

Universidad Siglo 21



SEMINARIO FINAL

Estudio de caso

*Derecho al acceso a la información pública desde análisis de fallo
“Denuncia formulada por Daniele Osvaldo Rubén c/Mestre Ramón Javier y
otro”*

Entrega 4

AUTOR: MARIA ANABEL MIRANDA

DNI: 35260646

LEGAJO: VABG45846

TUTOR: MARIA BELEN GULLI

Abogacía

2019

1. **Tema:** Derecho de acceso a la información pública.

2. **Selección de fallo:**

Autos: “Denuncia formulada por Daniele Osvaldo Rubén c/Mestre Ramón Javier y otro”

Tribunal: Cámara del Crimen de la provincia de Córdoba.

3. **Sumario:** I. Introducción – II. Cuestiones fácticas y procesales – III Análisis conceptual, doctrinario y jurisprudencial: el acceso a la información pública. IV. Reflexión personal– VII. Conclusiones.

4. **Introducción**

La Constitución Nacional Argentina garantiza el principio de publicidad de los actos de gobierno y el derecho al acceso a la información pública su Art 1º , Art 33 , Art 41 ,42 , Art 75 inc. 22 que incorpora con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales y la Ley de Acceso a la Información Pública n° 27.275 ; regulando a los tres poderes del estado, el Ministerio Público, El Consejo de la Magistratura, empresas, partidos políticos, universidades y sindicatos que reciban aportes públicos.

Las ciudades de la República Argentina, han ido avanzando durante la última década con respecto a políticas que permitan una mayor transparencia en lo que respecta a la publicación de los actos de gobierno y el acceso a la información de la ciudadanía en general , es dable señalar que “ el modelo a seguir en este caso fue la municipalidad de Rosario, que desde hace más de una década identifica a cada uno de sus agentes, incluyendo no solo sueldos básicos, sino el salario bruto, el neto y el costo laboral con aportes” (Curto,R, 2017).La Municipalidad de Córdoba en el año 2017 bajo el lema de “Gobierno Abierto” publico a saber; nombre y apellido, documento nacional de identidad, programa, cargo, repartición y nómina salarial de los agentes municipales, generando una disputa judicial que pone en duda acerca de los límites que subsisten entre la publicación de actos de gobierno y datos personales de los agentes municipales.

Si bien toda la información en poder del estado se presume publica y accesible, está sometida a un régimen limitado de excepciones. “El derecho al acceso a la información

pública, en tanto elemento constitutivo de la libertad de expresión protegido por normas constitucionales y convencionales, no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones. Por lo tanto, resulta admisible que el ordenamiento jurídico establezca ciertas restricciones al acceso a la información pública, las que deben ser verdaderamente excepcionales, perseguir objetivos legítimos y necesarios para alcanzar la finalidad perseguida” (C.S.J.N., “Garrido, Carlos Manuel c/EN-Afip s/amparo ley 16.986”, 2016).

Para la realización de este trabajo se ha seleccionado un fallo de Cámara del crimen de la Provincia de Córdoba, caratulada “Denuncia formulada por Daniele Osvaldo Rubén c/Mestre Ramón Javier y otro” cuya sentencia data del 24 de Octubre del año 2017.

Osvaldo Rubén Daniele, Secretario General del Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales de la Provincia de Córdoba, en calidad de querellante particular, inicia acciones legales contra Ramón Javier Mestre, Intendente de la Provincia de Córdoba y otros funcionario de la Municipalidad de Córdoba, a raíz de datos que se publicaron en la página web oficial de la Municipalidad de Córdoba a saber ; nombre y apellido de los agentes, documento nacional de identidad, , programa, repartición, cargo y nómina salarial, todo lo cual podía ser de acceso público para la comunidad general, en función de lo dispuesto por la Ordenanza Municipal 11.033¹ y Ordenanza Municipal 10.560² art 10 inc. g)

Argumentando el denunciante que se había omitido cumplir maliciosamente con lo dispuesto en el Art 5° de la Ordenanza Municipal n° 11877, el que entiende, coincidente con las previsiones del art 5° de la Ley 25.326, como así mismo del Art 1° de la Ordenanza Municipal n° 11.033.

Centrándose la controversia en una cuestión de puro derecho con Ordenanzas Municipales de la misma jerarquía que se contradicen provocando diferentes interpretaciones de las mismas entre las partes.

¹ Ordenanza Municipal n° 11.033. Municipalidad de la Provincia de Córdoba.

² Ordenanza Municipal n° 10.560. Municipalidad de la Provincia de Córdoba.

5. Cuestiones fácticas y procesales

Oswaldo Rubén Daniele, Secretario General del Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales de la Provincia de Córdoba, en calidad de querellante particular ,inicia acciones legales contra ,Ramón Javier Mestre, Intendente de la Provincia de Córdoba y otros funcionario de la Municipalidad de Córdoba, a raíz de datos que se publicaron en la página web oficial de la Municipalidad de Córdoba a saber ; nombre y apellido de los agentes, documento nacional de identidad, , programa, repartición, cargo y nómina salarial, todo lo cual podía ser de acceso público para la comunidad general, en función de lo dispuesto por la Ordenanza Municipal 11.033 y Ordenanza Municipal 10.560 (art 10 inc. g)

Argumentando el denunciante que se había omitido cumplir maliciosamente con lo dispuesto en el Art 5° de la Ordenanza Municipal n° 11877, el que entiende, coincidente con las previsiones del art 5° de la Ley 25.326, como así mismo del Art 1° de la Ordenanza Municipal n° 11.033.

Centrándose la controversia en una cuestión de puro derecho con Ordenanzas Municipales de la misma jerarquía que se contradicen provocando diferentes interpretaciones de las mismas entre las partes.

Se precisa un problema axiológico, en términos de que existe una contradicción entre normas aplicables en el conflicto para su resolución.

Para la realización de este trabajo se ha seleccionado un fallo de Cámara del crimen de la Provincia de Córdoba, caratulada “Denuncia formulada por Daniele Oswaldo Rubén c/Mestre Ramón Javier y otro” cuya sentencia data del 24 de Octubre del año 2017.

La controversia tiene inicio a raíz de datos que hizo públicos la Municipalidad de la Provincia de Córdoba referidos a los empleados municipales en documentos informáticos publicados en la página web Oficial de la Municipalidad de Córdoba.

En Mayo del año 2017, a raíz de los datos que hizo públicos la Municipalidad de Córdoba con respecto a los empleados municipales, se formuló la correspondiente denuncia caratulada “Denuncia formulada por Daniele Oswaldo Rubén c/Mestre Ramón Javier y otro” en el fuero anticorrupción, a cargo del Fiscal de Instrucción en lo PenalEconómico de

1º nominación que a fs 71/75 de autos ordena el archivo de la causa por no encuadrar el hecho analizado en figura penal alguna.

Por la oposición deducida por parte del apoderado del querellante particular se abre la competencia del Juzgado de Control en lo Penal Económico, concluyendo como sentencia nº 49 con fecha 24 de octubre del año 2017, confirmar el archivo dispuesto en instancia anterior por el fiscal de instrucción en lo penal económico de 1º nominación por no encuadrar los hechos denunciados en figura penal.

Como siguiente instancia recursiva, se eleva por el Juzgado de Control en lo Penal Económico, con motivo de recurso de apelación interpuesto por el apoderado de querellante particular en contra de la sentencia nº 49, corriendo vistas a la Cámara de Acusación compuesta por sus vocales, que emitieron sus votos en el siguiente orden; 1) Carlos Alberto Salazar; 2) Patricia Alejandra Farías; 3) Maximiliano Octavio Davies, dando por resultado la sentencia nº 14 de fecha 20 de Abril del año 2018, con una votación unánime, compartiendo lo concluido por el juzgado en lo penal económico remitiéndose a los fundamentos de la sentencia nº 49 de fecha 24 de Octubre del año 2017.

