

BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO EN HOMENAJE AL
PROFESOR JULIO RODOLFO COMADIRA



BUENOS AIRES
2009

INDICE GENERAL

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
EN HOMENAJE AL
PROFESOR JULIO RODOLFO COMADIRA*

Simbianza del Dr. Julio Rodolfo Comadira, Juan Carlos Cassagne	XIII
Prólogo, PEDRO JOSÉ JORGE COVELLO	XV
CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN	
PEDRO JOSÉ JORGE COVELLO - Una introducción humanista al derecho administrativo.....	3
CAPÍTULO II - FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	
JUAN CARLOS CASSAGNE - Ley y Reglamento en el Derecho Argentino.....	39
MARÍA SUSANA VILLARUEL - El precedente administrativo.....	75
CAPÍTULO III - ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	
CARLOS A. BOTASSI - Empleo Público y Derecho Social.....	93
GUSTAVO E. SILVA TAMAYO - Los controles previos de las finanzas públicas en el orden nacional a la luz de la doctrina de los poderes inherentes	111
CAPÍTULO IV - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	
SERGIO MIGUEL NÁPOLI y MABEL VIEITO FERRERRO - Novedades en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de responsabilidad del Estado.....	129

* Director: Juan Carlos Cassagne. Es una publicación del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Tucumán. Planicie Sur de Buenos Aires.

PABLO ESTEBAN PERRINO - Lineamientos actuales de la responsabilidad del estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	Pág. 153
--	----------

CAPÍTULO V - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

LAURA M. MONTI y FERNANDO E. JUAN LIMA - La naturaleza jurídica de las actuaciones administrativas (interpretaciones y consecuencias) ..	177
ARMANDO N. CANOSA - Propuestas de modificación al régimen de impugnación de actos y reglamentos	193

CAPÍTULO VI - ACTO Y REGLAMENTO

PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - La noción de acto administrativo en el estado constitucional	229
JULIO PABLO COMADIRA - La revocación de los permisos otorgados a título precario	265
MIRIAM MABEL IVANEGA - Consideraciones generales acerca de los reglamentos administrativos y las decisiones administrativas del jefe de gabinete de ministros en materia presupuestaria	277

CAPÍTULO VII - SERVICIO PÚBLICO, POLICÍA Y FOMENTO

JORGE H. SARRIEN TO GARCÍA - Ética y servicios públicos	303
ISMAEL MATA - Títulos habilitantes de servicios públicos	323
VIVIANA BONPLAND - El derecho a la salud	349
IGNACIO M. DE LA RIVA - La frontera de la policía administrativa	375

CAPÍTULO VIII - CONTRATACIÓN PÚBLICA

MARÍA JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS - Los contratos administrativos, los tratados internacionales y la jurisdicción nacional	401
MARIANA ORTIZ DE ZARATE y HORACIO PEDRO DIEZ - El régimen jurídico exorbitante en las Contrataciones administrativas nacionales	419
GUIDO SANTIAGO TAWILI - ¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?	453

OSCAR R. AGUIAR VALDEZ - Sobre la titularidad de las infraestructuras públicas	Pág. 487
--	----------

CAPÍTULO IX - ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

JORGE I. MURATORIO - Modalidades de asociación entre el sector público y el sector privado	515
--	-----

CAPÍTULO X - DOMINIO PÚBLICO

JAVIER D. GUIRIBLIAN LABOSA - Dominio y jurisdicción de los recursos naturales en el derecho argentino (con especial referencia a las pesquerías)	537
---	-----

CAPÍTULO X - DOMINIO PÚBLICO

TOMÁS HUTCHINSON - De la sentencia en el proceso administrativo	569
GUSTAVO SPACAROTTEL - El principio de legalidad y los alcances del control judicial	607
FABIAN OMAR CANDA - El control judicial en materia de audiencias públicas	629

CAPÍTULO XII - DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

ESTELA B. SACRISTÁN - Acerca de los fundamentos constitucionales del derecho de acceso a la información en poder estatal	645
--	-----

ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN PODER ESTATAL

POR ESTELA B. SACRISTÁN

*"Tan útil para el Gobierno como para el país, la publicidad es
el medio de prevenir errores y desmanes peligrosos para ambos".
Aristóteles, Juan Bautista, Derecho público provincial, IV, § 10.*

SUMARIO: I. - PALABRAS INTRODUCTORIAS. II. - ACERCA DEL TEMA. III. - DELIMITACIONES. IV. - PLANTEO. V. - UNA LIBERTAD PRE-CONSTITUCIONAL. VI. - PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO EN UN GOBIERNO LIBRE. VII. - RÉGIMEN REPUBLICANO O DEMOCRÁTICO. VIII. - CONTROL POPULAR Y RENDICIÓN DE CUENTAS. IX. - PARTICIPACIÓN INFORMADA. X. - CARÁCTER PÚBLICO DE LA ACTIVACIÓN GOBIERNAMENTAL. XI. - FUNDAMENTO EN LA DIGNIDAD HUMANA. XII. - LIBERTAD DE EXPRESIÓN. XIII. - DERECHOS IMPLÍCITOS. XIV. - EXPERIENCIA HISTÓRICA. XV. - CONCLUSIONES

I. - PALABRAS INTRODUCTORIAS (1)

Uno de los estudios del profesor doctor Julio Rodolfo COMADIRA, que posiblemente ilustre en forma más fidedigna lo que fuera su permanente vocación de bregar por una mejor Administración y su confianza en el mejoramiento de las instituciones republicanas, es el que apareció publicado en *El Derecho Administrativo* en abril del 2005(2). Allí encaraba la problemática de la participación, y del recaudo ineludible de derecho de acceso a la información pública para poder participar. En síntesis, su tesis era que debía asegurarse una participación informada ya que nunca podría haber participación sin información.

(1) La autora agradece la jurisprudencia emanada de tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires citada en este trabajo, gentilmente acercada por la Dra. Fabiana H. Schafrik en la etapa de elaboración del mismo.

(2) La referencia es a COMADIRA, Julio R., "El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y la selección de autoridades públicas)", EIDA, 2005, ps. 400/428.

Este modesto trabajo se inscribe en la mencionada temática, enfrentando un perfil más que ofrece el estudio de ese derecho; tal el de los diversos fundamentos que se han esgrimido para sustentar el acceso a la información que se halla en manos estatales y, eventualmente, para avalar la existencia de un derecho —tal vez de rango constitucional— de acceso a aquélla.

II. - ACERCA DEL TEMA

El problema del acceso a la información, y sus fundamentos, no es algo novedoso. En cierto modo, el célebre fallo de la Corte norteamericana en *Marbury vs. Madison* —que siempre induce a la lectura y re-lectura— puede ser uno de los peñaños para acercarnos al tema. A decir verdad, en el precitado caso hubo, en el devenir de los hechos del mismo, un intento de acceso a la información. Como se recordará, los actores, al no ser notificados del acto de designación como jueces, solicitaron al ministro respectivo que les "brindara información" acerca de si sus nombramientos habían sido firmados y sellados, mas este pedido nunca fue evacuado; la información solicitada nunca fue liberada (3). De ello dan cuenta los párrafos del fallo que anteceden a la célebre opinión del *Justice Marshall*. Ya argumentado el caso, al fallar, la Corte Suprema señaló que el nombramiento en cuestión era un acto público (4), que su firma por el Presidente era un acto de pública notoriedad (5), y que ningún funcionario podía negarse a dar un copia —pago de diez centavos mediante— del mencionado acto (6). Como puede verse, la lucha por obtener información es de larga data en ordenamientos republicanos, y puede entenderse que, en el precitado caso, si el respectivo ministro omitió brindar la información a los solicitantes —posteriores actores— menos aun se la hubiera facilitado a un tercero. Tal vez por ello la Corte insiste en el carácter público del acto, y en la carencia de toda nota de confidencialidad en el mismo, más allá del contenido político de aquél, por el cual sólo se pueda responder sólo políticamente, o incluso judicialmente en caso de afectarse derechos adquiridos.

Los años han pasado, por cierto, desde aquel precedente. Y Estados Unidos ha resultado ser pródiga en legislación para la dissemination o difusión de la información que se halla en poder estatal: la Ley de 1813 que autorizara la distribución de una copia del diario de sesiones de la Cámara de Diputados y del Senado norteamericanos a ciertas bibliotecas universitarias y es-

- (3) 5 U.S. 137 (1803), esp. p. 138: "que los solicitantes han pedido al señor Madison, en su carácter de secretario de Estado de los Estados Unidos, información acerca de si los nombramientos se firmaron y sellaron...; la Corte dijo que no se estaba solicitando información confidencial alguna..." ("that the applicants have made application to Mr. Madison as secretary of state of the United States at his office, for information whether the commissions were signed and sealed;... The court said there was nothing confidential required to be disclosed...").
- (4) 5 U.S. 137, esp. p. 156.
- (5) 5 U.S. 137, esp. p. 158.
- (6) 5 U.S. 137, esp. ps. 161 y 170.

tadales y a instituciones dedicadas a la historia, (de ahí la importancia de la confidencialidad de un Secretario (ministro, entre nosotros) del Ejecutivo, etc.). En 1852, la *Act o Ley de Imprenta de 1852*, por la cual se nombró un Superintendente de Impresiones Públicas o *Superintendent of Public Printing*, que en 1876 pasó a denominarse *Public Printer*, dentro del ministerio del interior; la *Printing Act o Ley de Imprenta de 1860*, que estableció la *Government Printing Office (GPO)* u Oficina de Imprenta del Gobierno dentro de la rama legislativa a fin de consolidar la imprenta del Congreso; la *Ley de Presupuesto de 1869*, que creó una Superintendencia de Documentos o *Superintendent of Documents* dentro del ministerio del interior; la *Printing Act o Ley de Imprenta de 1895* (7) que regularizó la distribución haciéndola más eficiente, transfirió la oficina del Superintendente de Documentos a la GPO, y sumó, al sistema depositario de distribución, las bibliotecas dependientes de las carteras del Ejecutivo y las bibliotecas de las instituciones militares; la *Depository Library Act o Ley de Bibliotecas Depositarias de 1962*, que estableció la cantidad de dos bibliotecas depositarias por distrito congressional, agregando bibliotecas de agencias federales independientes, y sumándose al sistema, en 1972, el superior tribunal de apelación de cada uno de los cincuenta estados, y, en 1978, las bibliotecas de Derecho; la *Paperwork Reduction Act o Ley de Reducción de Papeleo de 1980*; la *Ley de Mejora de Acceso a Información Electrónica de la Oficina de Imprenta del Gobierno o Government Printing Office Electronic Information Access Enhancement Act de 1993*, o *GPO Access Law* (8), lanzándose en 1994 el servicio de acceso disponible por suscripción paga y gratuito para los depositarios, servicio de acceso que se tornó gratuito para todos los usuarios a partir de 1995 (9). Todo este sistema de información al público, en los Estados Unidos, hoy, se complementa con la *Freedom of Information Act o Ley de Libertad de Información de 1966*; así como con la *Privacy Act o Ley de Privacidad de 1974*. De tal modo, la dissemination de información que se halla en manos estatales y el acceso a la misma se hallará sujeto a las excepciones que fija la primera (en lo sustancial, no es de libre acceso la información que hace a la privacidad, a la seguridad o a la confidencialidad), así como sujeto al régimen que fija la segunda (10).

