que el Instituto no está pensado para estos supuestos. En consecuencia, en aquellos supuestos en que el Estado no brinde la información, o lo haga en forma incompleta, errónea o falsa, la mayoría de las legislaciones existentes en la materia prevén como remedio judicial para estos supuestos la acción de amparo por mora.

Estimo que en esos casos no sería procedente la vía del amparo por mora por cuanto no existe en sentido estricto mora de la administración, sino más bien una negativa concreta.

Si aceptamos que *la única vía posible en estos casos es* la del amparo por mora, estamos condenando al derecho a perecer en la mayoría de los casos, por cuanto tal cual expliqué, no estamos estrictamente frente a un supuesto de amparo por mora.

Debemos recordar que el amparo por mora es, citando a Sammartino, una orden de pronto despacho contra la administración solicitada al Juez de la causa, donde el Juez se limita a decirle a la administración que emita un pronunciamiento concreto, sin poder exigirle que lo haga en un sentido determinado.

Como puede apreciarse, en realidad en casi todos los casos la acción más adecuada para la protección y salvaguarda del derecho es la acción de amparo común, quedando, a mi criterio, la de amparo por mora sólo para aquellos casos en que existe silencio de la administración en entregar la documental.

Ello es así, pues es evidente que en los restantes casos no estará buscando un pronunciamiento expreso de la Administración en una cuestión determinada, sino cuestionando una negativa suya a otorgarla, o atacando la veracidad, o completitud de la información, lo que es más pertinente de la acción de amparo.

Véase que en el marco de esta acción, el Juez no está llamado a decidir un derecho entre partes adversas, sino a ordenar a la Administración que resuelva un trámite que se encuentre en mora, lo cual ha llevado a la doctrina a sostener que nos encontramos ante un proceso unilateral, desde que la intervención de la Administración es al solo efecto de que informe sobre la mora, o le ponga fin a la misma, sin que pueda valorarse el contenido de ese decisorio, pues ello excede el marco limitado de esta acción.

Esta situación es la que ha llevado a la doctrina a sostener que el trámite es unilateral; por ejemplo, Sammartino explica: “A diferencia de los procesos contenciosos en que hay contienda, controversia, disputa o discusión, en el amparo por mora no hay partes en sentido estricto. Si bien hay un peticionario o solicitante, éste carece de adversario. La actuación de la Administración se limita a informar, es decir, a ‘anoticiar’ al juez sobre las causas de la demora aducida. En efecto, el informe del Artículo 28 (Ley N° 19.549) en modo alguno puede ser asimilado a un responde o contestación de demanda, por cuanto no es un acto procesal de oposición o resistencia. A diferencia de lo que ocurre en los procesos contenciosos (incluido el amparo constitucional, Art. 43, CN, y Ley N° 16.986), *en el amparo por mora no hay debate entre dos partes: el juez no decide entre dos litigantes, sino con relación al peticionario, que es aquél que le pide al Juez el libramiento de la orden de pronto despacho. Este proceso podrá transformarse en contencioso recién cuando el juez dicte sentencia*” (Sammartino, Patricio M. E., *Principios Constitucionales del Amparo Administrativo*, Buenos Aires, Lexis-Nexis– Abeledo-Perrot, 2003, p. 386; el destacado no está en el original).

Asimismo, otro destacado autor en la materia ha expresado: “Conectado con lo anterior, el tema de la unilateralidad o bilateralidad del amparo por mora de la administración. En el trámite de primera instancia, la unilateralidad es lo más acorde con el breve esquema procedimental instrumentado por el Artículo 28 de la Ley N° 19.549. Además, ésta no habla de costas, ni de prueba a producir ofrecida por la Administración. Tal unilateralidad es el costo procesal que hay que abonar en procura de una solución urgente a la mora, y lo es sin perjuicio de la bilateralización que se implementa a partir de la apelación eventual que pueda articular la Administración contra la sentencia de amparo que la agravie” (Sagués, Pedro N., *Derecho Procesal Constitucional – Acción de Amparo*, T. III, Buenos Aires, Astrea 1988, pp. 564-565).