Para la correcta intelección y aplicación de la norma precitada, el intérprete debe recurrir a distintos métodos interpretativos.

Como primer límite puntualmente, surge del texto de la Ordenanza nº 10.560 Art 10 que se contrapone a lo prescripto en la Ordenanza nº 11.033 Art 1º, son dos normas de idéntica jerarquía y especialidad en la temática, que regulan un mismo supuesto de hecho en forma contrapuesta. Como segundo límite lo impone el mismo cuerpo normativo de la Ordenanza Municipal nº 10.560 en su Art 5º referido en este caso, a evitar la afectación de la intimidad de las personas o base de datos personal.

En el caso del primer límite aplica el juez el principio de sucesión de leyes en el tiempo, que lo lleva a concluir que la Ordenanza Municipal nº 10.560 Art 10 de regulación especial y posterior, debe ser predilecta y consecuentemente de aplicación al caso concreto.

Como siguiente estadio de análisis interpretativo, el juez privilegia el método sistemático, entendiendo a estas normas como parte de un sistema cuya unidad y congruencia debe preponderar.

6. Análisis conceptual, doctrinario y jurisprudencial: el acceso a la información pública

Se entienden como Derecho de Acceso a la Información Pública, al derecho de recibir la información que se encuentra en poder del Estado, al mismo tiempo implica para el Estado la obligación de otorgarla a quiénes lo soliciten. Dicho derecho se encuentra plasmado en el articulado de diversos tratados internacionales de rango constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Cafferata, 2009).

De los mencionados instrumentos internacionales se desprende así mismo ciertas restricciones para la aplicación de este derecho que deberán ser fijadas por ley y con el único fin de resguardar los derechos y reputación de los demás, proteger la seguridad nacional, el orden público y la salud o moral públicas. Por otra parte, del texto constitucional en sus arts. 42 y 83 han establecido obligaciones en cuanto a la publicidad de los actos gubernamentales, así como el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos, por lo cual siempre serán interpretados en forma restrictiva cualquier límite que entorpezca a los ciudadanos el acceso al conocimiento de los actos de gobierno.

Es interesante destacar que, como menciona Scheibler (2015), el Derecho de Acceso a la Información Pública cuenta con el principio de no regresividad ya que una vez que se ha reconocido un derecho, existe una prohibición de empeorar las condiciones de su vigencia. Esto tiene su origen en que la Comisión IDH ha caracterizado este derecho como una garantía para evitar abusos por parte de los funcionarios gubernamentales y que la exigibilidad de este derecho se encuentre supeditada a una obligación del Estado (deber de publicidad de los actos de gobierno). Así, en pocas palabras, ninguno de los poderes constituidos puede dictar normas en detrimento del Derecho de Acceso a la Información Pública.

Por otra parte, y no por ello menos importante, surge una obligación del Estado de generar información y de que la misma sea suministrada siguiendo el principio de “máxima divulgación”. En este sentido hemos visto la creación de páginas web como mecanismo implementado por el Estado para acercar la información a aquél que lo solicite.

Bravo (2007) entiende que el Derecho de Acceso a la Información Pública es tanto un derecho individual como un derecho colectivo, lo cual es sumamente interesante. Por un lado, entiende que es individual en tanto y en cuanto tiene la función de maximizar el ejercicio de la libertad de expresión con mayor cantidad de datos, voces y opiniones, pero, por otro lado, es colectivo en tanto el bien tutelado es un bien público o colectivo. A su vez la autora mencionada agrega que este derecho a recibir información no es más ni menos que una consecuencia directa del principio de transparencia y el deber de publicidad de los actos de gobierno, lo que se condice con lo ya mencionado por Scheibler (2015).

Tanto los organismos de contralor como los ciudadanos poseen el acceso a la información estatal mediante las disposiciones de la Constitución Nacional, las que a su vez reafirman lo expuesto en Tratados Internacionales, aunque se consigna en estas normativas que existen excepciones a dicho acceso (Basterra, 2012). Vale aclarar que esas excepciones pueden a su vez velar delitos asociado al patrimonio de cónyuges o familiares del funcionario público en cuestión (Zingaretti, 2018).

La primera vez que la CSJN se expresa con respecto a los alcances del Derecho de Acceso a la Información Pública fue en diciembre de 2012 en el caso “Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI – (dto. 1172/2003) s/ amparo ley 16.986”, en este fallo la Corte entiende que el derecho en cuestión surge del mismo cuerpo constitucional y de los tratados internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22 CN. También expresa que dicho derecho asiste a todos los ciudadanos en conformidad con establecido tanto en la normativa interna como en los instrumentos internacionales incorporados en nuestro texto constitucional.

Además, la obligación positiva del Estado a suministrar la información gubernamental debe posibilitar a las personas tener acceso a dicha información o, de lo contrario, recibir una respuesta fundamentada cuando se de alguna de las excepciones por las cuales el Estado limite el acceso a la misma.

Por otro lado, el máximo tribunal en el fallo “CIPPEC c. EN Mº, de Desarrollo Social – dto. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986” otorga más precisiones con respecto al Derecho de Acceso a la Información Pública en cuanto al deber de brindar información íntegra requerida por la parte actora, explicitando que la publicidad debe atravesar las

etapas del accionar público y decantar desde la norma general hasta la instrumentación particular a fin de evitar lo que Scheibler (2015) define como “nichos de impunidad”.

9. Reflexión personal

No han sido pocas las veces que los datos aportados por los funcionarios públicos se trataban nada más ni nada menos que la punta de un iceberg de corrupción y el comienzo de investigaciones que han nutrido gruesos expedientes en tribunales y organismos anticorrupción. Desde negociados mafiosos hasta enriquecimiento ilícito, nada debería escapar al ojo del ciudadano y de los organismos encargados del contralor de las acciones del Estado.

Sin embargo, es destacable el esfuerzo del Estado por cumplir con el deber de transparencia y de informar que ha contraído ante Organismos Internacionales, un ejemplo claro ha sido la utilización de Internet para difundir información estatal por medio de sitios oficiales y el surgimiento de fundaciones y organizaciones cuyo objetivo es el control del Estado y sus funcionarios a fin de preservar los derechos y garantías de los ciudadanos. No obstante, el fallo que analizado nos da la pauta que no siempre son suficientes las buenas intenciones del Estado, cuando de él mismo surgen normativas que buscan de alguna manera entorpecer la labor de contralor por parte del ciudadano y de los organismos creados para tal fin.

En relación con el fallo analizado, se sostiene como adecuada la resolución dispuesta por el juez, ya que sostiene la actualidad de la norma, es decir, que la ordenanza municipal considerada como reguladora de las acciones atinentes al derecho de acceso a la información pública deben respetarse en su vigencia. En tanto, se concuerda que la Ordenanza Municipal 10.560 responde a una adecuación ajustada a las normas de mayor jerarquía, como ser la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, en los que se dispone con claridad, que la información pública debe ser divulgada como ejercicio de la función de contralor del ciudadano ante las acciones del Estado.

Ello refiere entonces, a que si bien la Ordenanza Municipal n° 11877 resulta coincidente con las previsiones del art 5° de la Ley 25.326, como así mismo del Art 1° de la Ordenanza Municipal n° 11.033, esta no resulta vigente ni actualizada, por lo que la

información de los empleados municipales debe ser de conocimiento público según lo acordado en la ordenanza actual.

No obstante, vale indicar, que el artículo 5° de la Ordenanza Municipal establece el acceso a dicho contenido, pero el artículo 6° de la misma dispone restricciones a los datos que puedan ser divulgados. Esto mismo se dispone en las normas jerárquicas, por lo que se estima ajustado a derecho el artículo 6°.