¿Cuál es la situación en nuestro país? Hoy en día puede decirse que, tal vez como fruto de las modernas necesidades, los órganos y entes estatales pueden convertirse en administradores de formidables cantidades de información, se halle ella incorporada a expedientes administrativos o incluida en alguna clase de registración, informatizada o manual. Puede ilustrarse tal aspecto siquiera mencionando la información contenida en el padrón

- (7) Antecedente del Título 44 del United States Code.
- (8) Public Law 103-40.
- (9) Ampliar en U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Informing the Nation: Federal Information Dissemination in an Electronic Age*, OTA-C-IT-396, U.S. Government Printing Office, Washington, DC, octubre 1988.
- (10) Sobre la *Privacy Act o Ley de Privacidad norteamericana*, ampliar en BANCHE, Alberto B., "Habeas data y derecho a la privacidad", ED 161-866, esp. ps. 87/1876.

electoral o bien la combinación de nombres completos y números de documento único de identidad que se colectan bajo el dto. 1172/03 al solicitarse una audiencia y quedar ésta sometida al régimen de gestión de intereses (11). Toda esta información, a su vez, puede potencialmente aparecer publicada en la *web*, neutralizándose todo pedido de acceso a la información estatal. También puede mencionarse —como información que es incorporada a un expediente administrativo accesible a quienes son parte en el mismo— la información societaria o comercial que se acompaña en un procedimiento de selección del contratista o en un procedimiento de renegociación contractual (12); o la pluralidad de datos, relativos a antecedentes académicos de los profesores, que administra la Comisión ante la cual se acreditan los postgrados (13). De igual modo, personas jurídicas de Derecho privado pero que cumplen cometidos públicos colectan información; por ej., el *Stud Book* que lleva el *Jockey Club* (14). Finalmente, personas de Derecho privado administran, también, información; pléñese en la que colecta un banco cuando un potencial cliente entregó, completa, la solicitud de apertura de una cuenta corriente. De tal modo, personas públicas, privadas con cometidos públicos, y privadas a secas aparecen como administradores de considerables cúmulos de información.

Por otro lado, en los últimos años, en nuestro país —y sin perjuicio de la sanción de leyes de libertad de información con ámbito de aplicación limitado en el espacio o en la materia—, se han generado muchos precedentes jurisprudenciales en relación con denominado "derecho de acceso a la información", se halle dicha información en poder de los diversos órganos o entes estatales —sin restringirse la acotación al Ejecutivo—, o bien en manos de personas públicas no estatales, o incluso de personas físicas o jurídicas de Derecho privado, y se encuentre esa información bajo forma de información —genérica— a secas, o bien bajo forma de datos personales. Baste recordar no ya el precedente "Ganora" (15), en el cual los actores interponían acción de *habeas data* para conocer los datos personales que los organismos de seguridad poseían sobre ellos; sino —más trascendente aún— los fallos "Urteaga" (16) y "Suárez Mason" (17), en los cuales los actores, personas privadas, iniciaban acción de *amparo* para obtener información, que

(11) Ver formulario en el anexo IV del dto. 1172/03 y, en especial, las notas al pie de dicho anexo.

(12) Ver, por ej., caps. III y IV del pliego aprobado por dto. 62/90.

(13) Bajo la Res. MED. 1169/97.

(14) Ver decreto-ley 6699/83 de *Stud Book* Argentino; decreto-ley 3966/89, de restricción de personería jurídica a la asociación *Jockey Club*; dto. 499/64 de devolución del *Stud Book* Argentino a la asociación *Jockey Club*; y dto. 4827/73, reglamentario de la L. 20378 de registros genealógicos.

(15) "Ganora, Mario Fernando y otra s/ *habeas corpus*", Fallos 322: 2139 (1999).

(16) "Urteaga, Facundo R. c/ EN - Estado Mayor Conjunto de las FFAA", Fallos 321:

2767 (1998).

(17) "Suárez Mason, Carlos G. s/ homicidio", Fallos 321: 2031 (1998), esp. cons. 7^o in fine y cons. 14 del voto del Dr. Boggiano.

moraba en el seno de órganos estatales, sobre sus deudos —respectivamente, un hermano, y una hija— (18); los casos "Engel" (19) y "Actuaciones" (20), en los que se intentaba acceder a informes y archivos en poder de un estado extranjero; el caso "DGI" (21), en el cual dicha dirección general solicitaba información, sobre los matriculados, que se hallaba en poder del Colegio Público de Abogados de Capital Federal; el caso "Telefónica" (22), en el cual una asociación actora solicitaba información —que se hallaba en poder de una licenciataria telefónica— relativa al trámite dado a los pedidos individualizados de líneas telefónicas de unos vecinos de un asentamiento; o el caso "Monner Sans", en el cual un ciudadano intentaba obtener, de una Dirección nacional, información sobre el estado de los aviones de las distintas empresas aéreas (23).

Ante tal evidencia de elevado interés en la cuestión de la información, y centrándonos en la que administran los órganos y entes estatales, cabría preguntarse, en forma liminar, si existe algún fundamento de rango constitucional para acceder a ella. Ello significaría indagar en la base constitucional del dto. 1172/03, anexo VII. Y, en forma paralela, cabría preguntarse si también existe algún fundamento constitucional que avale el acceso a la información que se encuentre en manos público-privadas, o, en su caso, en manos privadas. Más es ese un campo de ponderación amplio en extremo, que requiere delimitaciones.

III. - DELIMITACIONES

Corresponde, por ende, centrarnos en la información que se halla en manos de órganos o entes estatales.

Ahora, en punto a esa especie de información, y tal como propuséramos en otro lugar, es posible, considerando que poseen los órganos y entes estatales, formular diferenciaciones. Se pueden construir, así, dos vertientes distintas (24): por un lado, (i) información que, bajo forma de *datos per-*

(18) En similar sentido, "Oharritz, Martín I. c/ M^o YDDHH - ley 24.411 (resol. 111/90)", Fallos 326: 3032 (2003).

(19) "Engel, Débora y Radice de Tatter, Idalina s/ *habeas data*", Fallos 322: 1468 (1999).

(20) "Actuaciones relacionadas con la exportación de material bélico", Fallos 322: 1809 (1999).

(21) "DGI c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ medidas cautelares", Fallos 319: 71 (1996).

(22) CNACAR Sala IV, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ Telefónica de Argentina SA", del 20/2/07.

(23) "Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina s/ *amparo*", Fallos 329: 4066 (2006).

(24) Para una clasificación diversa, ver Gil Domínguez, Andrés, "El derecho a la información en la Ciudad de Buenos Aires: normas constitucionales y desarrollo legislativo", *Revista Jurídica*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, otoño-invierno 2000, N.º 2, ps. 126/133, esp. p. 127.

sonales, se encontraría en manos de órganos o entes estatales, esto es, información bajo forma de datos vinculables a un titular y, en tal sentido, datos personales serían datos de una persona, titular de los mismos pues el art. 43, Const. Nac., especifica "datos a ella referidos"; esos datos personales se hallarían reglados y protegidos por la ley de hábeas data. Y, por el otro, (ii) información restante que se halle en manos públicas, esto es, información en manos estatales que no constituya datos personales.

Los datos personales mencionados en el supuesto (i) hallan, en cuanto a su tratamiento, suficiente justificación constitucional en —mas no exclusivamente en— el derecho a la privacidad (25), que los torna pasibles de una protección especial y que los reviste de una modalidad más o menos restringida de acceso, requiriéndose, a los fines de la liberación o acceso, la intervención de la persona a la cual se refieren los datos (26).

En cambio la restante información comprendida en el supuesto (ii) aparece recetada *prima facie* como de libre acceso salvo que se verifiquen supuestos de excepción, como ser razones de derecho a la intimidad, confidencialidad, secreto industrial, seguridad nacional, secreto fiscal, entre otras excepciones. A modo de ejemplo de tales excepciones, para nuestro país, podría efectuarse un arqueo de variada legislación, desde la ley de procedimiento fiscal 11663, art. 101, hasta la ley de síndrome de inmunodeficiencia adquirida, 23798, art. 2°, desde el código procesal civil y comercial de la nación, art. 164, 2° párr. y jurisprudencia a él vinculada, hasta la ley de creación del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, dto. 17622, art. 10, por mencionar sólo una pequeña muestra. En los supuestos correspondientes a (ii), entonces, la regla es el acceso, salvo configuración de una excepción. Por ej., el derecho a la intimidad impide que el órgano administrativo encargado de aplicar sanciones por *doping* brinde, a terceros, el nombre del deportista sancionado junto con la identificación de la sustancia detectada. Similar regla —si bien en un ámbito diverso de información— ha sido ponderada por la Corte Suprema, mas con restringidos alcances (27).

IV. — PLANTEO

Como se dijo, la información que no es dato personal sería, por regla de libre acceso, salvo supuestos de excepción. Entonces cabe preguntarse si ese libre acceso —que opera como presunción en (ii), salvo que se verifique una excepción—, tiene realmente fundamentos constitucionales.

(25) En tal sentido, BRANCHI, Alberto B., "Habeas data y derecho a la privacidad", cit., ps. 866/878.

(26) "(...) [D]atos a ella referidos", art. 43, Const. Nac.

(27) Ver disidencia de la Dra. Argybay en "Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina s/ amparo", Fallos 328: 4066 (2006).

La pregunta no es baladí. Es que ese libre acceso a la información restante aludida en (ii) podría, en el caso de contar con fundamentos constitucionales, resistir en mejor forma eventuales cercenamientos por vía legislativa infraconstitucional o mediante el dictado de actos particulares denegatorios del acceso u omitiéndose resolver el pedido de acceso a la información. Esos fundamentos constitucionales, además, podrían tornar sobrevenida y eventualmente inconstitucionales las limitaciones al acceso a la información contenidas en ciertas leyes reglamentarias o reglamentaciones en general. De más estaría indicar que, si ese acceso a la información no pudiera ser fundamentado constitucionalmente, dependería solamente de simples leyes del Congreso. Y esas leyes estarían gobernadas por la inestabilidad pues un Congreso no puede vincular a los siguientes, por el dogma de que nadie tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico, y por la regla interpretativa conforme la cual las razones de oportunidad del legislador son irrevisables judicialmente. Así las cosas, se podría tener un *derecho subjetivo* a la información en manos estatales en tanto derecho de *rango constitucional*, si se hallaren fundamentos constitucionales para el mismo; caso contrario, se estaría ante un mero derecho subjetivo de fuente legislativa preocupantemente inestable.

Este trabajo se centra en indagar en los diversos fundamentos del derecho a la información en poder estatal. Ello pues existiría, en la escena académica, cierta divergencia acerca su pretendido fundamento *constitucional*. En tal sentido, no hay coincidencia acerca de si el derecho a esa información es un verdadero derecho subjetivo de rango constitucional, o bien mera retórica política (28). Por ende, en este trabajo, específicamente en § 5 a § 14, se indaga en los fundamentos constitucionales del acceso a la información que se halla en poder estatal, excluyendo los datos personales. De la indagación en esos fundamentos constitucionales se podrá concluir o no en el rango constitucional del respectivo derecho subjetivo. Si se concluyera en ese rango constitucional, el interrogante sobre el rango infraconstitucional del respectivo derecho se tornará insustancial, así como las preocupaciones en torno a la inestabilidad de un régimen sometido a la mera voluntad de un Poder constituido.

