Un decreto que restringe el 'acceso a la información pública' (y a la transparencia)

Autor:
Riquert, Fabián L.

Fecha de publicación: 09/09/2024

Cita: RC D 523/2024

Sumario:

I. Consideraciones preliminares. II. Facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo - Su alcance. III. La Ley 27275 de "Acceso a la información pública" y su reciente reglamentación. IV. Conclusiones.

Un decreto que restringe el 'acceso a la información pública' (y a la transparencia)

I. Consideraciones preliminares

El objetivo de esta aportación es analizar el reciente Decreto 780/2024 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional[1] que reglamenta la Ley 27275 de "Acceso a la información pública"[2], y confrontarlo con lo dispuesto por el art. 99, inciso 2 de la Constitución Nacional para verificar si dicha reglamentación afecta el derecho al acceso a la información pública.

II. Facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo - Su alcance

Como se sabe, la Constitución Nacional habilita al Poder Ejecutivo en el art. 99, inciso 2 para reglamentar las leyes del Congreso de la Nación "cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias". Es decir, el texto constitucional es contundente en que un decreto no puede "recortar" el contenido de una ley, más aún de una que consagre un derecho a la que debe poner en marcha mediante su reglamentación. Como se describe en doctrina, la ley es lo principal y su reglamentación lo accesorio.

Respecto a su naturaleza, enseñaba Bidart Campos que solo se trataba de un acto administrativo de contenido general y sublegal. Es decir, no lo consideraba una ley en sentido material. Afirmaba, siguiendo criterios de la CSJN que "el exceso reglamentario transgresor de la ley que se reglamenta es siempre inconstitucional"[3].

En sentido concordante sobre los alcances de los decretos reglamentarios o de ejecución, señala Balbín que el decreto no puede restringir las situaciones favorables creadas por la ley, o en su caso, ampliar las situaciones que fueren desfavorables al limitar más un derecho o exigir otras cargas[4].

Gelli formula dos supuestos de reglamentación; uno referido a la reglamentación de derechos que dispone el Poder Legislativo, sancionando leyes -mediante las que elige entre diferentes opciones disponibles-, la otra, la reglamentación ejecutiva que completa los pormenores de la ley para ponerlas en ejecución. La autora cita en apoyo de su argumentación el caso de la Corte Suprema "Delfino y Cía"[5] de 1927 que estableció los límites reglamentarios del Poder Ejecutivo, reconociendo que esa división es problemática, considerando que se trata de una cuestión de hecho[6].

La CSJN más recientemente ha delineado los contornos de este tipo de decretos al afirmar que "es inherente a la naturaleza jurídica de todo decreto reglamentario su subordinación a la ley de lo que se deriva que con su dictado no pueden adoptarse disposiciones que sean incompatibles con los fines que se propuso el legislador, sino que sólo pueden propender al mejor cumplimiento de sus fines"[7].

Más allá de los criterios zigzagueantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[8] acerca de la revisión o no mediante recurso extraordinario de un decreto reglamentario respecto a una ley federal o de derecho común,

sostenemos que un decreto que se dicte por fura de los contornos que el inciso 99, inciso 2 prescribe, puede y más aún debe ser declarado inconstitucional, ya sea porque desde el punto vista de jerarquía normativa tiene menor al de una ley, como también en lo sustancial, ya que modifica el contenido -limitando- al de la ley que pretende reglamentar. Afirma Rosatti que el decreto de ejecución puede ser controlado judicialmente cuando no respeta el "principio de razonabilidad"[9].

Recientemente la CSJN en el caso "Vicentín" (2023) ingresó a analizar el contenido de un decreto reglamentario y señaló que "el art. 1, inc. H cuarto párrafo del Decreto 916/2004 es inconstitucional". Altera la sustancia de los derechos otorgados por la Ley 25784 e introduce una deducción ajena a su letra, lo cual configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo)[10].

Sólo a título de mención de las consecuencias de la abusiva facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, como bien señala Midón, a partir de la excusa del art 99, inciso 2, CN, ha servido para que avanzara invadiendo competencias del Poder Legislativo[11].

Ya advertía González Calderón que sucedía si el Poder Ejecutivo se excedía de los límites impuestos por el constituyente: "porque si esa condición no se hubiere establecido el ejecutivo podría llegar a tener un poder más amplio que el mismo Congreso que las sanciona, imponiendo en definitiva su propia voluntad y discreción"[12].

III. La Ley 27275 de "Acceso a la información pública" y su reciente reglamentación

La Ley 27275 sancionada recién en el año 2016 da cuenta de una larga demora por parte del Congreso en actualizar los "Nuevos Derechos y Garantías" consagrados en la Constitución Nacional en la reforma de 1994. Esta ley fue oportunamente reglamentada por el Decreto 206/2017.

En efecto, el derecho a la información conlleva el derecho a transmitirla y sobre todo a obtenerla. Señala Nino que el Estado tiene las siguientes obligaciones: a) la de producir cierta información; b) de publicarla a través de medios masivos; c) la de ponerla a disposición de los particulares[13]. La ley y el decreto en estudio estarían ubicados en la última obligación.