En cuanto a las restricciones, se comprende que, en el fallo, los datos personales no advierten ser del mismo carácter que lo expuesto en el artículo 6° como excepción, y desde allí, se remarca que las restricciones al acceso a la información pública se fundamentan en el respeto al derecho a la privacidad e intimidad, por lo que existen numerosas contiendan en donde ambos derechos colisionan.

Vale aclarar de esta manera, que resulta importante estimar por parte del juez, el carácter de los datos y su procedencia, puesto que la norma municipal debe admitir la exposición de datos, cuando los mismos refieran a acciones o cumplimiento del ejercicio de representante municipal, eximiendo de divulgación contenido del representante que derive de su fuero íntimo, y no, de su actividad pública.

Esta reflexión a su vez se ve fundamentada en las resoluciones de los fallos el fallo “CIPPEC c. EN M°, de Desarrollo Social – dto. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986” y “Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI – (dto. 1172/2003) s/ amparo ley 16.986”, en los cuales de manera idónea y semejante, se dispuso la responsabilidad del Estado ante la aprobación de normas que restringen el acceso a la información.

Estos fallos, al igual que el analizado, remarcan la relevancia de distinguir que el contenido solicitado para exposición debe desglosarse y comprenderse de la actividad directa del funcionario público o municipal, sin afectar su privacidad, puesto que las consecuencias de su accionar como representante es de interés público, y la transparencia en dicha información sostiene el rol de supervisor del pueblo ante posibles ilicitudes del municipio, en este caso.

Se admite como complemento de la resolución del fallo analizado, el reconocimiento de la responsabilidad que le supone a la Municipalidad la aprobación de ordenanzas inapropiadas, y la rectificación de las mismas, para sostener el amparo al derecho de acceso a la información pública.

Si bien cierta doctrina considera que no debiesen existir restricciones normativas sobre el derecho en cuestión y la información divulgada, se estima desde esta reflexión que todos los derechos y en consecuencia los actos jurídicos o no, deben regularse apropiadamente y que ello, implica evitar colisiones entre derechos. Ahora bien, en el caso analizado, se denota que, las restricciones a la información pública solo pueden ser admisibles si el organismo fundamenta acorde a las normas, las razones por las que la exposición de los datos personales excede a contenido público por la actividad de los empleados municipales.

Por ello, se comprende que en este caso no existe una contienda donde se evidencie una colisión entre derechos de acceso a la información pública y de privacidad, sino que se manifiesta una inadecuada interpretación del alcance de las ordenanzas municipales, sin considerar la vigencia de las mismas.

10. Conclusiones

Del fallo analizado sobre la temática de derecho al acceso de información pública, se puede indicar las siguientes conclusiones:

- a) Ante ordenanzas municipales de semejante jerarquía legal, se comprende que la vigencia y actualidad de una de ellas será sostenida sobre la otra, siempre que la vigente respete normas de nivel constitucional y supra constitucional.
- b) La Ordenanza Municipal 10560, respeta las normativas de mayor jerarquía y por ello, posee carácter de fundamento apropiado para resolver contiendas sobre normas contradictorias. Esta ordenanza respeta los articulados de Tratados Internacionales y de la Carta Magna, por lo que otra disposición previa y que vulnere lo establecido en las regulaciones constitucionales, será desestimada.
- c) Los datos personales de todo empleado municipal en el transcurso y ejercicio de su función pública puede ser divulgado acorde a la norma, de manera tal que se eviten acciones ilícitas que afectan al orden público.

- d) La eximición de la exposición de este contenido solo referirá a lo establecido como excepción en el artículo 6º de la Ordenanza Municipal 10560 de la provincia de Córdoba, o bien a las restricciones que las disposiciones constitucionales determinen.

- e) La información pública que se solicite disponer por parte del ciudadano, y como acción de buena fe por parte del Estado o Municipio, no debe exceder dicho carácter de público, por lo que datos del fuero íntimo sin relación con la acción de representante público del individuo, deberá ser excluida de tal solicitud. Ante ello se debe sopesar el tipo de contenido y el origen del mismo.

11. Bibliografía

Doctrina

- Bastera, M. (2012). Doctrina del día: los límites del derecho al acceso a la información pública. Thomson Reuters. Recuperado de: <http://thomsonreuterslatam.com/2012/11/doctrina-del-dia-los-limites-del-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica/>
- Bravo, P. A. (2007). El derecho de acceso a la información es un derecho de incidencia colectiva. Revista Jurídica UCES, nro. 11, 124-145
- Cafferata, S.D. (2009). *El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuesta para una ley*. En *Lecciones y ensayos*, núm. 86, pp. 151-185.
- Scheibler, G. (2012). Algunas precisiones acerca del concepto de “información pública”. Revista Jurídica UCES, nro. 16, 81-117
- Zingaretti, G. (2018). Las complejidades de la regulación de la protección de datos personales y el acceso a la información pública. Revista de Derecho Público, vol. 2, 113-156

Revistas electrónicas

- Curto, R. (2017). *Por primera vez, el municipio público la nómina de sus 10.186 empleados*. La Voz del Interior. Recuperado de:

Legislación

- CN, C. C. (1994). Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires.
- Ordenanza 10.560. (2002) CONCEJO DELIBERANTE DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA.
- Ordenanza 11.877 (2010) CONCEJO DELIBERANTE DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA.
- Ley 25.326 (2001) Poder ejecutivo de la nación Argentina.

Jurisprudencia

- C.S.J.N. “Garrido, Carlos Manuel c/EN-Afip s/amparo ley 16.986 (2016)

SENTENCIA NÚMERO: CUARENTA Y NUEVE (49)

Córdoba, veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete

I) VISTA: La presente causa caratulada “Denuncia formulada por Daniele Osvaldo Rubén c/ Mestre Ramón Javier y otro” (Expte. n° 6319194), remitida por la Fiscalía de Instrucción en lo Penal Económico N° 1, a fin de que el Tribunal resuelva la oposición al archivo de los hechos denunciados.

II) DE LA QUE RESULTA: Que a fs. 71/75 de autos, la Fiscalía de Instrucción en lo Penal Económico N° 1, ordena el archivo de los presentes, por no encuadrar el hecho analizado en figura penal (art. 334 del C.P.P.).

El Sr. Fiscal describe los hechos de la siguiente manera: “...A fines de 2002 la Municipalidad de Córdoba estableció, por Ordenanza n° 10.560 (publicada el 5 de diciembre), el régimen de acceso a la información pública en el ámbito local, reglamentando así el derecho de acceso de toda persona que lo requiera a dicha información, conforme al principio de publicidad de los actos de gobierno. A mediados de 2006 la Municipalidad dispuso, por Ordenanza 11.033 (publicada el 07 de junio), la publicación en su sitio oficial de internet “del detalle completo del personal que revistan como agentes de planta permanente, transitoria y/o

contratados que presten servicios en dependencias y/o empresas u organismos municipales; informando fecha de ingreso, el contenido del recibo de sueldo concepto por concepto, a excepción de: el Nombre, Documento Nacional de Identidad, Número de Legajo, Número de Cuenta Bancaria, Descuentos Sindicales, Descuentos Optativos, Embargos y Créditos u otros Descuentos Voluntarios.” (la redacción, la puntuación y la ortografía son del original).

