



Abogacía

“LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE LOS ACTOS PÚBLICOS EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE CARGOS – DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA.”

Barrera José Ignacio

Legajo: ABG10379

DNI: 37.093.067

Trabajo Final de Graduación

Tutor: Carlos Isidro Bustos

Modelo de caso – Derecho de Acceso a la Información Pública.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala 4:
“Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. EN – Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otros / Amparo ley 16.986.” (2020)**

Sumario: I. Introducción. - II. Hechos de la causa. - III. Historia procesal y resolución del tribunal. - IV. Análisis de la ratio decidendi en la sentencia. - V. Análisis y comentarios de autor. - VI. Conclusión. - VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción:

El derecho de acceso a la información pública es un derecho subjetivo; esto es, una facultad de las personas que pueden hacer valer jurídicamente frente a terceros. El sujeto activo de éste, es quien se encuentra facultado por el ordenamiento jurídico para exigir su cumplimiento, tanto frente al Estado como a los demás ciudadanos y, en última instancia, frente a los jueces que, en definitiva, resolverán una controversia en caso de que se plantee (Díaz Cafferata, 2009).

En el fallo analizado nos encontramos ante un “problema lógico-normativo”. En el caso concreto estamos frente a dos normas supuestamente “contradictorias”: ley N° 25.326 (Protección integral de los datos personales) y ley N° 27.275 (Derecho de acceso a la información pública), en el que el Tribunal de alzada debió determinar el sentido y alcance de las mismas.

En el presente caso se le denegó a la parte actora el acceso a resultados/exámenes de antecedentes y oposición para ocupar un cargo Público, y la posibilidad de conocer el criterio utilizado por el organismo para la designación del candidato más idóneo. Por su parte, el Tribunal de alzada revoca la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda y condenando a la Comisión Bicameral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a dar respuesta, considerando que los datos solicitados son públicos y no privados.

En el caso planteado se pone de manifiesto la labor fundamental de los jueces de armonizar e interpretar las leyes actualmente vigentes para resolver la controversia, bregando— en el caso concreto— por el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, valiéndose para ello de jurisprudencia relacionada, tratados internacionales y lo dictaminado por el Fiscal General.

II. Hechos de la causa:

La parte actora, tras postularse a concurso público de antecedentes y oposiciones para ocupar cargo de Defensor de Niñas, Niños y Adolescentes, decide solicitar a la Comisión Bicameral de dicho órgano, acceso a los resultados de los exámenes para poder tener conocimiento respecto del criterio utilizado en la selección de idoneidad del

personal para ocupar dicho cargo. Ante el resultado adverso a su pretensión, presenta la respectiva acción de amparo.

El 4 de febrero del año 2020, la Jueza de Grado apartándose de lo dictaminado por el Fiscal de la instancia entendió que dichos exámenes no revestían carácter público, en atención al anonimato asegurado en el reglamento de procedimiento de concurso publico de antecedentes y oposición. Concluyendo que los documentos solicitados muchas veces incluyen datos personales que hacen a la intimidad de los postulantes. Alude que lo requerido por el demandante solo podría ser revisado por los mismos postulantes y solo a ellos les corresponde darlos a conocer de así desearlo, precisando que el llamado a concurso y la información relacionada con la convocatoria es de carácter público, no siendo así los datos que los postulantes suministran en carácter de declaración jurada.

Por su parte la Comisión Bicameral, se expidió en los siguientes términos. La Cámara de Diputados de la Nación mantuvo su postura en el sentido de que la información pretendida se encuentra resguardada por el artículo 5° inc. 1 de la ley 25.326 de Protección de Datos Personales, normativa que exige el consentimiento del postulante para su exhibición. Destaca al respecto que la imparcialidad del proceso de selección se encuentra resguardado por la propia Comisión Bicameral, aludiendo que ello exime su divulgación en los términos demandados (art 8°, inc. d, e, i de la norma 27.275). A su vez la Cámara de Senadores de la Nación sostuvo en su informe que, al haberse aprobado el 26 de junio de 2016 la designación de la Defensora y sus adjuntos, la cuestión habría devenido abstracta.

Finalizando el procedimiento iniciado por la parte actora a favor de sus pretensiones.

III. Historia procesal y Resolución del Tribunal:

III.1.- Historia procesal.

