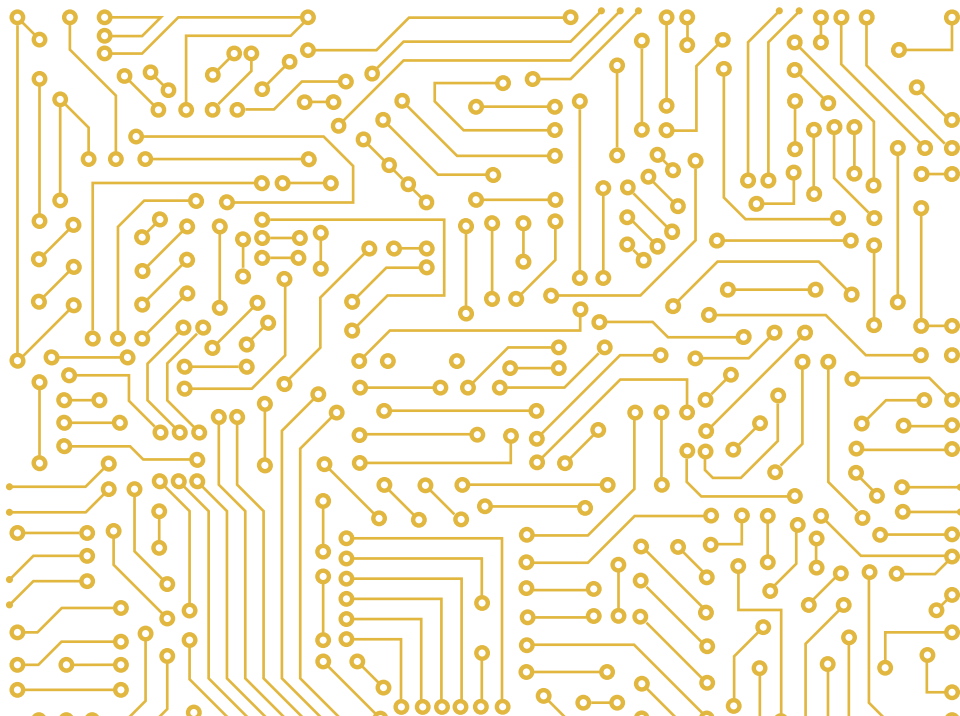


CIUDAD TRANSPARENTE

LEY N° 104 COMENTADA, LEY N° 5784
Y DECRETO REGLAMENTARIO N° 260/17

Directora: Dra. Marcela I. Basterra | Prólogo: Daniel Sabsay

Agustín Allende Larreta; María Gracia Andía; Javier Barraza; Marcela I. Basterra; Elisabeth Berra; Pablo Casas; Hernán Charosky; Horacio Corti; Juan Corvalán; Andrés D'Alessandro; Pablo De Giovanni; Agustina Del Campo; Santiago Díaz Cafferata; Axel Eljatib; Germán Emanuele; María Victoria Finn; Elena Gómez; Osvaldo Gozaíni; Renzo Lavin; Marcelo López Alfonsín; Carlos Mas Velez; Mariano Mosquera; Adrián Pérez; Daniel Presti; Oscar Puccinelli; Yasmín Quiroga; Fernando Rivas; Estela Sacristán; Luciana Salerno; Guillermo Scheibler; Pablo Secchi; Inés Selwood; Franco Serra; Javier Telias



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



CIUDAD TRANSPARENTE

LEY N° 104 COMENTADA, LEY N° 5784
Y DECRETO REGLAMENTARIO N° 260/17



www.editorial.jusbaire.gov.ar
editorial@jusbaire.gov.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Ciudad transparente : Ley n° 104 comentada, Ley n° 5784 y decreto reglamentario n° 260/17 / Agustín Allende Larreta ... [et al.] ; dirigido por Marcela Basterra; prefacio de Guillermo Scheibler ; prólogo de Daniel Alberto Sabsay. -1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, 2018.

Libro digital, PDF - (Colección Doctrina)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-050-8

1. Acceso a la Información Pública. I. Allende Larreta, Agustín II. Basterra, Marcela, dir. III. Scheibler, Guillermo, pref. IV. Sabsay, Daniel Alberto, prolog.

CDD 342

© Editorial Jusbaire, 2018

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta
Vanessa Ferrazzuolo

Miembros
Marcela I. Basterra
Alejandro Fernández
Lidia Ester Lago
Carlos F. Balbín
Silvina Manes
Alejandra García

Departamento de Coordinación de Contenidos

Editorial Jusbaire

Edición: Francisco Berreta, Analía V. Córdoba, Daiana Fernández
Corrección: Daniela Donni, Mariana Palomino, Florencia Parodi

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Colaboración en arte de tapa: Gonzalo Cardozo
Maquetación: Carla Famá, Gonzalo Cardozo, Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2018

Presidenta

Marcela I. Basterra

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Juan Pablo Godoy Vélez

Darío Reynoso

Javier Roncero

Marcelo Vázquez

Administrador General

Luis Hernando Montenegro

ÍNDICE

PRÓLOGO	
Por Daniel Sabsay.....	11
INTRODUCCIÓN	
Por Marcela I. Basterra.....	15
ALGUNAS REFLEXIONES A 20 AÑOS DE LA SANCIÓN DE LA LEY N° 104	
Por Guillermo Scheibler.....	31
ARTÍCULO 1	
EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA LEY N° 5784	
Por Marcelo López Alfonsín y Luciana Salerno.....	67
ARTÍCULO 2	
PRINCIPIOS DE LA LEY N° 104 DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	
Por Marcela I. Basterra.....	101
ARTÍCULO 3	
SUJETOS OBLIGADOS	
Por Santiago Díaz Cafferata.....	127
ARTÍCULO 4	
ALCANCES, DOCUMENTOS Y SOPORTES TECNOLÓGICOS	
Por Andrés D' Alessandro.....	161
ARTÍCULO 5	
ENTREGA DE LA INFORMACIÓN	
Por Marcela I. Basterra.....	169
ARTÍCULO 6	
LAS SIETE EXCEPCIONES QUE LIMITAN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	
Por Fernando Javier Rivas.....	185

ARTÍCULO 7	
ENTREGA DE INFORMACIÓN PARCIAL	
Por Elisabeth I. Berra.....	209
ARTÍCULO 8	
EL PRINCIPIO DE GRATUIDAD	
Por Osvaldo A. Gozaíni.....	221
ARTÍCULO 9	
EL PRINCIPIO DE INFORMALISMO Y LA POSIBILIDAD DE SOLICITAR ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN FORMA ANÓNIMA CONFORME A LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LEY N° 5784 A LA LEY N° 104 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES	
Por Agustín P. Allende Larreta.....	233
ARTÍCULO 10	
LOS PLAZOS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	
Por Elisabeth I. Berra.....	261
ARTÍCULO 11	
EL DIÁLOGO COMO MECANISMO DE AMPLIACIÓN DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	
Por Hernán Charosky.....	269
ARTÍCULO 12	
ANTE LA FALTA DE RESPUESTA O RESPUESTA INSUFICIENTE SE PREVÉN DOS CAMINOS	
Por Pablo De Giovanni.....	293
ARTÍCULO 13	
DENEGATORIA FUNDADA	
Por Renzo Lavin.....	307
ARTÍCULO 14	
RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS FRENTE A LA LEY N° 104	
Por Elena I. Gómez.....	331

ARTÍCULO 15	
LA VISIBILIDAD DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	
Por Pablo C. Casas y Yasmín Quiroga.....	341
ARTÍCULO 16	
CONSTRUYENDO UN REPOSITORIO DE INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES	
Por Inés Selwood.....	351
ARTÍCULO 17	
TRANSPARENCIA, AGENDA E INNOVACIÓN. UN ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE TRANSPARENCIA ACTIVA EN LA LEY N° 5784 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES	
Por Mariano Mosquera.....	359
ARTÍCULO 18	
DISCUSIONES DE SEGUNDA GENERACIÓN: LA TRANSPARENCIA ACTIVA COMO HOJA DE RUTA PARA CERRAR LA BRECHA ENTRE LO DICHYO Y LO HECHO	
Por Pablo Secchi y Germán Emanuele.....	391
ARTÍCULO 19	
LA CASA DE LA TRANSPARENCIA	
Por Daniel Presti.....	419
ARTÍCULO 20	
PUBLICIDAD, TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN. LA NOVEDOSA CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN QUE ENCARNA LA LEY N° 104 A TRAVÉS DE LA REFORMA DE LA LEY N° 5784	
Por Horacio G. Corti, Axel Eljatib y Javier Telias.....	427
ARTÍCULO 21	
INFORMACIÓN MÍNIMA DEL PODER JUDICIAL	
Por Oscar Raúl Puccinelli.....	441

ARTÍCULO 22 LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Por Carlos Mas Velez.....	485
ARTÍCULO 23 FUNCIONES DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN EN LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA CABA Por Estela B. Sacristán.....	497
ARTÍCULO 24 LA RED DE ENLACES U OFICIALES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. SU IMPORTANCIA EN LA GARANTÍA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Por Adrián Pérez.....	535
ARTÍCULO 25 EL ÓRGANO GARANTE DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Por Agustina Del Campo y Franco Serra.....	543
ARTÍCULO 26 LAS FUNCIONES DEL ÓRGANO GARANTE DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: PRIMEROS PASOS Por María Gracia Andía.....	569
ARTÍCULOS 27 y 28 ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DESIGNACIÓN DEL TITULAR DEL ÓRGANO GARANTE DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Por Javier Barraza.....	617
ARTÍCULOS 29 y 30 EL TITULAR DEL ÓRGANO GARANTE: CESE EN SUS FUNCIONES Por Estela B. Sacristán.....	637
ARTÍCULO 31 INSTANCIAS DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE POLÍTICAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Por Adrián Pérez.....	667

ARTÍCULOS 32 y 33 VÍAS RECURSIVAS O RECLAMATIVAS DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Por Juan G. Corvalán y María Victoria Finn.....	677
ARTÍCULO 34 APORTES PARA LA GARANTÍA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN Por María Gracia Andía.....	695
ARTÍCULO 35 RECHAZO DEL RECLAMO Por Marcela I. Basterra.....	731
LOS AUTORES Y LAS AUTORAS.....	741

Artículo 29. Cese de las funciones

El/la titular del Órgano Garante cesará en sus funciones en caso de mediar alguna de las siguientes circunstancias:

- a. **Renuncia;**
- b. **Incapacidad sobreviniente;**
- c. **Fallecimiento;**
- d. **Estar comprendido en alguna situación que le genere incompatibilidad o inhabilidad;**
- e. **Remoción.**

Reglamentación Decreto N° 260/17. Anexo I. Artículo 29. Sin reglamentar.