Finalmente, a fines de 2010, por ordenanza 11.877 (sancionada por el Concejo Deliberante el 25 de noviembre), fue reformada la ordenanza 10.560. El artículo primero quedó redactado así: “TODA persona tiene derecho de conformidad, con el principio de publicidad, de los actos de gobierno, a solicitar, a acceder y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier Órgano, perteneciente a la administración pública de la Municipalidad centralizada y descentralizada, Entidades Autárquicas, Empresas y Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras Organizaciones Empresariales, donde el Estado tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, Tribunal de Cuentas y Concejo Deliberante. Asimismo tiene derecho a solicitar al Estado, toda la información obrante en Empresas Privadas, Prestatarias de Servicios Públicos y/o Permisiónarias, respecto de la vinculación, participación municipal en las mismas y a las actividades que realicen, cuando tengan fin público y/o posean información pública.” (ídem). El nuevo art. 5 de la ordenanza dice:

“SÓLO se limitará el acceso público a la información, en los siguientes casos: 1. Cuando pudiere afectar la intimidad de las personas o refiera a bases de datos personales de las mismas. En estos casos sólo podrá suministrarse previa autorización de éstas. 2. Durante el periodo de secreto de los sumarios administrativos, debiendo brindarse la información que se hubiere requerido, durante la vigencia de ese plazo, dentro de los diez (10) días hábiles de finalizado el mismo. 3. La protegida por el secreto profesional. 4. La protegida por el secreto bancario. 5. La que pudiere revelar la estrategia a adoptar por la Municipalidad, en la defensa de los derechos e intereses de la misma, frente a reclamos administrativos o procesos judiciales. 6. Cuando existan situaciones en las que sea necesario proteger las consultas y deliberaciones internas de la Institución, con el fin de salvaguardar su capacidad para ejercer sus funciones, dispuesto mediante Resolución fundada de la Secretaría correspondiente. 7. La exceptuada en virtud de Ordenanzas especiales o Normas Jurídicas de mayor jerarquía. Si se requiere información respecto de un documento, que contenga parcialmente información, cuyo acceso se encontrare limitado en virtud del artículo anterior, se deberá suministrar la totalidad del resto de la información, no alcanzada por la restricción.” (id.) Y el nuevo art. 10, dice: “EL Departamento Ejecutivo Municipal, el Concejo Deliberante y el Tribunal de Cuentas deben publicar y actualizar mensualmente en sus respectivos sitios Web, el contenido mínimo de su competencia, que se detalla a continuación: a) Digesto municipal. b) Código de Ética. c)

Estructura Orgánica. d) Servicios Municipales. e) Protocolo de Autoridades. f) Declaración Jurada de los Funcionarios. g) Nómina de agentes, cargo, remuneración y lugar de trabajo. h) Presupuesto y ejecución presupuestaria. i) Compromisos y ejecución del Presupuesto Participativo. j) Llamados a licitación y adjudicaciones realizadas. k) Formulario Tipo de Acceso a la Información Pública.

La enumeración realizada es enunciativa, sin perjuicio de cualquier otra información que cada repartición estime pertinente publicar.” (íd.)

Así las cosas, el 16 de mayo de 2017 el Gobierno Municipal de la Ciudad de Córdoba publicó en su página web (https://servicios.cordoba.gov.ar/ReciboDigital/Documentos/AGENTES_HABERES_ABRIL_2017.pdf) el listado completo del personal municipal, incluyendo programa, repartición, cargo, documento nacional de identidad, nombre y apellido de los agentes y el importe del sueldo que percibe cada uno, publicación que fue recogida por los medios de prensa.

Ante la protesta, el Intendente, Dr. Ramón Javier Mestre, y otros funcionarios municipales, dijeron que dicha publicación se realizó en cumplimiento de la obligación que les impone lo que llaman el Art. 10 inc. “g” de la Ordenanza N° 11.877 (en realidad, se trata del nuevo art. 10 de la ordenanza 10560, sobre acceso a la información pública, que introdujo en el texto de esta última el art. 7° de la primera), precedentemente transcrito. Según el denunciante, Osvaldo Rubén Daniele, Secretario General del S.U.O.E.M., la publicación viola lo que llama el art. 5° de la Ordenanza 11.877 (en realidad el art. 5° de la 10.560, según la redacción

de la primera), también transcripto más arriba. También, siempre según el denunciante, la publicación viola la ley de protección de datos personales, n° 25.326, cuyo artículo 5° trata el problema del consentimiento del titular de los datos personales en dos incisos. El primero declara ilícito el tratamiento de dichos datos cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento. El segundo trata las excepciones al inciso anterior y, en el punto “c”, incluye entre dichas excepciones aquellos “listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio.” Como no se enumera el sueldo del titular, el denunciante infiere que se ha violado nomás el inc. 1 de la ley nacional mencionada.

También dice Daniele que se ha violado el art. 1 de la ordenanza 11.033 transcripto más arriba.”

III) CONSIDERANDO: 1) Prueba valorada: 1) Ordenanza N° 11033 “dispone la publicación en el sitio oficial de internet de la Municipalidad de Córdoba, del detalle completo del personal de Planta Permanente, Transitoria y/o contratados de la Municipalidad de Córdoba; como así también de la remuneración Bruta y Neta de las autoridades Municipales, Tribunal de Faltas Municipal, Tribunal de Cuentas Municipales, Concejales, Directores Generales y Directores del concejo Deliberante de la Municipalidad de Córdoba” (sancionada el 04-05-2006, promulgada 24-05-2006, Decreto 02460, publicada el 07-06-2006, Boletín Municipal 2656) fs. 06, 56, 63, 64, 65; 2) Ordenanza N° 11877 (fs. 7) “modifica los arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la

Ordenanza N° 10560 y agrega a la mencionada Ordenanza los arts. 7, 8, 9 y 10 (fs. 7, 8,9 y 10, 57, 58,59 y 60) 3) Recortes periodísticos de fs. 11 “Por Primera vez, el Municipio publicó la nómina de sus diez mil ciento ochenta y seis empleados”; de fs. 12 “El detalle de Sueldos, un paso detrás de Rosario y uno delante de la Provincia”, de fs. 13 “Publican sueldos y el S.U.O.E.M va al choque”, de fs. 14 “Protesta Municipal por la difusión de la lista de sueldos”, de fs. 15 “Difusión de datos: el S.U.O.E.M. protesta con asambleas y mañana va a la justicia”; 4) Planillas complementarias (carácter de declaración jurada de fs. 16, 17, 18, 19, 20 y 21 5) Acta Notarial N° 37 Sección “B” del 23/05/2017, en la que se solicita se proceda a constatar publicación (fs. 22, 23, 24, 25, 26 y 27); 6) Acta Notarial N° 158 del 3/08/1999, se otorga Poder General para pleitos debidamente juramentado a favor del Dr. Félix Antonio López Amaya (fs. 38, 39 y 40), 7) Escritura N° 37 del 06/05/1985; poder General para pleitos debidamente juramentado a favor del Dr. Félix López Amaya entre otros (fs. 41) 8) Ordenanza N° 10560 (fs. 50/55) que establece que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración Municipal Centralizada y Descentralizada (sancionada el 05/11/2002, promulgada el 22/11/2002 mediante Decreto 2525, publicada el 05/12/2002; Boletín Municipal 2365); 9) Acta Notarial N° 41 del 22 de junio de 2017 en la que el Dr. Félix Antonio López Amaya solicita proceda a constatar la publicación de la Ordenanza Municipal 11033 – ya mencionada anteriormente (fs. 62 y constancias solicitadas de fs. 63, 64 y 65-); Ordenanzas

Municipales remitidas por la Biblioteca del Poder Judicial a requerimiento del Juzgado de Control en lo Penal Económico (fs. 87/95).