Preliminarmente, la Jueza de Grado rechazó la pretensión actora de obtener acceso a la información requerida. En consecuencia, la recurrente (parte actora) se agravió por la errónea interpretación efectuada por dicho tribunal de las normas involucradas en el pronunciamiento apelado.

Por su parte, la Cámara de Diputados de la Nación -al contestar el traslado del memorial que oportunamente se le corriera- se mantuvo en su postura de que la información pretendida se encuentra resguardada por el art 5 inc. 1 de la ley 25.326 de los datos personales. Y la Cámara de Senadores de la Nación informó que, habiéndose aprobado la designación de la Defensora y sus adjuntos, la cuestión habría devenido abstracta. A su vez el Fiscal General dictaminó en sentido favorable a la procedencia del recurso, proponiendo hacer lugar al Amparo con fundamento en la presunción de publicidad de la información y de los principios de transparencia y máxima divulgación.

Finalmente, el Tribunal de alzada procede a delimitar cuál sería su tarea revisora: los fundamentos de la sentencia y el tenor de los agravios y sus respuestas respecto de la aplicación de las normas jurídicas vinculadas y la apreciación de los hechos involucrados.

III.2.- Resolución del Tribunal:

Finalmente, el tribunal conforme con lo dictaminado por el Fiscal General, resuelve admitir el recurso, revocar la sentencia apelada y darle lugar a la demanda, condenando así, a la Comisión Bicameral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a que en un plazo de 10 días, permita el acceso a copia íntegra de todos los exámenes de los candidatos que rindieron la prueba escrita para el concurso de oposición y antecedentes, con sus respectivas notas, identificando en cada caso a los postulantes autores de cada uno de ellos, con costas de ambas instancias a la parte demandada en su condición de vencida.

IV. Análisis de la Ratio Dicidendi en la sentencia:

El eje del fallo se centra en torno a la interpretación que hace el tribunal de alzada respecto de las normas involucradas: la del Acceso a la Información Pública (27.275) y de Protección de Datos Personales (25.326), ya que dicha exégesis permite la coexistencia armónica de dichas disposiciones permitiéndosele así, a la parte actora, el debido acceso a los resultados de los exámenes rendidos en el marco de un concurso público de oposición y antecedentes.

Cabe destacar que –preliminarmente- el tribunal parte de la base de que subsiste el caso o la controversia, en la medida en que la parte demandada mantiene su posición denegatoria de brindar información y la accionante, su interés en obtenerla vinculado con

el escrutinio del criterio de selección adoptado en la designación de los candidatos más idóneos.

El tribunal llega a la conclusión de que la información solicitada por el demandante no reviste el carácter de datos personales de los postulantes, ya que se tratan de producciones intelectuales elaboradas por aquellos en respuestas a preguntas formuladas en el marco de un examen de oposición. Afirma el tribunal que no tienen nada de personal, considerando que, por ello su divulgación no constituye una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, y no es- por lo tanto - necesario el consentimiento de los postulantes ni la invocación como excepción a su divulgación.

Por lo tanto, el tribunal afirma que la interpretación de las disposiciones de esa ley o cualquiera reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre a favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información; advirtiendo –también- la falta de configuración de las excepciones opuestas por la demandada, en tanto que las razones que ésta expone, carecen de entidad suficiente para justificar la confidencialidad de la información ni el secreto profesional de la Comisión Bicameral. Finalmente considera que condicionar la divulgación de los resultados al consentimiento previo de los postulantes, configura una arbitrariedad manifiesta que debe ser reparada por la vía elegida por la accionante.

V. Análisis y Comentarios de Autor:

V.1.- Antecedentes doctrinarios.

El derecho de acceso a la información pública constituye un derecho/deber derivado del derecho de libre expresión, considerado por ello como fundamental, en tanto refiere a la potestad de los individuos de acceder al conocimiento de datos, registros y todo tipo de información en poder de entidades públicas o empresas privadas que ejercen gasto público o cumplen funciones de autoridad, con las excepciones taxativas que establezca la ley (Basterra, 2010, pág. 5).

Según Díaz Cafferata, el derecho de acceso a la información pública es la facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republicano de gobierno, de acceder a todo tipo de informaciones en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del Estado, con la

consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada (Díaz Cafferata, 2009).