Artículo 30. Remoción del Titular del Órgano Garante

El/la titular del Órgano Garante podrá ser removido/a por mal desempeño, por delito en el ejercicio de sus funciones o delitos comunes.

Reglamentación Decreto N° 260/17. Anexo I. Artículo 30. Sin reglamentar.

EL TITULAR DEL ÓRGANO GARANTE: CESE EN SUS FUNCIONES

Por Estela B. Sacristán

El artículo 29, que se encuentra al momento de escribir estos párrafos sin reglamentar, versa sobre las circunstancias en las cuales el titular del Órgano Garante cesa en sus funciones.¹

Se expondrá acerca de las diversas causales, planteándose interrogantes liminares y ensayándose respuestas según la normativa y experiencia jurisprudencial existentes, sin perjuicio de la reglamentación que eventualmente se dicte. Y, como acotación liminar, puede apuntarse que hay asimetría de redacción si se comparan el artículo 29 de la ley de la Ciudad y el artículo 26 de la Ley Nacional de Acceso a la Información N° 27275.²

1. Sobre esta materia, en el nivel nacional, cabe remitir a Basterra, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27275 y decreto reglamentario 206/2017. Comentados, anotados y concordados*, Buenos Aires, Astrea y Jusbairens, 2017, pp. 269-272, y en especial jurisprudencia allí citada.

2. La Ley nacional N° 27275 establece, en su art. 26, que el funcionario (a cargo de la Agencia de Acceso a la Información Pública) “cesará de pleno derecho en sus funciones

RENUNCIA

El titular del Órgano Garante cesa por renuncia. La renuncia –*v.gr.*, la dimisión³ o derecho de concluir la relación de empleo–,⁴ a los efectos de conllevar el cese en las funciones, deberá ser objeto de aceptación, y a partir de ese momento el funcionario dejará de pertenecer al organismo.⁵

Puede aclararse que la renuncia, antes de que se opere la aceptación, puede ser objeto de retractación; si ocurriese después de la aceptación, la retractación será extemporánea.

A su vez, la aceptación se instrumentará mediante el respectivo acto emanado de autoridad competente, que en el supuesto aquí analizado será el órgano que haya efectuado la designación bajo el artículo 27 de la ley, *v. gr.*, la máxima autoridad de cada poder del gobierno.

INCAPACIDAD SOBREVINIENTE

El titular del Órgano Garante cesa por incapacidad sobreviniente. Se define a la incapacidad como el defecto o falta total de capacidad, de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones, y también se la equipara con la inhabilidad, la ineptitud, la incompetencia, la falta de entendimiento, la torpeza, o la imposibilidad mayor o menor de valerse por sí mismo.⁶

de mediar alguna de las siguientes circunstancias”, al tiempo que la ley de la Ciudad establece que el titular (del Órgano Garante) “cesará en sus funciones en caso de mediar alguna de las siguientes circunstancias”. A su vez, la ley nacional incluye en el art. 27 la causal de vencimiento del mandato, circunstancia no contemplada en el art. 29 de la ley de la Ciudad. Finalmente, la ley de la Ciudad contempla el cese en las funciones por remoción, procedimiento que la ley nacional prevé como posibilidad (“podrá ser removido...”) y que la ley nacional regla en un artículo por separado: el art. 27.

3. Ver la voz respectiva en Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, edición del tricentenario, actualización 2017. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Vyqz9zm> [fecha de consulta: 31/07/2018].

4. Arg. Ley N° 25164, Ley Nacional de Empleo Público, art. 22.

5. Ver, en este sentido, “Carpaneto, Juan Carlos c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de San Luis s/ contencioso-administrativo”, Fallos CSJN: 315:414, del 24/03/1992.

6. Ossorio, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 1ª ed. electrónica, Datascan, Guatemala, s/f. Disponible en: https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf [fecha de consulta: 31/07/2018].

Es claro que, atento lo requerido por la ley por parte del titular del Órgano Garante, en especial en el artículo 26, tiene que tratarse de una incapacidad que le impida el adecuado ejercicio de sus competencias y que los medios tecnológicos actuales no logren neutralizar.⁷ Por ello, el concepto puede considerarse más cercano a la incapacidad laboral, que es “la invalidez o imposibilidad para el trabajo, circunstancia que desde la óptica del empleo público podría ser relacionada, además, con la falta de idoneidad en sentido amplio”.⁸

La incapacidad sobreviniente –cabe inferir, sobreviniente a la designación– es causal de cese en las funciones. Ahora, esa incapacidad sobreviniente a la que alude la ley es genérica pues no se halla calificada o adjetivada en el texto. Por ende, el concepto de incapacidad sobreviniente puede, hipotéticamente, comprender razones físicas o mentales o psíquicas o de otra clase.⁹

Asimismo, se advierte que la norma aquí comentada, en su inciso b), no exige:

- (i) que esa incapacidad sobreviniente sea permanente o reversible;
- (ii) que la misma deba ser grave u ostensible o que pueda ser leve o imperceptible;
- (iii) que deba ser debidamente certificada o comprobada y, en su caso, por cuáles profesionales u órganos estatales;
- (iv) que deba tener entidad suficiente como para afectar el ejercicio de las funciones o para incidir en la vida, en general, del funcionario titular del Órgano Garante.

Así las cosas, dado que la ley por ahora no distingue, se tendrá que aguardar la reglamentación normativa o, en su caso, la interpretación jurisprudencial a los efectos de tales particularidades.

7. Considérese que, en otras épocas, se podría haber considerado incapaz en forma sobreviniente a un funcionario como el que nos ocupa, ya designado, que sufriera un accidente y quedara impedido en punto a su órgano visión. Hoy, las computadoras u ordenadores cuentan con una aplicación que permite “escuchar” textos escritos, y su utilidad, para un funcionario impedido de ver y que tenga que resolver reclamos, se potencia ante la implementación del denominado “expediente electrónico”.

8. Ugarte, Marcelo León, “El régimen de incompatibilidades”, en García Pullés, Fernando (dir.), *Régimen de empleo público en la Administración nacional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 243.

9. Comparar la redacción del art. 249, inc. 3, de la Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, D.L. 6769/1958, o la redacción del art. 110 de la Constitución de la Provincia de La Pampa, o la redacción de los arts. 219 o 229 de la Constitución de la Provincia de San Juan.

Sin embargo, con relación al campo de actuación del funcionario, es claro que la incapacidad sobreviniente debería ser apreciada, bajo un criterio de razonabilidad, a la luz de lo requerido en las específicas funciones del funcionario—en especial bajo el artículo 26 de la ley—, y no respecto de otros aspectos de su vida personal. En otras palabras, la incapacidad sobreviniente debería ser apreciada a la luz de la idoneidad requerida.¹⁰

FALLECIMIENTO

El titular del Órgano Garante cesa en sus funciones por fallecimiento. En punto a esta causal de cese de funciones, cabe estarse a lo prescripto en los artículos 93 a 95 y concordantes del Código Civil y Comercial a los fines de su conceptualización de cuándo este se opera.

Ocurrido el fallecimiento, ¿podría el inferior jerárquico inmediato ocupar el cargo hasta tanto se inste y complete el procedimiento del artículo 27 de la ley? Dado que el ejercicio de la competencia es obligatorio conforme al artículo 2 de la ley de procedimientos de la Ciudad, parecería razonable que el inferior jerárquico inmediato ocupe el cargo transitoriamente hasta que se concrete esa designación pues, caso contrario, el órgano quedaría vacante y nadie ejercería la competencia obligatoria.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema relativa al cargo (hoy vacante, de “Defensor del Pueblo de la Nación”), limita o restringe el alcance de estas reflexiones, en lo principal, al hacer hincapié en el procedimiento de designación del respectivo funcionario; ello, en un marco de muy prolongada vacancia y de específica legitimación procesal otorgada en la Norma Fundamental nacional, entre otros aspectos.¹¹ La cuestión se vincula con lo que Basterra denomina “intransferibilidad del cargo”, y a sus reflexiones cabe remitir.¹²

10. Ver la conceptualización de incapacidad laboral ya repasada. Conf. Ugarte, Marcelo León, “El régimen de incompatibilidades”, en García Pullés, Fernando (dir.), *Régimen de empleo público en la Administración nacional*, op. cit.

11. Ver “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, Fallos CSJN: 339:1562, del 1/11/2016.

12. Basterra, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27275 y decreto reglamentario 206/2017. Comentarios, anotados y concordados*, op. cit., p. 272.

ESTAR COMPRENDIDO EN ALGUNA SITUACIÓN QUE GENERE INCOMPATIBILIDAD O INHABILIDAD

El inciso d) alude a incompatibilidades e inhabilidades, y si el titular del Órgano Garante estuviere comprendido en alguna de ellas cesará en sus funciones.

