



**EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.
PRINCIPALES DERECHOS Y GARANTÍAS IMPLICADOS EN EL
DERECHO FEDERAL ARGENTINO**

THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION.
MAIN RIGHTS AND GUARANTEES INVOLVED IN THE
ARGENTINE FEDERAL LAW

Juan M. Gonzalez Moras

Abogado por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina y Master en “Gobierno Regional y Local”, Universidad de Bologna, Italia; Miembro del Comité Ejecutivo de la ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO ADMINISTRATIVO; Profesor Adjunto regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Prof. de la materia “Fuentes Internacionales del Derecho Administrativo” de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral; y de distintas materias en las Especializaciones en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue; MDA de la Universidad Católica de San Juan, entre otras.

1. INTRODUCCIÓN

La primera cuestión que, en lo que hace a los derechos y garantías implicados en el derecho de acceso a la información pública, se nos muestra como un dato es que estamos frente a un derecho fundamental o, si se prefiere, a un derecho humano fundamental.

Circunstancia que, desde ya, constituye el dato saliente respecto del tratamiento que deberá darse a esta temática, principalmente, en lo tocante al “contenido” material - o el alcance- de los concretos derechos y garantías a ser respetados por parte del Estado argentino.

En ese sentido, cabe, al menos, y en el marco en que se propone el siguiente trabajo, indagar sobre las siguientes cuestiones puntuales: a) la definición de los derechos y garantías implicados en el derecho de acceso a la información pública, como derechos sociales; b) la implicancia que pueda tener la dispersión normativa que se da en el caso argentino, como consecuencia del régimen federal de gobierno; y c) la necesidad de establecer un *standard* mínimo de derechos y garantías a ser reconocidos como integrantes del derecho de acceso a la información pública.

Todo ello, a su vez, partiendo de la base de que: “...*En el conjunto de bienes inmateriales pasibles de protección jurídica, la información tiene características que lo distinguen de otros bienes tales como la propiedad intelectual, las patentes industriales*

o marcas. Tal vez la característica fundamental de la información, es su carácter de medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. Puede establecerse un paralelo entre la información y la justificación tradicional de las garantías procesales: las garantías también son considerados derechos en sí mismos, y requisitos de la existencia de otros derechos. De modo que la información tiene, además de un valor propio, un valor instrumental, que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y... del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos...”¹

Sobre estos temas es que, en definitiva, discurriremos, aunque brevemente, en el presente ensayo.

2. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO INDIVIDUAL Y SOCIAL

2.1 ORÍGENES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Aquello que ahora denominamos “derecho de acceso a la información pública” tiene, ciertamente, su origen como derecho civil, fruto de una doble vertiente; por un lado, como correlato del derecho a la libre expresión; y, por el otro, como consecuencia del principio republicano vinculado a la publicidad de los actos de gobierno.

En ese sentido, se ha expresado que: “... *Uno de los ejes de definición del acceso a la información en tanto derecho ha tendido a presentarlo como correlato de la libertad de expresión. En este sentido, el abordaje que se hace del acceso a la información se sitúa en el plano de justificación de los derechos individuales, y más específicamente, en el marco de los llamados de derechos de libertad o derechos-autonomía, dirigidos a sustentar el espacio de la autonomía personal de los individuos (...)* En este marco, el derecho de acceso a la información cumple la función de maximizar el campo de autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones...”²

Por su parte, del principio de publicidad de los “actos” de gobierno, ha derivado en el nacimiento y consolidación del derecho de peticionar ante las autoridades.

Núcleo temático que, en lo concerniente al reconocimiento de específicos derechos y garantías, sería desarrollado, fundamentalmente, y en el ámbito del derecho administrativo, en lo que tocante al “acceso” a la jurisdicción (tanto ante la administración como ante los estrados judiciales).

Siendo claros ejemplos de esto, el desarrollo del modelo de “reclamación administrativa”, y sus correlatos: el “silencio administrativo” y el amparo por “mora”,

¹ **Abramovich, Victor y Courtis, Christian**, “El acceso a la información como derecho”, Anuario de Derecho de la Comunicación, Año 1, Vol. 1 (2000), Editorial Siglo XXI, Buenos Aires.

² **Abramovich, Victor y Courtis, Christian**, “El acceso a la información como derecho”, op., cit. Agregando estos autores, que: “... *Tal concepción individualista choca, sin embargo, por un lado, con los límites de la autonomía personal de los demás individuos, que pueden o no estar interesados en brindar voluntariamente la información, y por otro, con la posible justificación de limitaciones a la autonomía individual absoluta, fundadas en razones de interés público, moral, protectorio, etc. Entendida solamente como libertad con respecto a la injerencia estatal, la conceptualización del acceso a la información como derecho de raigambre meramente individual tiene, por ende, algunas limitaciones que dificultan seriamente su alcance...*”

como asimismo, desde ya, el del instituto de la “vista” (acceso en términos estrictos) en el procedimiento administrativo.

2.2 EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Ahora bien, de aquellos núcleos temáticos originales, que marcaron una faz de evolución hacia el derecho de acceso a la información pública, desde una concepción individual de los derechos, hemos pasado, en la actualidad, fundamentalmente a partir de la incorporación de específicas normas de nivel o rango constitucional con eje en la reforma constitucional de 1994 (nuevos derechos y garantías, arts. 41, 42 y 43 y, por la vía del art. 75 inc. 22, segundo párrafo, derechos y garantías reconocidos por tratados internacionales de derechos humanos), al tratamiento de un moderno derecho de “acceso” a la información pública sobre la base de un nuevo eje conceptual.

En efecto, en primer término, y a partir de su recepción constitucional, de aquel núcleo temático de derechos individuales (libertad de expresión, derecho a “peticionar” ante las autoridades), se ha desarrollado -y especificado- un nuevo derecho (que contiene, a su vez, una serie de derechos y garantías específicas) que se incorpora al plexo constitucional como un derecho humano fundamental.

Este derecho especificado es incorporado, además, por la vía de una serie de tratados internacionales de derechos humanos, como un derecho social.

En efecto, tal como lo señala la doctrina: “...*Un segundo abordaje de las posibilidades de conceptualización de la información parte de considerarlo ya no como presupuesto de ejercicio de un derecho individual, sino de su carácter de bien público o colectivo. En este sentido, la tematización de la información no se limita a las dimensiones de tipo individual, sino que cobra un marcado carácter público o social. Funcionalmente, este carácter público o social tiende a relevar el empleo instrumental de la información no como -o no sólo como- factor de autorrealización personal, sino como mecanismo o andamiaje de control institucional, tanto frente a autoridades públicas como frente a particulares cuya situación de poder de injerencia o inducción permite la determinación de conductas de otros particulares o su misma subordinación...*”³

Este derecho humano fundamental, incorporado al elenco de derechos sociales del bloque de constitucionalidad, representa, entonces, un claro avance respecto de aquella primigenia figura que –en su faz más dinámica- sólo permitía a los particulares (bajo estrictas condiciones de legitimación) “peticionar” ante las autoridades (sea en un procedimiento administrativo o en el cauce de un proceso contencioso administrativo).

De aquella figura originaria pasamos, ahora, a adoptar un derecho de “acceso” a la información pública que tiene, en definitiva, otro contenido y objeto. No se trata ya de poder “peticionar” sino, especialmente, de establecer condiciones objetivas para lograr las mejores condiciones para el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos (en su faz individual o colectiva), como así también, la mayor participación posible de la ciudadanía en la gestión de la “cosa pública”, incluyendo de manera explícita, la idea o noción de “control” institucional.