2) Que en virtud de lo establecido por el art. 334 del C.P.P, el Sr. Fiscal de Instrucción, dispone el archivo de la denuncia formulada por Daniele Osvaldo Rubén, en virtud de las consideraciones que a continuación se reproducen: “

...Como se puede advertir la publicación existió. Las autoridades municipales aceptaron que es así y dieron explicaciones públicas sobre lo que el actual gobierno municipal interpreta como su obligación legal de publicar los listados con los datos cuya inclusión el denunciante objeta. De manera que no hay controversia acerca del hecho; sólo se discute, entonces, una cuestión de puro derecho. Por ese motivo lo primero que hay que hacer es poner un poco de orden en el tratamiento de la cuestión normativa, expuesta caóticamente, tanto por quienes denuncian, cuanto públicamente –en medios de comunicación lo expresaron- por quienes resultan denunciados, quienes en definitiva se dedican a fundamentar sus posturas en la extracción de fragmentos de legislación de los cuerpos normativos que estos fragmentos integran y se los arrojan unos a otros como si fueran proyectiles. Y de alguna manera lo son, desde que es evidente que el trasfondo de la publicación del gobierno municipal y la posterior denuncia penal del gremio es un conflicto de poder entre una gestión radical (o de Cambiemos, lo mismo da) y un gremio dominado por referentes justicialistas. Y todo esto en un año electoral, lo que termina de explicar la agresividad que han alcanzado los gestos y los actos de las

dos facciones en pugna (sin desconocer el aporte que a la temperatura del conflicto pueden haber aportado viejos rencores). Dicho esto, pasemos al análisis jurídico.

Por empezar, las partes mencionan las ordenanzas 10.560 y 11.877 como cosas distintas. Y no lo son. Como lo expusimos más arriba, la 11.877 es una modificación de la primera. Y esto es importante porque la renovada ordenanza 10.560 es el marco que debe guiar la interpretación de sus artículos, tanto el 5 (invocado por el denunciante) cuanto el 10 (con el cual se justifican las autoridades). Se trata de la ordenanza que regula el acceso a la información pública por parte de las personas que lo soliciten. Invoca el principio de publicidad de los actos de gobierno (art. 1), trata dicho acceso como un derecho individual (id.) e, incluso, como uno de los denominados derechos humanos (art. 2). Es lógico que se haga de ese modo, dado que si la prensa, las universidades, las O.N.G. y una larga lista de organizaciones y, por qué no, de individuos, careciera de acceso a la información pública, el principio en cuestión, esencial para la vida republicana y democrática, estaría escrito en el agua. Del mismo modo en que la Constitución de 1994 ha recurrido a la técnica del derecho individual como un medio más de lograr que los gobiernos se tomen en serio el mandato de proteger el ambiente (art. 41), el legislador municipal ha tratado de asegurar por ese mismo medio el respeto del principio de publicidad.

De manera que cuando hablamos de la ordenanza 10.560 hablamos de la publicidad de los actos de gobierno y del derecho de los ciudadanos de acceder a la información pública. Hay ordenanzas municipales que están pensadas para el

“adentro” de la municipalidad, por decirlo de algún modo, porque regulan las relaciones internas del Estado Municipal, sea entre los diversos departamentos del gobierno, o entre los altos funcionarios y el resto de los empleados, etc. No es el caso de la 10.560, orientada no hacia el interior de la Municipalidad, sino hacia el mundo externo, en cuanto regula un aspecto de las relaciones entre el gobierno municipal y los vecinos-ciudadanos de ella.

Como el principio de publicidad de los actos de gobierno no es absoluto, en cuanto concurre con otros que contribuyen a conformar el sistema, el derecho individual reconocido por la ordenanza debe tener límites de diversa naturaleza y que se inspiran en algunos otros principios tan importantes como el primero y en la posición jerárquica del Estado Municipal frente a los órdenes superiores de gobierno (nacional y provincial). Tales límites están reconocidos en el art. 5. Ahora bien, como el Estado Municipal ha de ser un agente activo en materia de publicidad de los actos de gobierno, su actuación no puede restringirse a suministrar información a quienes la pidan sino que, independientemente de las solicitudes en tal sentido, está obligado a publicar de oficio un conjunto de datos relativos a su estructura y funcionamiento. De ahí el art. 10. Esto es todo lo que necesitamos decir del marco general de la ordenanza 10.560 para guiar el análisis. Las limitaciones del artículo 5 parecen estar orientadas más bien a la información que la municipalidad pueda tener respecto de los ciudadanos comunes y no de los empleados. En efecto, la Municipalidad tiene muchísima información de los

habitantes de la ciudad (y también de fuera de ella) cuya divulgación puede afectar la intimidad del titular de los datos. Pensemos en que el Gobierno de la ciudad de Córdoba tiene Hospitales y Dispensarios que cuentan con historias clínicas de sus pacientes; Escuelas públicas en zonas carenciadas, con legajos de los alumnos y sus familias, que seguramente han de incluir reportes de asistentes sociales y otros profesionales vinculados a la tarea social-educativa de dichos centros de enseñanza; una estructura de recaudación tributaria que se introduce en la vida económica de los ciudadanos; etc.

No es que, claro está, los empleados municipales no sean ciudadanos con derechos.

No obstante, en cuanto funcionarios públicos (para la Convención Interamericana contra la Corrupción todos los son, desde el ordenanza contratado ayer nomás hasta el Sr. Intendente), su privacidad se encuentra restringida en algunos aspectos.

Parece claro que el art. 10 inc. “g” considera que la información acerca de las remuneraciones de los empleados no está protegida del mismo modo que la referida a los particulares. De hecho, el denunciante se ve obligado a hacer una excursión por la etimología latina de la palabra “nómina” para tratar de que la norma no diga lo que en realidad dice. No cree este Representante del Ministerio Público Fiscal, atendiendo a las deficiencias en la redacción, puntuación y ortografía de las ordenanzas, que los concejales hayan pensado mucho en la venerable lengua de Cicerón o de San Agustín cuando las escribieron. Tiene razón el denunciante cuando dice que la ordenanza 11.033 excluía de la publicación el conjunto de datos

que permiten identificar a cada empleado. Sin embargo, estima el suscripto que esa prohibición no está vigente porque fue tácitamente derogada cuando la ordenanza 11.877 incluyó en la 10.560 el art. 10. En efecto, cuando dos normas que regulan la misma clase de asuntos se contradicen, lo primero que hay que hacer es revisar su ámbito de aplicación. En este caso es el mismo: la publicación de los sueldos de los empleados municipales. Si este primer paso no resuelve el problema hay que revisar la jerarquía de ambas normas. Este segundo paso tampoco resuelve el caso porque se trata de dos ordenanzas municipales, es decir, dos normas de la misma jerarquía. Finalmente, habrá que atenerse a la cronología de ambas normas y dar preferencia a la posterior respecto de la anterior. El resultado es el que dijimos: el art. 1 de la ordenanza 11.033 está derogado.

De manera que el Ejecutivo Municipal tiene razón al sostener que la Ordenanza 10.560, en su artículo 10 (introducido por la ordenanza 11.877), lo obliga a efectuar la publicación en los términos en que lo hizo. En cuanto a la ley nacional de protección de datos personales, es cierto que establece la ilicitud del tratamiento de los datos personales sin el consentimiento de su titular (Ley 25.326 art. 5 inc. 1) y que entre las excepciones (“No será necesario el consentimiento cuando:...”) de su art. 5 inc. 2.c no se incluye la remuneración de las personas. Pero el problema es que la excepción sí parece existir en este caso y es la del inciso 2.a, esto es, de aquellos casos en que “Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto.” Y esto es así conforme, nuevamente, a la Ordenanza 10.560 art. 10.