Incompatibilidad

La incompatibilidad del inciso d) significa, en una mirada liminar, “[i]mpedimento o tacha legal para ejercer una función determinada o para ejercer dos o más cargos a la vez. El concepto se halla especialmente referido a los empleos y funciones públicos”.¹³ Siguiendo los conceptos de Ossorio,¹⁴ la incompatibilidad podrá ser de fuente legal (porque la establece una norma), o bien de hecho (caso de superposición de horarios).

Marienhoff¹⁵ advierte, en el concepto de incompatibilidad, dos vertientes:

Por un lado, el deber de no acumular un mismo agente dos o más empleos considerados inconciliables por la norma respectiva; por el otro, el deber de no ejercer coetáneamente con el empleo, alguna actividad o profesión consideradas inconciliables con este.

En cambio, en el sector público nacional –postura receptada por la doctrina—¹⁶ se adopta una conceptualización más restringida: “La incompatibilidad, en cambio, se genera cuando el funcionario se desempeña o es designado en forma simultánea en más de un cargo o empleo público remunerado en la Administración nacional, provincial o municipal”.¹⁷

13. Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, op. cit.. Disponible en: https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf [fecha de consulta: 31/7/2018].

14. Ídem.

15. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, cuarta edición actualizada, 1994, T. III-B, p. 248.

16. Ugarte, Marcelo León, “El régimen de incompatibilidades”, en García Pullés, Fernando (dir.), *Régimen de empleo público en la Administración nacional*, op. cit., p. 243.

17. Nattero, Patricio; Baragli, Néstor; Bardí, Pedro Martín (Nouzeilles, Roxana, colab.), *Conflictos de intereses. Disyuntivas entre lo público y lo privado y prevención de la corrupción*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la nación, PNUD Argentina, Oficina Anticorrupción, Serie Estrategias para la Transparencia, 2009, p. 25.

En el caso del titular del Órgano Garante, el artículo 28 de la ley claramente establece que el ejercicio de la función requiere “dedicación exclusiva”. Tal es el criterio que orienta la lectura de la norma respecto de cuál es la finalidad del legislador con relación al citado funcionario. Así, en lenguaje cotidiano, se veda la acumulación del trabajo como titular del Órgano Garante con cualquier otro trabajo –bajo el título que fuere, remunerado o *ad honorem*–, sea en el sector privado o en el sector público.

Además, el artículo 28 citado aclara que el ser titular del Órgano Garante es “incompatible” con cualquier otra actividad pública o privada. De este modo, la ley se asegura que el titular de dicho Órgano se desempeñe en el cargo, afectando toda su capacidad laboral a dicho rol.¹⁸

Dado que la norma no distingue, y atento la finalidad perseguida por el legislador, se hallarían comprendidas en esa veda todas aquellas actividades, de la clase que fueren, que afectaren la “dedicación exclusiva” que la norma asegura. Dicha dedicación, exclusiva, a su vez, es una protección para los particulares, pues se les asegura que, efectivamente, el funcionario estará desempeñando sus competencias sin distracciones. Y también es una suerte de garantía para los órganos o entes con los que se relacione el Órgano Garante pues se asegura eficacia en la consecución de los cometidos fijados en la ley.

Sentado ello, cabe preguntarse, en forma hipotética: ¿podría el titular del Órgano Garante ejercer una actividad académica fuera de su horario de trabajo, es decir, cuando se halla temporalmente fuera del horario que debe afectar en forma exclusiva a sus labores como titular del Órgano Garante? ¿Podría, fuera del horario de trabajo, o en

18. La enumeración de incompatibilidades, en el art. 28, es llamativamente exigua. Comparar, por ejemplo, con el art. 9 del DL 1285/1958, reglamento para la Justicia nacional, que establece que la magistratura judicial es incompatible con “toda actividad política, con el ejercicio del comercio, con la realización de cualquier actividad profesional, salvo cuando se trate de la defensa de los intereses personales, del cónyuge, de los padres y de los hijos, y con el desempeño de empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios de carácter honorario. No estará permitido el desempeño de los cargos de rector de universidad, decano de facultad o secretario de las mismas. Los magistrados de la justicia nacional podrán ejercer, exclusivamente, la docencia universitaria o de enseñanza superior equivalente, con la autorización previa y expresa, en cada caso, de la autoridad judicial que ejerza la superintendencia. A los jueces de la Nación les está prohibido practicar juegos de azar, concurrir habitualmente a lugares destinados a ellos o ejecutar actos que comprometan la dignidad del cargo”. De la lectura de esta norma se desprende que hay supuestos que no han sido previstos en la ley de acceso a la información; tales, por ejemplo, el de actividad profesional para defensa de intereses personales.

los días no laborables, impartir enseñanza, participar en una jornada académica o tomar un curso de posgrado? En otras palabras, ¿podría ejercer la docencia de tiempo parcial?

La respuesta afirmativa¹⁹ parece imponerse, en especial dado que no se afectaría la “dedicación exclusiva” en virtud de no hallarse comprometido el horario de trabajo como titular del Órgano Garante. Además, esa posibilidad de ejercer actividades académicas de tiempo parcial coadyuvaría al mantenimiento de la idoneidad²⁰ que la ley persigue en dicho titular bajo el artículo 28 de la ley. Resultaría imposible que, por ejemplo, dicho titular no se actualice, en su *expertise*, en algún momento, a lo largo de los cinco –o, eventualmente, diez– años que duraría su designación, o que no se incorpore a seminarios de debate de cuestiones técnicas de su campo de actuación, o que no investigue y enseñe en el grado o posgrado en días y horarios que no afecten su dedicación exclusiva. Asimismo, se admite el ejercicio de la docencia en la ley nacional de Ministerios,²¹ así como en el reglamento de la Justicia nacional.²² Resulta así aplicable un precedente jurisprudencial sobre clases dictadas por una funcionaria del Tribunal de Cuentas de la Nación, los días sábados en horario matutino.²³

Lo dicho, por cierto, implica tener por improcedente la asunción de tareas de enseñanza en calidad de profesor *full time* o de investigador *full time*, pues ello atentará contra la dedicación exclusiva requerida. También atentará contra la dedicación exclusiva la asunción de cargos académicos tales como el de rector, decano o secretario de una

19. En igual sentido, Basterra, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27275 y decreto reglamentario 206/2017. Comentados, anotados y concordados, op. cit.*, p. 270.

20. Conf. Ivanega, Miriam M., *Las relaciones de empleo público*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 178, “... la idoneidad es una condición para el ingreso a la Administración pública cualquiera fuese la relación jurídica. Es decir no es exclusiva del régimen de estabilidad, sino que los que no gozan de ella también deben ser idóneos para cumplir la función asignada, ya sea política, administrativa, temporaria, transitoria, etc.”.

21. Ley N° 22520 o Ley de Ministerios, art. 24: “Durante el desempeño de sus cargos los Ministros, Secretarios y Subsecretarios deberán abstenerse de ejercer, con la sola excepción de la docencia, todo tipo de actividad comercial, negocio, empresa o profesión que directa o indirectamente tenga vinculaciones con los poderes, organismos o empresas nacionales, provinciales y municipales”. Esta ley se halla publicada en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48853/texact.htm> [fecha de consulta: 4/08/2018].

22. Ver la nota al pie n° 18 de este trabajo.

23. Ver, en especial, “D’Argenio, Inés A. c/ Tribunal de Cuentas de la Nación (Resolución 869)”, Fallos CSJN: 308:770, del 13/05/1986.

facultad,²⁴ amén de que, en estos supuestos, el funcionario quedaría en subordinación respecto de otras autoridades. A todo evento, la interpretación y aplicación de las normas, en estos casos, deberá ser severa pues se halla en juego el ejercicio de una función pública.

A todo evento, el supuesto estudiado halla una importante guía orientativa en las sustanciales restricciones fijadas en la Ley de Ética Pública de la Ciudad, N° 4895, en especial su artículo 10 sobre obligación de declarar otras actividades.²⁵ De tal modo, tendrá que ser objeto de declaración la asunción de actividades docentes, a título de ejemplo; actividad docente que nunca podría afectar la “dedicación exclusiva” requerida por la ley de acceso a la información en el titular del Órgano Garante, por lo que tiene que ser de tiempo parcial.

Tiene que tenerse en cuenta que, al momento de escribir estas líneas, la Ley N° 4895 de Ética en el ejercicio de la función pública de la Ciudad, no ha incluido, en forma expresa o individualizada, en la enumeración de su artículo 6, al titular del Órgano Garante objeto de este comentario,²⁶ lo cual es natural dada la fecha de su sanción. Sin

24. Ver, por analogía, *Acordada 21/96 - ejercicio de la docencia*, Fallos CSJN: 320: 2253, del 24/10/1997, esp. p. 2256; “Greco, Roberto Ernesto”, Fallos CSJN: 306:556, del 5/06/1984; “Chirinos, Bernabé L”, Fallos CSJN: 289: 161, del 30/07/1974; “Malagarriga, Carlos C.”, Fallos CSJN: 234:647, del 9/05/1956; “Llambías, Jorge Joaquín”, Fallos CSJN: 248:179, del 26/10/1960.

25. El sistema de declaración semeja al previsto en el DL 1285/1958, reglamento para la Justicia nacional, salvo que, en este último supuesto, debe operarse la declaración y la posterior autorización previa y expresa, en cada caso, por parte de la autoridad competente, y la docencia debe ser universitaria o superior o equivalente (lo cual hace presumir que también incluiría a la docencia de posgrado).

26. Dicho artículo actualmente establece: “Sujetos comprendidos: Quedan comprendidos dentro de las disposiciones del presente capítulo:

El Jefe/a y Vice-Jefe/a de Gobierno, los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales o equivalentes del Poder Ejecutivo y los titulares de los entes descentralizados; Los Diputados/as de la Ciudad, Secretarios/as, Subsecretarios/as y Directores Generales de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires;

Los miembros del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Magistratura, el Fiscal General, el Defensor General, el Asesor General de Incapaces, los Camaristas, Jueces, Fiscales y Defensores; y los adjuntos, Secretarios y Prosecretarios de todos los organismos mencionados o cargos equivalentes;

Los miembros de las Juntas Comunales;

El Síndico General, el Procurador General y sus adjuntos, los Directores Generales de la Procuración, los miembros de la Auditoría General de la Ciudad, el Defensor del Pueblo y sus adjuntos, como así también el personal con categoría no inferior a director o equivalente del personal de dichos organismos;

embargo, el titular del Órgano Garante se halla comprendido en sus previsiones dado el rango otorgado al mencionado titular.