³ **Abramovich, Victor y Courtis, Christian**, “El acceso a la información como derecho”, op., cit.

Es a partir de allí, es decir de esta redefinición conceptual, que cambiará sustancialmente la manera en que este derecho será regulado, primero a nivel constitucional y, luego, necesariamente, a nivel legal y reglamentario.

2.2.1 LOS DENOMINADOS “DERECHOS SOCIALES”

En lo que hace a la cuestión que relativa a la configuración constitucional del derecho de acceso a la información pública como un “derecho social”, debemos realizar algunas precisiones.

En primer término, resulta necesario comenzar por advertir la dificultad que trasunta la definición conceptual de los llamados “derechos sociales”, a partir de lo cual se ha intentado sistematizarlos a partir de distintas clasificaciones.

Entre ellas, tenemos la desarrollada por Francisco Laporta, quien distingue, entre los derechos sociales, a los siguientes: a) derechos que aseguran libertades, tienden a garantizar la no interferencia del Estado en determinados ámbitos de actuación: ejemplo, derecho de huelga, de asociarse con fines sindicales, se asimilan a otros derechos-libertades (libertad de expresión); b) derechos de prestación: se otorga a los sujetos un título para exigir la entrega de ciertos bienes, ciertos servicios o ciertos recursos (vivienda; educación, salud; pensiones, subsidios, etc.); c) derechos a ciertas posiciones o status legales: las normas reconocen el derecho de los ciudadanos a ocupar determinado status jurídico previsto por el ordenamiento del cual derivan prestaciones sociales, beneficios económicos o exenciones de cargas (ej: huérfano; jubilado; familia numerosa; etc.); y d) derechos a bienes públicos: a un ambiente sano, a gozar de los beneficios del progreso científico.⁴

Concretamente, al decir del autor citado: “...podemos definir como derechos sociales tipos diferentes de derechos (o derechos complejos que contengan en sí tipos diferentes de derechos): libertades, en sentido estricto, derechos a bienes, servicios o asignaciones económicas, derechos a un status legal y pretendidos derechos a bienes públicos. Un corolario que puede inferirse de ello es que, desde un punto de vista estructural, o por lo que respecta a las modalidades jurídicas en que se expresan, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos llamados civiles o políticos...”⁵

⁴ Laporta, Francisco J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón, J., Ramón de Páramo, J., Laporta F. y Prieto Sanchís, L., Coodinadores, “Constitución y Derechos Fundamentales”, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004. Afirmándose, a su vez, que: “...los derechos económicos, sociales y culturales son aquellos contenidos en el Pacto Internacional de Nueva York de 1966 y en documentos similares, sean regionales o nacionales...”, y que: “...a poco que iniciemos el examen de esa lista de derechos sociales caeremos en la cuenta de que no tienen un perfil unitario sino muy heterogéneo y diverso, y que se expresan en estructuras normativas y en modalidades jurídicas de diferentes tipos...”, op. cit., pág. 298 y ss.

⁴ Laporta, Francisco J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, op., cit., pág. 298 a 300. Para otro sector de la doctrina, dicha clasificación podría simplificarse un poco, al sostenerse que: “...Los derechos fundamentales se clasifican según distintos criterios. La opinión mayoritaria en la doctrina jurídica distingue entre derechos de defensa y derechos de prestación, según la función que los derechos fundamentales cumplan en la relación Estado-ciudadano. En el caso del derecho de defensa, se trata del derecho a la acción negativa del Estado (omisión estatal), que limita su campo de acción y asegura la libertad del individuo (...) Los derechos de prestación se refieren

Visión clásica de los denominados derechos sociales, desarrollados en torno a determinadas categorías o colectivos de ciudadanos (trabajadores, familia, y otras entidades sociales intermedias), a los que cabe agregar, ahora, su vinculación con nuevos colectivos sociales, en nuestro caso, consumidores, usuarios de servicios públicos, etc., tal como lo hacen los tratados internacionales de derechos humanos.

Tratados internacionales que, por lo demás, han contribuido notable y decisivamente en el afianzamiento de la “justiciabilidad” de este tipo de derechos.

Todo lo cual es señalado por Lorenzetti al afirmar que: “...*El problema de la operatividad surge con todo su esplendor cuando los derechos fundamentales consagran pretensiones que consisten en obligaciones de hacer cuyo cumplimiento es a cargo del Estado. Son característicos los denominados derechos económico-sociales, como el derecho al trabajo, a la vivienda, o los de tercera generación como los relacionados con al defensa del medio ambiente (...)* En algunos casos es posible un goce directo del derecho consagrado en virtud de la misma norma. Por ello se considera operativa, aunque diga que el derecho se tiene o se reconoce o se ejerce 'conforme a la ley'. Se han entendido como cláusulas operativas aquellas que resultan susceptibles de inmediato funcionamiento y aplicación, sin normas ulteriores que las determinen. El titular del derecho está facultado a recurrir a la justicia para exigir el cumplimiento de la norma, siendo una operatividad originaria. En otros casos es derivada, porque precisa de otra norma que provoque su paso de la potencialidad a la acción. No es posible el goce directo...”⁶

2.2.2 LA RECEPCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los Tratados Internacionales de derechos humanos han incorporado, originalmente, al derecho de acceso a la información, bajo las premisas que lo vinculaban con el ejercicio de derechos individuales relativos o relacionados con la “libertad de expresión”. Situación que, sin embargo, y por la interpretación extensiva que de dichas normas hicieran las cortes internacionales de derechos humanos, ha ido ampliándose hasta alcanzar o abrazar, también, la noción colectiva o social del mismo.

En efecto, tal como se ha señalado: “...*A pesar de la redacción de la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado la protección y promoción de un concepto amplio de la libertad de expresión sosteniendo que la libertad de expresión es una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática, siendo indispensable para la formación de la opinión pública... De modo que una concepción amplia ('social') de la libertad de expresión abre canales para la interpretación de la libertad de información en*

principalmente a los derechos a la acción positiva del Estado (a un hacer estatal), la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas -por ejemplo los derechos de organización o de procedimiento- o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas -por ejemplo el derecho al mínimo vital. Los primeros se llaman derechos a prestaciones en el sentido amplio, los segundo a prestaciones en sentido más estrecho...” , conf. **Arango, Rodolfo**, “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Universidad Nacional de Colombia - Legis, Bogotá, 2005, ág. 35.

⁶ **Lorenzetti, Ricardo L.**, “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 171.

*un sentido que se acerca al derecho de acceso a la información...*⁷

A partir de dicha conceptualización, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ido ampliando contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la Convención Americana.

O, como bien se ha señalado: “...*Ese abordaje colectivo de estas libertades ha permitido dotar de una especial fuerza al acceso a la información pública como uno de los derechos incluidos dentro del ámbito de tutela de la disposición...*”⁸

De esta manera, la jurisprudencia interamericana ha establecido, concretamente, que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “...*no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...*”⁹; aportando, asimismo, el concepto -en relación con este derecho- de “información estatal” o en “poder del Estado”, presupuesto de las posibilidades de participación y contralor, por parte de la ciudadanía, de las acciones del gobierno.¹⁰

Sobre tal premisa, en definitiva, la Corte Interamericana ha forjado el principio de “Máxima Divulgación”, a efectos de guiar la interpretación del derecho de acceso a la información pública.