Podría decirse que consiste en la posibilidad que concede la ley de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados, con las únicas limitaciones y excepciones que la misma establece (ley 25.275 – Art. 2 Título 1 Cap.1: Régimen General).

El sistema republicano, adoptado por nuestra constitución nacional, es la forma organizativa de gobierno que garantiza la publicidad de los actos del gobierno (Arts. 1 y 33 CN), principio éste que surge a partir del poder que los ciudadanos depositan en sus representantes para que atiendan a las cuestiones comunes a todos y justamente como administradores de la cosa pública. La publicidad de los actos de gobierno aparece, entonces como un mandato constitucional. (Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Formosa, “*Pte. del Honorable Consejo Deliberante de la Localidad de Lasishi s/ Mandamus*”, marzo 2013). Lo que guarda - a su vez - estrecha vinculación con el derecho al acceso a la información referenciado, el que se funda en dos características sobre las que se sostiene el régimen Republicano de gobierno: la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la administración (Basterra, 2010, Pág. 11)

El Máximo Tribunal de la Nación, al respecto se ha pronunciado en el sentido de que el principio de publicidad de los actos de gobierno constituye uno de los pilares de todo gobierno republicano y ese derecho, que si bien no está enumerado expresamente en la constitución nacional ha sido reconocido por dicho tribunal como un derecho de naturaleza social que garantiza a toda persona – pública o privada, física o jurídica – el conocimiento y la participación en todo en cuanto se relaciona con los procesos gubernamentales, políticos y administrativos y se evidencia en la obtención de información de datos públicos (CSJN, “*Asociación Derechos Civiles c/ EN – PAMI – (dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986)*”).

En nuestro sistema legislativo, en virtud del Decreto 1172/2003, el derecho de acceso a la información pública es un prerequisite de la participación que permite controlar la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas al darle a éstas la posibilidad de conocer los

contenidos de las decisiones que se toman día a día para ayudar a definir y sustentar los propósitos para una mejor comunidad (Confróntese Considerando de dicho decreto).

Conforme Basterra “El reconocimiento del derecho de acceso a la información pública... y su efectiva concreción es un parámetro de suma importancia al momento de evaluar el grado de transparencia del que goza una sociedad. Es impensable hablar de control en la actividad administrativa y en los actos de los gobernantes, si como contrapartida no se garantiza el acceso al público para tomar conocimiento de los mismos.”

El libre acceso a la información, reafirma la voluntad del Poder Ejecutivo Nacional de emprender una reforma política integral para una nueva cultura orientada a mejorar la calidad de la democracia garantizando, en cada uno de los casos, el máximo flujo informativo entre los actores sociales y sus autoridades a fin de asegurar el ejercicio responsable de poder (Decreto 1172/2003 – Considerandos)

El artículo 3° del Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional (Decreto 1172/2003) considera que el Acceso a la Información Pública 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 comprendidos en dicho Decreto.

Por su parte la CSJN ha considerado que la legitimación para solicitar acceso a información en poder del Estado es amplia, por lo que le compete a toda persona sin necesidad de acreditar un interés o una afectación personal (CSJN, "CIPPEC c/ EN – M° Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986", 2014 y “Garrido, Carlos Manuel c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986”, 2016).

Específicamente, en relación a la ley 25.275 que regula el derecho en análisis, la doctrina ha considerado que lo recientemente normado llega para delimitar las obligaciones de una transparencia pasiva y activa, en concordancia con lo marcado por los estándares internacionales, en los tres Poderes del Estado, el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Fiscal, como así también en los organismos privados que reciben fondos públicos, empresas de propiedad estatal, universidades públicas, partidos políticos, entre otros (Del Campo & Serra, 2019); que en la citada norma se ven claramente reflejados una serie de principios generales,

entre ellos: el principio de presunción de publicidad, el de transparencia y máxima divulgación, el informalismo, la gratuidad, etc., establecidos todos ellos con la finalidad de profundizar el fortalecimiento de una sociedad democrática; y que en consecuencia será necesario seguir muy de cerca el desempeño de la recientemente conformada Agencia de Acceso a la Información, en tanto la misma fue implementada como autoridad de aplicación de la reciente normativa (Milanes, Ferreyra, & Milanes, 2018).