En efecto, si bien la ley de acceso a la información no especifica el rango que ostenta el titular del Órgano Garante, el decreto 427-GCA-BA-17, del 23/11/2017,²⁷ establece que el Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información funcionará como “organismo fuera de nivel en la órbita de la Vicejefatura de Gobierno”, en marco de lo establecido por el artículo 25 de la Ley N° 5784 (que subrogó el texto de la Ley N° 104 de la Ciudad), y que tendrá nivel remunerativo equivalente a “Subsecretario”.

Por ende, ese rango, de “Subsecretario”, lo incluirá en las previsiones de la Ley N° 4895 de Ética en el ejercicio de la función pública de la Ciudad, pues la enumeración del artículo 6 de esa ley incluye a los Subsecretarios.

Finalmente, cabe preguntarse: ¿podría el titular del Órgano Garante, fuera de su horario de trabajo, asumir compromisos profesionales remunerados o no?

Sin lugar a dudas, la “dedicación exclusiva” –que, como vimos, y mediante aplicación de exigentes cánones aplicables a los jueces, podría hallar una armónica compatibilidad con una razonable actividad académica de índole no ejecutiva–, no brinda espacio para compatibilidad alguna con la actividad profesional remunerada o no. El artículo 28, al prescribir la incompatibilidad con cualquier otra actividad pública o pri-

Los Directores, el Síndico, el Gerente General y Subgerente General del Banco de la Ciudad de Buenos Aires;

Toda persona que integre comisiones de evaluación de ofertas o de adjudicación en licitaciones públicas o privadas de compra o contratación de bienes o servicios en que intervenga la Ciudad;

Las personas que integren los organismos de control, con categoría no inferior a la de Director General;

Los directivos, síndicos e integrantes de los directorios de los organismos descentralizados, entidades autárquicas, organismos de seguridad social, las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones donde el Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias; y

El Jefe de la Policía de la Ciudad y los funcionarios policiales de la misma con rango superior a Comisario. (Conforme texto Art. 514 de la Ley N° 5.688, BOCBA N° 5042 del 06/01/2017)

El Jefe del Cuerpo Bomberos de la Ciudad y los funcionarios integrantes del mismo con grado superior a Comandante. (Incorporado por el Art. 515 de la Ley N° 5.688, BOCBA N° 5042 del 06/01/2017)”.

27. BOCBA 24/11/2017. Disponible en: https://documentosboletinoficial.buenosaires.gov.ar/publico/ck_PE-DEC-AJG-AJG-427-17-5261.pdf [fecha de consulta: 8/08/2018].

vada, prevalece. La razón detrás de esta restricción hace que el funcionario no distraiga esfuerzos en la misión que debe llevar a cabo, por demás exigente dado el carácter novedoso de la ley formal a supervisar.

Sin embargo, tal restricción impeditiva no alcanza a la integración de asociaciones sin fines de lucro.²⁸

Inhabilidad

Marienhoff²⁹ diferencia la incompatibilidad de la inhabilidad: “la ‘inhabilidad’, o inhabilitación, es una prohibición que pesa sobre determinada persona para ejercer cargos públicos o realizar ciertas actividades; esa prohibición generalmente, pero no siempre, deriva de una sanción”, con cita del actual artículo 66 de la Constitución Nacional. En otra doctrina, sin embargo, se afirma que la inhabilidad “refiere a cuestiones de orden ético o moral, generalmente subjetivas, que hacen a la honradez y neutralidad que debe tener todo agente público ante situaciones particulares que comúnmente dejan entrever conflictos de intereses contrapuestos y que obligan a apartarse de su resolución”.³⁰

En el caso del titular del Órgano Garante, debe atenderse a las prohibiciones emergentes del artículo 28 de la ley, que veda o impide “cualquier actividad partidaria mientras dure el ejercicio de la función”, y que le impide “tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita”.³¹

28. “Sala V Criminal y Correccional - autorización - Filozof, Mario (Juez de Cámara) s/ autorización a integrar la Comisión Directiva - Res. N° 1275/01”, Fallos CSJN: 324:2597, del 28/08/2001.

29. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., p. 249.

30. Ver, Ugarte, Marcelo León, “El régimen de incompatibilidades”, en García Pullés, Fernando (dir.), *Régimen de empleo público en la Administración nacional*, op. cit., p. 243, donde se distingue no sólo la incompatibilidad de la inhabilidad sino que, además, se distingue la incompatibilidad y la inhabilidad de la inelegibilidad y de la incapacidad: “La inelegibilidad es la falta de aptitud legal para el acceso a cargos electivos, normalmente derivada de la condena por un delito o infracción que tiene a dicha consecuencia jurídica como sanción legal accesoria o principal, de modo que no se refiere al ejercicio de la función o empleo público en sí, sino al acceso a este. La incapacidad de derecho es entendida como la falta de aptitud para ser titular de determinada relación jurídica y la de hecho como la ausencia o carencia de aptitud para ejercer por sí los derechos que se tienen”.

31. Debe tenerse presente, además, que la prohibición o veda de actividad partidaria rige para el futuro a partir de la designación, por lo que, por vía de hipótesis, el titular del Órgano Garante podría haber desplegado, en el pasado (es decir, antes de la designación), actividad partidaria, a la cual tendría que haberle puesto fin al menos a la época de designación.

Cualquier actividad partidaria

Por definición, la actividad partidaria será la relativa a los partidos políticos, y estos se hallan consagrados en la Constitución Nacional (art. 38) y definidos en la normativa.³² Se diferencia, por ende, de la redacción de otras normas fijando vedas, tales como las que prohíben, derechamente, “la actividad política”.³³ A su vez, la prohibición de intervenir en asuntos en los que pueda tener interés o vínculo insta la excusación.³⁴

Por cierto, las inhabilidades son pasibles de revisión judicial, en especial en punto a su razonabilidad. En el caso “Franco” se concluyó en lo irracional de fijar una edad máxima para trabajar en cierta profesión.³⁵ Este test de razonabilidad podría aplicarse, por ejemplo, para el caso en que se inquiriera en sí la mera afiliación a un partido político es una manifestación de “cualquier actividad partidaria”. Ello, en especial, considerando que el titular del Órgano Garante no es un juez, con lo que no se requeriría, en este, la imparcialidad requerida en los magistrados. Sin embargo, esta línea de razonamiento se derrumba a poco que se advierte que la afiliación posibilita la manifestación de voluntad –o, al menos, la expresión– del afiliado, en el seno del partido político.³⁶ Se trata, en última instancia, de vedar la actividad partidaria –pasiva, activa, real o potencial– para resguardar al titular del Órgano Garante de situaciones potencialmente perturbadoras para el desenvolvimiento de las competencias que la ley le ha asignado. Lo dicho, por cierto, toma por aceptada la diferenciación entre “política personal o partidaria” y la “política en su amplio sentido de teoría política”, reconocida en

32. Ver, por ejemplo, en el nivel nacional, los arts. 2, 3 y 7 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, N° 23298.

33. Ver DL 1285/1958, reglamento para la Justicia nacional, que establece que la magistratura judicial es incompatible “con toda actividad política”, categoría más amplia, en su literalidad, respecto de la establecida en el art. 28, párrafo segundo de la ley que comentamos.

34. Arg. art. 6 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad N° 4735.

35. Ver “Franco, Blanca Teodora c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno”, Fallos CSJN: 325:2968, del 12/11/2002.

36. Ver “Claro, Jorge Eduardo y otro s/ apelación interpuesta con respecto al escrutinio definitivo de la elección interna del Partido Intransigente de Gral. San Martín s/ apelación”, Fallos CSJN: 311:1630, del 23/08/1988, esp. cons. 2°, segundo párrafo, donde se alude a que “en materia de funcionamiento de los partidos políticos debe primar la defensa de la transparente manifestación de voluntad de los afiliados”.

“Botana”.³⁷ La ley no puede ser materia de política partidaria, y ello es lo que se resguarda mediante la prohibición del artículo 28, párrafo segundo, ya citado.

Tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita

En cuanto a la excusación que se impone cuando el funcionario tiene interés o vínculo con el asunto bajo su órbita, tiene que recordarse que la excusación protege la imparcialidad e independencia del decisor, tal que esta no se vea comprometida, y tal independencia es, al menos, la requerida para resolver reclamos e impulsar sanciones bajo el artículo 26 de la ley.

No tenemos que perder de vista que el Órgano Garante es “un organismo de control encargado de recibir y resolver reclamos de toda persona ante pedidos de información sin respuesta o mal contestados, e incumplimientos de transparencia activa por parte de agentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”,³⁸ y la imparcialidad en el ejercicio de las competencias –especialmente las que implican adjudicar derechos al resolver reclamos– requiere el pleno cumplimiento de las prohibiciones fijadas en el artículo 28 de la ley.

Incompatibilidades e inhabilidades

Otro interrogante que podemos mencionar hace a la posibilidad de que las incompatibilidades o inhabilidades sean fijadas en forma previa a la designación, o si podrían ser establecidas en una norma –de rango legal formal, atento su carácter restrictivo de derechos– con posterioridad a la designación.