Principio en función del cual, deberá entenderse que toda la información en poder del Estado es, por definición, accesible y puede, válidamente, sólo estar sujeta a un sistema restringido de excepciones.¹¹

Tal como se ha señalado: “...*De la aplicación del mencionado principio surgen una serie de reglas y pautas interpretativas fundamentales. En primer término, en virtud de esta presunción de publicidad corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control lo ha hecho de manera compatible con las normas interamericanas sobre la materia. Es de resaltar que la carga de demostración contiene un doble aspecto, pues el Estado no sólo debe acreditar que la restricción se relaciona con uno de los objetivos legítimos que la habilitan (prueba de legalidad), sino también que la divulgación de datos que pretende impedirse ocasiona actual o potencialmente un perjuicio a esos objetivos que es mayor al interés público comprometido en su disponibilidad (prueba de proporcionalidad) (...) la carga probatoria es de vital importancia, dado que supone que en los casos “dudosos” debe entenderse que la información es pública y por lo tanto accesible para el particular...*”¹²

⁷ **Abramovich, Victor y Courtis, Christian**, “El acceso a la información como derecho”, op., cit.

⁸ **Justo, Juan, Egea, Federico y Pusterla, José**, “El acceso a la información pública en los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos”, publicado en esta misma obra.

⁹ Corte IDH, *López Álvarez*, cit., párr. 163; *Ricardo Canese*, cit., párr. 77 y *Herrera Ulloa*, cit., párr. 108.

¹⁰ Corte IDH, *López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, 01/02/2006, párr. 163; *Palamara Iribarne v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 22/11/2005, párr. 69; *Ricardo Canese v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2004, párrs. 77-80; *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/07/2004, párrs. 108-111; *Ivcher Bronstein v. Perú*. Fondo, 06/02/2001, párrs. 146-149; “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 05/02/2001, párrs. 64-67; OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13/11/1985, párrs. 30-33 y 43.

¹¹ Corte IDH, *Claude Reyes y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 19/09/2006, párr. 92 y cctes.

¹² **Justo, Juan, Egea, Federico y Pusterla, José**, “El acceso a la información pública en los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos”, op., cit.-

En síntesis, el principio de “máxima divulgación” traerá como su consecuencia más destacable, el establecimiento de la presunción de publicidad de toda información “estatal”, con el consecuente traslado de la carga argumentativa y probatoria de las restricciones hacia el Estado y la disponibilidad efectiva y absoluta de todos sus registros y datos para cualquier ciudadano.

2.3 LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO FEDERAL Y PROVINCIAL

En el caso argentino, puede afirmarse que -a nivel federal- la norma que, de manera general, regula el derecho de acceso a la información pública es el Decreto 1172/2003, por el cual se han aprobado: a) el "Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional"; b) el "Reglamento General para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional"; c) el "Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas"; d) el "Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional" y, e) el "Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos".

Norma federal que, por su parte, tiene un claro antecedente en el Decreto 229/2000 y sus normas de aplicación.¹³

2.3.1 CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

¹³ El Decreto 229/2000, que aprobó la denominada “CARTA COMPROMISO CON EL CIUDADANO”, estableció en su Art. 3º, que: “A través del Programa “CARTA COMPROMISO CON EL CIUDADANO” se deberá lograr una mayor receptividad y mejor respuesta del Estado a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo referente a la prestación de los servicios a su cargo, estableciendo los principios y criterios generales que propendan a la mejora de la calidad de los mismos y reafirmando los derechos de los que goza el ciudadano frente a la Administración Pública Nacional, a saber:

- a) DERECHO a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional.
- b) DERECHO a ser asesorado sobre los trámites y requisitos que debe cumplir en sus actuaciones ante la Administración.
- c) DERECHO a ser tratado con el máximo respeto y deferencia por las autoridades y por el personal al servicio de la Administración Pública Nacional.
- d) DERECHO a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas.
- e) DERECHO a identificar a las autoridades y personal que tramitan los procedimientos y a responsabilizarlas cuando legalmente corresponda.
- f) DERECHO a obtener copia sellada de los documentos que presente y a no presentar aquellos no exigibles de acuerdo con la normativa vigente.
- g) DERECHO a acceder a los registros y archivos públicos con las limitaciones legalmente establecidas.
- h) DERECHO a hacer presentaciones administrativas en los procedimientos en los que tenga la condición de interesado, las que deberán ser evaluadas por la administración al dictar resolución, en los términos establecidos por la legislación vigente.
- i) DERECHO a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias.
- j) DERECHO a presentar quejas por la omisión de trámites o retrasos en los procedimientos en los que sea interesado, y a reclamar ante cualquier desatención o anomalía en el funcionamiento de los servicios de la Administración Pública Nacional.”

PÚBLICA. IGUALDAD Y DERECHO A IGUAL PROTECCIÓN DE LEY. PROYECCIONES DE LA DOCTRINA DE CASO “VERTBISKY”

Por su parte, cuando en la actualidad nos referimos al “contenido mínimo” de un derecho o garantía, lo hacemos teniendo especialmente en cuenta lo sostenido por nuestra jurisprudencia nacional al reconocer el efecto “uniformador” que tienen las normas de derechos humanos incorporadas a la Constitución nacional.

Siendo el caso, a este respecto, más claro y específico, el “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, con sentencia de la Corte Suprema argentina del 03/05/2005.

En efecto, en dicho pronunciamiento, y partiendo de la consideración de la responsabilidad internacional que cabría al Estado nacional, en razón de que: “...al hallarse cuestionadas garantías del derecho internacional, (...) la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional...”,¹⁴ se afirmará que: “...Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía...”

Por lo cual: “...las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales...”

Sentencia que inaugura -o consolida, según como se lo mire- una nueva interpretación del principio de igualdad ante la ley contenido en el art. 16 de la Constitución nacional, en consonancia, ahora, con lo normado en el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁵

Estableciéndose, en función de ello, que corresponde: “...sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias (...) Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese

¹⁴ En ese sentido, aclara la Corte Suprema que: “... Que no escapa a esta Corte que de verificarse algunos de los extremos mencionados por el accionante, sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal. En esta eventualidad, es deber de esta Corte, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda...”

¹⁵ Ver, en este sentido, la ya citada OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad (...) No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución..."

Todo lo cual creemos que es de vital importancia a efectos de interpretar el alcance o "contenido mínimo" que el derecho de acceso a la información pública debe tener en nuestro país. Especialmente al considerarlo como "vehículo" o garantía específica para el ejercicio de otros derechos constitucionales.

3. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS IMPLICADOS EN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A NIVEL FEDERAL

A nivel federal, el derecho de acceso a la información pública ha sido definido como: "...un derecho humano fundamental, un instrumento para la participación ciudadana, un elemento para garantizar otros derechos, una herramienta para mejorar la gestión pública, y por último, constituye una vía indispensable para el control de la res pública... Es decir, si el derecho de acceso a la información constituye un derecho fundamental, entonces el Estado debe en primer término abstenerse de obstaculizarlo directa o indirectamente mediante restricciones infundadas. En segundo plano, el Estado deberá adoptar medidas positivas concretas que tiendan a afianzar y garantizar el libre acceso a la información pública. Por ejemplo, regular mediante una ley la modulación del derecho de acceso y las posibles restricciones..."¹⁶

Noción jurisprudencial de la que surge que el derecho de acceso a la información pública debe estudiarse, al menos, en torno a las siguientes cuestiones:

- a) su redefinición conceptual como instancia de "participación" ciudadana;
- b) su contenido primigenio relativo al *derecho a requerir, consultar y recibir información* a partir de la afirmación del principio general de "máxima divulgación" o "plena accesibilidad", tanto en su dimensión individual y social o colectiva;
- c) la regulación respecto a la "calidad" que tendrá que mostrar la información pública a efectos de garantizar el principio de plena accesibilidad;
- d) la delimitación de "información pública" y de los "sujetos", tanto públicos como privados, que puedan ser susceptibles de constituirse en parte pasiva en el ejercicio concreto de este derecho;

¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, en fecha 2008-10-14, in re: "ADC c. Estado Nacional - Ministerio de Economía - INDEC". Agregando la doctrina nacional que: "...El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental que puede ser abordado desde cinco planos. Como derecho humano fundamental, como instrumento para la participación ciudadana, como elemento para garantizar otros derechos; como herramienta para mejorar la gestión pública y como instrumento de control de la res pública..." Basterra, Marcela I., "El control de políticas públicas" (comentario al fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, en fecha 2008-10-14, in re: "ADC c. Estado Nacional - Ministerio de Economía - INDEC"), LA LEY 2008-F, 408; ver, asimismo: Basterra, Marcela I., "El derecho fundamental de acceso a la información pública", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 10/37.

- e) la regulación de los mecanismos (procedimentales y procesales) tendientes a asegurar la plena accesibilidad a la información pública por parte de los ciudadanos;
- f) la regulación de los mecanismos tendientes a asegurar la participación ciudadana en instancias de “gestión” y “control” (participación en la aprobación de normas generales; audiencias públicas; constitución de entes de control con participación permanente de entidades sociales intermedias; etc.);
- g) el establecimiento de “límites”, tanto generales como particulares, al derecho de acceso.

A partir, pues, de estos ejes temáticos, y abordando la problemática planteada en función de la actual regulación federal de la materia (Decreto 1172/2003), desarrollaremos en los puntos siguientes los “contenidos mínimos” del derecho de acceso a la información pública.

3.1 DERECHO A SOLICITAR, ACCEDER Y RECIBIR INFORMACIÓN PÚBLICA

Preliminarmente, y en lo que hace a la regulación general a nivel federal -surgida a partir de la sanción del Decreto 1172/2003 como reglamento autónomo- nos permitimos anotar que la misma carece de la “jerarquía” normativa que es exigible para este tipo de regulaciones, y que no puede ser sino de rango legal y en sentido formal (algo que, por el contrario, ocurre en la mayoría de las provincias argentinas); situación que va claramente en desmedro del nivel de protección que debe asignársele al derecho de acceso a la información pública.¹⁷

Idea compartida por la doctrina nacional, que ha señalado al respecto que el adecuado nivel de protección de este derecho se lograría: “...*si se sancionara una adecuada ley nacional de acceso a la información pública. Sin embargo, en tanto dicha norma no exista, resultan de aplicación operativamente las normas constitucionales, lo que incluye los tratados con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, y el decreto dictado por el Poder Ejecutivo N° 1172/2003, además de destacar el invalorable activismo judicial que vienen desarrollando algunos Tribunales, tanto nacionales como provinciales...*”¹⁸

A pesar de esta salvedad, y ya avanzando en el análisis de la normativa en cuestión, debemos puntualizar que, en lo que hace a la definición conceptual del derecho de acceso a la información pública como instancia de “participación” ciudadana, la normativa cumple -en líneas generales- con la más contemporánea formulación de aquel.

El concepto general de lo que se denominará “acceso a la información pública”, está dado en el art. 3º, que establece que: “*El Acceso a la Información Pública*

¹⁷ **González Moras, Juan M.**, “La competencia para regular el procedimiento administrativo”, en “Cuestiones de Procedimiento Administrativo”, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, pág. 759 y sig.; González Moras, Juan M., “El control judicial de los reglamentos autónomos”, conferencia pronunciada en las “Jornadas sobre cuestiones de control de la administración pública (administrativo, legislativo y judicial)”, Universidad Austral, Buenos Aires, mayo de 2009, inédito.

¹⁸ **Basterra, Marcela I.**, “El control de políticas públicas”, op. cit

constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos mencionados en el artículo 2º.

Siguiendo dicha remisión, tendremos que los arts. 2º y 6º establecerán los “sujetos” alcanzados por el régimen; por el primer, tendremos a los sujetos pasivos: *“El presente Reglamento General es de aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.*

Las disposiciones del presente son aplicables asimismo a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan 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.”

Y, por el art. 6º, los sujetos legitimados para activar el derecho de acceso a la información pública: *“Toda 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.”*

Por su parte, y para cerrar el núcleo de normas conformadoras del modelo de regulación nacional, el art. 5º indicará aquello se considerará el soporte y “objeto” de este derecho, a saber: *“Se considera información a los efectos del presente, toda constancia en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por los sujetos mencionados en el artículo 2º o que obre en su poder o bajo su control, o cuya producción haya sido financiada total o parcialmente por el erario público, o que sirva de base para una decisión de naturaleza administrativa, incluyendo las actas de las reuniones oficiales.*

El sujeto requerido debe proveer la información mencionada siempre que ello no implique la obligación de crear o producir información con la que no cuente al momento de efectuarse el pedido, salvo que el Estado se encuentre legalmente obligado a producirla, en cuyo caso debe proveerla.”

3.2 EL “ACCESO” A LA INFORMACIÓN DE MANERA “COMPLETA, ADECUADA, OPORTUNA Y VERAZ”

En cuanto a las condiciones del acceso a la información pública, el régimen federal establece, en primer lugar, en su art. 4º que: *“La finalidad del Acceso a la Información Pública es permitir y promover una efectiva participación ciudadana, a través de la provisión de información completa, adecuada, oportuna y veraz.”*

Completando dichos principios con dos normas directamente vinculadas a garantizar la el principio de “accesibilidad” (que podría entenderse como tributario del principio interamericano de “máxima divulgación”); en efecto, en primer término, el art. 10 señala que: *“Los sujetos en cuyo poder obre la información deben prever su adecuada organización, sistematización y disponibilidad, asegurando un amplio y fácil acceso. La información debe ser provista sin otras condiciones más que las expresamente establecidas en el presente. Asimismo deben generar, actualizar y dar a conocer información básica, con el suficiente detalle para su individualización, a fin de*

orientar al público en el ejercicio de su derecho.”

Siendo complementado por el art. 7º que indica que: *“El mecanismo de Acceso a la Información Pública debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad.”*

En función de lo cual, los sujetos pasivos del régimen, se verán obligados -una vez activado el mecanismo de acceso por los legitimados activos- conforme el art. 12 del régimen a: *“...permitir el acceso a la información en el momento que le sea solicitado o proveerla en un plazo no mayor de DIEZ (10) días. El plazo puede ser prorrogado en forma excepcional por otros DIEZ (10) días, de mediar circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada.*

En su caso, el sujeto requerido debe comunicar fehacientemente por acto fundado y antes del vencimiento las razones por las que hace uso de tal prórroga.

La información debe ser brindada en el estado en que se encuentre al momento de efectuarse la petición, no estando obligado el sujeto requerido a procesarla o clasificarla. Cuando la información contenga datos personales o perfiles de consumo, estos datos deben ser protegidos.”