Como última acotación en este planteo, se impone aclarar que el respectivo análisis, como es natural, indagará tanto en la experiencia anglosajona como nacional; ello pues no puede desconocerse la importancia de la ley de libertad de información norteamericana (ver § 14), así como la relevancia de la experiencia jurisprudencial nacional, en el marco del tema que nos ocupa. Todo ello, se reitera, a fin de indagar en la cuestión de si el *derecho subjetivo de acceso a la información en poder estatal (información que no consti-*

(28) MANN, Everett E., "Freedom of Information Act", en LEVY, Leonard W. (ed. in chief) - KAHR, Kenneth L. (ass. ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 1986, vol. 1/2, p. 781.

naya dato personal y que no se halle amparada por un régimen de excepción al acceso) tiene rango constitucional.

V. - UNA LIBERTAD PRE-CONSTITUCIONAL

Una vinculación, entre el acceso a la información estatal y los primeros instrumentos constitucionales, puede rastrearse en la Carta Magna y en el fruto de su influencia en Norteamérica en la etapa anterior a la sanción de la Constitución.

Como se recordará, en 1215 se firmó, en el llano de Runnymede, la Carta Magna, por la cual JUAN SIN TIERRA debió pactar con los Barones. Sin perjuicio de los múltiples puntos que abarca esa Carta — que, aun hoy, encabeza cualquier compilación de leyes públicas británicas — interesa, a efectos del presente, destacar que su articulado tuvo temprana acogida en las colonias norteamericanas. En efecto, como señala la doctrina, la más antigua "recepción" de la Carta Magna en esas colonias fue el denominado *Body of Liberties* de Massachusetts, del año 1641 (29). Y, en lo que aquí interesa, en este último cuerpo legal se consagró una trascendente cláusula de acceso a la información. Ello pues dicho *Body of Liberties* consagró el derecho de libre acceso a la información en poder de las autoridades. Curiosamente, ese derecho que no sería ejercido en forma gratuita. Así, la sección 48 del citado código previó que:

"todo habitante del país tendrá plena libertad de buscar y ver cualquier lista, registración o registro de cualquier tribunal u oficina con excepción del Consejo, y de obtener una transcripción o constancia escrita examinada, y firmada por el funcionario de la oficina pagándose los consiguientes cargos" (30).

De tal modo, vino a consagrarse, a favor de todo habitante, la libertad — mas no gratuita — de acceder a los instrumentos enumerados, con exclusión de los producidos por los consejeros del gobernador (31).

(29) SCHWARTZ, Bernard, *The Great Rights of Mankind*, expanded ed., Madison House, Madison, 1992, p. 38.

(30) *"Every inhabitant of the Countre shall have free libertie to search and viewe any Roolles, Records, or Registers of any Court or office except the Council. And to have a transcript or exemplification thereof written examined, and signed by the hand of the officer of the office paying the appointed fees hereof"*; conf. *The Massachusetts Body of Liberties*, del año 1641, reproducido en LUTZ, Donald (ed.), *Colonial Origins of the American Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 1998, ps. 70/87, esp. p. 77.

(31) Para comprender los alcances de la norma, es conveniente señalar que los consejeros del gobernador, según explican SHURTERMAN, Nathaniel B. - PUTSIS, David (eds.), *Records of the Colony of New Plymouth in New England, 1620-1691*, William White, Boston, 1855-61, reimpr. AMS Press, New York, 1968, vol. II, p. 7, se insertaban en el siguiente esquema: "cada mes de marzo, los hombres libres, a través de la Corte General, nombraban un Gobernador y a siete Asistentes para que gobernarán por todo un año y nada más. Los Asistentes eran Consejeros del Gobernador y tenían que brindar su me-

Posteriormente, ya en oportunidad de los albores constitucionales, fue el propio JEFFERSON quien afirmó que:

"nadie desea más sinceramente que yo la difusión de la información entre la humanidad, y nadie ha tenido mayor confianza en sus efectos en punto a sustentar un gobierno libre y bueno" (32).

Como podrá detectarse de este tímido muestreo, desde los inicios del constitucionalismo norteamericano existió una preocupación hacia la información sujeta a libre acceso. — mas no gratuito — por parte de los ciudadanos en el marco de un buen gobierno; sin embargo, la Constitución norteamericana de 1787 no consagró, en forma expresa, un derecho a la información. Similar conclusión se alcanzaría a la luz de la experiencia argentina en la materia: diversos instrumentos anteriores a la Constitución argentina de 1853/60 previeron en forma expresa la publicación (33) de ciertos actos de los diversos poderes; mas no se consagró, en la Norma Fundamental histórica, en forma expresa, un derecho a la información. En síntesis, en su forma originaria, el acceso a la información parecería perfilado como una libertad, no constitucionalizada, de las personas.

VI. - PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO EN UN GOBIERNO LIBRE

No obstante la carencia constitucional a texto expreso, la importancia del flujo de información del gobierno hacia la ciudadanía ya fue avizorada en las Bases por ALBARRO, quien enfatizó, al brindar su modelo de qué debía entenderse por un gobierno libre, la importancia de que la ciudadanía pu-

por dictamen tanto en Corte pública como en Consejo privado con el Gobernador por el bien de los muchos pueblos y plantaciones dentro de los límites del Gobierno. Uno de los Asistentes era nombrado Tesorero, otro, Secretario de la Corte, y otro, Coronel. Si se ausentare el Gobernador de la Colonia, uno de los Asistentes era nombrado Gobernador Interino. Los Asistentes eran, de hecho, magistrados, o jueces de paz, funcionarios civiles facultados para administrar el Derecho en la medida en que se tratara de delitos menores".

(32) Carta de Thomas Jefferson a Hugh L. White y otros, del 6 de mayo de 1810, publicada en <http://www.let.rug.nl/usa/P/ij3/writings/br/ij/ell203.htm>.

(33) Una temprana manifestación en el sentido apuntado — publicación de las decisiones — surge de las actas de la Asamblea del Año XIII. En el Manifiesto Inaugural, Bando del Supremo Poder Ejecutivo Provisorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata y Decreto de la Asamblea General Constituyente de la Sesión del 31 de enero de 1813 se establece que "el Poder Ejecutivo en la publicación de los decretos de la Asamblea Soberana encabeza en los términos siguientes (...) (art. 7º) que "todos los anteriores decretos se publican en esta capital y circulan á todos los pueblos de las Provincias Unidas" (art. 9º); "en obediencia de los soberanos decretos que anteceden y para su puntual cumplimiento ordena, y manda se publiquen por bando señale en esta capital, se fixe en los parages de estilo, se circule á todas las provincias y pueblos del estado, se imprima al efecto" (párr. final).

diera conocer los actos del poder. En sus propias palabras, e implícitamente recordando la nefasta experiencia del rosismo, señalaba:

"La publicidad de los actos del poder es otro rasgo del gobierno libre como preservativo de sus abusos. Con la cabeza hubiese pagado su audacia el que hubiera interpelado al Gobierno para informar al país de un negocio público, o el que hubiese opinado con su razón propia y no con la razón del Gobierno" (34).

También insistió en ello ALBERDI en su *Derecho Público Provincial* al puntualizar, en palabras posteriormente receptadas por la Corte Suprema (35):

"Otro medio de impedir que los delegatarios de la soberanía abusen de su ejercicio en daño del pueblo a quien pertenece es la publicidad de todos los actos que lo constituyen. La publicidad es la garantía de las garantías" (36).

Ello ha permitido que doctrina posterior sostuviera, por ejemplo, que las leyes secretas resultan contrarias a la publicidad de los actos de gobierno que, como regla, impera en todo sistema republicano (37) y que, en general, la ley no publicada no es obligatoria (38).

Desde el punto de vista de la legislación positiva, esta última interpretación ha recibido favorable acogida por parte del legislador en el ámbito porteño, según reseña el caso "Mondelir" (39) y el caso "Moreno" (40).

(34) ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 9.ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, p. 196.

(35) "Kook Weiskott, Martas s/ abuso deshonroso", Fallos 327:2156 (2005), esp. cons. 3.º

(36) ALBERDI, Juan Bautista, *Derecho público provincial*, prólogo de DALILA VILA, Alberto R., La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 53. El destacado es del original.

(37) SACUBÍ, Néstor P., "Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales", LL 1996-B, 957/967, esp. p. 962, estudio citado en CNAICAF, Sala I, "Monner Sans c/ PEN s/ amparo", causa 4425/96, del 27/12/96, y en CEAMAR del Plata, "Millán, Leonardo M. c/ Policía Aeronáutica Nacional - Fuerza Aérea Argentina s/ laboral", causas 7422, del 3/3/05.

(38) RISOLÍA, Marco A., "Publicidad de los actos de gobierno. Ignorancia de la ley y leyes secretas", ED 68-837, esp. p. 839; "En ríguenos tesis republicana, sólo cabe considerar obligatoria para el ciudadano la ley que se conoce o pudo ser conocida", agregando al citado jurista que "el conocimiento de la ley resulta de la publicación, no de la promulgación que es cosa diferente". Es harto ilustrativo el listado que se incluye en p. 844 n. 29, en este artículo, publicado en 1976. Cfr., empero, BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 2002, t. 1, pá. 663/664, donde alude a "actos que adquieren vigencia y obligatoriedad sin mediar publicación teniendo el carácter de secretos y donde enumera diversos delitos, tipificados relativos a la revelación de secretos de diversas clases".

(39) CACAVI, Sala I, "Mondelir, Juan c/ GCBA s/ amparo", causa 5057/0, del 24/2/05.
(40) CACAVI, Sala II, "Moreno, Gustavo D. y otros c/ CBA", del 30/9/03, esp. cons. 11.1.

La trascendente relación entre publicidad de los actos de gobierno y el derecho a informarse de la ciudadanía se recibió, asimismo, en la clara enseñanza del voto del Dr. Fayt en el célebre fallo de la Corte Suprema "Urteaga" en cuanto a que existe un "derecho a la información sobre los asuntos públicos cuando éste es inherente al sistema republicano y a la *publicidad de los actos de gobierno*" (41). También los precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal y los precedentes de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dirigen en similar dirección. La citada Cámara Nacional considerando el acceso a la información: así en "Isern los actos de gobierno" privilegiando el acceso a la información; así en "Isern Munne" (42), al confirmar la sentencia anterior, haciendo extensivo ese principio a las "condiciones personales de quienes ejercen funciones como integrantes de los poderes del Estado"; también consideró expresamente la regla de la "publicidad de los actos de gobierno" en punto a un expediente en el cual tramitaba un proyecto de ley en "CPACF" (43), y en punto a los decretos del presidente del Senado en el caso "APL" (44) y "Fundación Poder Ciudadano" (45). Mas el principio reseñado también ha sido invocado, por vía de *obiter* en un caso relativo al acceso a declaraciones juradas patrimoniales, caso que, al momento de ser fallado por la Cámara, habría devenido abstracto (46), y parecería haber inspirado también la sana solución brindada en el caso "Asociación Civil" (47), permitiéndose el acceso a las reuniones de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas.

(41) "Urteaga, Facundo", Fallos 321: 2767 (1998), esp. voto del señor ministro doctor Carlos S. Fayt, consid. II; ver también cons. 12, 3er. párr. El destacado no es del original.

(42) CNAICAF, Sala IV, "Isern Munne Pedro P. c/ EN Ley 25188 Cámara de Diputados de la Nación s/ amparo", causa 51.161/03, cons. VI.

(43) CNAICAF, Sala III, "CPACF c/ EN - PEN - Procuración del Tesoro de la Nación s/ amparo", causa 17.524/03, del 27/2/04, esp. cons. VII, párr. 6.º

(44) CNAICAF, Sala IV, "Asociación del Personal Legislativo APL c/ EN - Honorable Congreso de la Nación - Honorable Senado", causa 148649/02, del 3/6/04, en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2005, N.º 52, ps. 285/287, con nota de GUARAU MARDARIANA DE NICONS, Cecilia, "Derecho de acceso a la información pública", en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2005, N.º 52, ps. 287/291.