Por ese motivo los funcionarios que ordenaron la publicación no incurrieron en abuso de autoridad. En efecto, si bien el C.P. art. 248 ordena el castigo del “funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales”, en este caso los funcionarios dieron una orden que, según las leyes (en sentido material, o sea, en este caso, las ordenanzas municipales), era debida. No se les puede haber achacado incumplir la ley cuando sucedió exactamente lo contrario. Aun suponiendo que el denunciante tuviera razón en su forma de interpretar el art. 10 de la ordenanza, está claro que la interpretación del gobierno municipal no es descabellada (el suscripto considera que es la correcta, pero podría estar equivocado). Y eso solo ya excluye la tipicidad del hecho, porque el delito de abuso de autoridad no reprime interpretaciones de las leyes, sino el alzamiento del funcionario contra la ley misma. Dicho de otro modo, el abuso de autoridad requiere que el funcionario se alce contra la ley voluntariamente y, si la ley no admite una única interpretación, el acto funcional no debe ser acorde a ninguna de las posibles interpretaciones razonables de la norma. Como dijimos, no es el caso. Quizás la ordenanza sea inconstitucional (a este Representante del Ministerio Público Fiscal, de hecho, le parece, cuando menos, excesiva) pero, hasta tanto no se la declare tal, es perfectamente válida y operativa. No hay jurista que discuta que, en tales casos, el funcionario que sigue la ley inconstitucional no comete abuso de autoridad. Suele discutirse si el funcionario se puede negar a aplicar la ley que considera inconstitucional: en general, no se le reconoce

semejante facultad –salvo en casos extremos–, de manera que si no cumple la ley que cree inconstitucional cometería la tercera forma del abuso de autoridad del C.P. art. 248, esto es, “no ejecutaré las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.”

Si el artículo 10 de la Ordenanza 10.560, o su interpretación en este caso, fueran inconstitucionales, resulta obvio que serían ilegítimas y que también lo sería la publicación que fuera su consecuencia. Pero el derecho penal no castiga todo el ancho universo de lo antijurídico o de lo ilícito, sino sólo aquellas conductas que encajen perfectamente, tanto objetiva como subjetivamente, en un tipo penal concreto. Dicho en lenguaje llano, el derecho penal no está para castigar a los que se portan mal, sino sólo a los que cometieron delitos. Las restantes formas de ilicitud que admite el sistema jurídico deben resolverse por otras vías menos cruentas que la cárcel. Por ejemplo, en discusiones como la que se ventila en la presente causa, mediante el recurso de amparo.

En cuanto al delito del C.P. art. 157 bis inc. 2, que ha sido el tipo penal en el que encuadró el hecho denunciado, se configura cuando el autor: “Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.” En el caso se daría el tipo agravado por ser los autores funcionarios públicos, como lo establece la última parte de dicho artículo: “Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.” Para este delito vale algo parecido a lo que dijimos respecto del

abuso de autoridad: la cláusula “cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley” no se verifica en el caso, porque según la ley aplicable (siempre la ordenanza 10.560, art. 10) los datos cuya publicación desencadenó el conflicto no son secretos sino públicos y el que los tiene (el gobierno municipal) está obligado a publicarlos. Por todo ello, RESUELVO: archivar las presentes actuaciones por no encuadrar el hecho en una figura penal (C.P.P. art. 334). “

3) A fs. 79/82 el Dr. Félix A. López Amaya, en representación del querellante particular, Osvaldo Rubén Daniele en su calidad de Secretario General del Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales de la Ciudad de Córdoba, deduce oposición a la resolución del Ministerio Público, plantea la nulidad de la resolución Fiscal y la inconstitucionalidad por afectación a derechos y garantías consagradas en la Carta Magna, formulando reserva del recurso extraordinario.

Que fundamenta la alegada nulidad del decreto en crisis, bajo las argumentaciones que sustentan asimismo su oposición y que siguiendo el orden cronológico en el que fueron expresados, y a modo de síntesis pueden enunciarse, de la siguiente manera:

1. Los derechos de los trabajadores municipales han sido resignados por el Sr Fiscal incumpliendo la función de “preparar y promover la acción judicial en defensa del interés público y los de derechos de las personas.”
2. El Fiscal interviniente incumple con lo ordenado por el Sr. Fiscal de la Cámara de Acusación en el Dictamen de fecha 21/06/2017 por el que remite al Dr. Amayusco los presentes obrados para su avocamiento.
3. Con la resolución impugnada se impide el acceso a la jurisdicción

de todos los trabajadores municipales que se han visto afectados en sus derechos por el hecho denunciado. 4. No ha sido valorada el Acta Notarial que captura de la página web oficial de la Municipalidad de Córdoba, la plena vigencia de la Ord. 11.033. 5, 9 y 10. No cumple con la aplicación de la ley vigente formulando al sostener que la Ord. 11.033 en su art. 1 se encuentra “derogada tácitamente”, lo que implica un argumento nulo, arbitrario en contra del derecho vigente y de los principios generales del derecho. La falta de su aplicación y el hecho de aplicar parcialmente la Ord. 11.877 art. 10, incumpliendo con su art. 5 y el art. 5 de la Ley Nacional 25.326 y art. 43 de la CN, en virtud de los cuales la Municipalidad de Córdoba debió contar con el consentimiento expreso de los trabajadores y trabajadoras municipales. 6. Tampoco cumple con el control de constitucionalidad. 7. Ni con las funciones a su cargo, cuando realiza afirmaciones políticas o expresa argumentos políticos que son inconducentes a su ejercicio. 8. La vía del amparo no es excluyente de la vía de IPP, debiéndose ordenar en forma inmediata la suspensión de los efectos del delito (art. 308 CPP).

En el acápite referido a la procedencia material, asevera la defensa que se ha configurado la causal típica prevista en el art. 157 bis, inc. 2) del CP, Título 5.

Delitos contra la Libertad, Capítulo 3: Violación de secretos y privacidad. Avala su postura defensiva arguyendo que “... la más calificada doctrina nacional coincide en que se trata de una figura dolosa. Únicamente compatible con el dolo directo, ya que el autor actúa a sabiendas e ilegítimamente (en contra de las Ordenanzas

Municipales 11.033, art. 1; Ord. 11.877 art. 5.1 en contra de la Ley 25.326 LPDP, arts. 5.1 y art 10 y en contra del art. 43 de la CN”. Luego de describir la conducta vedada al confidente necesario infiel, citando doctrina a su respecto (Aboso, Gustavo Eduardo y de Wortman Jofré en relación al control en la difusión de datos como tutela de la dignidad) Señala que “... Cualquiera puede ingresar desde el buscador de Google vía internet e incluso los medios periodísticos”, concluyendo que lo expuesto demuestra “... la falta de fundamentación y arbitrariedad de la resolución del Sr. FI en el sentido que sostiene que el hecho denunciado no “encuadra en una figura penal”, porque ha quedado demostrado el obrar ilegítimo y a sabiendas de los funcionarios municipales denunciados en la denuncia y ampliación de denuncia formulados por sus representados.” Por lo expuesto solicita se revoque la Resolución de fecha 29 de junio de 2017, ordenando la IPP correspondiente, o en caso contrario, se dicten las medidas oportunamente solicitadas por los denunciados en función de lo previsto en el art. 308 del C.P.P.

III) DICTAMEN JURISDICCIONAL: abierta la competencia de este Juzgado de Control a los fines de resolver la oposición interpuesta, resulta prioritario resolver las nulidades articuladas por la defensa en el libelo opositor. A su respecto, cabe recordar, que el Dictamen de la Fiscalía de Cámara de Acusación que obra a fs. 44/50 dirime un conflicto de competencia material para determinar a quién corresponde el avocamiento de la presente causa, esto no implica, como lo interpreta el denunciante, pronunciarse sobre la existencia del supuesto hecho delictivo, sino

insisto, sólo arrojar competencia funcional a quien debe tener a su cargo la investigación penal preparatoria, por lo que no se avizora el incumplimiento invocado. En el caso traído bajo estudio, el Fiscal de Instrucción, habiendo realizado los actos que consideró necesarios, decidió fundadamente el archivo de los presentes obrados conforme a las previsiones del art. 334 del C.P.P., conclusiones, que se encuentran sujetas a revisión jurisdiccional, y que de hecho, motiva el presente resolutorio. Es decir, el representante del Ministerio Público Fiscal, se pronuncia en el ejercicio de una de sus facultades mediante un requerimientos de archivo, por lo que no resultan procedentes las alegadas vulneraciones de los derechos de los trabajadores municipales por su actuación, desde que no se evidencia irregularidad alguna que conspire contra el legítimo interés de los denunciantes y la recta administración de justicia.