La CADH en el art. 3, inciso 1 establece que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección".

Retomando a la ley, en su artículo 1 define su objeto: "La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública". Aclara que para llevar a cabo el su objetivo se funda en varios principios[14]:

Entre los que se destacan para este caso, el "principio de publicidad" que establece que toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por esta ley; y en el "In dubio pro petitor" que significa que, en caso de duda, siempre deberá interpretarse en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información.

Puntualizando el tema, lo que modifica sustancialmente el reciente decreto es el artículo 3 de la ley acerca de lo que debe entenderse por "información pública".

En los considerandos del decreto se justificó de la siguiente forma: "Que deviene imprescindible reglamentar el artículo 3 de la referida Ley 27275 y su modificatoria para clarificar el alcance del concepto de "información pública", que comprende cuestiones de interés público ligadas a la actividad estatal y su control, y excluye por su propia naturaleza a la información que hace al ámbito privado del funcionario o magistrado, especialmente cuando la solicitud pretende ingresar a una esfera típicamente doméstica". Y concluye que por lo tanto no generan obligación a la Administración Pública de suministrarla.

Como consecuencia de ello, el decreto establece que "no se entenderá como información pública a aquella que contenga datos de naturaleza privada que fueran generados, obtenidos, transformados, controlados o custodiados por personas humanas o jurídicas privadas o por la ausencia de un interés público comprometido". También reinterpreta el carácter de documento, considerando que "Las deliberaciones preparatorias y papeles de trabajo, o el examen preliminar de un asunto, no serán considerados documentos de carácter público".

Está claro que no puede ser la autoridad administrativa y menos aún el funcionario interpelado el que decida la "naturaleza privada" de la información (pensemos en el cumpleaños festejado en la Quinta de Olivos durante la pandemia); lo que lleva claramente a alterar el contenido de la ley que pretende reglamentar.

El derecho al acceso a la información de la "cosa pública" no sólo afecta la tarea periodística o de investigación, sino que la libertad de expresión que nuestra Constitución la considera una "libertad preferida" ya que a partir de ella permite la consagración de otros derechos constitucionales.

Fue abordado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA en los "Principios de Lima" (16/11/2000) al sostener en el art. 1 que "Toda persona tiene derecho a la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones sin interferencias de las autoridades públicas, previa censura ni restricciones indirectas por el abuso de controles oficiales, y sin necesidad de expresar la causa que motive su ejercicio. El acceso a la información es un derecho de las personas y al mismo tiempo una exigencia de una sociedad democrática. Es un derecho tanto de quienes lo ejercen en forma activa como de quienes esperan recibir la información a través de los medios de comunicación y/o de fuentes oficiales"[15].

La Corte IDH en el año 2006 señaló respecto al derecho a la información que "el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas"[16].

A lo expuesto agrego que Argentina firmó la Convención Interamericana contra la Corrupción que en su artículo III, inciso 5 obliga a los Estados a crear "Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas" y en el inciso 6 "Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción". También en el art. 36 nuestra Constitución considera que la corrupción pública atenta contra el sistema democrático.

También el decreto reinterpreta el carácter de documento, considerando que "Las deliberaciones preparatorias y papeles de trabajo, o el examen preliminar de un asunto, no serán considerados documentos de carácter público".

Pensemos, como bien sostiene Gordillo cuando comentaba las medidas administrativas de la CICC, que la misma contiene una suerte de revolucionario corte transversal de las instituciones de derecho administrativo. Puntualizando respecto a Argentina señala que "Estas normas modifican explosivamente el régimen de la ley de administración financiera del Estado, reforman sustancialmente los regímenes de contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos y entes reguladores en la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores; alcanzan a los organismos de control…"[17]. Siguiendo esta idea, pensemos una licitación en el cual no obran los "papers" de trabajo, los pliegos, los estudios de campo, de factibilidad, de impacto ambiental, etcétera.

A partir de su dictado las repercusiones fueron en su mayoría negativa, en especial de los medios de prensa, ONGs, entre otras[18].

IV. Conclusiones

El texto del Decreto Reglamentario 780/2024 dictado por el PEN no supera el test de constitucionalidad ya que "recorta" el derecho al acceso a la información pública establecido en la Ley 27275 en franca violación a los

límites dispuestos por el art. 99, inciso 2 de la Constitución Nacional.

También puede generar responsabilidad internacional a la luz de los compromisos asumidos por el Estado Nacional, al no asegurar suficientemente las medidas preventivas (administrativas) establecidos en el art III de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la CADH, entre otros instrumentos internacionales, por lo que también resulta inconvencional.

La transparencia constituye uno de los valores fundamentales en una República (publicidad de los actos de gobierno). Sólo se puede controlar lo que se conoce.

[1] B.O. publicado el 02/09/2024.

[2] B.O. publicada el 14/09/2016.

[3] Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución reformada, T. III, Ediar, 1999, pág. 244.