En este aspecto cabe recordar que las inhabilidades no son de índole penal, con lo que, hipotéticamente, podrían ser fijadas o creadas, por ley formal, después de la designación, para ser aplicadas al funcionario designado previamente.³⁹ Similar razonamiento podría esgrimirse respecto de las incompatibilidades en tanto fijadas o crea-

37. “Botana, Helvio Ildefonso y otros c/ CADEPSA. y otros s/ nulidad de actos jurídicos”, Fallos CSJN: 313:173, del 6/03/1990, esp. p. 186.

38. Buenos Aires Ciudad, “Glosario”, voz “Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información (OGDAI)”, Buenos Aires, s/f. Disponible en: <http://www.buenosaires.gob.ar/gobierno/solicitantes> [fecha de consulta: 31/07/2018].

39. Ver “Howard, Arturo”, Fallos CSJN: 305:385, del 22/03/1983, cons. 5°.

das por ley formal. En ambos casos, por cierto, la “nueva” incompatibilidad o inhabilidad, sancionada con posterioridad a la designación, se aplicará a los hechos producidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley que las establezca; ello pues, caso contrario, habría aplicación retroactiva de la “nueva” inhabilidad o incompatibilidad, a hechos anteriores a la entrada en vigencia de las mismas, lo cual se halla reñido con la adquisición de derechos (La adquisición del derecho se opera con la designación exitosa bajo el artículo 27 de la ley).⁴⁰ En caso de duda sobre la verificación de la incompatibilidad deberá estarse a favor de la “compatibilidad”,⁴¹ y no advertimos razones para rechazar esta interpretación en el caso de las inhabilidades.

Finalmente, puede tenerse presente, a los fines de la diferenciación entre inhabilidades e incompatibilidades, que ambos términos han sido empleados, por la Corte Suprema, en forma indistinta o equivalente, para el ámbito judicial; así, en el caso “González Arzac”.⁴²

REMOCIÓN

La remoción del titular del Órgano Garante es causal de cese en las funciones. Interesa señalar que la remoción, como causal de cese en las

40. A mayor abundamiento, tengamos en cuenta que el art. 7 del CCyC establece: “Eficacia temporal: A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

41. Ugarte, Marcelo León, “El régimen de incompatibilidades”, en García Pullés, Fernando (dir.), *Régimen de empleo público en la Administración nacional*, op. cit., p. 249.

42. Ver “Dr. González Arzac, Rafael s/ solicita modificación del régimen de designaciones de secretarios privados (relatores)”, Fallos CSJN: 312:1720, del 19/09/1989, esp. cons. 4°. Allí se sostuvo que “La *inhabilidad* impuesta [en el art 12 del Reglamento para la Justicia Nacional] tiende a resguardar a los jueces de situaciones potencialmente perturbadoras para el cumplimiento de la delicada tarea que la ley les ha encomendado; en tal sentido, aunque el vínculo de parentesco permite suponer un alto grado de confianza entre el magistrado y su secretario privado –que a veces puede ser beneficioso– el ejercicio del empleo bajo un superior jerárquico directo, que es pariente consanguíneo o afín o cónyuge, da lugar a una *incompatibilidad* de orden moral, pues es posible –y humano– que en tal caso se debilite el ejercicio del poder jerárquico del superior, y más aún el poder disciplinario” (el destacado me pertenece).

funciones, no se halla prevista en la Ley nacional N° 27275, artículo 26, sobre cese, sino que se halla reglada por separado, en su artículo 27.⁴³

En la ley de acceso a la información de la Ciudad, la remoción, como causal de “cese”, se halla consagrada en el inc. e) del artículo 29. A su vez, la remoción se halla reglada, en sí misma, en el artículo 30. Es por ello que nos explayaremos sobre la remoción al comentar seguidamente este artículo de la ley.

ARTÍCULO 30: REMOCIÓN DEL TITULAR DEL ÓRGANO GARANTE

El artículo 30 no se halla reglamentado al momento de escribir estas líneas, por lo cual estos párrafos se centrarán en el texto legal formal vigente.⁴⁴

Como vimos al comentar el artículo 29 de la ley, la remoción es una causal de “cese” en las funciones.

La remoción del titular del Órgano Garante –alojado en la rama Ejecutiva, Legislativa o Judicial– puede operarse por tres razones: una primera causal, amplísima y con balcones a la discrecionalidad por corresponderse con un concepto jurídico indeterminado: el “mal desempeño”; una segunda causal más concreta que es la de “delito en el ejercicio de sus funciones”, y una tercera, de corte también concreto, que es la de “delitos comunes”.

Comentar este artículo comprende dos fases: por un lado, indagar en quién puede remover al titular del Órgano Garante y cómo; y, por el otro, repasar las diversas razones –ya enumeradas– que fundan el proceso de remoción.

43. El art. 26 de la Ley N° 27275 enumera: renuncia, vencimiento del mandato, fallecimiento y estar comprendido en alguna situación que genere incompatibilidad o inhabilidad. Cabe remitir a las reflexiones de Basterra, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27275 y decreto reglamentario 206/2017. Comentados, anotados y concordados*, op. cit., pp. 269-272.

44. Para lo relativo a la remoción, en el nivel nacional, ver Basterra, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27275 y decreto reglamentario 206/2017. Comentados, anotados y concordados*, op. cit., pp. 273-278.

Quién puede remover al titular del órgano garante, y cómo

Respecto de quién puede remover al titular del Órgano Garante, o bajo qué procedimiento, la norma no lo especifica. Ello conduce a plantear diversas posibilidades:

Hipótesis de paralelismo de las formas

Un razonamiento podría transcurrir en la senda del paralelismo de las formas: el titular del Órgano Garante tendría que ser removido por el órgano u órganos que intervinieron en su designación.

El cómo, bajo este criterio de paralelismo, comprendería reiterar o replicar, a los fines de la remoción, el procedimiento de selección previsto en el artículo 27 de la ley oportunamente perfeccionado,⁴⁵ recabándose, con resultado incierto, observaciones a la hipotética remoción propuesta. En efecto, podría darse el hipotético caso de que los participantes en la audiencia “insistieran”, rechazando la propuesta de remoción. Y cabe apuntar que, por ejemplo, una de las causales de la remoción es de índole penal, materia no plebiscitable, por decirlo en términos cotidianos. Así, se arriba a la conclusión liminar de que no se podría colocar, en el plano de la función legitimadora democráticamente, a una propuesta de remoción.

Asimismo, esta interpretación, que atara a la remoción a las formalidades de la designación y que respetara el paralelismo de las formas, deviene baladí bajo el efecto del fallo de la Corte Suprema “Molinas”, en el cual se afirmara que “la circunstancia de que el funcionario [...] haya sido nombrado con acuerdo del Senado no supone que para su

45. Para ilustrar este tipo de propuesta y posterior designación puede leerse el Decreto 432/17, del 24/11/2017, BOCABA 27/11/2017. Disponible en: https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DEC-AJG-AJG-432-17-5262.pdf [fecha de consulta: 8/08/2018]. Allí se propone a un candidato (art. 1); se ordena la publicación por tres días en el Boletín Oficial local (art. 2); se convoca a la ciudadanía, organizaciones no gubernamentales, colegios, asociaciones profesionales y entidades académicas a una audiencia pública temática indicándose día, hora y lugar (art. 3); se dispone cómo se hará la organización y difusión de la audiencia pública (art. 4); se dispone en materia de inscripción de participantes y recepción de observaciones (art. 5); se designa al presidente de la audiencia pública (art. 6); se prevé la coordinación de la audiencia pública (art. 7); se imputan gastos (art. 8); se refrenda el decreto (art. 9) y se ordena su publicación (art. 10).

remoción deba aplicarse el procedimiento establecido por el citado artículo 45 [Const. Nac.].⁴⁶

De tal modo, queda desplazada, a los fines de la remoción, una hipotética réplica o reproducción del procedimiento adoptado para la designación.

Hipótesis de remoción compleja

Otra posibilidad es la que se ha adoptado, por ejemplo, en la Ley nacional N° 27275, que prevé la participación de diversos órganos en el procedimiento de remoción. Dado que tal hipótesis no surge del texto expreso de la ley de acceso a la información de la Ciudad, cabe soslayar su consideración.⁴⁷

Hipótesis de remoción por la máxima autoridad de cada poder

Una interpretación alternativa, más ajustada a la realidad y dinamismo de la actividad que se espera en el titular del Órgano Garante, implicará, a los fines de la remoción, prescindir de replicar el procedimiento adoptado para la designación bajo el artículo 27 de la ley, para dejar, simplemente, la remoción en cabeza de “la máxima autoridad de cada poder” que efectuara la oportuna propuesta en el marco del citado artículo 27.

Esta alternativa podría ofrecer espacio para las críticas, que, de hecho, se han producido, pero que pueden ser neutralizadas con los argumentos que a continuación se proponen:

ALEGADA FALTA DE INDEPENDENCIA

Primero, se ha sostenido que

... [e]n materia de remoción del titular del órgano garante, la situación es aún más preocupante. Al respecto, el art. 30 [...] se limita a establecer que “El/la titular del órgano garante podrá ser removido/a por mal desempeño, por delito en el ejercicio de sus funciones o delitos comunes”. Sin embargo, el artículo en cuestión no regula como se llevará a cabo ese procedimiento, ni quien tendrá la decisión al respecto, dejando abierta la

46. “Molinas, Ricardo Francisco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo”, Fallos CSJN: 314:1091, del 24/09/1991, cons. 6°, *in fine*.

47. Ampliar, con provecho, en Basterra, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27275 y decreto reglamentario 206/2017. Comentados, anotados y concordados*, op. cit., pp. 273-278.

posibilidad que sean los propios sujetos obligados los que puedan removerlo, lo cual termina por vedar toda posibilidad de independencia.⁴⁸

Ahora, esta apreciación tiene que ser confrontada con la calidad de órgano –no de ente descentralizado– del Órgano Garante, dada por la ley en su artículo 25 y concordantes. Por definición, un órgano pertenece a la organización en la cual ha sido creado y alojado, accederá a su estructura jerárquica –toda burocracia la posee–, y sólo puede tener independencia –es decir, desvinculación con el superior jerárquico– si se lo sustrae de la línea jerárquica. Tal desvinculación puede concretarse mediante descentralización, proceso en el cual deja de ser órgano inserto en una estructura jerárquica para pasar a tener independencia, personalidad, calidad de ente o entidad descentralizada.⁴⁹

De otra parte, en el régimen estadounidense, la FOIA permite apelaciones ante *the head of the agency*, dentro del ámbito del mismo órgano o ente que haya denegado el acceso,⁵⁰ lo cual evidencia que hay relación jerárquica.

48. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, *La reforma de la ley N° 104 de acceso a la información pública. Análisis del dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires*, ACIJ, Fortalecimiento de las Instituciones Democráticas, equipo de trabajo: Dalile Antúnez, Renzo Lavin y Fernando Braccini, diciembre 2016, p. 5. Disponible en: <http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2016/12/ACIJ-Análisis-del-dictamen-de-AIP-Ciudad-de-Buenos-Aires.pdf> [fecha de consulta: 31/07/2018]. En similar sentido, enfatizando la independencia de la autoridad en grado de apelación, ver Singh, Shekhar, “Structural and Cultural Context: Creating an environment for transparency”, p. 1. Disponible en: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/briefing_group2_structural_cultural_en.pdf [fecha de consulta: 4/08/2018]. Esta crítica se vincula con la independencia esperada en la denominada *appellate authority* o autoridad que resuelve en grado de apelación previo al paso al mundo de la imparcialidad, garantizado –en nuestro país– por los jueces del Poder Judicial.

49. “El concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa [...] es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (administración pública nacional, provincial y municipal en los casos en que resulta autónoma)”, conf. voto del Dr. Fayt, en el que compartió los fundamentos y conclusiones expuestos por el Procurador Fiscal de la Corte Suprema, al que remitió, en “Coifin, Fernando Victorio y otros c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires SA. (SEGBA) s/ prescindibilidad reincorporación”, Fallos CSJN: 312:2050, del 31/10/1989, esp. p. 2059. Ver, asimismo, “La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.”, Fallos CSJN: 311:750, del 12/05/1988, esp. sección III del dictamen del Procurador General Juan Octavio Gauna.

50. Ver “Federal FOIA Appeals Guide”. Disponible en: <https://www.rcfp.org/federal-foia-appeals-guide> [fecha de consulta: 4/08/2018] y texto legal (“*the right of such person*”).

Asimismo, la crítica transcripta tiene que ser confrontada con las rigurosidades del artículo 30 respecto de la enumeración taxativa de causales de remoción, una de las cuales –como se verá– es incluso de bordes semánticos bastante imprecisos: la de mal desempeño.

ALEGADA NEUTRALIZACIÓN DEL COMPONENTE LEGITIMIZANTE

Segundo, la prescindencia de la Legislatura y del público, a los fines de la remoción concretaría un desplazamiento y eliminación del componente proveedor de legitimidad democrática o democratizante, previsto a los fines de la designación. En otras palabras, la Legislatura, activa en la designación, sería ignorada a los fines de la remoción. Tal la posible segunda crítica.

Sin embargo, esta crítica se neutraliza apenas se repara en que la Legislatura (fuera del supuesto del art. 79, CCABA) desempeña un rol activo en una sola clase de remoción: aquella que, según la Constitución, se opera juicio político mediante.

Así las cosas, ¿podría el titular del Órgano Garante ser removido por juicio político?

Hipótesis de remoción por juicio político

La respuesta negativa se impone: el titular del Órgano Garante no puede ser removido juicio político mediante. Ello por, al menos, dos órdenes de razones:

FAZ GENERAL, CONSTITUCIONAL

Primero, y desde una perspectiva general, atenta a las enseñanzas del control de constitucionalidad. Cabe apuntar que los supuestos en los que procede el juicio político son restringidos: se hallan previstos expresamente en la Constitución y una norma de rango inferior no podría aumentar los supuestos consagrados constitucionalmente. Ello en razón de que las normas infraconstitucionales tienen que acomodarse a la norma de mayor jerarquía.

to appeal to the head of the agency any adverse determination”). Disponible en: <https://www.justice.gov/oip/blog/foia-update-freedom-information-act-5-usc-sect-552-amended-public-law-no-104-231-110-stat> [fecha de consulta: 4/08/2018]. Igualmente, téngase presente que la figura del *administrative law judge* de la administración estadounidense –con todos sus recaudos, exigencias, y garantías de imparcialidad– no existe en Argentina, al menos en el ámbito nacional.

Así, por razones de jerarquía de normas, una norma infraconstitucional no podría nunca modificar la Constitución aumentando las causales de procedencia del juicio político en ella establecidas. Tal la enseñanza de “*Marbury v. Madison*”,⁵¹ en Estados Unidos, y de “*Sojo*”,⁵² en nuestro país.

Por ende, la enumeración taxativa de casos en los que la remoción tiene que estar precedida por un juicio político –enumeración prevista en la Constitución– no podría ser ampliada por ley formal (y mucho menos por decreto y demás normativa infraconstitucional).

CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Segundo, y específicamente, en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, los supuestos de juicio político se hallan identificados, en número cerrado, en el artículo 92 de la CCABA, alcanzando sólo al “Gobernador, al Vicegobernador o a quienes los reemplacen; a los ministros del Poder Ejecutivo, a los miembros del Tribunal Superior de Justicia; del Consejo de la Magistratura; al Fiscal General; al Defensor General; al Asesor General de Incapaces; al Defensor del Pueblo y a los demás funcionarios que esta Constitución establece”. Esta enumeración, por las razones brindadas en el acápite precedente, no podría ser ampliada mediante norma infraconstitucional o interpretada en forma meramente enunciativa o no taxativa.

PRECEDENTES APLICABLES

Avala esta interpretación restrictiva –que impide someter al titular del Órgano Garante a juicio político– el precedente “*Molinas*”,⁵³ en el cual se afirmó que

... los únicos magistrados y funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son los que enumera esa norma [art. 45, Const. Nac.] y una ley de rango inferior no puede crear más inmunidades que las que contiene la Carta Magna; lo contrario implicaría crear otras inmunidades no ins-

51. 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). En el caso se resolvió que una ley del Congreso no podía ampliar los supuestos de procedencia de la competencia originaria de la Suprema Corte de los Estados Unidos previstos en la Constitución.

52. “*Sojo, Eduardo*”, Fallos CSJN: 32:120, del 22/09/1887, esp. p. 128, donde se afirmó que “la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte [...] no puede ser ampliada ni restringida”, con lo cual la atribución de jurisdicción originaria en el recurso de hábeas corpus resultaba repugnante a la Constitución.

53. “*Molinas, Ricardo Francisco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo*”, Fallos CSJN: 314:1091, del 24/09/1991.

tituidas por los constituyentes, otorgando una garantía de antejuicio que únicamente puede conferir la ley Fundamental.⁵⁴

Asimismo, otro precedente que consagra la inconstitucionalidad de una remoción por juicio político fijada por ley que aumenta el universo de supuestos previstos en la Constitución es “Será Justicia”,⁵⁵ donde se aludió, específicamente, al *numerus clausus* previsto en la Norma Fundamental.

COROLARIO

Por ende, más allá de las coincidencias de redacción del artículo 29 de la ley que nos ocupa y del artículo 92 de la CCABA en tanto ambos aluden a las causales de mal desempeño o comisión de delito en el ejercicio de sus funciones o comisión de delitos comunes, cabe concluir que el titular del Órgano Garante no puede ser removido por juicio político porque la CCABA no lo prevé.

Esta conclusión se hace extensiva –con más razón– a la hipótesis de aplicabilidad del instituto de remoción por Jurado del Enjuiciamiento del artículo 121 de la CCABA, pues el mismo está reservado a los jueces que no sean los comprendidos en el artículo 92 de la CCABA.

Garantías

En conclusión, el titular del Órgano Garante puede ser removido –dados ciertos extremos– por la autoridad máxima que lo propusiera y que participara en su designación.

Mas ello no implica que, en el procedimiento de remoción, no deban acatarse las garantías, de rango constitucional, en especial la de debido proceso:

- (i) tanto el debido proceso sustantivo –pues se hallará en juego la principal actividad que desempeñe, con dedicación exclusiva, el titular–, como
- (ii) el debido proceso formal –pues al menos deberá dársele, al titular, oportunidad para ser oído–.

Todo ello, con fundamentos en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional y artículos 12, párrafo quinto, y 13, párrafo cuarto, de la CCABA.

54. *Ibidem*, cons. 6°.

55. Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 9, causa 24971/2017, “Será Justicia y otro c/ EN. y otro s/ proceso de conocimiento”, del 19/10/2017, esp. cons. VIII y ss.

Resulta un antecedente relevante, en este aspecto, lo prescripto en el DL 1285/1958, respecto del ámbito judicial: “Los funcionarios y empleados de la Justicia de la Nación no podrán ser removidos sino por causa de ineptitud o mala conducta, previo sumario administrativo con audiencia del interesado”. Es la previa audiencia al interesado el núcleo sobre el cual reposa el derecho de defensa del funcionario cuya remoción se inste, y seguramente este aspecto, entre otros, ocupará la oportuna reglamentación que se dicte.

Mal desempeño

El lenguaje adoptado en el artículo 29 de la ley, como vimos, posee ecos judiciales: tanto el artículo 92 de CCABA como el artículo 29 de la ley que comentamos se refieren al “mal desempeño” como causal de remoción.

Veamos qué se entiende por “mal desempeño”.