Por su parte, Creo Bay en su famosa obra sobre el amparo por mora de la administración resalta esta particularidad del trámite al destacar: “Integramos la corriente doctrinaria que considera que en este especial amparo la Administración no es parte, que

recién adquiere tal calidad en el trámite de apelación. Ello, por cuanto –en el breve esquema procedimental del Artículo 28– esta acción está destinada nada más que a verificar una situación de mora objetiva y, en su caso, a ponerle fin. Como dice Rivas, ‘no puede haber contradictor, pues tanto la Administración como el administrado satisfacen sendos pero a la vez concurrentes intereses a través de la decisión judicial’” (Creo Bay, Horacio D., *Amparo por Mora de la Administración pública*, Buenos Aires, Astrea, 1995, 2ª edición, pp. 108-109).

Como puede comprobarse de lo expuesto, existe coincidencia en destacados autores en la materia en cuanto a que la finalidad de la acción elegida por el actor se limita a que la administración informe sobre la mora, y/o en su caso le ponga fin, sin que el iudicando pueda valorar el acierto de la respuesta, pues ello excede el limitado marco de una acción de amparo por mora. Éste es el motivo por el cual la mayoría de las numerosas legislaciones que existen a lo largo y ancho del país, no se establece el amparo por mora como remedio más idóneo (a excepción, por ejemplo, del Decreto Nacional N° 1.172/2003 y la Ley N° 653 de esta Provincia), sino que otorga un abanico de posibilidades al afectado por la omisión en el cumplimiento de la información que van desde la acción de amparo genérica (Ley N° 12.475 de la Provincia de Buenos Aires, Ley N° 104 de la Ciudad de Buenos Aires), una acción que tramite por un proceso sumarísimo (Ley N° 25.831 de Acceso a la Información Pública Ambiental,) la legislación de Río Negro que prevé que las acciones tramiten por vía del mandamiento de ejecución, o las que brindan un abanico de probabilidades al solicitante de la información, a los fines de que el mismo escoja la que mejor protege sus intereses (Art. 8° de la Ordenanza Municipal N° 2.474).

En conclusión, a mi criterio, y dado que comparto el criterio que entiende al amparo como un remedio sumamente restrictivo, postulo que la vía adecuada es una acción sumarísima, salvo que se demuestra que la información requerida es urgente, en cuyo caso podrá acudir a la vía del amparo.

Debe tenerse en cuenta que, en realidad, lo esencial es que la persona física o jurídica que solicite el acceso a la información tenga un acción autónoma, eficaz, ágil y sencilla para acceder a la información.

VI.3. Objeto de la acción. Información accesible.

Respecto de este tema es de fundamental importancia tener en cuenta cuál es la información a la que se puede acceder, y desde este aspecto hay que partir de una premisa fundamental, que es la de que *la información a la cual se puede acceder es la contenida en archivos y documentos.*

Esta aclaración nos permite realizar algunas consideraciones al respecto:

1) En general, las leyes de acceso a la información pública dicen que puede ser cualquier tipo de archivo o documental, tales como registros informáticos, magnetofónicos, grabaciones, videos, estadísticas, etc.

2) Esto, en principio, implicaría que si la información no fue pasada en un archivo o documentada la misma no puede ser accesible:

A mi criterio, en estos casos hay que distinguir dos situaciones:

A) Obligación que no fue documentada pero respecto de la cual se tiene obligación de documentar, en cuyo caso entiendo que la misma debe ser producida y ofrecida a los particulares. Como parecía, por ejemplo, con el registro de audiencias de los funcionarios, que no haya sido asentado y se requiera acceder pero se manifieste que la misma aún no fue volcada.

Me parece que ésta es la posición acertada, pues de lo contrario se le estaría permitiendo a la Administración, con el solo hecho de no asentar la información, vedar el acceso a la misma. Esto, lógicamente, no puede permitirse.

Lo contrario sucede con aquellos casos en que el órgano requerido tenga la obligación de producir ese tipo de información, como, por ejemplo, oficinas de Estadísticas o de información ambiental.

B) Es contraria a mi criterio la respuesta que debe darse en aquellos casos en que la información solicitada no posee como contracara la obligación de sistematizarla, motivo por el cual no podría exigirse su sistematización, entregándose la misma en el estado en que se encuentre, sin que exista obligación alguna en el sujeto pasivo de procesarla o clasificarla.

También en el fallo “Moreno c/ Gobierno de Buenos Aires” se aclaró que los sujetos requeridos no están obligados a crear o producir información con la cual no cuenten al momento en el cual se realiza el pedio de la misma, lo cual es lógico, por cuanto algunos pedidos pueden tener clasificaciones de tipo muy compleja (estadísticas de sexo, edad, etc.), que implicarían que tenga que ser la estructura del Estado la que se encuentre a disposición para otorgarla.