[4] Balbín, Carlos; "Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia", en Constitución de la Nación Argentina, T. 4, Dir. Sabsay, Coord. Manili, AAVV, Hammurabi, 2010, pág. 154.

[5] A. M. Delfino y Cía. s. Apelación de multa impuesta por Prefectura Maritíma, CSJN, 20/06/1927, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 110334/09.

[6] Gelli, María; Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, L.L., 2001, pág. 608.

[7] Gentini, Jorge Mario y otros vs. Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad s. Participación accionariado obrero, CSJN, 12/08/2008, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 2711/08.

[8] En una primera etapa, como señala Bidart Campos, ob. cit., la CSJN no habilitó como cuestión federal la revisión de los decretos reglamentarios. En 1973, en Puerta, Julio Reynaldo y otros vs. Farloc Argentina S.A., CSJN, 02/05/1973, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 9357/24, consideró que el exceso de reglamentarismo se vincula con la Constitución Nacional y con la separación de poderes, ya sean leyes federales o de derecho común. Luego, en "García c/ FFCC" retomó el cauce de no revisar los decretos reglamentarios.

[9] Rosatti, Horacio; Tratado de Derecho Constitucional, T. 2, Rubinzal-Culzoni, 2011, pág. 377.

[10] Vicentín S.A.I.C. vs. Estado Nacional y otro s. Civil y comercial - Varios, CSJN, 03/05/2023, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 1478/23.

[11] Midón, Mario; Derecho constitucional de los poderes, Contexto, 2019, pág. 670.

[12] González Calderón, Juan; Curso de Derecho Constitucional, Editorial Kraft, 1967, pág. 511. El autor apunta casos donde la CSJN se expidió "Sociedad Chadwick, Weir y Compañía" (1928); "Delfino" (1927), entre otros.

[13] Nino, Ezquiel; "El derecho a recibir información pública" en Teoría y crítica del Derecho Constitucional, T.2, AAVV, coord. Gargarella, Abeledo Perrot, 2008, pág. 800.

[14] Los principios se encuentran en el artículo 1 de la ley. Presunción de publicidad: toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por esta ley. Transparencia y máxima divulgación: toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la información pública sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican. Informalismo: las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello. Los sujetos

obligados no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o de reglas de procedimiento. Máximo acceso: la información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles. Apertura: la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos, que faciliten su procesamiento por medios automáticos que permitan su reutilización o su redistribución por parte de terceros. Disociación: en aquel caso en el que parte de la información se encuadre dentro de las excepciones taxativamente establecidas por esta ley, la información no exceptuada debe ser publicada en una versión del documento que tache, oculte o disocie aquellas partes sujetas a la excepción. No discriminación: se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier forma de discriminación y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud. Máxima premura: la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor. Gratuidad: el acceso a la información debe ser gratuito, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley. Control: el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente. Las resoluciones que denieguen solicitudes de acceso a la información, como el silencio del sujeto obligado requerido, la ambigüedad o la inexactitud de su repuesta, podrán ser recurridas ante el órgano competente. Responsabilidad: el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone originará responsabilidades y dará lugar a las sanciones que correspondan. Alcance limitado de las excepciones: los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, establecidos previamente conforme a lo estipulado en esta ley, y formulados en términos claros y precisos, quedando la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información a cargo del sujeto al que se le requiere la información. In dubio pro petitor: la interpretación de las disposiciones de esta ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información. Facilitación: ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra, o no, en su poder o negar la divulgación de un documento de conformidad con las excepciones contenidas en la presente ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener la información. Buena fe: para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan la cultura de transparencia y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.

[15] https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=158&lID=2. (Consultado el 06/09/2024).

[16] Claude Reyes y otros vs. Chile, CIDH, San José, Costa Rica, 19/09/2006, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 5568/15, párrs. 86 y 87 dicen "El derecho de acceso a la información es una herramienta crítica para la participación democrática, el control del funcionamiento del Estado y la gestión pública, y el control de la corrupción. En los sistemas democráticos, en los cuales la actuación del Estado se rige por los principios de publicidad y transparencia, el derecho de acceso a la información en poder del Estado es un requisito fundamental para garantizar la participación democrática, la transparencia y buena gestión pública, y el control del gobierno y de la gestión de las autoridades por la opinión pública, ya que habilita a la sociedad civil para ejercer un escrutinio a las acciones de las autoridades. El libre acceso a la información es un medio para que, en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerza sus derechos políticos; en efecto, el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información es necesario para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal, y permitir un debate público sólido e informado que asegure la garantía de recursos efectivos contra los abusos gubernamentales y prevenga la corrupción. Sólo a través del acceso a la información bajo control del Estado que sea de interés público es que los ciudadanos pueden cuestionar, indagar y considerar si se está dando cumplimiento adecuado a las funciones públicas".

[17] Gordillo, Agustín; "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana

contra la Corrupción", L.L., 1997-E, pág. 1092.

[18] https://www.ambito.com/politica/organizaciones-rechazaron-el-decreto-javier-milei-que-limita-el-acceso-la-informacion-publica-es-una-seria-regresion-n6055909. (Consultado el 06/09/2024).

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.