Antes de ingresar al tratamiento normativo del hecho contenido en la requisitoria y traído a resolución, en relación a lo que interpretan los denunciantes respecto a la supuesta ilicitud de la conducta funcional, y lo argumentado por el Sr. Fiscal de Instrucción en la exposición inicial de su dictamen, debo decir que discrepo con la posición del acusador público referido al trasfondo que llevó a la denuncia penal que –según su criterio- estaría relacionado con un conflicto de poder entre gestiones políticas y gremiales, haciendo otras consideraciones, esto, sin que implique la invalidez de su resolutorio desde que, y como analizaré en detalle a continuación, el decreto fiscal que dispone el archivo se fundamenta en motivadas razones de

derecho que avalan jurídicamente su argumentación y decisión final.

Sin embargo no puedo dejar de señalar que las consideraciones vertidas en tal sentido depende de una conjetura fiscal que aunque pudiera tener un contenido real, pueda avizorarse de alguna manera en autos, -y como tal ser tenido como prueba en uno u otro sentido- ya que dicha afirmación anecdótica escapa al análisis que debe imperar en el marco de un conflicto traído a resolución donde lo que se manifiesta como sujeto a investigación es una conducta cuyo examen depende de su encuadre o contrariedad con la normativa represiva contenida en el derecho nuclear y no el supuesto problema previo o concomitante entre las partes. Partir de una afirmación antecedente contaminada de subjetividad desmerecería tanto al denunciante –facultado para defender los conflictos de sus asociados- como al denunciado, como cabeza del ejecutivo municipal y sujeto al orden jurídico, llevando a los estrados judiciales –de acuerdo a lo interpretado por el acusador- lo que uno u otro considerarían solo como puja de poder.

Seguidamente, e ingresando al tratamiento de los cuestionamientos opositores en relación al decreto fiscal de archivo, adelanto opinión en el sentido de que debe confirmarse lo dispuesto en tales términos por el Sr. Fiscal de Instrucción en lo Penal Económico de 1ª Nominación, compartiendo sus argumentos, con la salvedad ya efectuada y con el sólo agregado de las consideraciones y precisiones que se harán a continuación. Doy razones:

En primer lugar, que las conclusiones fiscales, a las que me remito a fin de no pecar

de reiterativo, son acertadas en relación a que no concurren en el caso de marras los elementos típicos necesarios para configurar el delito de Abuso de autoridad (art. 248 del CP) como así tampoco del delito Violación de secretos agravada (art. 157 bis inc. 2 del CP).

De las presentes actuaciones se desprende que el hecho denunciado esta referido a la publicación en el sitio oficial de internet de la Municipalidad de Córdoba del listado completo de datos de su personal, a saber; nombre y apellido de los agentes, programa, repartición, cargo, documento nacional de identidad y nómina salarial, todo lo cual, podía ser de acceso público para la comunidad en general.

Esto motivó la denuncia por parte del representante del Gremio Municipal, que en su nombre y representación, argumentando que con este acto se habría omitido cumplir maliciosamente con lo dispuesto en el art. 5º de la Ordenanza Municipal Nº 11.877, el que entiende, coincidente con las previsiones del art. 5 de la Ley 25.326, como asimismo del art. 1º de la Ordenanza Municipal Nº 11033.

En efecto, y tal como lo asevera el Sr. Fiscal en su dictamen, la cuestión controvertida conforme la plataforma fáctica fijada y cuyas conclusiones resultan rebatidas por la defensa, son de puro derecho, por cuanto lo que resulta necesario determinar, es si la conducta de publicar los listados anteriormente referenciados por el representante del Poder Ejecutivo Municipal, el Intendente Ramón Mestre, implica contrariar la Constitución o la ley de una manera dolosa, incurriendo en un supuesto de abuso de autoridad.

En este cometido resulta esclarecedor repasar la base normativa que supuestamente ha sido contrariada en la actuación funcional. La referencia a una base o plexo normativo esta direccionada a efectuar el análisis de un conjunto de normas que lo regulan, a saber: la Ordenanza N° 10560, titulada “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier Órgano de la Administración Municipal, centralizada y descentralizada”, que en su artículo 5°, texto original del año 2002, prescribía: “EL ciudadano tendrá libre acceso al Boletín Municipal en calidad de préstamo para obtener la información requerida.” Esta ordenanza fue modificada por la Ordenanza N° 11.877 en el año 2010 quedando el art. 5° redactado de la siguiente manera: ” SÓLO

se limitará el acceso público a la información, en los siguientes casos: 1.

Cuando pudiere afectar la intimidad de las personas o refiera a bases de datos personales de las mismas. En estos casos sólo podrá suministrarse previa autorización de éstas. 2. Durante el periodo de secreto de los sumarios

administrativos, debiendo brindarse la información que se hubiere requerido,

durante la vigencia de ese plazo, dentro de los diez (10) días hábiles de finalizado el

mismo. 3. La protegida por el secreto profesional. 4. La protegida por el secreto

bancario. 5. La que pudiere revelar la estrategia a adoptar por la Municipalidad,

en la defensa de los derechos e intereses de la misma, frente a reclamos

administrativos o procesos judiciales. 6. Cuando existan situaciones en las que sea

necesario proteger las consultas y deliberaciones internas de la Institución, con el

fin de salvaguardar su capacidad para ejercer sus funciones, dispuesto mediante Resolución fundada de la Secretaría correspondiente.”, e incorporándose el art. 10° que señala: “EL Departamento Ejecutivo Municipal, el Concejo Deliberante y el Tribunal de Cuentas deben publicar y actualizar mensualmente en sus respectivos sitios Web, el contenido mínimo de su competencia, que se detalla a continuación:

- a) Digesto municipal. b) Código de Ética. c) Estructura Orgánica.
- d) Servicios Municipales. e) Protocolo de Autoridades. f) Declaración Jurada de los Funcionarios. g) Nómina de agentes, cargo, remuneración y lugar de trabajo.
- h) Presupuesto y ejecución presupuestaria. i) Compromisos y ejecución del Presupuesto Participativo. j) Llamados a licitación y adjudicaciones realizadas.
- k) Formulario Tipo de Acceso a la Información Pública. La enumeración realizada es enunciativa, sin perjuicio de cualquier otra información que cada repartición estime pertinente publicar.” Finalmente la Ordenanza N° 11.033 del año 2006 reza: “DISPÓNESE la publicación en el sitio oficial de Internet de la Municipalidad de Córdoba, del detalle completo del personal que revistan como agentes de planta permanente, transitoria y/o contratados que presten servicios en dependencias y/o empresas u organismos municipales,; informando fecha de ingreso, el contenido del recibo de sueldo concepto por concepto, a excepción de: el Nombre, Documento Nacional de Identidad, Número de Legajo, Número de Cuenta Bancaria, Descuentos Sindicales, Descuentos Optativos, Embargos y Créditos u otros Descuentos Voluntarios.” A este marco normativo municipal debe agregarse, como lo

manifiestan las partes, la Ley de Protección de los Datos Personales, N° 25.326 cuya artículo 5° prevé: “(Consentimiento). 1. El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias. El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el artículo 6° de la presente ley. 2. No será necesario el consentimiento cuando: a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; d) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; e) Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526.”

Para la correcta intelección y aplicación de las normas precitadas el intérprete debe recurrir a los distintos métodos interpretativos, a saber, el exegético, lógico, histórico y sistemático, que en su conjunto permitirán, como lo señalaba Savigny, “agotar el contenido de la ley”. En este cometido, advierto que de los términos de la ley se desprende claramente que la regulación del acceso público a la información de la

Administración Municipal, desde una perspectiva histórica ha evidenciado una ampliación en procura de garantizar el principio de publicidad de los actos de gobierno. Esta afirmación se desprende analizando la evolución del contenido de la Ordenanza N° 10560 que desde el año 2002, ha sido reafirmado y ampliado en el año 2006 mediante la Ordenanza N° 11.033 y posteriormente con la reforma introducida en el 2010 por la Ordenanza N° 11.877 que modifica a la primera.