(45) CNAICAF, Sala III, "Fundación Poder Ciudadano c/ EN - Presidencia Provisional del H. Senado s/ amparo", causa 187.343/02, del 29/11/04, esp. cons. VII *in fine*, con cita de "Vago, Jorge Antonio C/ Ediciones de La Utraca SA. y otros", Fallos 314.1517 (1991) y de "Urteaga, Facundo", Fallos: 321: 2767 (1998), voto del Dr. Carlos S. Fayt.

(46) CNAICAF, Sala IV "Fundación Poder Ciudadano - Dr. Luis Moreno Ocampo c/ CSJN Administración General Ac. 1/00 s/ amparo", causa 123785/02, del 8/6/06. En el caso, la fundación actora quería tener acceso a la información de las declaraciones juradas patrimoniales "de la totalidad de los magistrados del Poder Judicial de la Nación" bajo la Ac. 1/00, régimen modificado en forma sobrevenida.

(47) CNAICAF, Sala IV, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ EN - Congreso - Comisión Mixta Revisora de Cuentas s/ amparo", causa 21.268/05, del 22/3/07, esp. cons. VI.

En el ámbito porteño, puede ponerse de resalto que, en el caso "Glanz" (48) se consideró que "la ley de acceso a la información se relaciona con el principio básico de la publicidad de los actos de gobierno" recordándose a continuación, en dicho decisorio, las enseñanzas alberdianas ya reseñadas. Y similar temperamento se adoptó en el caso "Taboada" (49) y en el precitado "Moreno" (50). Asimismo, en el caso "Campos Ríos" (51) se enfatizó que el "centro de gravedad" del pedido de información formulado en la causa moraba en "el carácter público de la actuación gubernamental" y en "Pereyra" (52) se consideró que el derecho a la libertad de informarse "tiene su fundamento en el principio democrático que reclama la publicidad de la información que obre en poder del Estado".

A la luz de esta jurisprudencia, entonces, el principio de la publicidad de los actos de gobierno, otrora hábil para fundar —bajo la denominación de "vista"— el acceso a un expediente que tramita ante un órgano estatal susceptible del ámbito de aplicación del art. 1º de la ley de procedimientos administrativos (53), el acceso a un expediente ajeno al régimen que dicha ley y su reglamentación establecen (54), el acceso a la información contenida en un trámite licitatorio (55), la publicación de las sentencias en materia penal o contenciosa (56), la difusión de los juicios (57) y sentencias definitivas (58) o que motivan la remoción, por juicio político, de un funcionario (59), y la

excepcionalidad del secreto del sumario criminal (60), viene a fundar, también, el acceso a la información que se halla en manos estatales.

No obstante lo dicho, y como es sabido, la Constitución Nacional no consagra, expresa y genéricamente, la publicidad de los actos de gobierno. Por ende, el fundamento constitucional del acceso a la información en poder estatal, en tanto manifestación del principio de publicidad de los actos de gobierno, tendría sustento constitucional en la medida en que se admitiera que dicho principio emana de la forma republicana. Y, a tal fin, las enseñanzas alberdianas y el premencionado voto del Dr. Fayt — así como la jurisprudencia de los tribunales inferiores que lo adoptan — serían innegable señal de que la publicidad de los actos de gobierno está insita en el término "república" del art. 1º, Const. Nac., y de que el acceso a la información en poder estatal fluye, como derecho implícito (art. 33, Const. Nac.), de esa publicidad.

VII. - RÉGIMEN REPUBLICANO O DEMOCRÁTICO

Según esta tesis, resultaría fundamental, en el ámbito de todo gobierno que se dice republicano, que la ciudadanía tenga acceso a la información pública, relativa al gobierno. En el aspecto indicado, es relevante y por demás popular la afirmación de MADISON, en una misiva escrita en 1822, en cuanto a que:

"[U]n gobierno popular, sin información pública o sin el medio de obtenerla, constituye el prólogo de una farsa o de una tragedia, o tal vez ambas cosas a la vez. El conocimiento siempre dominará la ignorancia, y un pueblo que dice autogobernarse debe armarse con el poder que brinda el conocimiento" (61).

En similar tesitura, un historiador, COMMAGER, expresó, hace un tiempo, que:

"[L]a generación que construyó la Nación entendió que el secreto, en el gobierno, era uno de los instrumentos de la tiranía del Viejo Mundo, y asumió el compromiso de que una democracia no puede funcionar salvo que al pueblo se le permita saber en qué anda el gobierno..." (62).

(48) JCAyT N.º 5, "Glanz, Bernardo c/ GCBA y otros s/ amparo", causa 2303/0, del 6/3/07.

(49) JCAyT N.º 5, Taboada Mussi, /Mitra F. c/ GCBA y otros s/ amparo", causa 23411/0, del 3/5/07.

(50) CACAYT, Sala II, "Moreno, Gustavo D. y otros c/ CBA", del 30/9/03, esp. cons. 11.2.

(51) CACAYT, Sala II, "Campos Ríos, Maximiliano U. c/ Legislatura s/ amparo", causa 13621/0, del 9/6/05.

(52) CACAYT, Sala II, "Pereyra, Osvaldo R. c/ GCBA s/ amparo", causa 16154/0, del 16/6/06.

(53) CNACAR, Sala IV, "Edesur S.A. c/ Defensor del Pueblo de la Nación s/ amparo", causa 12014/95, del 15/11/95, esp. cons. VII, LL, 1996-D, ps. 75/78, publicada con nota de CABO BAY, HORACIO D., "La vista en las actuaciones ante el defensor del Pueblo", en LL 1996-D, ps. 75/77.

(54) CNACAR, Sala III, "CPACF c/ EN - PEN - Procuración del Tesoro de la Nación s/ amparo", causa 17524/03, del 27/2/04, esp. cons. VII, párr. 6º.

(55) CNACAR, Sala I, "Finmeccánica Spa Aérea Alema Difusa c/ EN Mrio, de Defensa - Licitación 12/97 s/ medida cautelar autónoma", causa 20615/98, del 6/11/98, esp. cons. 10 del voto del Dr. Bernardo Licht, con cita, asimismo, del principio de publicidad receptado, para las contrataciones de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado en la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción, art. 3º, inc. 5.

(56) "Kook Westcott, Matías s/ abuso deshonroso", Fallos 327: 2156 (2005), esp. cons. 2º.

(57) "Araujo, Francisco M. s/ denuncia", Fallos 313: 1472 (1990).

(58) "Pérez Arraga, Antonio c/ Diario La Prensa S.A.", Fallos 316: 1632 (1993), voto de los Dres. Bogliano y Petracchi.

(59) "ATE San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/ juicio político - Inconstitucionalidad", Fallos 317: 874 (1994), voto del Dr. Moliné O'Connor.

(60) "Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mendoza n.º 1 - avocación - Pereyra González Carlos - Mestre Britzuela Eduardo - González Macías Juan s/ expr. adm.", Fallos 320: 404 (1997).

(61) Carta del cuarto presidente de los Estados Unidos, James Madison, dirigida a W. T. Berry, fechada el 4 de agosto de 1822, reproducida en KURLAND, Phillip B.- LERNER, Ralph (eds.), *The Founders' Constitution*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1987, t. I, ps. 690/691, esp. p. 690: "A popular Government without popular information or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Tragedy or perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance, and a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power knowledge gives".

(62) "The generation that made the nation thought secrecy in government one of the instruments of Old World Tyranny and committed itself to the principle that a democracy cannot function unless the people are permitted to know what their government is up to (...)", HENRY STREBL COMMAGER, *The New York Review of Books*, Oct.5, 1972, p. 7.

De esa manera, y como ha sostenido, con todo acierto LINARES QUINTANA al repasar las características de un gobierno libre, es necesario

"(...) el examen público y continuo que el país hace del modo como sus representantes y delegados desempeñan la gestión de su poder, aprobándolo, reprobándolo e inspirándolo" (65).

Es claro que, en el contexto señalado, ese examen público sólo es posible si hay posibilidad de acceso a la información.

Concordantemente, GONZÁLEZ CALDERÓN, al analizar la definición de república, afirma que:

"[L]a publicidad de los actos de gobierno es otro de los caracteres distintivos... Es como una consecuencia obvia del principio [de la responsabilidad de los funcionarios públicos], imprescindible para poder hacer práctica la responsabilidad de los gobernantes por sus actos(64). (...) [S]i estos actos de gobierno se realizan subrepticamente, si esos gobernantes se aíslan del pueblo para deliberar y resolver en el misterio los problemas que lo afectan (...) impiden a la opinión pública juzgar del acierto de su gestión, dificultan o impiden la formación de un criterio exacto de sus aptitudes (...). El régimen republicano de gobierno contiene en su esencia el principio de la publicidad de los actos de gobierno, la comunicación constante de los mandatarios con el pueblo que los ha elegido" (65).

Esta formidable tesis, conforme a la cual régimen republicano significa publicidad de los actos de gobierno, ha obtenido amplísima adhesión por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Por un lado, Basterra, en su estudio sobre el acceso a la información pública, ha destacado que el acceso a la información pública es hoy una de las condiciones necesarias para el funcionamiento adecuado de los sistemas democráticos(66). El Máximo Tribunal ha concebido al régimen republicano como razón de la publicidad de los actos de gobierno(67). Además, tanto en "Fundación Poder

citado en 874 F.2d 315, 35 Cont.Cas.Fed. (CCH) 75,689, Bernard T. Halloran, Plaintiff Appellee, v. Veterans Administration, Defendant-Appellant, United States Court of Appeals, Fifth Circuit.

(63) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del...*, cit., t. 9, p. 173, con cita de Alvarado, Juan Bautista, *Estudios Políticos - Obras Seleccionadas*, t. XVII, p. 201; pasaje transcriptorio, asimismo, en JCAVT N° 5, "Pereyra, Osvaldo R. c/ GCBA s/ amparo", causa 11354/0, del 5/5/04, cons. IV.

(64) GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino - Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, t. I, LaJouane y Cia., Buenos Aires, 1930, p. 428.

(65) GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino...*, cit., p. 428.

(66) BASTERRA, Marceña I., "La reglamentación del 'lobby' en Argentina. Análisis del decreto 1172/03", *LL* 2004-E, 1336, esp. p. 1338.

(67) "Pérez Arriaga, Antonio c/ Diario La Prensa S.A.", *Fallos* 316: 1632 (1993), voto de los Dres. Boggiano y Petracchi; "Emisiones Platenses S.A. s/ amparo", *Fallos* 320: 1191 (1997); "Ganora, Mario P. y otra s/ hábeas corpus", *Fallos* 322: 2139 (1999), voto

Ciudadano" (68) y en "Centro de Implementación" (69), en el ámbito federal, como en "Moreno" (70), en el ámbito porteño, se invoca el pasaje doctrinario transcriptorio. También se ha invocado este principio en "CPACF" (71). En el precitado caso "Glaz" (72) se consideró específicamente que la publicidad es inherente al sistema republicano de gobierno. Asimismo, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario porteña acogió esta tesis al sostener en "Barcala", que el principio democrático "reclama la publicidad de la información que obre en poder del Estado" (73).