Hace poco tiempo, una ONG solicitó al Superior Tribunal de Justicia que le brindara información respecto a la cantidad de desalojos iniciados en la Provincia, detallando específicamente quién los había iniciado, solicitando se realice una clasificación por tipo de trámite otorgados, estadísticas respecto de quiénes habían sido los sujetos activos y pasivos, detalle de grupo familiar, etc.

¿Qué se entiende por información a los efectos de este derecho? La información debe ser la que conste en documentos. Por tal motivo, queda excluida de su contenido una cuestión sobre la cual discutimos en las Jornadas Preparatorias de este Congreso, que es la de qué sucede con los casos en que los sujetos no sólo solicitan acceder a información documentada, sino que además solicitan participar en las reuniones. Si bien *a priori* parece algo descabellado, creo que debemos analizarlo. De hecho, en esta materia hay un decreto en Jujuy que establece que las reuniones de gabinete son secretas.

La participación en las reuniones está excluida, tal cual surge de la previsión de las audiencias con *lobbistas* (véase que hay obligación de registrar sucintamente el objeto de la audiencia, más reproducirla, ni dar participación).

Y la previsión expresa como reuniones abiertas la de los entes reguladores, que implica un Instituto distinto por cuanto es participar en deliberaciones, no acceder a documentos.

VII. Promover la participación responsable.

Los funcionarios que no entreguen la documentación en muchos de los casos estarán incurso en falta grave, que es la repercusión para el que participa.

Recordar que hace poco tiempo se dictó la *Resolución Conjunta N° 1/2008 y 3/2008* de la Secretaría de Gabinete y Relaciones Parlamentarias de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de la Fiscalía de Control Administrativo aprobó el “Procedimiento de Tramitación de las Denuncias por Incumplimiento de las Obligaciones Previstas en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional”.

Bajo este nuevo procedimiento, la Oficina Anticorrupción, dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, se convierte en la receptora natural de las denuncias que se realicen.

Este procedimiento prevé dos situaciones:

- 1) la primera destinada a reglar los casos en que del funcionario se niega directamente a aceptar el pedido de información pública;
- 2) las denuncias realizadas contra los funcionarios incumplidores.

Si bien este reglamento fue duramente criticado por la doctrina que no vio con buenos ojos los trámites burocráticos que hay que realizar para obtener en forma efectiva la información, lo cierto es que puede mejorarse y es pertinente la concreción normativa (véase al respecto el artículo “Información pública, pero no tanto. El nuevo procedimiento para denunciar incumplimientos del Reglamento de Acceso a la Información Pública”, por Agustín A. M. García Sanz, publicado en la revista *Res Publica Argentina*, 2008-2, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008).

Es que, indudablemente, la participación no es sólo un derecho, sino también una gran responsabilidad, pues no sólo debemos tener una democracia a la altura de los tiempos modernos, sino también ciudadanos a la altura de esa democracia.

VIII. Conclusión.

Sin lugar a dudas, después de escuchar mi exposición, concluirán junto conmigo en que se trata más de un gran conjunto de interrogantes sistematizados que de respuestas sensatas sobre los temas propuestos.

No me atreveré a mentirles diciéndoles que en este conjunto de respuestas se encuentra la clave para interpretar este derecho, ya que en esto sin duda como a través de las propuestas de la jurisprudencia se hará camino al andar.

Tampoco puedo pedirles siquiera que valoren el esfuerzo que implicó el presente trabajo, pues cada hora dedicada ha sido fruto de un amor sincero por este derecho que

va cobrando vigor día a día, y que no hace más que empezar a imponer *hábitos republicanos* en un país que se jacta de ellos sólo por tenerlos en su Constitución, pero que en la vida cotidiana demuestra lamentablemente que no se practican.

Qué puedo pedirles, entonces; no más que comprensión, pues como ya les expliqué este trabajo es fruto de un amor fugaz y tumultuoso entre quien les habla y su objeto de estudio.

Sería demasiado si les digo que puedo comparar este amor con el de un maestro que se enamora de su obra, pues lo cierto es que ha sido más bien el de dos compañeros que avanzan juntos y se descubren. Un amor fugaz y tumultoso.

Entonces, señores, tengan compasión, pues como buen hombre enamorado, no podía nunca tener más que dudas e interrogantes sobre esta materia, siendo la única certeza la pasión que me ha vinculado con la misma.