El derecho de acceso a la información se rige por el principio de máxima divulgación, que ha sido incorporado expresamente a la ley 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública, en virtud del cual toda restricción o denegación de información debe hacerse mediante una decisión escrita, debidamente fundamentada, que permita conocer cuáles son los motivos y normas en los que se basa; y la prueba de la legitimidad de la negativa corresponde al Estado, ello con sustento en el artículo 13 de la Corte Americana de Derechos Humanos (CSJN – “Savoia , Claudio Martin c/ EN – Secretaria Legal y Técnica dec. 1172/03 s/ amparo ley 16986”, 07/03/19 – Fallos: 342:208).

V.2.- Postura de autor:

En el caso en análisis – de reciente dictado: 04/02/2020 - la Corte Suprema de Justicia de la Nación, admitiendo el recurso de la actora revoca la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda y condenando a la Comisión Bicameral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a que en el plazo de 10 días permita el acceso de copia íntegra de todos los exámenes de los candidatos que rindieron la prueba escrita para el concurso de oposición y antecedentes del 28 de septiembre del 2018 corregidos y con sus respectivas notas, identificando en cada caso a los postulantes autores de cada uno de ellos. De esta forma, el Máximo Tribunal revirtió lo decidido en la instancia anterior que rechazó la pretensión actora bajo el fundamento de que dichos exámenes incluyen – en muchos casos - datos personales que hacen a la intimidad de los postulantes, considerando que los mismos no revestían carácter público.

Para llegar a tal decisión la Corte se valió de múltiples antecedentes suyos en los que ya había tratado/definido el tema referido al ámbito de aplicación de la ley n° 27.275. Así al concluir que el hecho de que la información requerida por la actora involucra datos de un tercero no aparece como una razón dirimente para incluirla sin más, dentro del ámbito de aplicación de la ley n° 25.326 (Protección de los Datos Personales), remite al fallo “Garrido”, en tanto tal afirmación se encuentra textualmente expresada como una de

sus conclusiones en dicho fallo. En el mismo la Corte considera al Derecho a la Información como un elemento constitutivo de la libertad de expresión protegido por normas constitucionales y convencionales, y que como tal, no es un derecho absoluto y puede estar sujeto a limitaciones. Ahora bien, cabe destacar que también considera que las restricciones que el ordenamiento jurídico establezca al acceso a la información, deben ser “verdaderamente excepcionales, perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para alcanzar la finalidad perseguida”. Es dable destacar que en dicho fallo la Corte, en relación en dichas restricciones, refiere a cuándo el “secreto” es “justificable” y a cuándo “la reserva” resulta “admisible”. Así consideró: “... En efecto el secreto solo puede justificarse para proteger un interés igualmente público, por lo tanto, la reserva solo resulta admisible para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública”. Aporta – además - diversos argumentos en refuerzo de su postura “amplia” y no “restrictiva” en relación al Derecho de Acceso a la Información Pública. En efecto, concluye también que “... en tanto la información que se solicita a uno de los sujetos comprendidos en el decreto 1172/03 no se refiere al origen racial y étnico de terceros, sus opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, su afiliación sindical o se trate de información referida a la salud o la vida sexual, su divulgación no conculca el derecho a su intimidad, ni se afecta su honor y, en consecuencia no existen razones para que los sujetos obligados nieguen el acceso a ella (confr. Causa Cippec, cit., considerando 18)”. Dicha afirmación es reiterada por la Corte en el fallo objeto de este trabajo, remitiendo – incluso – al fallo “Cippec” (fallo: 337:256).

La Corte, descartando el carácter privado de la información pretendida y reafirmando de este modo su postura “amplia”, concluye que la interpretación de las disposiciones de la ley 27.275 o de cualquier reglamentación del Derecho al 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, remitiendo al fallo “Savoia” (342:208). Considera, en definitiva, que, condicionar la divulgación de los datos requeridos al consentimiento previo de los postulantes, configura una arbitrariedad manifiesta que debe ser reparada por la vía elegida por el accionante.