Esta jurisprudencia confirma que, por régimen republicano (art. 1° Const. Nac.), se entiende, entre otros extremos, publicidad de los actos de gobierno. Ahora, ¿es publicidad de los actos de gobierno sinónimo de libre acceso a la información en poder estatal? La pregunta es relevante pues de ella dependerá que ese acceso a la información estatal se funde —al igual que la publicidad de los actos de gobierno— en el art. 1° Const. Nac. Al respecto, puede esbozarse una respuesta a partir de votos separados de ministros de la Corte Suprema en diversos fallos. Así: (i) el voto del Dr. Fayt en "Urteaga" (74), puntualizando que "[e]l derecho a la información sobre los actos públicos (arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional), inherente al sistema republicano y a la publicidad de los actos de gobierno, es preexistente a la incorporación del hábeas data en nuestra Ley Fundamental" (75); (ii) en similar sentido, si bien con otros fundamentos, el voto del Dr. Bossert en el precitado "Urteaga", señalando que "[d]entro de los derechos protegidos

del Dr. Vázquez; "Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mendoza n° 1 -avocación- Pereyra González Carlos - Mestre Britzuela Eduardo - González Macías Juan s/ expre. adm.", *Fallos* 320: 484 (1997); "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios", *Fallos* 324: 2895 (2001), voto del Dr. Vázquez; "Keylín, Luis A. y otros c/ San Millán, María Laura y otros s/ sumario", *Fallos*: 327: 3536 (2004), dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema; "Kook Weskott, Matías s/ abuso deshonesto", *Fallos* 327: 2156 (2005), esp. cons. 2°.

(68) CNACAP, Sala III, "Fundación Poder Ciudadano c/ EN - Presidencia Provisional del H. Senado s/ amparo", causa 187343/02, del 29/11/04, esp. cons. VI y VIII *in fine*.

(69) CNACAP, Sala III, "Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. c/ H. Cámara de Senadores s/ amparo", causa 17426/04, del 27/5/05, esp. cons. VII.

(70) CACAVT, Sala II, "Moreno, Gustavo D. y otros c/ CBA", del 30/9/03, esp. cons. 11.2 *in fine*, donde se concluye en que "se observa que, desde los orígenes propios de nuestra república, el principio de publicidad de los actos de gobierno fue considerado —por quienes construyeron las bases de esta Nación— como uno de los pilares de nuestro sistema republicano. Por lo tanto, esto no puede ser obviado".

(71) CNACAP, Sala III, "CPACF c/ EN - PEN - Procuración del Tesoro de la Nación s/ amparo", causa 17.524/03, del 27/2/04, esp. cons. VII, párr. 6°.

(72) JCAVT N° 5, "Glaz, Bernardo c/ GCBA y otros s/ amparo", causa 2303/0, del 6/3/07.

(73) CACAVT, Sala II, "Barcala, Roberto L. c/ Policía Federal s/ hábeas data", causa 4957, del 26/9/02, precedente citado, asimismo, en CACAVT, Sala II, "Moreno, Gustavo D. y otros c/ CBA", del 30/9/03, esp. cons. 13.

(74) "Urteaga, Facundo R. c/ EN - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. - s/ amparo ley 16.986", *Fallos*: 321: 2767 (1998).

(75) El destacado no es del original.

por la cláusula del art. 33 de la Constitución Nacional se encuentra el derecho a conocer la verdad sobre personas desaparecidas con quienes existen vínculos jurídicos familiares que originan derechos subjetivos familiares, ya que tal derecho emana substancialmente del principio republicano y de la *publicidad de los actos de gobierno* que surge de tal principio" (76); (iii) coadyuvando a la interpretación en estudio, los votos del Dr. Vázquez en las causas "Menem" (77) y "Ganora" (78) en cuanto a que [el] derecho de información en el ámbito de la actividad estatal tiene conexidad con el principio de publicidad de los actos de gobierno, que obliga a éste a dar noticias de su gestión, en tanto la Intimidad opera como zona de reserva dentro de la privacidad que protege a los particulares" (79); y en cuanto a que "la forma republicana de gobierno que adoptó la Nación Argentina a través del texto constitucional requiere de la *publicidad de sus actos*, sin perjuicio de aquellos que resulten de necesaria reserva o secreto, situación que corresponde evaluar, en cada caso concreto, al organismo oficiado, sin descartar el posterior control judicial" (80).

De tal modo, no podría decirse que el acceso a la información en manos estatales sea incompatible con la forma republicana del art. 1º, Const. Nac. pues esa forma de gobierno exige publicidad, y publicar o dar a conocer información es la contrapartida de acceder a esa información. En consecuencia, desde el punto de vista constitucional, las premencionadas manifestaciones jurisprudenciales serían —nuevamente— innegable señal de que una república —art. 1º, Const. Nac.— presupone la publicidad de los actos de gobierno, y de que el acceso a la información en poder estatal fluye, como derecho implícito (art. 33, Const. Nac.), de esa forma de gobierno.

VIII. - CONTROL POPULAR Y RENDICIÓN DE CUENTAS

La labor de quienes se desempeñan en los distintos órganos y entes estatales es pasible, genéricamente, de un control popular, en especial mediante una rendición de cuentas concomitante o posterior. En otras palabras, el acceso a la información es de importancia crucial para posibilitar la rendición de cuentas (*accountability*) por parte de los gobernantes (81).

(76) "Urteaga, Facundo R. c/ EN - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.- s/ amparo ley 16.986", Fallos 321: 2767 (1998); el destacado no es del original.

(77) "Menem, Carlos S. c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios- sumario", Fallos 324: 2895 (2001).

(78) "Ganora, Mario F. y otra s/ hábeas corpus", Fallos 322: 2139 (1999).

(79) "Menem, Carlos S. c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios- sumario", Fallos 324: 2895 (2001).

(80) "Ganora, Mario F. y otra s/ hábeas corpus", Fallos 322: 2139 (1999). El destacado no es del original.

(81) CRAIG, P. P., *Administrative Law*, 5th ed., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 223.

Respecto del control popular, y como sostuvo Lyndon Johnson al promulgar la Ley de Libertad de Información norteamericana (82):

"Siempre he creído que la libertad de información es tan vital que sólo la seguridad nacional, y no el deseo de los funcionarios públicos o de la ciudadanía, debería determinar cuándo la misma debe ser restringida."

En cierta manera, y no obstante esa regla de libre acceso donde la restricción es la excepción, los órganos o entes estatales siempre tenderán a dar a conocer aquella escasa porción de información que se deba dar a conocer por mediar manda legal (o, en su caso, judicial). Mas parecería claro que, si de posibilitar el control popular se trata, el pueblo debería poder saber qué están haciendo sus gobernantes o el sistema gobernantes-gobernantes se desbarataría. El control popular, así concebido, fue invocado por la jurisprudencia, en su momento, para permitir el acceso a la información contenida en un trámite licitatorio (83); y no parecería inadecuado a los fines de fundar el acceso a la información que se halla en poder estatal, por parte de los gobernados, pues se podría entender implícito en el principio republicano en el cual se inserta la labor de los distintos órganos y entes estatales.

Desde esta última perspectiva, la rendición de cuentas aparece como fundamento central del acceso a la información que administra el Estado. Este fundamento presupone que el acceso a la información que el gobierno emplea para la toma de decisión es esencial a toda sociedad democrática: en el marco de una sociedad democrática, el gobierno y sus diversas unidades, como mandatarios, deberían rendir cuentas por sus decisiones a sus mandantes, y esta rendición de cuentas se dificulta si aquéllos tienen el monopolio de la información tal que ésta esté disponible únicamente para ellos.

Existirían cuatro clases de rendición de cuentas (84), a saber, burocrática, legal, profesional y política. En relación con la primera, se trataría de una clase de rendición de cuentas que se apoya en directivas u órdenes, y los inferiores responden antes los superiores en el marco de una relación de obediencia, que es, en realidad, el resultado esperado. La rendición de cuentas legal,

(82) También transcribo en RAYNER, Harold C., "The Freedom of Information Act", en *Public Administrative Review*, Julio-Agosto 1979, p. 310.

(83) CNACAF, Sala I, "Fimneclínica Spa Aérea Alienta Difusa c/ EN -Mito, de Defensa— licitación 12/97 s/ medida cautelar autónoma", causa 20615/96, del 6/11/98, esp. cons. 8º del voto del Dr. Pedro Covello, con cita del dictamen del Ex - Procurador General de la Nación Dr. Juan Octavio Gauna en "La Buenos Aires Cla. de Seguros S.A. c/ Petrolquímica Bahía Blanca S.A.", Fallos 311: 750 (1988), sentencia de la Corte Suprema publicada con nota de BIANCHI, Alberto B., "Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa", ED 129-266.

(84) La clasificación reseñada corresponde a ROMZEX, Barbara S., "Where the Buck Stops: Accountability in Reformed Public Organizations", en ИГНАНАМ, Патрица W. - THOMPSON, James R. - SANDERS, Ronald P. (eds), *Transforming Government: Lessons from the Reinvention Laboratories*, Jossey-Bass, San Francisco, 1998, ps. 192/219. Se agregan los ejemplos a modo ilustrativo.

por su parte, enfatiza el cumplimiento de expectativas o estándares fijados exógenamente; se responde a la supervisión que, mediante severo escrutinio, ejerce alguna clase de controlador externo a la estructura. Estas dos clases de rendición son las consideradas tradicionales. Y coexisten con otras dos consideradas más modernas por permitir mayor autonomía, y que poseen relevancia de cara al acceso a la información por parte de la ciudadanía. Se trata de la rendición de cuentas política y de la rendición de cuentas profesional. Ambas se apoyan en una mayor autonomía; el comportamiento es escudriñado a un nivel menos detallado y se concede mayor discrecionalidad a quienes deben cumplir las tareas. Las relaciones propias de la rendición política enfatizan responder a las expectativas de interesados clave externos a la estructura (por ej., funcionarios elegidos, clientela, otros órganos o entes). Por último, las relaciones de rendición profesional enfatizan la responsabilidad y deferencia hacia los conocimientos técnicos: se establecen estándares de actuación mediante normas profesionales. Estas dos clases de rendición son trascendentes de cara al acceso a la información: si bien es cierto que se pueden obtener mejores resultados mediante una mayor autonomía, ello podría retirar, de la posibilidad de acceso, la información del órgano o ente. De tal modo, el respectivo acceso a la información deberá estar mucho más presente en los modelos que permiten mayor discrecionalidad que en los modelos tradicionales de control jerárquico y legal, de reducida autonomía (85).

Entre nosotros, ALBERDI, en sus *Bases*, ha apuntado que "[l]a responsabilidad de los mandatarios es otro rasgo esencial del gobierno libre" (86); también ha señalado, en su *Derecho Público Provincial*, con palabras de innegable atemporalidad, que "[e]l pueblo (...) debe llevar cuenta diaria a sus delegados del uso que hacen de sus poderes" (87). Y es por ello que, con todo acierto, LINARES QUINTANA, al repasar las características de un gobierno libre, destaca:

"La publicidad o la cuenta diaria que los mandatarios dan al país de la gestión del poder que el país ha delegado en ellos" (88).

Esa publicidad o cuenta diaria, a su vez, permite el examen apuntado antes. Y la mentada rendición de cuentas sólo sería posible si mediare acceso a la información que obra en poder estatal.

Por último, ¿posee estatus constitucional la rendición de cuentas que deben realizar los gobernantes? Parecería que este deber integra el universo de derechos o garantías no escritas en la Constitución pero implícitas en tanto dimanantes de la forma republicana de gobierno, art. 33, Const.

(85) Sobre estos cuatro modelos, ampliar en HUENES, Owen E., *Public Management & Administration. An Introduction*, 3rd ed., rev. exp. and updated, Palgrave, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 2003, ps. 241/246.