Puntualmente, surge del texto de la Ordenanza N° 10560 que podrá publicarse en el sitio oficial de internet de la Municipalidad la “Nómina de agentes, cargo, remuneración y lugar de trabajo.” (Art. 10º). Resulta dable señalar, y como lo asevera la defensa, que el acceso público a la información encuentra un límite, tal como ocurre con todo derecho constitucionalmente amparado, pudiendo sindicarse tres posibles restricciones. Una en relación a lo prescripto en la Ordenanza N° 11.033 donde en su artículo primero excluye de la publicación de los datos de los agentes municipales “el Nombre, Documento Nacional de Identidad, Número de Legajo, Número de Cuenta Bancaria, Descuentos Sindicales, Descuentos Optativos, Embargos y Créditos u otros Descuentos Voluntarios”. Estas dos normas que regulan algunas aristas en forma contrapuesta respecto a un mismo supuesto de hecho, teniendo idéntica jerarquía y especialidad en la temática, debe aplicarse ante esta aparente contradicción el principio de sucesión de leyes en el tiempo, lo que me lleva a concluir que si bien la ordenanza N° 11.033 mantiene su vigencia, la regulación especial y posterior del art. 10 de la Ordenanza N° 10.560 debe ser

predilecta, y consecuentemente de aplicación al caso concreto.

El otro límite lo impondría el mismo cuerpo normativo (Ordenanza N° 10.560) en su art. 5°, referido en este caso, a evitar la afectación de la intimidad de las personas o bases de datos personales. En este estadio del análisis interpretativo, deberá privilegiarse el método sistemático, entendiendo a estas normas como parte de un sistema cuya unidad y congruencia debe preponderar. Partiendo de esta consideración, la aludida limitación del art. 5° no puede importar la exclusión de la vigencia del art. 10° impidiendo con ello que prospere su aplicación, lo contrario, implicaría entender que la Ordenanza contiene en su seno normas que nacieron para no ser aplicadas, todo lo cual, es sin dudas un contrasentido y la falta de una adecuada ponderación de sus consecuencias. Esta conclusión a la que arribo para su correcta intelección en el caso bajo estudio, lo es sin perjuicio que pueda quedar subsistente la discusión respecto a la extensión o alcance al contenido que puede ser objeto de publicación más allá de la remuneración y el nombre del agente, como sería el caso del documento nacional de identidad. A similar conclusión llega la Cámara Contenciosa Administrativa de Segunda Nominación que en el marco de la medida cautelar dictada en la causa “Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales (SUOEM) y Otro c/ Municipalidad de Córdoba - Amparo - Acción de Habeas Data Colectivo”, expediente n.º 6411412, dispuso como pretensión cautelar la supresión sólo del documento nacional de identidad de cada uno de los empleados municipales, bajo la consideración que “... la divulgación de ese dato, aparece

prima facie como incompatible con los principios jurídicos de “necesidad” y de “disociación de datos personales” (expresamente consagrados en las normas que regulan el funcionamiento de tal ente), al estar referido a un aspecto reservado de la esfera personal del individuo, directamente tutelado por el derecho al habeas data o autodeterminación informativa.” Por ello, y en función de la interpretación sistemática efectuada, entiendo que los límites en su aplicación no implican la invalidez de las prescripciones del art. 10º de la Ordenanza N° 10560, sino por el contrario la vigencia de las mismas.

Por último, y en relación al que he nominado como tercer límite, y que ha sido aludido por la defensa, referido a la supuesta afectación del art. 5º de la Ley de Habeas Data cabe idéntica interpretación que la precitada, debiendo agregar que el mismo artículo de dicha Ley prevé que el consentimiento no resulta necesario al tratarse de fuentes de acceso público irrestricto, que es precisamente lo que en este caso se discute.

Por lo hasta aquí esgrimido no advierto una conducta del funcionario público que importe el ejercicio de una facultad que ni la Constitución ni la ley le atribuyan, o que se apoye en una facultad concedida por ley ejecutada arbitrariamente, por no darse los presupuestos de hecho requeridos para su ejercicio y a sabiendas de la contrariedad. Por el contrario, surge que la publicación se realizó en función de lo dispuesto en el art. 10 inc. g) de la ordenanza N° 10.560, norma vigente y cuyo alcance en su aplicación puede ser discutido, pero que de ningún modo implica una

transgresión con el fin específico de violar la normativa sobre cuya base se actuó. En otras palabras, la medida podrá ser discutida en la extensión de su aplicación o ponderada en relación a su bondad. Lo primero debe ser resuelto por las vías institucionales designadas a tales efectos, lo que de hecho y como ya lo sindicare es actualmente debatido en la justicia contenciosa administrativa, y que de corresponder podrá incluso pronunciarse sobre la validez constitucional a la que hace referencia el denunciante. Lo segundo, implica ingresar dentro del ámbito de cuestiones de oportunidad y conveniencia en el proceso de sanción de leyes, en este caso ordenanzas, que escapan al ámbito de actuación judicial.

Como corolario, no advierto en este caso que exista ni la contradicción entre lo que manda o prohíbe la ley y lo resuelto por el funcionario, y menos aún su tipicidad subjetiva. Así lo tiene dicho este Juzgado al sentenciar que la mera oposición no agota la conducta típica, pues se requiere además la confluencia del elemento subjetivo, único límite posible para diferenciar un abuso de una mera interpretación errónea de la ley. De lo contrario, cada vez que una resolución fuera luego revocada o anulada, esto haría incurrir inmediatamente al funcionario que la dictó en un abuso de autoridad (como mínimo). El elemento subjetivo al que me refiero está dado por el dolo directo aunque no específico (para algunos malicia), que requiere la conciencia de estar dictando una resolución contraria a la ley o constitución, y la voluntad de hacerlo. Sin este aspecto intelectual y volitivo – que no puede presumirse – la conducta deviene atípica, pues nuestra ley penal sustantiva no prevé

el abuso culposo. (JCPE “Denuncia formulada por FONSECA, Ricardo Oscar y otro” (D-27/06) – A.I. 41 del 13/06/2007). Todo lo cual, me lleva a concluir que las acciones típicas previstas en el art. 248 CP, no han tenido lugar.

Por último, y en relación a la figura de violación de secretos agravada prevista en el artículo 157° inc. 2° del CP, no se configura en el caso bajo estudio, ni la intrusión ilegítima a la base de datos de los empleados municipales, ni la revelación de dicha información, no pesando sobre el denunciado en el supuesto de hecho aquí analizado el secreto que exige el tipo, todo ello, en virtud del régimen normativo que ha sido detenidamente analizado en los párrafos que anteceden.

En suma, las consideraciones vertidas me permiten concluir que corresponde ordenar el archivo de las conductas denunciadas por su manifiesta atipicidad (art. 342 C.P.P.).-

Por lo expuesto precedentemente y normas legales citadas, RESUELVO: I) No hacer lugar a la oposición deducida por el Dr. Félix A. López Amaya, en representación del querellante particular, Osvaldo Rubén Daniele en su calidad de Secretario General del Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales de la Ciudad de Córdoba, y, en consecuencia, confirmar el archivo de la presente denuncia dispuesto por el Fiscal de Instrucción en lo Penal Económico de 1ª Nominación, por no encuadrar los hechos denunciados en figura penal alguna, en virtud de los arts. 319, 334 2º supuesto y 338 del CPP. PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE.

HIDALGO, Gustavo Enrique

JUEZ/A DE 1RA. INSTANCIA

ALTAMIRA, Florencia

SECRETARIO/A JUZGADO 1RA. INSTANCIA