Concepto

Desde la perspectiva del estudio de la rama judicial de gobierno se ha afirmado –con amplio criterio– que mal desempeño es “cualquier irregularidad de cualquier naturaleza que sea, si afecta gravemente el desempeño de las funciones, aun en los casos de enfermedad e incapacidad sobrevinientes, aunque no aparezca la responsabilidad, falta o culpa intencional”.⁵⁶

Más modernamente se ha hecho hincapié en que la expresión “mal desempeño” puede servir tanto a un criterio amplio como a un criterio restrictivo dados sus ambiguos bordes semánticos: “[E]n 1860 se colocó el impreciso concepto ‘mal desempeño’, un típico concepto indeterminado que puede servir tanto para ampliar como para restringir la aplicación del control republicano”.⁵⁷

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha definido al mal desempeño –de los magistrados judiciales, permítasenos insistir– en estos términos:

Los actos que pueden constituir mal desempeño como causal de remoción de los jueces son aquellos que perjudiquen al servicio público, deshonren al país o a la investidura pública, o impidan el ejercicio de los derechos y ga-

56. Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1967, p. 280.

57. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación argentina, comentada*, Buenos Aires, Zavallía, 4ª ed. actualizada, 2007, p. 241.

rantías de la Constitución. Es decir, no cualquier acto o conjunto de actos, sino los que, por su naturaleza, produzcan manifiestamente graves e irreparables daños a los valores que la Constitución busca salvaguardar cuando atribuye y distribuye las competencias de los funcionarios públicos.⁵⁸

Asimismo, el Alto Tribunal se ha expedido en pluralidad de ocasiones al respecto, en el campo del enjuiciamiento de magistrados.⁵⁹

La jurisprudencia provincial, por su parte, en materia de jurado de enjuiciamiento, ha reparado en que el mentado mal desempeño no exige pluralidad de conductas, en que la razonabilidad es la que mejor

58. “Ferme, Eduardo Leopoldo”, Fallos CSJN: 305:656, resolución 475/1982, del 28/04/1982.

59. Ver “Duncan Parodi, Horacio”, Fallos CSJN: 266:315, del 30/12/1966 (“tan delicada facultad requiere que la imputación se funde en hechos graves e inequívocos o, cuando menos, en la existencia de presunciones serias que autoricen razonablemente a poner en duda la rectitud de conducta de un magistrado o su capacidad para el normal desempeño de la función”); “Mansilla Amuchástegui, Tomás Guillermo”, Fallos CSJN: 268:203, del 12/07/1967 (“que la imputación se funde en hechos graves e inequívocos o, cuando menos, en la existencia de presunciones serias que autoricen razonablemente a poner en duda la rectitud de conducta de un magistrado o su capacidad para el normal desempeño de la función”); “Vaccari, Horacio N. J.”, Fallos CSJN: 277:52, del 15/06/1970 (“es pertinente reiterar las exigencias que la doctrina de esta Corte –Fallos CSJN: 266: 315; 268: 203, entre otros– ha establecido como necesarias para dar curso a las denuncias”); “Rubén O. Correa”, Fallos CSJN: 298:813, del 23/08/1977 (“para dar curso a las denuncias formuladas contra magistrados judiciales se requiere que la imputación se funde en hechos graves e inequívocos o, cuando menos, en la existencia de presunciones serias que autoricen razonablemente a poner en duda la rectitud de conducta de un magistrado o su capacidad para el normal desempeño de la función...”); “Mollard, Roberto Martín”, Fallos CSJN: 304:561, sin fecha (debe haber relevancia entre la circunstancia invocada y el mal desempeño); “Nicosia, Alberto Oscar s/ recurso de queja”, Fallos CSJN: 316:2940, del 9/12/1993 (“‘Mal desempeño’ o ‘mala conducta’, no requieren la comisión de un delito, sino que basta para separar a un magistrado la demostración de que no se encuentra en condiciones de desempeñar el cargo en las circunstancias que los poderes públicos lo exigen; no es necesaria una conducta criminal, es suficiente con que el imputado sea un mal juez”); “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional s/ Corvalán de la Colina, Julio César s/ sanción de multa 15% de sus haberes”, Fallos CSJN: 321:3474, del 10/12/1998 (“El concepto de mal desempeño incluye un vasto conjunto de situaciones que entraña una noción de discrecionalidad, por ello exige una prudente apreciación de las circunstancias del caso. Una de las pautas es el perjuicio grave al servicio público, evidenciando en la configuración de un número reiterado de infracciones, entre las que deben considerarse no sólo las relativas al atraso en las resoluciones de algunas causas fuera de los plazos previstos legalmente”); entre muchos otros.

sirve para su definición, y en que, a los fines de la verificación del mal desempeño, es necesario fijar, previamente, el perfil esperado.⁶⁰

Particularidades

Sin embargo, debe ponerse hincapié en que las apreciaciones sobre el mal desempeño del titular del Órgano Garante deberán efectuarse bajo ciertos criterios que el sentido común parecería imponer:

- (i) no a la luz de los requerimientos que pesan sobre los magistrados judiciales sino a la luz del perfil requerido enderezado a la concreción de las cualidades necesarias para desplegar, en forma adecuada, las múltiples competencias previstas en el art. 26. Dichas competencias son de índole gerencial (incs. a y b), de

60. “Jurado de Enjuiciamiento, Neuquén, G.B.R. sobre jurado de enjuiciamiento”, (expte. N° 34-J.E.), del 27/06/2013, voto del Dr. Manuel Fuertes, donde leemos: “En ese estado de cosas, en orden a los cargos imputados a la enjuiciada con encuadre dentro de la causal de mal desempeño, cabe preguntarme: ¿Qué debe entenderse por mal desempeño?

Se ha dicho, por una parte que, el mal desempeño no resulta de un solo hecho, no es la consecuencia fatal de un acto único que se denuncia y se prueba, deriva de un conjunto de circunstancias, de un conjunto de detalles, de antecedentes que rodean al funcionario y forman la conciencia plena (cfr. Montes de Oca en Diario de Sesiones del Senado -1911, p. 469).

Asimismo, la doctrina dice que dependiendo las circunstancias de cada caso, la causal mencionada ‘no exige necesariamente pluralidad de conductas; a veces basta una sola, cuando por su gravedad y circunstancias, alcanza a perfilar aquella causal de enjuiciamiento y destitución.’ (Cfr. Bidart Campos, Germán J.: ‘El mal desempeño y la destitución de jueces’, comentario del fallo del Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza en la causa: Asesor de Gobierno de la Provincia de Mendoza solicita enjuiciamiento Ley N° 4970, sentencia del 21 de junio de 1990, *El Derecho*, T. 138, p. 606).

Ahora bien, Linares Quintana señalaba que, ‘en esencia mal desempeño es el ejercicio de la función pública de manera contraria al interés y beneficio público; actuación al margen de la razón, prudencia, discernimiento y buen juicio; en consecuencia la regla de la razonabilidad es la que sirve para una mejor definición del término’ (*Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1987, T. IX, nro. 7919).

Del mismo modo, vislumbramos que el mal desempeño ‘es un concepto elástico, equivalente a un tipo penal abierto. Comprende actos dolosos o culposos (...) que evidencian incapacidad para ejercer el cargo. El mal desempeño puede aludir a impericia técnica o a falta de cualidades éticas para ocupar la magistratura en cuestión.’ (Cfr. Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho constitucional*, T. 1, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 691).

Por ello, es prioritario delinear el perfil de juez que nuestra sociedad espera y que no podemos ignorar, desde el momento mismo que se nos ponen en nuestras manos la alta misión constitucional de evaluar el desempeño de un magistrado judicial.

El buen o mal desempeño que hoy me ocupa se refiere a un juez, y para evaluar su conducta, hay pautas escritas de conductas esperables y otras no escritas fundadas en el sentido común”.

- recepción y resolución de reclamos (inc. c), de mediación (inc. d), de impulsión de sanciones (inc. e), de índole interorgánica o intersubjetiva (inc. f), de promoción (incs. g) y h), competencias todas que ya han sido objeto de comentario en esta misma obra;
- (ii) considerando que, a diferencia de los jueces, el titular del Órgano Garante no goza de inamovilidad en el cargo sino que dura 5 años en el cargo con posibilidad de ratificación por un solo período más (art. 28 de la ley, *in fine*);
- (iii) teniendo en cuenta que, en última instancia, lo que se requiere del titular del Órgano Garante es que desempeñe sus servicios de modo tal que los particulares no se vean perjudicados o impedidos en el ejercicio de sus derechos⁶¹ (va de suyo que el desempeño del titular del Órgano Garante, en el plano de sus relaciones interorgánicas o interadministrativas, será evaluado dentro de las particularidades del régimen que gobierna ese tipo de relaciones);
- (iv) tomando en cuenta que, a diferencia de la ley nacional, que sí define “mal desempeño” como incumplimiento de dicha ley, la ley de acceso a la información de la Ciudad no definió, si bien podría ser la reglamentación la que brinde bordes semánticos a la expresión.⁶²

61. Arg. “Muzzupappa, José c/ Estado Nacional (Ministerio del Interior, Policía Federal Argentina) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos CSJN: 317:1592, del 17/11/1994, cons. 6º (“Que ante ello resulta evidente tanto el mal desempeño por parte de la autoridad policial en el cumplimiento de sus funciones, consistentes en este caso en la conservación y vigilancia de un bien secuestrado, como así también el perjuicio sufrido por el actor como consecuencia de ese accionar, todo lo cual compromete la responsabilidad del Estado provincial”); “Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suárez s/ formula denuncia solicitando jurado de enjuiciamiento y sus acumulados Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan”, Fallos CSJN: 310:2845, del 29/12/1987, esp. p. 309 (“[L]os actos de un funcionario que pueden constituir ‘mal desempeño’ son aquellos que perjudiquen el servicio público, deshonren al país o la investidura pública e impidan el ejercicio de los derechos y garantías de la Constitución”, con cita de González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, p. 504, nº 506).

62. Acerca del mal desempeño en la ley nacional, puede verse Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, quinta edición ampliada y actualizada, 2018, T. I, p. 651.