(86) ALBERDI, Juan Bautista, *Bases...*, cit., p. 195

(87) ALBERDI, Juan Bautista, *Derecho público provincial...*, cit., t. 3, p. 173.

(88) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del...*, cit., t. 3, p. 173.

Nac. (89). Dicho deber de rendir cuentas ha gobernado soluciones favorables al acceso a la información en poder estatal; tal lo acontecido en "Fundación Poder Ciudadano" como lo destaca ROYNER (90). Asimismo, esas soluciones favorables coadyuvarían a "resguardar a los ciudadanos", como se señalará, con sano criterio, en un voto concurrente en el caso "Moreno" (91), así como en el precedente de Cámara "Pampin" (92).

IX - PARTICIPACIÓN INFORMADA

Todo sistema republicano depara, en su más mínima expresión, participación. En efecto, si se reduce la forma republicana a que el poder sea ejercido por funcionarios electivos y temporarios, parecerá claro que se requiere, para participar en el proceso democrático, de información para decidir a quién elegir regularmente (93).

Como sostuviera Comadira, no puede haber participación sin información. En otras palabras, se necesita de información como herramienta o presupuesto para ejercer una participación informada. Por ende, en todos aquellos supuestos en que la norma o el precedente fijan los supuestos fácticos que desencadenan el procedimiento participativo, debería asegurarse el acceso a la información relevante a la toma de decisión participativa. A modo de ejemplo, si se prevé un acto electoral, los legitimados para votar deberían tener acceso —como regla— a la información que informará su decisión en el momento de emitir su voto.

Esta postura fue expresamente considerada en el fallo "Vago" (94), de la Corte Suprema, así como en "CPACF" (95), "Fundación Poder

(89) "Keylián, Luis A. y otro c/ Santillán, María Laura y otros s/ sumario", Fallos 327:3536 (2004): "Si bien la vinculación de la publicidad —en cuanto derivación del principio republicano de responsabilidad de los funcionarios por sus actos ante el pueblo— con la prensa es ineludible, puesto que, como multiplicador de la publicidad, constituye un medio eficaz para ejercer control sobre los actos de gobierno, no hay que entender a la prensa como sinónimo de publicidad, ni pretender ver una violación a la libertad de prensa donde no la hay, por establecer limitaciones a la publicidad" (el destacado no es del original).

(90) ROYNER, Ricardo D., "Las dos caras del Congreso", en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 932/935, esp. p. 933, anotando la sentencia CNACAP, Sala III, "Fundación Poder Ciudadano c/ EN - Presidencia Provincial del H. Senado s/ amparo", causa 187.343/02, del 29/11/04, esp. cons. VII, párr. 6° y cons. VIII.

(91) TSHCABA, "Moreno, Gustavo D. y otros c/ GCBA s/ amparo", causa 2902/04, del 12/8/04, voto del Dr. Julio B. J. Maier.

(92) CACAVI, Sala "Pampin", Gustavo L. c/ GCBA", causa 1305/01, del 3/8/01.

(93) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del...*, cit., t. 8, p. 175.

(94) Vago, Jorge Antonio C/ Ediciones de La Urraca SA. y otros", Fallos 314:1517 (1991), cons. 5°.

(95) CNACAP, Sala III, "CPACF c/ EN - PEN - Procuración del Tesoro de la Nación s/ amparo", causa 17524/03, del 27/2/04, esp. cons. VII, párr. 6°.

Ciudadano" (96) y "Centro de Implementación" (97), de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal. En el primer caso —invocado, además, en los otros precedentes enumerados— se precisó que "[el] derecho de información, de carácter individual, adquiere conexión de sentido con el derecho a la información, de naturaleza social, al garantizar a toda persona el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos, los recursos de la cultura y las manifestaciones del espíritu como un derecho humano esencial" (98) (el destacado no es del original).

Ahora, ¿posee fundamento constitucional la participación en dichos procesos? La respuesta bien puede abarcar, por un lado, la jurisprudencia norteamericana y, por el otro, la de nuestro país.

En el ámbito norteamericano, no existe un derecho de acceso a la información fundado en un pretendido derecho constitucional (expreso) a saber o conocer (99); además, no existe previsión alguna que contemple la participación pasiva o activa de la ciudadanía en la toma de decisión estatal. En este último sentido, sostuvo la Corte Suprema federal en un fallo de 1915 (100), con un *holding* hoy vigente, que:

"Cuando una norma de conducta se aplica a más de una pocas personas, es impracticable que todas ellas tengan una voz directa en su adopción. La Constitución no exige que todos los actos públicos se dicten previo consejo abierto o en asamblea pública. Se sancionan leyes en general que, dentro de los poderes que poseen los estados, afectan a las personas o a su propiedad, a veces levantándolas casi a la ruina, sin que se les dé una oportunidad de ser

oídos. Se protegen los derechos a través de la única forma en que se los puede proteger dentro de una sociedad compleja, por medio de su poder, inmediato o remoto, sobre aquellas que hacen las leyes. (...)'" (101)

Esta severa interpretación fue reiterada posteriormente (102). A partir de esta interpretación, entonces, si no hay derecho de rango constitucional a participar en la toma de decisión estatal tampoco habría un derecho, de rango constitucional, a acceder a la información necesaria para esa participación. Concordantemente, en el ámbito norteamericano, diversos superiores tribunales estatales han rechazado la tesis de que exista un derecho implícito de raigambre constitucional al acceso del público a las sesiones de los organismos administrativos (*governmental meetings*) o a los documentos o expedientes de aquellos:

"Existe una indudable conexión entre las libertades de la Primera Enmienda (103) y el acceso a la información del gobierno, especialmente aquella que registra actos estatales (oficial action). Sin embargo, las sentencias judiciales aún no han establecido el fundamento constitucional de ese derecho de acceso" (104).

En suma, en el escenario norteamericano, no habría un derecho constitucional a la participación, y el acceso a la información, necesaria para participar, no sería de rango constitucional. Ello, por cierto, no implicaría negar el respectivo derecho de acceso a la información sino ubicarlo en su adecuada perspectiva: la perspectiva de la labor de un poder constituido, tal como la del Congreso y las leyes que el mismo sanciona.

(101) "Where a rule of conduct applies to more than a few people, it is impracticable that everyone should have a direct voice in its adoption. The Constitution does not require all public acts to be done in town meeting or an assembly of the whole. General statutes within the state power are passed that affect the person or property of individuals, sometimes to the point of ruin, without giving them a chance to be heard. Their rights are protected in the only way that they can be in a complex society — by their power, immediate or remote, over those who make the rule. If the result in this case had been reached, as it might have been, by the state's doubling the rate of taxation, no one would suggest that the Fourteenth Amendment was violated unless every person affected had been allowed an opportunity to raise his voice against it before the body entrusted by the state constitution with the power. In considering this case in this Court we must assume that the proper state machinery has been used, and the question is whether, if the state constitution had declared that Denver had been undervalued as compared with the rest of the state, and had decreed that, for the current year, the valuation should be forty percent higher, the objection now urged could prevail. It appears to us that to put the question in no answer to it. There must be a limit to individual argument in such matters if government is to go on" (239 U.S. 441, esp. p. 445).

(102) Por ejemplo, en *City of Madison, Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Commission*, 429 U.S. 167, esp. p. 178 (1976). Ver, asimismo, *CASSAGNE, Juan Carlos, El contrato...* cit., p. 259.

(103) Que consagra la libertad de expresión.

(104) *Black Panther Party v. Kehoe*, 117 California Reporter 106, ps. 111-112 (1974). También puede verse *Dayton Newspaper, Inc. v. City of Dayton*, 259 N.E.2d 522 (1970), confirmado en 274 N.E.2d 766 (1971).

(96) CNACAP, Sala III, "Fundación Poder Ciudadano c/ EN - Presidencia Provisoria del H. Senado s/ amparo", causa 187.343/02, del 29/11/04, esp. cons. XI in fine.

(97) CNACAP, Sala III, "Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. c/ H. Cámara de Senadores s/ amparo", causa 17426/04, del 27/5/05, esp. cons. VIII.

(98) Voto del Dr. Fayt en "Yago, Jorge A. c/ Ediciones La Urraca", Fallos 314: 1517 (1991); en igual sentido, su voto en "S. V. c/ M. D. A. s/ medidas precautorias", Fallos 324: 975 (2001), y en "Guzzoni Carlos A. c/ El Día S.A.", Fallos 324: 4433 (2001).

(99) MANN, Everett E., "Freedom of Information Act", en LEVY, Leonard W. (ed. in chief) - KARSY, Kenneth I. (ass. ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 1986, vols. 1-2, p. 781.

(100) *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization*, 239 U.S. 441, esp. p. 445 (1915). Se trataba de un caso en el que se cuestionaba la validez de una decisión, emanada del State Board of Equalization del estado de Colorado, por la cual se aumentaba la valoración de toda propiedad gravable dentro de la ciudad de Denver en un 40%, decisión convalidada por el superior tribunal estadual por no resultar contraria a la cláusula del debido proceso fijada en la Enmienda XIV Incluso cuando no se había dado oportunidad, a los contribuyentes o funcionarios revaluadores, de ser oídos antes de que se emitiera la revaluación. La Corte Suprema federal confirmó la sentencia del superior tribunal estadual, mediante una sentencia redactada por el Justice Holmes. Ampliar, sobre esta temática, en CASSAGNE, Juan Carlos (SACRISTÁN, Estela B., colab.), *El contrato administrativo*, 2da. ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 258 y ss.

Ahora, en el supuesto de la experiencia constitucional argentina, la doctrina del antes mencionado fallo Bi-Metallik, de la Corte norteamericana, no se trasladaría sin más, en especial de cara a la Constitución reformada en 1994. Debe ponerse de resalto que, luego de la reforma constitucional de 1994, se incorporó, al texto constitucional, la participación en ciertos y determinados supuestos. Por ende, la doctrina Bi-Metallik, que establece el rango infraconstitucional del derecho a la participación, y que torna de rango infraconstitucional también la libertad de información enderezada a posibilitar esa participación, podría predicarse en general, pero nunca podría ser invocada en el específico supuesto de "participación (de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas) en los organismos de control" (art. 42, Const. Nac). En otras palabras, el acceso a la información enderezado a que esas asociaciones y provincias puedan participar en los organismos de control es de rango constitucional. De igual modo, la participación en las elecciones de candidatos dentro de los partidos políticos, y el acceso a la información a los fines de esa participación (art. 38, Const. Nac.) también son de rango constitucional. En cambio todos los restantes supuestos de acceso a la información serían de fuente infraconstitucional.

En síntesis, de lo dicho se infiere que: (i) en el ámbito federal norteamericano, la libertad de información no exhibe linaje constitucional; (ii) en nuestro país, y a los fines de poder participar, el derecho de acceso a la información es de rango constitucional o infraconstitucional según de qué supuesto específico se trate. Sobre el resultado más o menos disvalioso de tal conclusión puede apuntarse que, a fin de verdad, no es necesario que todos y cada unos de los derechos—incluso el derecho a la información para participar—estén consagrados en la Norma Fundamental. Lo que sí es relevante es que los derechos tengan operatividad, más allá de su cuna constituyente o constituida.

X. - CARÁCTER PÚBLICO DE LA ACTUACIÓN GUBERNAMENTAL

Según este fundamento, hay acceso a la información estatal porque la actuación gubernamental tiene el carácter de pública, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia porteña (105). Este fundamento se vincula con el principio de publicidad de los actos del gobierno, y al respectivo acápite (§ 6. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO EN UN GOBIERNO LIBRE) cabe remitir.