En relación con esto, cabe anotar que la autoridad de aplicación del régimen federal ha establecido que: *“...Una respuesta será considerada completa y adecuada siempre que satisfaga el requerimiento de forma íntegra, brindando una contestación clara y exacta sobre la consulta efectuada por el particular; recordando que conforme lo dispuesto en el art. 12 del reglamento el sujeto requerido no se encuentra obligado a procesar o clasificar la información que debe brindar...”*¹⁹

3.3 LÍMITES GENERALES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Existen, lógicamente, algunos límites generales al derecho de acceso a la información pública. En relación con ellos, el art. 16 establece que: *“Los 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 aquellos 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 divulgar las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una*

¹⁹ Nota SSRlyFD 0144 (01-VIII-08- Fernando Sánchez c. Comisión Nacional de Valores del Ministerio de Economía y Producción); ver en: **Martínez Garbino, Carolina**, “Acceso a la información bajo el prisma de la administración”, La Ley, Sup. Adm.2009 (mayo), 26.-

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 N° 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.”²⁰

3.3.1 EL “ACCESO” A LA INFORMACIÓN Y LA RECTIFICACIÓN DE DATOS. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PERSONAL, EL HÁBEAS DATA Y SU DIFERENCIACIÓN CON EL SISTEMA GENERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El inc. i) del art. 16, Anexo VII, del Decreto 1172/2003, conecta de manera directa al derecho de acceso a la información pública con el sistema o régimen federal de protección de datos personales, establecido -sobre la base de lo normado en el art. 43 de la Constitución nacional- por la ley 25.326.

La vinculación, por su parte, se establece en relación directa con los “límites” del derecho de acceso a la información pública.

El supuesto allí contemplado establece, concretamente, que podrá impedirse legalmente el acceso a determinada información pública cuando se encontrare en juego “...información referida a datos personales de carácter sensible -en los términos de la Ley N° 25.326- cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor...”

Desde ya, esta cuestión marca claramente un límite general al derecho de acceso a la información pública, en el caso, a partir del “contenido” de la información que pudiera tomar estado público y que, eventualmente, tuviera la potencialidad de afectar derechos personalísimos de terceros.

De cualquier manera, por nuestra parte, entendemos que los puntos de contacto entre ambos regímenes existen y son relevantes, al menos, en otras dos cuestiones: a) una primera general, en lo que hace al “derecho de acceso” legislado en la ley 25.326; y b) otra particular, vinculado al alcance concreto del derecho de acceso a la información en el marco de la ley 25.326 en lo tocante a la posibilidad de obligar a los sujetos pasivos a la *rectificación, actualización o supresión* de los datos obrantes en sus bases.

Existen, por lo demás, algunos precedentes jurisprudenciales en los cuales se ha discutido la vinculación entre ambos derechos de acceso a la información.

Un primer caso está dado, en el fuero en lo contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, en el marco de la causa “*Asociación Miguel Bru y otros c/*

²⁰ El art. 17 del Decreto 1172/2003, señala a su vez que: “En el caso que existiere un documento que contenga información parcialmente reservada, los sujetos enumerados en el artículo 2º deben permitir el acceso a la parte de aquella que no se encuentre contenida entre las excepciones detalladas en el artículo 16.”

Ministerio de Seguridad s/ Materia a Categorizar”, radicada en el Juzgado Contencioso Administrativo N°1 del Departamento Judicial de La Plata, por la cual un grupo de asociaciones civiles y particulares, demandaron, a través de una acción de “HABEAS DATA colectivo” que: a) se ordene el libre acceso a la información contenida en los registros denominados *carpetas de modus operandi*; y b) se controle su legalidad, racionalidad y no discriminación en la confección y utilización que se haga de los mencionados registros, a fin de proceder a ordenar la sustracción del material que lo conforma, comprobada que fuera la discriminación en su confección y utilidad.

En dicha acción, se adoptó -como medida cautelar- una resolución, en fecha 8 de julio de 2005, por la cual se estableció que: “...*En cuanto a la índole de los derechos involucrados en autos, cabe señalar que -según surge del relato de los hechos y de los informes producidos por las Seccionales- mediante el accionar policial cuestionado, se estarían violentando o afectando los siguientes derechos constitucionales y humanos...*”²¹

Y, lo que es aún más trascendente, que: “...*Es indudable que desde la reforma constitucional, el texto fundamental instituye y tutela bienes colectivos, que imponen - para su adecuada tutela- superar la vieja tradición que se deriva de la lectura solitaria de la legislación, debiendo los Magistrados ajustar sus decisiones a las nuevas normas constitucionales y su contexto. De modo tal que, si en el marco de un proceso constitucional, el Juez encuentra afectado “prima facie” derechos de esa índole no puede hacer prevalecer la presunción de legalidad de los actos estatales por sobre las garantías que ofrece la Constitución Nacional y Provincial...*”

Concluyendo, de esta manera, que: “...7.2 *En este entendimiento, ha de otorgarse en autos la medida cautelar dirigida a ordenar al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aries que los efectivos de la Policía Bonaerense en todo el territorio provincial, se abstengan utilizar, o reproducir, los álbumes fotográficos existentes en sus dependencias salvo que exista una orden judicial al respecto, como así también deberán efectuar la remisión reglamentada en el art. 8 de la Resolución 784/05 en el plazo perentorio de cinco días a la Dirección de Antecedentes de la Policía Bonaerense con sede en La Plata, atento a que no existen constancias en autos de la efectiva designación de los funcionarios responsables en la Dirección Departamental de Policía Científica. Ello hasta tanto se dirima la cuestión principal del proceso...*”²²

²¹ En la sentencia, se establece, concretamente, que se estarían afectando los siguientes derechos: “...5.4.1. *La inviolabilidad de la defensa en juicio y el principio de inocencia (art. 18 de la CN, 10 y 11, art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).*-
5.4.2. *La igualdad ante la ley y no discriminación (art. 16 de la C.N.y 11 de la CPBA).*-
5.4.3. *El principio de razonabilidad en la limitación de los derechos (art. 28 de la CN).*-
5.4.4. *El derecho a la intimidad, al buen nombre y al honor (art. 19 de la CN y 12 inc. 3 de la CPBA).*-
5.4.5 *La prohibición de “ingerencias arbitrarias” (art. 11 inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).*-
5.4.6 *El derecho a la libertad personal (art. 18 CN, art. 7 del Pacto de San José de Costa Rica y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).*-
5.5 *Por la índole de los derechos en posible afectación, esta actividad administrativa –registro de datos mediante identificación fotográfica- debe estar claramente reglada sin que existan aspectos de su implementación que puedan quedar al arbitrio de cada funcionario o agente policial y, además, sujeto a la supervisión de las autoridades judiciales...*”

²² Agregándose, finalmente, que: “...7.3 *La medida que se dispondrá no afecta el interés público del Estado, representado por la potestad de registrar datos de personas involucradas en actividades*

De esta forma, el cauce procesal propio de la acción de hábeas data –al colectivizarse en función del objeto específico del caso- pasa a ser el medio idóneo para propiciar el acceso a un tipo de información que –al margen de contener básicamente datos “personales”- no podría dejar de ser considerada como “pública”, en razón del sujeto estatal que la colecta y sistematiza y de su objeto.