Delito en el ejercicio de las funciones y delitos comunes

El artículo 30 también establece, como causales de remoción del titular del Órgano Garante, la comisión de (i) “delito en el ejercicio de sus funciones”; la comisión de (ii) “delitos comunes”.

Desde una perspectiva general, es menester reparar en los conceptos de “delito” y, en especial, los de “delito común” y “delito cometido en el ejercicio de las funciones”, pues a ellos se alude, específicamente, en la norma aquí comentada.

Ello, considerando, en lo principal, que

- (i) la responsabilidad penal “se configura cuando una conducta encuadra típicamente en la norma penal de fondo que actúa como límite externo y negativo para el agente”;⁶³
- (ii) la norma aquí comentada no prevé, no distingue entre figuras delictuales culposas y dolosas;
- (iii) el artículo 57 de la CCABA prescribe que “[e]l funcionario que fuese condenado por sentencia firme por delito contra la administración, será separado sin más trámite”, cláusula que puede ser interpretada en sentido restringido a la luz del artículo 56 de la CCABA (“[l]os funcionarios de la administración pública de la Ciudad, de sus entes autárquicos y descentralizados, son responsables por los daños que ocasionan y por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales”) o bien en sentido amplio, como aplicable a todo aquel que desempeñe una función pública, y el titular del Órgano Garante, cualquiera sea la rama de gobierno donde se halle alojado (bajo el art. 25 de la ley), la ejercerá.

Concepto de delito

El concepto de delito es de sencilla comprensión: la referencia alude a aquellos tipificados en el Código Penal, con lo que se excluirán otras figuras punibles o sancionables, como ser ilícitos administrativos o de otra índole. Empero, como enseña la doctrina, definir al delito como acción pasible de pena es tautológico. Por ello, puede seguirse

63. Ivanega, Miriam M., “Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa”, Buenos Aires, Rap, segunda edición actualizada, 2013, p. 58, y su cita de Canda, Fabián O., “La responsabilidad penal de los agentes de la Administración Pública”, en AA. VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pp. 617-634.

la definición técnica de Soler, para quien “delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal”,⁶⁴ con lo cual “una acción solamente alcanza carácter delictivo pasando a través de una figura determinada”.⁶⁵

La idea de delito trae consigo lo que se estudia, en Derecho público, bajo la materia “responsabilidad penal”, y al respecto resulta relevante considerar que la doctrina ha enumerado los principios sobre los cuales se asienta la materia: no hay pena sin ley; no es posible la retroactividad de la ley; no hay pena sin culpabilidad; no hay pena sin una conducta típica; todas las personas son inocentes hasta que se demuestre lo contrario.⁶⁶

Concepto de delito común

La denominación “delito común” es, bajo un primer criterio, lo opuesto a “delito especial”. Así las cosas, delito común será el incluido en el Código Penal, a diferencia del delito especial, que se encuentra penado en leyes particulares por razón de la materia o por la sumisión de las personas a jurisdicciones privativas, especialmente la jurisdicción castrense.⁶⁷

Para otros autores, delito común es lo opuesto a delito político,⁶⁸ y el instituto del “delito político” no admitiría una conceptualización rígida, debiendo ser definido caso por caso.⁶⁹ A todo evento, el delito político se asocia a la extradición (que no se acordaría para tal clase de hechos), a la reincidencia (a efectos de la cual no se tomarían en cuen-

64. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, T. I, p. 208.

65. *Ibidem*, p. 209.

66. Viale, Claudio M., “Responsabilidad penal del funcionario público”, en AA. VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 645-655, esp. p. 653.

67. Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 1a ed. electr., Datascan, Guatemala, s/f. Disponible en: https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf [fecha de consulta: 31/07/2018]. Debe puntualizarse que la Ley N° 26394 derogó el Código de Justicia Militar; ampliar en Ivanega, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Buenos Aires, Rap, 2ª ed. actualizada, 2013, p. 59.

68. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino, op. cit.*, pp. 235-240.

69. *Ibidem*, p. 239.

ta), a la amnistía (si bien la facultad de dictar amnistías generales no se referiría solamente a ellos),⁷⁰ etcétera. El concepto de “delito político”, como opuesto a “delito común”, habría sido admitido en la jurisprudencia de la Corte Suprema.⁷¹

Delito en ejercicio de sus funciones

El Código Penal define al “funcionario público” y al “empleado público” como aquel que “participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección o por nombramiento de autoridad competente”. Se trata de un ejemplo típico de interpretación auténtica contextual.⁷²

La noción de función pública consiste en

... aquella relación constante que requiere la coordinación de las distintas variables (supuestos, elementos y fines sociales) para la consecución del bien común prescripto en el orden jurídico. Los supuestos son las condiciones sociales establecidas en la estrategia social delineada por el aparato político; los elementos son la materia, la competencia, el objetivo y los destinatarios; y los fines sociales son las metas necesarias para concretar el anhelo social configurado en el bien común.⁷³

Una figura que alude específicamente al funcionario público que comete delito “en ejercicio de sus funciones” es la prevista en el artículo 117 bis CP, que se refiere a proporcionar, a un tercero, a sabiendas, información falsa contenida en un archivo de datos personales. Tal prescripción puede relacionarse, en términos generales, con lo prescripto en el artículo 6, inc. a, de la ley de acceso a la información y, a su vez, con las prescripciones de la ley aplicable de protección de datos personales.

Principios aplicables

La prescripción del artículo 30 de la ley puede ser leída a la luz de los principios que se han elaborado en el campo de la disciplina penal.

70. *Ibidem*, pp. 235-236.

71. Son ilustrativos “Criminalc/ Andrade, Crisólogo”, Fallos CSJN: 11:405, del 16/04/1872; “Perón, Juan Domingo”, Fallos CSJN: 248:412, del 18/11/1960, esp. cons. 4° a 6°.

72. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, *op. cit.*, p. 135.

73. Viale, Claudio M., “Responsabilidad penal del funcionario público”, *op. cit.*, pp. 645-655, esp. pp. 649-652.

En materia penal, rige la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto fija el denominado principio de legalidad penal o de *nullum crimen sine praevia lege*, que exige ley previa, con prohibición absoluta de retroactividad.

A dicho principio se vincula el principio de tipicidad, que consiste, en términos simples, en una descripción legal desprovista de carácter valorativo, o en una abstracción concreta trazada por el legislador.⁷⁴

Bajo los cánones del principio de tipicidad, y según la jurisprudencia de la Corte Suprema, la interpretación del texto legal que fija el delito se halla gobernada por un criterio de restricción semántica⁷⁵ y por el principio *pro homine*, que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.⁷⁶

Asimismo, cabe recordar que el principio de tipicidad penal exige, indisolublemente, una doble precisión: precisión de los hechos punibles y precisión de las penas a aplicar.⁷⁷

Los principios repasados colaboran con la correcta administración de la justicia penal a modo de garantías, pero, además, tributan al nivel de salud institucional y a la consecución de un pleno respeto por el ideal republicano, y son de relevante aplicación cuando se llega a la decisión de impulsar la remoción del titular del Órgano Garante objeto de estos párrafos.

Acotaciones finales

En el contexto de los delitos invocados en el artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información y las competencias del titular del Órgano Garante, cobra relevancia tener, nuevamente, presente la definición brindada en el artículo 77 del Código Penal, que ya fuera transcrita.

74. Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, op. cit.

75. “Bignone, Reynaldo Benito y otro s/ a determinar”, Fallos CSJN: 340:549, del 3/05/2017, voto de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz; “Acosta, Alejandro Esteban”, Fallos CSJN: 331:858, del 23/04/2008; “Valerga, Oscar Alfredo s/ infracción ley 23771”, no publicada en Fallos, del 28/08/2007, disidencia de los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni.

76. “Acosta, Alejandro Esteban”, Fallos CSJN: 331:858, del 23/04/2008.

77. “Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. s/ apelación multa 20.680”, Fallos CSJN: 311:2453, del 1/12/1988; “Musotto, Néstor Julio; Huesca, Miguel Pedro Antonio”, Fallos CSJN: 310:1909, del 29/09/1987; entre muchos otros.

Si bien la Ley de Acceso a la Información no especifica el rango que ostenta el titular del Órgano Garante, el decreto 427/GCABA/17 del 23/11/2017⁷⁸ establece que el Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información funcionará como “organismo fuera de nivel en la órbita de la Vicejefatura de Gobierno”, en marco de lo establecido por el artículo 25 de la Ley N° 5784 (que subrogó el texto de la Ley N° 104 de la Ciudad), y que tendrá nivel remunerativo equivalente a “Subsecretario”.

Cabe apuntar que el cúmulo de competencias a ejercer por dicho funcionario comprende, por un lado, aquellas que lo relacionan con los particulares –personas físicas o jurídicas– ubicados por fuera de los cuadros de la Administración. Y, por el otro lado, ejercerá competencias que lo relacionarán, liminarmente, con otros órganos y entes.⁷⁹

Figuras delictivas de interés, de cara al específico artículo 30 de la ley y en vistas de las específicas competencias del titular del Órgano Garante podrían ser, ejemplificativamente: el encubrimiento, previsto en el artículo 277 CP, atento lo prescripto en su apartado 2 inc. d, artículo 277 bis CP, y artículo 279 CP; o la violación de secretos y de la privacidad, atento lo prescripto en el artículo 153 CP, en especial su cuarto párrafo, y lo prescripto en los artículos 157 y 157 bis.

78. BOCBA 24/11/2017. Disponible en: https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DEC-AJG-AJG-427-17-5261.pdf [fecha de consulta: 8/08/2018].

79. Un ejemplo de relaciones con los particulares será la resolución de reclamos del art. 26, inc. c de la ley; un ejemplo de relación interorgánica surge de las tareas de supervisión, de oficio, previstas en el art. 26, inc. a de la ley, sin perjuicio de aquellas que emergen del reglamento interno.