XI. - FUNDAMENTO EN LA DIGNIDAD HUMANA

Desde la perspectiva de las personas físicas, se arguiría que debe darse a las personas algún medio para que conozcan la información que sobre ellos posee

(105) CACAYT, Sala II, "Campos Ríos, Maximiliano U. c/ Legislatura s/ amparo", causa 13621/0, del 9/6/05.

el gobierno, de modo tal que puedan verificarla y controlar los usos a los cuales se halla afectada. Caso contrario, se afectaría la dignidad humana (106).

Como es evidente, este fundamento se limita a las personas físicas, no a las jurídicas; hace a información que tiene forma de datos personales; y su protección se vincula—inés no exclusivamente—con el derecho a la privacidad de las personas físicas. Por ende, el mismo resultaría inadecuado a los fines de aquella otra información, que poseen los órganos y entes estatales, que no constituye dato personal.

De otra parte, y en relación a la información que administran los órganos y entes estatales (excluyendo los datos personales), puede recordarse que en el caso "CPACF" se entendió que el derecho a la información estatal es un derecho natural (107). Además, en "Fundación Poder Ciudadano" (108) y en "Centro de Implementación" (109) se mencionó que ese derecho se hallaba también consagrado en dos encíclicas papales (110). Asimismo, en estos dos precedentes se entendió que el derecho a la información es objeto de un derecho natural, receptado—normativamente—por primera vez, en 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas el 10/12/1948, en su art. 19 (111).

En conclusión, en nuestro país, el mentado fundamento, de evidente raigambre constitucional, sería, desde el punto de vista subjetivo, de aplicación restringida.

XII. - LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el ámbito norteamericano, el concepto de libertad de información—dirigido a acceder a la información en poder estatal—fue originariamente defendido por los periodistas preocupados ante los efectos de la censura oficial y el secreto discrecional dispuesto por la administración; ello pues,

(106) KURMAN, George T., "Government Information", en KURMAN, George T. (ed. in chief), *A Historical Guide to the U.S. Government*, Oxford University Press, New York, 1998, ps. 270/271.

(107) CNACAE, Sala III, "CPACF c/ EN - PEN - Procuración del Tesoro de la Nación s/ amparo", causa 17.524/03, del 27/2/04, esp. cons. VIII.

(108) CNACAE, Sala III, "Fundación Poder Ciudadano c/ EN - Presidencia Provisional del H. Senado s/ amparo", causa 187.343/02, del 29/11/04, esp. cons. XI *in fine*.

(109) CNACAE, Sala III, "Centro de Implementación de Políticas Públicas B. y C. c/ H. Cámara de Senadores s/ amparo", causa 17426/04, del 27/5/05, esp. cons. XII.

(110) Conf. *Gaudium et Spes*, par. 26 ("es necesario que se facilite... el derecho... a una adecuada información..."); de *Pacem in Terris*, par. 12 ("el hombre exige... la posibilidad de buscar la verdad libremente y, dentro de los límites del orden moral y del bien común... disponer de una información objetiva...").

(111) Conf. DESANTES GUANTER, José María, *La Información como Deber*, Abaco, Buenos Aires, 1994, p. 23.

por medio de esas dos técnicas, se dañaban tanto la libertad de prensa como el deber de los funcionarios públicos de rendir cuentas (112).

Hoy a más de cuatro decenios de la sanción de la ley norteamericana de libertad de información, se afirma que dicha ley, que permite el libre acceso a la información que posee el gobierno norteamericano, resulta ser una excelente herramienta para que los periodistas, historiadores, escritores y ciudadanos comunes tengan acceso a millones de páginas que contienen información que, si la ley no estuviera vigente, nunca podría ser conocida (113). De tal modo, completando el circuito, si los periodistas, historiadores y escritores desean ejercer su libertad de expresión, deben tener derecho a acceder a la información previa necesaria; empero, ¿qué cabe colegir respecto del ciudadano común, quien tal vez desee conocer la información, mas no diseminarla mediante el ejercicio de la libertad de expresión? Como puede verse, este fundamento sería de aplicación limitada.

Sin embargo, dos líneas argumentales conducirían en dirección opuesta a la mentada limitada aplicación: por un lado, la doctrina, que insiste en que la viabilidad de la Primera Enmienda depende de que haya razonable acceso a la información estatal (114), y, por el otro, la mecánica propia de toda república. En punto a esto último, si se entiende que la Primera Enmienda garantiza la libertad de discutir los asuntos o negocios públicos, así como la libertad de prensa y la libertad de peticionar ante las autoridades, insisto en un gobierno republicano, de ello se colige que no puede haber república sin libertad de información.

La posibilidad de debatir sobre los actos o asuntos públicos, otrora un privilegio reservado a los legisladores y más tarde expandido hacia la sociedad, así como la libertad de prensa, que permite que el pueblo mantenga su mirada sobre los gobernantes, y la posibilidad de obtener la protección de los derechos, lo cual abarcaría peticiones efectuadas a las autoridades para que se levante el secreto que pesa sobre ciertos actos o documentos oficiales, contribuirían, en lo mediano, al sistema democrático, pero, en lo inmediato coadyuvaría al valor "libertad de expresión". Si el pueblo, formado por personas comunes, ciudadanos, vecinos, discute los asuntos públicos de una manera racional, necesita que la prensa se halle en libertad de operar sin interferencias oficiales. De tal modo, la política de libertad de informa-

ción, tal como ha sido desarrollada por el Congreso norteamericano en la ley de 1966, sería plenamente coherente con estas consideraciones relativas a la Primera Enmienda y a la libertad de expresión en ella consagrada (115). De tal modo, mediante un enfoque integral, sistemático, se supera el óbice antes expresado.

La postura de la Corte Suprema norteamericana al respecto bien puede ser sintetizada aquí mediante dos casos de tenor diverso. En el caso *Richmond Newspapers* contra el estado de Virginia (116), del año 1980, la mayoría sostuvo que la Primera Enmienda brinda al público el derecho de acceder a los juicios penales; ello, con sustento en la importancia que tradicionalmente se ha otorgado al escrutinio público en punto a dicha clase de procesos. En una opinión por separado, en dicho fallo, el *Justice Brennan* señaló que la teoría de la participación ciudadana en el autogobierno también justifica el derecho de acceso a la información, y que este razonamiento no se limita al acceso a las salas donde se llevan adelante juicios. En otro voto concurrente, el *Justice Stevens* destacó que, en este caso, la Corte reconoció por primera vez la protección de un importante derecho de acceso a información gubernamental (117). Empero, con cautela, en el caso *Mink* (118), la Corte Suprema norteamericana entendió que el hecho de que los documentos en cuestión se hallaran clasificados por el Poder Ejecutivo como secretos era todo lo que se necesitaba saber a efectos de que el acceso a los mismos se hallaba vedado. Así, si bien hubo disidencias emanadas de los *Justices Douglas* y *Stewart*, la doctrina del fallo citado torna sacrosanta a la calificación de "secreto" incluso por el Ejecutivo, sin importar la adecuación de dicha calificación, v.gr. sin ver si esa calificación resulta cínica, malope u orientada hacia la corrupción (119).

Desde la perspectiva de nuestro Derecho, resulta ilustrativo destacar, en punto al fundamento de la libertad de información para permitir el derecho a conocer o saber, lo considerado por la Corte Suprema en "Yago" (120): "[L]a Constitución Nacional en sus art. 14 y 32 y el Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23.054 contemplan el derecho de toda persona a pensar y expresar su pensamiento y a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escri-

(115) RALYVA, Harold C., "Faithful Execution of the FOIA Act: A Legislative Branch Perspective", en *Public Administration Review*, 39, July August 1979, ps. 318/323.

(116) 448 U.S. 555 (1980).

(117) Conf. MANN, Everett E., "Freedom of Information Act", en LEVY, LEONARD W. (ed. in chief) - KARST, Kenneth L. (ass. ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 1986, vols. 1-2, p. 781.

(118) *Environmental Protection Agency v. Mink*, 410 U.S. 73 (1973).

(119) SCHLESINGER, Arthur, Jr., *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1973, p. 365.

(120) "Yago, Jorge Antonio C/ Ediciones de La Urraca S.A. y otros", Fallos 314: 1517 (1991).

(112) MANN, Everett E., "Freedom of Information Act", en LEVY, Leonard W. (ed. in chief) - KARST, Kenneth L. (ass. ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 1986, vols. 1-2, p. 781.

(113) RALYVA, Harold C., "Freedom of Information Act", en ROYER, Paul S., *The Oxford Companion to United States History*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 292; en similar sentido, MANN, Everett E., "Freedom of Information Act", en LEVY, Leonard W. (ed. in chief) - KARST, Kenneth L. (ass. ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 1986, vols. 1-2, p. 781.

(114) WARREN, Kenneth F., *Administrative Law in the Political System*, 3rd ed., Prentice Hall, New Jersey, 1996, p. 186.

to o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección (art. 13, inc. 1º del Pacto cfr.). De tal modo, se ha hallado, a los fines de la búsqueda de información, un fundamento netamente constitucional, consagrado en la Norma Fundamental y en un tratado de rango constitucional también.

Impero, no podría tomarse a la libertad de expresión como sinónimo de libertad de información, según lo ha señalado la propia Corte Suprema: "Si bien la vinculación de la publicidad —en cuanto derivación del principio republicano de responsabilidad de los funcionarios por sus actos ante el pueblo— con la prensa es ineludible, puesto que, como multiplicador de la publicidad, constituye un medio eficaz para ejercer control sobre los actos de gobierno, no hay que entender a la prensa como sinónimo de publicidad, ni pretender ver una violación a la libertad de prensa donde no la hay, por establecer limitaciones a la publicidad." (121)

XIII. — DERECHOS IMPLÍCITOS

En punto al fundamento de la libertad de información, en el derecho norteamericano, con sustento en la Novena Enmienda —esto es, la cláusula de los derechos no enumerados— se habría aseverado que el derecho a la información se erige en un derecho implícito, no enumerado, emergente de dicha cláusula de la Constitución norteamericana (122).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal ha considerado expresamente esta postura en los precedentes "CPACF" (123), "Fundación Poder Ciudadano" (124) y "Centro de Implementación" (125).

De tal modo, el acceso a la información sería un derecho de rango constitucional, no expreso sino implícito.

XIV. — EXPERIENCIA HISTÓRICA

Un repaso de lo que pueden denominarse los fundamentos históricos de la libertad de información en los Estados Unidos puede echar luz sobre su

(121) "Keylán, Luis A. y otro c/ Santillán, María Laura y otros s/ sumario", *Fallos* 327: 3536 (2004), dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema.

(122) MANN, Everett E., "Freedom of Information Act", en LEVY, Leonard W. (ed. in chief) - KARST, Kenneth L. (ass. ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 1986, vols. 1/2, p. 781.

(123) CNACAF, Sala III, "CPACF c/ EN - PEN - Procuración del Tesoro de la Nación s/ amparo", causa 17.524/03, del 27/2/04, esp. cons. VII, párr. 6º.

(124) CNACAF, Sala III, "Fundación Poder Ciudadano c/ EN - Presidencia Provisoria del H. Senado s/ amparo", causa 187.343/02, del 29/11/04, esp. cons. VII f. fine.