En este sentido, conviene recordar aquello que la doctrina ha marcado en relación con esto, al señalar que: “...*el régimen constitucional del hábeas data aporta ejemplos interesantes acerca de los alcances del derecho de acceso a la información (...) Un primer punto interesante es que no sólo establece la obligación estatal de facilitar al titular el acceso al dato -que podría entenderse en forma estrecha como obligación negativa, es decir, obligación de abstenerse de impedir el acceso al dato-, sino que impone claras obligaciones positivas, como las de supresión, rectificación, sometimiento a confidencialidad o actualización de los datos. El deber de información no se limita aquí a la mera abstención de injerencia en la búsqueda de información, sino que requiere una conducta activa del Estado, destinada a la corrección de datos falsos y a la supresión o modificación de datos potencialmente discriminatorios, como los denominados 'datos sensibles' (...)* En segundo lugar, resulta un ejemplo interesante de imposición de restricciones sobre la disposición de datos por parte de particulares –en el caso, bancos de datos privados destinados a proveer informes-, estableciendo –correlativamente con el derecho de acceso y rectificación o supresión del dato- la carga de brindar la información y registrar las modificaciones a las que el titular del dato tenga derecho...”²³

No deja de resultar importante, a su vez, lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: “Empresa de Combustible Zona Común S.A. c/Administración Federal de Ingresos Públicos, en sentencia del 7/4/2009, en el sentido de que: “...no procede la defensa del organismo recaudador basada en el hecho de que la actora no acreditó que los datos sean falsos o discriminatorios, pues la distinción que efectúa la ley 25.326 entre el derecho de acceso a la información y el de rectificación, actualización o supresión (v. arts. 14, 15 y 16) implica, a mi modo de ver, que dicha exigencia sólo opera en la medida en que el interesado ya obtuvo el conocimiento de los datos e intenta, en consecuencia, ejercer las opciones que considera pertinentes - supresión, rectificación, confidencialidad o actualización- mas no cuando, como ocurre en la especie, el particular intenta acceder a los registros, por lo cual el requerimiento de que exista una lesión o perjuicio reparable resulta extraño a la vía...” (Del Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo por mayoría).

Finalmente, y desde el punto de vista normativo, debe destacarse que la ley 12.475 de la Provincia de Buenos Aires, que establece en su art. 1º que: “Se reconoce a toda persona física o jurídica que tenga interés legítimo, el derecho de acceso a los documentos administrativos, según las modalidades establecidas por la presente Ley.”, estipula, luego, en su art. 8º que: “Contra las decisiones que denieguen el derecho de

delictivas, sino que se dirige a limitar la práctica policial de tomar y exhibir fotografías de personas detenidas ejercida -hasta el momento- en forma discrecional y exenta de controles administrativos. Por el contrario esta medida tiende a proteger de modo directo los intereses y los derechos inalienables de toda la comunidad bonaerense, dado que la cuestión traída a debate excede el mero interés particular de las partes presentadas en autos y tiende al resguardo de las garantías constitucionales citadas en el considerando 5.5...”

²³

Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, op., cit.

acceso a documentos, o en el caso previsto en el artículo 7º podrán interponerse las acciones de amparo o hábeas data, según corresponda.”

En función de todo ello, entendemos que habrá que prestar especial atención a los avances que en materia de acceso a la información pública se logren en relación con la posibilidad de requerir la *rectificación, actualización o supresión* de datos obrantes en bases públicas.

3.4 EL “ACCESO” A LA INFORMACIÓN Y LA GARANTÍA DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL EFECTIVA

3.4.1 EL PRINCIPIO DE “ACCESIBILIDAD” Y LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA COMO GARANTÍAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Una cuestión saliente para la efectividad del derecho de acceso a la información pública es la relativa a la adecuación de la organización administrativa.

Ello hace, puntualmente, no solo a las condiciones de “accesibilidad” sino, también, a la misma existencia de “información” en condiciones de ser suministrada por la administración.

En relación con esto, debemos recordar una vez más la norma incluida como art. 10 del reglamento de acceso a la información pública del Decreto 1172/2003, que establece que: *“Los sujetos en cuyo poder obre la información deben prever su adecuada organización, sistematización y disponibilidad, asegurando un amplio y fácil acceso. La información debe ser provista sin otras condiciones más que las expresamente establecidas en el presente. Asimismo deben generar, actualizar y dar a conocer información básica, con el suficiente detalle para su individualización, a fin de orientar al público en el ejercicio de su derecho.”*

De dicha norma surgen dos cuestiones sumamente importantes en lo que hace a la organización administrativa: a) la *“adecuada organización, sistematización y disponibilidad”* de la información obrante en manos de los sujetos pasivos del régimen; y b) el deber de *“generar, actualizar y dar a conocer información básica, con el suficiente detalle para su individualización”* por parte de los mismos.

De estas cuestiones, aquella que aparece como más importante -y más problemática también- es, en primer lugar, la de la “producción” de la información y, luego, la calidad de aquella.

Al respecto, se ha afirmado que: *“...los casos en los que es posible ejercer el derecho de exigir la producción de información al Estado son aquellos en los que una norma establece una obligación especial de producción de la información, y el Estado la ha incumplido. Esto vale también para los particulares que tengan obligación de producir información. Como lo hemos señalado anteriormente, resulta difícil justificar la exigencia de producción de cualquier información al Estado, ya que ello implicaría un entorpecimiento excesivo en su funcionamiento. Lo mismo puede decirse para las personas privadas, que no pueden ser forzadas en general a producir y entregar información. Sin embargo, la sanción de normas que establecen la obligación especial de producción de información no es rara, y va en aumento. Así, las ya nombradas obligaciones de producción de información en materia de derechos sociales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), ambientales (art. 41 de*

la CN, Ley de Residuos Peligrosos. Ley de Información Ambiental de la Ciudad de Buenos Aires), bienes y servicios (art. 42 de la CN y Ley de Defensa del Consumidor), administración de recursos públicos (art. 53, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires)...”²⁴

Debiendo tenerse presente, a su vez, que la “producción” de información constituirá, en los hechos, el “límite” material más importante a la hora de activar administrativa o judicialmente el derecho de acceso.

Ello, en tanto, se ha afirmado y generalizado la idea de que la administración (y demás sujetos obligados) sólo se encontraría obligada a suministrar la información que “obre” en su poder; lo cual, en el régimen federal pareciera desprenderse de lo establecido en el art. 12 al señalar que: “...La información debe ser brindada en el estado en que se encuentre al momento de efectuarse la petición, no estando obligado el sujeto requerido a procesarla o clasificarla. Cuando la información contenga datos personales o perfiles de consumo, estos datos deben ser protegidos...”

Lo que conllevaría -trayendo también a colación la cuestión de la calidad de la información- que, en muchas ocasiones, la “producción” (es decir la sistematización y elaboración de datos brutos) de la información pase a ser o a constituirse en el principal instrumento de “limitación” del derecho de acceso.

3.4.2 EL DERECHO A PETICIONAR Y A OBTENER UNA RESPUESTA MOTIVADA Y EN TIEMPO OPORTUNO

El derecho de acceso a la información importa, desde el punto de vista procedimental, la aplicación concreta de algunos derechos y garantías específicos.

El primero de ellos está vinculado al derecho a obtener –no ya el “acceso” directo a la información requerida- sino a una respuesta expresa, motivada y en tiempo oportuno, por parte del sujeto requerido.

En este sentido, el art. 12 del régimen federal, establece que: “El sujeto requerido está obligado a permitir el acceso a la información en el momento que le sea solicitado o proveerla en un plazo no mayor de DIEZ (10) días. El plazo puede ser prorrogado en forma excepcional por otros DIEZ (10) días, de mediar circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada.