De esta forma se aprecia que la decisión de la Corte resulta acertada en tanto al aclarar el sentido y alcance de las normas en cuestión (Leyes n° 27.275 y n° 25.326),

refiriendo -incluso- a diversos fallos anteriores, deja definido su criterio en “sentido amplio” en relación a la legitimación del Derecho de Acceso a la Información Pública.

Ello podrá servir de fundamento para que los futuros casos puedan ser resueltos en etapas más tempranas, sin tener el ciudadano que llegar al Máximo Tribunal de la Nación con todo lo que ello implica desde el punto de vista, no solo de la economía procesal, sino también de la protección de los intereses y derechos del ciudadano, evitándose de esta forma un desgaste jurisdiccional innecesario y la afectación de aquellos intereses y derechos.

Por otro lado, el fallo en tratamiento resulta ser relevante, por primigenio, en relación a la interpretación de la ley n° 25.326 relativa a la protección de los datos personales, en tanto por primera vez la Corte se pronuncia sobre su alcance.

VI. Conclusión:

Llegando al final de este trabajo y para sintetizar, consideramos que la respuesta por parte del Tribunal - de acoger el recurso de amparo, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda - resulta acertada, ya que condicionar el acceso a la información pretendida por la parte actora al consentimiento previo de cada uno de los postulantes, se torna arbitrario y para lograr su reparación deberá serlo por la vía que eligió el accionante. La hermenéutica de las normas en conflicto permitió al juez arribar a la solución del caso, descartando para ello el carácter privado de los exámenes requeridos, utilizados éstos por la parte demandada como defensa o traba al debido acceso de los mismos.

En la actualidad seguimos hablando de la necesidad de estrechar los vínculos entre los ciudadanos y sus representantes y el requisito indispensable para ello es establecer un fluido intercambio de información entre unos y otros. El acceso a la información pública es una prerrogativa de todas las personas, sin importar edad, sexo, religión, condición social, orientación sexual, nacionalidad, etnia, discapacidad, o alguna otra característica física, intelectual, profesional o patrimonial existente; siendo deber del Estado garantizar aquél y la máxima divulgación de dicha información, allanándole el camino al ciudadano.

Queda de manifiesto con este fallo, que todavía nos queda mucho por recorrer para llegar al día en que solicitar información a nuestras autoridades no sea sinónimo de un proceso judicial y ver prolongado en el tiempo la realización de un derecho que ya se

encuentra reconocido, no solo en nuestra Constitución Nacional, sino en los tratados internacionales incorporados a la misma.

VII. Referencias bibliográficas:

Doctrina:

- Agustina Del Campo y Franco Serra (2019). “*Los guardianes de la ley de Acceso a la Información Pública: análisis sobre la implementación de los órganos garantes*”. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información - Universidad de Palermo. https://www.palermo.edu/Archivos_content/2019/cele/octubre/Los-guardianes-ley-de-acceso-info.pdf
- Díaz Cafferata, S. (2009). “*El derecho de acceso a la información pública: Situación actual y propuestas para una ley*”. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>
- Marcela I. Basterra Disertación (2010) “*El Derecho de Acceso a la Información Pública Análisis del Proyecto de Ley Federal*” <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/01-Basterra.pdf>
- Milanes, M., Ferreyra, E., Milanes, V. (2018). “*Consideraciones sobre el derecho de acceso a la información y las excepciones de seguridad nacional en Argentina.*” Recuperado de <https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/039-acceso-a-la-informacion-publica-y-excepciones-de-seguridad-nacional-en-argentina-05-2018.pdf>

Jurisprudencia:

- CSJN (4 de diciembre de 2012). “Asociación Derechos Civiles c/ EN PAMI Dto. 1172/03 s/ amparo ley 16986”.
- TSJ (11 de marzo de 2013) “Pte. del Honorable Consejo Deliberante de la Localidad de Lasishi s/ Mandamus”.
- CSJN (26 de marzo de 2014). “CIPPEC c/ EN – M° Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/amparo ley 16.986”.
- CSJN (21 de junio de 2016). “Garrido, Carlos Manuel c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986”.
- CSJN (07 de marzo de 2019). "Savoia, Claudio Martín c/ EN -Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986".

Legislación:

- Decreto 1172/2003 (diciembre de 2003) - Acceso a la Información Pública.
- Ley N° 27.275 (14 de septiembre de 2016) - Derecho de Acceso a la Información Pública.