(125) CNACAF, Sala III, "Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. c/ H. Cámara de Senadores s/ amparo", causa 17426/04, del 27/5/05, esp. cons. VIII.

linaje constitucional. Ese repaso histórico abarca, en lo sustancial, el desarrollo legislativo anterior y posterior al *affaire* Watergate, que ha moldeado lo que hoy es el acceso a la información en los Estados Unidos.

Luego de muchos años de debate en ambas cámaras del Congreso —en rigor, 11 años— se sancionó el 4 de julio de 1966, bajo la presidencia de Lyndon Johnson (sucesor de Kennedy), la Ley de Libertad de Información norteamericana, vigente, en su versión primigenia, a partir de julio de 1967. Dicha ley depuró una importante modificación a la Ley de Procedimientos Administrativos o *Administrative Procedure Act* federal pues ésta última había permitido que se mantuviera vedada, al acceso público, casi toda la información del gobierno bajo una regla de no-acceso. En cambio la Ley de Libertad de Información modificó orgánicamente tal criterio de la ley procedimental al fijar la nueva regla de libre acceso a la información que se halla bajo custodia del Poder Ejecutivo federal (126). Ese libre acceso, a partir de la ley de 1966, registró en todo supuesto salvo que se configurara una excepción, como ser, a título de ejemplo, información previamente clasificada como secreta por el Poder Ejecutivo con fundamentos en la seguridad nacional (127).

Según la doctrina, la Ley de Libertad de Información se sancionó para hacer frente a una política iniciada por burócratas federales después de la Segunda Guerra Mundial conforme la cual los órganos y entes estatales, discrecionalmente, podían determinar qué información estaría abierta al acceso del público (128); la regla antes de la sanción de la Ley de Libertad de Información era el no acceso a la misma. Impero, debe anotarse que la ley de 1966, al principio, no fue tan eficaz como se esperaba a los fines de acceder a la información; ello, en razón de la ausencia de plazos legales para la liberación de la información requerida.

Mas con posterioridad al escándalo Watergate de 1972, que involucró la colocación de escuchas telefónicas y concluyó con la dimisión de Richard Nixon como presidente, se produjo la reforma de 1974 a la ley de 1966. Dicha reforma, concretada bajo la presidencia de Gerald Ford (sucesor de Nixon), y por iniciativa del senador Edward Kennedy y del abogado defensor de los consumidores Ralph Nader, introdujo saludables plazos para que los organismos contestaran los pedidos de información; además, se impuso al organismo requerido la carga de justificar la previa clasificación de cierta infor-

(126) MANN, Everett E., "Freedom of Information Act", en LEVY, Leonard W. (ed. in chief) - KARST, Kenneth L. (ass. ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 1986, vols. 1-2, p. 781.

(127) Para los efectos de esta excepción en épocas de Nixon, ver SCHLESINGER, Arthur J., *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1973, p. 349.

(128) REAVES, Harold C., "Freedom of Information Act", en BOYER, Paul S., *The Oxford Companion to United States History*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 292.

mación (129). Ello, en los hechos, resultó derivación de que, al sancionar la ley, el Congreso había admitido la competencia del Ejecutivo para clasificar información (130). La reforma fue sancionada, tal vez, como un intento del Congreso de evitar futuros Watergates, de desmantelar la industria del secreto oficial y de lograr que el presidente rindiera cuentas (131).

En 1996 se enmendó la ley para que también abarcara información conservada en forma electrónica. A su vez, la guía ciudadana para que cualquier persona haga uso de la Ley de Libertad de Información y la Ley de Privacidad de 1974 se publica, por mandato del Congreso, desde el año 1977 y de un tiempo a esta parte, la misma se halla disponible, gratuitamente, en la *web* (132). Dicha guía sistematiza, en lo que aquí interesa, un formidable bagaje jurisprudencial relativo a ambas materias — acceso a la información, privacidad — bajo un formato de ley anotada.

Hoy la Ley de Libertad de Información — que prevé un régimen de revisión judicial de las denegatorias de acceso — integra un conjunto legislativo que, inspirado en el concepto de gobierno transparente, permite abrir cierta información o actividades oficiales al escrutinio público, fiando, empero, excepciones. Dichas leyes son la Ley de Comité Asesor Federal de 1972, la Ley de Privacidad de 1974, la Ley de Gobierno a la Luz del Sol de 1976, y la Ley de *Presidential Records* de 1978 (133), esta última, fruto específico del escándalo Watergate. A su vez, los estados tienen sus propias leyes estructurales de acceso a la información; el estado de Arkansas sancionó su ley tan solo un año después de la ley federal de 1966, esto es, en 1967. Consecuentemente, toda la información que posee el gobierno de dicho estado (con la exclusión de la información impositiva, escolar y médica) está "abierta para el escrutinio y fotocopiado" (134).

Ahora, esta apretada reseña histórica no puede soslayar la enumeración de diversas razones de resistencia a la implementación o aplicación de la Ley de Libertad de Información norteamericana. Y entre esas objeciones cabría enumerar: 1) el tiempo que insume satisfacer cada pedido de información; 2) la minimización de la autoridad e importancia del funcionario o empleado público que, al responder un pedido de información, puede es-

(129) Ver MORRIS, Richard B. - MORRIS, Jeffrey B. (eds.), *Encyclopedia of American History*, 7th ed., Harper Collins, New York, 1996, p. 529.

(130) SCHEISSINGER, Arthur, Jr., *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1973, p. 349.

(131) SCHEISSINGER, Arthur, Jr., *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1973, p. 423.

(132) Tanto la *Department of Justice (DOJ) Guide to the FOIA* como la *Overview of the Privacy Act of 1974* se hallan disponibles en <http://www.usdoj.gov/oip/oiip.html>.

(133) MANN, Everett E., "Freedom of Information Act", en LEVY, Leonard W. (ed. in chief) - KARST, Kenneth L. (ass. ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 1986, vols. 1-2, p. 781.

(134) Ver FRIEDMAN, Lawrence M., *American Law in the 20th Century*, Yale University Press, New Haven, 2002, ps. 546/547, esp. p. 547.

tar dando a conocer secretos burocráticos que, de no ser develados, mantendrían incluídome su poder; 3) el sometimiento, por dichos funcionarios o empleados, de sus archivos y su propio trabajo al escrutinio público; 4) la imposibilidad de ocultar, de los ojos del público, los errores de los funcionarios o empleados, en especial, los errores procedimentales; 5) a la luz de los puntos 3 y 4, el serio daño a la estabilidad, en el puesto de trabajo, del respectivo funcionario o empleado; 6) ubicar el quehacer del organismo en una suerte de pecera, que atrae pedidos de información, que generan complicaciones innecesarias, en especial cuando los pedidos de acceso a la información adoptan la forma de demandas judiciales promovidas bajo la FOIA (135).

De acuerdo con lo dicho, el escenario norteamericano ofrece una trascendente y evidente vinculación entre acceso a la información y experiencia histórica y fáctica. Y esa experiencia histórica no aparece inescindiblemente ligada al desarrollo de la jurisprudencia constitucional sino originada en importantes eventos históricos (Watergate) y en simples pero llamativos hechos (mora en la atención de pedidos de información).

XV. - CONCLUSIONES

Estudiar los fundamentos constitucionales o infraconstitucionales del acceso a la información permite indagar en una experiencia de larga data, que incluso parecerse remontarse hasta célebres precedentes, como *Marbury vs. Madison*, ilustrativos, desde los hechos, de la fuerte tendencia oficial a negarles información a los particulares (§ 2). Acotando el ámbito de análisis a aquella información que no constituye dato personal, y que no se halla protegida por un supuesto que impida la liberación, nos topamos con una información cuyo libre acceso debería ser la regla (§ 3). Ahora, ¿tiene ese libre acceso fundamentos de rango constitucional (§ 4)?

Desde los inicios del constitucionalismo norteamericano existió una preocupación hacia la información sujeta a libre — mas no gratuito — acceso por parte de los ciudadanos en el marco de un buen gobierno: sin embargo, la Constitución norteamericana de 1787 no consagró, en forma expresa, un derecho a la información. Similar conclusión se alcanzaría a la luz de la experiencia argentina en la materia: diversos instrumentos anteriores a la Constitución argentina de 1853/60 previeron en forma expresa la publicación de ciertos actos de los diversos poderes, mas no se consagró, en la Norma Fundamental histórica argentina, en forma expresa, un derecho a la información. En síntesis, en su forma originaria, el acceso a la información aparecería perfiado como una libertad, no constitucionalizada, de las personas (§ 5).

(135) WARREN, Kenneth E., *Administrative Law in the Political System*, 3rd ed., Prentice Hall, New Jersey, 1996, p. 187.

Mayor entidad evidencia, entre nosotros, el fundamento relativo a la publicidad de los actos de gobierno. Insista en el término "república" del art. 1º, Const. Nac., y el relativo a que el acceso a la información en poder estatal fluye, como derecho implícito, de esa publicidad (§ 6) (§ 10). Además, una "república" —art. 1º, Const. Nac.— presupone la publicidad de los actos de gobierno, con lo que el acceso a la información en poder estatal fluye, como derecho implícito, de esa forma de gobierno (§ 7). En ese contexto, la rendición de cuentas que deben realizar los gobernantes, como fundamento del acceso a la información, integraría el universo de derechos o garantías no escritas en la Constitución pero implícitas en tanto dimanantes de la forma republicana de gobierno, art. 33, Const. Nac. (§ 8).

De cara a la participación, el acceso a la información, en nuestro país, se perfila en forma diversa a la emergente del derecho norteamericano: mientras que, por un lado, en el ámbito federal norteamericano, la libertad de información no exhibe linaje constitucional (como tampoco lo exhibe el derecho a participar en la toma de decisión estatal), en nuestro país, y a los fines de poder participar, el derecho de acceso a la información es de rango constitucional o infraconstitucional según de qué supuesto específico se trate (§ 9).

En cuanto al fundamento del acceso a la información con base en la dignidad humana, en nuestro país, el mentado fundamento, de evidente ralgambre constitucional, sería, desde el punto de vista subjetivo, de aplicación restringida a las personas físicas (§ 11). También se ha hallado, a los fines de la búsqueda de información, un fundamento netamente constitucional, consagrado en la Norma Fundamental —libertad de expresión— y en tratados de rango constitucional también (§ 12). Ello, por cierto, en la medida en que la información buscada esté destinada, posteriormente, a posibilitar la libertad de expresión. Además, se ha considerado el derecho de acceso a la información como un específico derecho implícito (§ 13).

Finalmente, el escenario norteamericano ofrece una trascendente y evidente vinculación entre acceso a la información y experiencia histórica y fáctica. Y esa experiencia histórica no aparece inescindiblemente ligada al desarrollo de la jurisprudencia constitucional sino originada en importantes eventos históricos (Watergate), en simples pero llamativos hechos (mora en la atención de pedidos de información) (§ 14).

Una reflexión final: Dicho andamiaje histórico y fáctico aparece como fundamento o razón de ser del régimen norteamericano de acceso a la información. Mas ese andamiaje, si bien puede servir como modelo a otras democracias occidentales, sólo podría ser transplantado a éstas con éxito en la medida en que (i) impere un medio institucionalmente fértil, y en la medida en que (ii) la legislación diferencie, para los supuestos de rango constitucional y de rango infraconstitucional, información públicamente accesible por un lado, e información excluida de tal accesibilidad. Todo ello, con escaso

espacio para la interpretación administrativa discrecional y con plena posibilidad de prudente revisión judicial posterior. Esto último puede ser ilustrado con la sana jurisprudencia que, desde hace algunos años, a producido la justicia federal contenciosoadministrativa en valiosos precedentes que no fueron objeto de apelación.