En su caso, el sujeto requerido debe comunicar fehacientemente por acto fundado y antes del vencimiento las razones por las que hace uso de tal prórroga...”

En el caso de producirse una respuesta denegatoria del pedido formulado, el art. 13 indica que: “El sujeto requerido sólo puede negarse a brindar la información objeto de la solicitud, por acto fundado, si se verifica que la misma no existe o que está incluida dentro de alguna de las excepciones previstas en el presente.

La denegatoria debe ser dispuesta por un funcionario de jerarquía equivalente o superior a Director General.”

En materia de “silencio”, la norma del art. 14 señala que: “Si una vez cumplido el plazo establecido en el artículo 12 la demanda de información no se hubiera satisfecho o si la respuesta a la requisitoria hubiere sido ambigua, parcial o inexacta, se considera que existe negativa en brindarla, quedando expedita la Acción prevista en el artículo 28

²⁴

Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, op., cit.

de la Ley N° 19.549 y modificatorias.”

El régimen federal, pues, ante la inacción formal de la administración, habilita -por la vía de su art. 14- la vía procesal del “amparo por mora” regulado en el art. 28 de la ley nacional de procedimientos administrativos 19.549.

Regulación que, a nuestro entender y en función de las cuestiones que desarrollaremos seguidamente, no podría entenderse como una norma que limita el acceso a la revisión judicial de lo obrado -en el caso omitido- por la administración.

3.4.3 EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN CASO DE DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. GARANTÍAS JURISDICCIONALES IMPLICADAS

3.4.3.1 DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. PROCEDIMIENTO Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos -especialmente, aunque no únicamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, con su particular inclusión al sistema de fuentes internacionales, han **reincorporado** la garantía del debido proceso, anteriormente implícita en el art. 18 de la Constitución nacional, en el marco de otros dos principios que a su vez se traducen en otras tantas garantías, a saber: a) el principio de igualdad y no discriminación de los artículos 1.1, 2 y 24 de la citada Convención Americana; y, b) el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 25 de la misma norma.²⁵

De esta manera, el respeto al “debido proceso”, con el conjunto de garantías específicas indicadas en el art. 8 de la Convención Americana y, a su vez, extendidas por interpretación de la Corte Interamericana al procedimiento administrativo, sólo podrá establecerse y verificarse dentro del marco conceptual y normativo que proveen los principios, anteriormente enunciados, de igualdad y no discriminación y de tutela judicial efectiva.

Ello implica que el “debido proceso” no puede escindirse de estos principios y que, por lo tanto, son esos los que condicionarán, en definitiva, la realización efectiva o no de esta garantía fundamental.

Por todo ello, puede afirmarse que la verdadera reformulación que implica la introducción a nuestro ordenamiento jurídico del derecho-garantía a la “tutela judicial efectiva”, está vinculada a una nueva conceptualización del proceso contencioso administrativo, no ya como un proceso judicial especial al que podría trasladarse, directamente y sin más, la teoría del derecho administrativo sustancial como régimen exorbitante, sino, al contrario, como un instrumento o medio eficaz para mitigar o compensar las desigualdades jurídicas, económicas y de otra índole, presentes en las relaciones jurídicas entabladas entre el poder público (el Estado y los sujetos privados cuya situación de superioridad respecto de los restantes particulares es tolerada o

²⁵ En relación con la tutela administrativa y judicial efectiva, ver, entre otros fallos: “Fundación San Martín de Tours”, Fallos: 302:299; Ekmekdjian”, Fallos: 315:1492; “Serra”, Fallos: 316:2454; “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986” - CSJN - 14/10/2004.

legitimada por el Estado) y los particulares.²⁶

En definitiva, se incorporan, como garantía procesal o de protección judicial, a los siguientes derechos fundamentales: a) una amplia legitimación activa, tanto en sede administrativa como judicial, individual y colectiva, desligada de las tradicionales categorías de legitimación subjetiva (derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple); b) el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable; c) el derecho a que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga una acción o recurso, es decir, el derecho a un pronunciamiento expreso por parte de la autoridad, sea administrativa o judicial; d) el derecho al desarrollo de los procedimientos administrativos y procesos judiciales sobre la base del principio de "igualdad de armas", que surge de la aplicación sistemática de los artículos 8.1 y 24 de la Convención Americana; e) la necesidad de adopción, por parte del Estado, de medidas procesales "compensatorias", a efectos de dar cumplimiento, en el marco del debido proceso, al principio de igualdad y no discriminación; y f) el derecho a la "efectividad" de la tutela judicial, especialmente en relación con la posibilidad del cumplimiento de las sentencias (artículo 25, inciso c).

En función de todo lo cual, y ante la inacción formal de la administración (silencio administrativo) que implique un incumplimiento de sus deberes (obligación de dar respuesta oportuna, expresa y motivada, a los requerimientos de los particulares), los sujetos legitimados por el Decreto 1172/2003 podrán optar por las acciones judiciales que crean más ajustadas y conducentes a la defensa de sus derechos.²⁷

En efecto, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado al respecto, sosteniendo que: "*...Cabe descartar que el silencio de la comuna pueda interpretarse como una actividad capaz de constituir un medio apto para declarar su voluntad. Antes bien, tal proceder evidencia el incumplimiento del deber de pronunciarse en forma expresa y fundada frente al reclamo presentado (arts. 15, Const. provincial; 103, 108 y conchs., Ord. Gral. 267/1980).*

Esa actitud omisiva resulta, pues, violatoria del derecho de defensa de la reclamante, que se integra con el derecho a obtener una decisión no sólo motivada, sino también oportuna y que en el ámbito del procedimiento administrativo deviene una obligación de la Administración inherente al principio del debido proceso adjetivo que lo informa (art. 15 in fine de la Constitución provincial).

Aún cuando el demandante pudo haber configurado el silencio denegatorio, en los términos establecidos por el art. 7º del Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo, también le asistía el derecho de ocurrir por medio de la acción de amparo para, supuesta la manifiesta ilegitimidad y arbitrariedad de su conducta, emplazar a la autoridad renuente a resolver en forma expresa (B. 64.984, "Verchik",

²⁶ **González Moras, Juan M.**, "La competencia para regular el procedimiento administrativo", en "Cuestiones de Procedimiento Administrativo", Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, pág. 759 y sig.; y "El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos.", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVIII – 336, "XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. 'El proceso contencioso administrativo'", Ediciones RAP SA, 2006, pág. 115 y sig.;

²⁷ **González Moras, Juan M.**, "El silencio administrativo y la tutela judicial efectiva", El Derecho, Administrativo, N°11.260, del 18 de mayo de 2005, pág. 11 y sig.

*sent. del 14-V-2003 y B. 64.202, "Laluk", sent. del 16-VII-2003), habida cuenta del carácter opcional que para el interesado en el procedimiento administrativo, tiene dicha vía...*²⁸

Doctrina posteriormente reiterada en autos "San José Sud Mouriño S.A. y otros c/ provincia de Buenos Aires (Dirección general de Rentas) s/ Amparo por mora", B 66.552, sentencia del 3 de noviembre de 2004, donde la Suprema Corte provincial estableció que: "...Este Tribunal ha sostenido reiteradamente, que aun cuando el demandante pudo haber configurado el silencio denegatorio, también le asistía el derecho a ocurrir por medio de la acción de amparo para, supuesta la manifiesta ilegitimidad y arbitrariedad de su conducta, emplazar a la autoridad renuente a resolver en forma expresa (...), habida cuenta del carácter opcional que para el interesado en el procedimiento administrativo, tiene dicha vía.", como así también que: "...La actitud omisiva de la autoridad demandada lesiona de tal modo el derecho de defensa de las reclamantes, que se integra con el derecho a obtener una decisión no solo motivada, sino también oportuna y que en el ámbito del procedimiento deviene una obligación de la Administración inherente al principio del debido proceso adjetivo que lo informa".²⁹

Posición jurisprudencial que, creemos, por otra parte, excede largamente al debate alguna vez producido acerca del carácter excluyente u opcional entre la configuración del silencio administrativo a través de la interposición de un "pronto despacho" y la iniciación de un amparo por mora.³⁰

De la misma manera, aunque con distintos fundamentos normativos, a nivel nacional, se ha llegado a conclusiones similares, al expresarse que: "...Que el "derecho de petición" no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir, sino que exige una respuesta. Frente al derecho de petición se encuentra la obligación de responder. Ha de recordarse que en el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -cuya jerarquía constitucional le fue acordada en el artículo 75, inciso 22 del nuevo texto de la Carta Magna- al reiterarse el reconocimiento del derecho a peticionar a las autoridades, se impone a éstas el deber de una pronta resolución.

*En síntesis, del derecho constitucional de "peticionar a las autoridades" (arts. 14, 18 y 75, inc. 22 C.N.) surge que la Administración tiene la obligación de expedirse expresamente respecto de las peticiones formuladas por los particulares y, consecuentemente, que a éstos les asiste el derecho a que aquélla resuelva su petición, ya sea rechazando o reconociendo su pretensión...*³¹

²⁸ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa B. 64.199, en autos: "Transportes Servicor S.A. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/Amparo por mora", sentencia del 10 de diciembre de 2003.

²⁹ En igual sentido, ver fallos en autos "Pereda Benedit de De Bary Tornquist María Teresa c/ Provincia de Buenos Aires (dirección General de Rentas) s/ Amparo por mora", B 66073, sentencia del 1º de diciembre de 2004; y "González Edgardo c/ Ministerio de Seguridad y Contaduría de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo", B 65707, sentencia del 1º de diciembre de 2004.

³⁰ Sobre la polémica doctrinaria y jurisprudencial planteada en torno a la posibilidad o no de considerar "opcionales" para el particular los procedimientos previstos en los arts. 10 y 28 de la Ley 19.549, ver: Raspi, Arturo Emilio, "El silencio de la administración", en Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 1998, pág. 121y ss.; como así también, Ivanega, Miriam Mabel, "Algunas cuestiones sobre el amparo por mora. Con especial referencia a la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo Federal y del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires", en Derecho Procesal Administrativo, Juan Carlos Cassagne Director, op., cit., pág. 1670 y sig.

³¹ Causa 15818/2001, "Igarreta SA c/ Mº de Salud s/ amparo por mora" - CNACAF - SALA IV, sentencia del 07/03/2002.

Lamentablemente, y aunque no tratara de manera directa esta cuestión, al cuestionar la idoneidad procesal de la vía del amparo, la Corte Suprema nacional pareciera cuestionar nuestro criterio.³²

3.4.4 EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL EJERCICIO DEL CONTROL CIUDADANO SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Finalmente, el derecho de acceso a la información pública ha sido conceptualizado, también, como un medio para el ejercicio del control ciudadano sobre la gestión de las políticas públicas.

En efecto, se ha señalado al respecto que aquel constituye: “...un derecho humano fundamental, un instrumento para la participación ciudadana, un elemento para garantizar otros derechos, una herramienta para mejorar la gestión pública, y por último, constituye una vía indispensable para el control de la res pública...”³³

El acceso a la información pública como forma de “control” resulta, de esta manera, un medio para garantizar la eficacia de aquellas prácticas o formas posibles de participación ciudadana en el gobierno de la “cosa pública”, que han sido clasificadas por Eduardo García Enterría³⁴, de la siguiente manera:

- a) Una participación orgánica, ordenada sobre el modelo corporativo, que implica la incorporación del particular a un órgano administrativo o de la administración pública. El caso concreto puede observarse, en el derecho argentino, en los denominados Entes Reguladores de los servicios públicos que cuentan con una representación de los usuarios de tales servicios.³⁵
- b) Una segunda forma de participación, que denomina participación funcional, en el que el ciudadano actúa funciones administrativas sin perder su posición privada y sin incorporarse por ello a un órgano administrativo formal. Y ello a través de la participación en la búsqueda de informaciones públicas; denuncias de diversos tipos, como deber o como facultad; ejercicio judicial de acciones colectivas; actuación como coadyuvante de la Administración en procesos judiciales; peticiones y propuestas en representación de un colectivo o en el interés general, entre otras posibilidades participativas. Estos cauces son utilizados normalmente por las denominadas ONG, o

³² Ver, sentencia de la Corte Suprema nacional de fecha 26/09/2006 in re: “Monner Sans c/Fuerza Aérea”, SJA 18/4/2007; JA 2007-II-340.

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, en fecha 2008-10-14, in re: “ADC c. Estado Nacional - Ministerio de Economía - INDEC”.

³⁴ **García de Enterría, Eduardo**, “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, en VVAA., “Libro de Homenaje a José Luis Villar Palasí”, Civitas, Madrid, 1989, pág., 443 y ss.

³⁵ Sobre el control de los usuarios de servicios públicos, ampliar en: **Salomoni, Jorge Luis**, “El Control de la Administración Pública por las organizaciones no gubernamentales”, Jornadas sobre “Control de la Administración Pública”, Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 447 y ss.

representantes de tales colectivos.³⁶

c) Y, en tercer lugar, una participación cooperativa en que el particular, sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones materialmente públicas, secunda con su actuación privada, el interés general o público en el sentido que la administración propugna.

4. CONCLUSIONES

En el presente hemos, pues, ensayado algunos de aspectos salientes, a nivel de la regulación federal argentina, con la finalidad de establecer el alcance material o el contenido de los concretos derechos y garantías a ser respetados por parte del Estado nacional en materia de acceso a la información pública.

Tarea que, entendemos, resulta necesaria para establecer: a) la definición de los derechos y garantías implicados en el derecho de acceso a la información pública, especialmente en su variante de “derecho social”; b) la implicancia que pueda tener la dispersión normativa que se da en nuestro país como consecuencia del régimen federal de gobierno; y c) la necesidad de establecer un *standard* mínimo de derechos y garantías a ser reconocidos como integrantes del derecho de acceso a la información pública.

Ello, sobre la base del principio de “máxima divulgación” acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina de nuestra Corte Suprema nacional³⁷, en función de los cuales -especialmente en el caso del derecho de acceso a la información pública en tanto garantía que permita el ejercicio de otros derechos reconocidos por el plexo constitucional- resulta necesario establecer “piso mínimo” al cual deben someterse tanto el Estado nacional como las provincias. *

Recebido em 07/06/2013
Aprovado em 07/06/2013

³⁶ Estas organizaciones, y esta forma de colaborar con la Administración, han sido reglamentadas a nivel federal por el Decreto N° 422/1999, y sus decretos modificatorios N° 684/99 y 916/99 y la Resolución reglamentaria de la Secretaría de Relaciones de la Comunidad N° 1810/99, por el que se creó el Registro Nacional de Organizaciones No Gubernamentales.

³⁷ Corte Suprema nacional in re: “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 03/05/2005.

* Artículo resultante de análisis de estudio monográfico e resenha.