

El amparo y el reclamo administrativo en la Ley de Acceso a la Información Pública de la Ciudad de Buenos Aires

Maria Gracia Andía, PhD.
Brian Alex Burton

Introducción

En 1998, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó la Ley 104, una de las primeras leyes en el país en reconocer el derecho al acceso a la información pública. Su actualización en 2016 recogió el desarrollo que dicho derecho tuvo en el sistema interamericano de derechos humanos. Esto incluyó el reconocimiento del derecho de acceso como un derecho fundamental, esencial para garantizar la libre expresión y la efectiva participación de la ciudadanía en el sistema democrático.

La Ley N°104 modificada, además de definir el derecho de acceso a la información pública de manera amplia y determinar los principios que orientan su interpretación y aplicación, establece un procedimiento administrativo mediante el cual el ciudadano puede solicitar información pública. Asimismo, ante el posible incumplimiento del sujeto obligado, dispone un mecanismo de revisión administrativo y la opción de un procedimiento judicial, al que denomina “amparo”.

En este artículo describiremos las particularidades del diseño de los recursos de la Ley N°104,. Para ello, comenzaremos recordando el desarrollo de la acción de amparo en el ordenamiento normativo nacional. En un segundo apartado, distinguiremos la vía de amparo establecida por la Ley N°104 de los demás institutos de su especie. Por último, analizaremos la opción del recurso administrativo, al que llamaremos “reclamo” y lo compararemos con la vía judicial.

El recurso de amparo

Origen

El recurso de amparo es consagrado con rango constitucional en el año 1994, en el artículo 43 de Constitución Nacional. La adopción del instituto del amparo a nivel nacional no fue novedosa ni sorprendente. Con antecedentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -fallos “Siri”¹ y “Kot”², entre otros-, el instituto tuvo recepción en la normativa provincial y luego nacional. Así, la cristalización del citado artículo en 1994

¹ CSJN, Fallos 239:459.

² CSJN, Fallos 241:291.

consistió en un trabajo de recepción de criterios que ya se encontraban en operación en el territorio nacional y que se encuentran vigentes a la fecha.

De la lectura de los debates de los constituyentes resulta evidente la preocupación por reconocer los mecanismos de defensa y efectivización de los derechos fundamentales dentro del rango normativo más alto. Los y las constituyentes identificaron la necesidad de herramientas jurídicas que den respuesta inmediata a situaciones de abuso de derechos fundamentales.

Dos años más tarde, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires incorporó a su constitución el siguiente texto:

“Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor.

El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia.

El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas.

Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.”

Sin pretender un análisis de la redacción de la norma y la comparación con su contraparte en el ámbito nacional, se advierte que el texto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deja explícitas las principales características que distinguen al amparo, a saber: celeridad y ausencia de recaudos formales y costos que pudieran impedir el progreso de la acción.

Características

a) *Vía expedita, rápida y gratuita.* La premura caracteriza al proceso de amparo. Se trata de un mecanismo judicial para dar remedio o respuesta inmediata a una situación actual de

violación de derechos constitucionales. La fórmula empleada por la norma refiere no sólo a la velocidad del tratamiento de la acción en instancia judicial, sino también a la ausencia de obstáculos para la acción, ya sean procesales o económicos.

El artículo refuerza este punto al disponer que el procedimiento está desprovisto de formalidades procesales, que los plazos son breves y perentorios y que, salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas.

b) Subsidiariedad. El amparo es solamente admisible cuando no exista otro “medio judicial más idóneo” para obtener la protección de los derechos o garantías. El recaudo de supletoriedad exige que el juez realice un análisis de idoneidad para evitar que por la vía del amparo se ventilen cuestiones que requieren un tratamiento más extenso o especial.

c) Acto lesivo. El texto de la norma no ofrece precisiones respecto de los sujetos cuyos actos u omisiones pueden dar lugar legítimamente a un amparo. El espectro de sujetos es amplio (“autoridades públicas o particulares”), en línea con el espíritu remedial del instituto.

Existe desarrollo doctrinal y jurisprudencial que pretende diferenciar cierto tipo de actos de autoridades públicas frente a los cuales la vía del amparo quedaría vedada. Por ejemplo, hay quienes, como Néstor Pedro Sagües, entienden que no debe prosperar el amparo interpuesto frente a “cuestiones políticas no justiciables”, es decir, actos de los poderes ejecutivo y legislativo de incidencia colectiva cuya tramitación mediante el amparo tendría efectos extendidos en la comunidad. Para estos autores resulta necesario evitar que el amparo se torne un instrumento de manipulación de las decisiones de los órganos políticos.

Otro criterio de recepción amplia en la comunidad jurídica sostiene que las sentencias judiciales quedan fuera del alcance del amparo. La ley 16.986, aún vigente, expresa en su artículo 2º inciso “b” que la acción de amparo no será admisible cuando el acto impugnado emane de un órgano del Poder Judicial. La jurisprudencia apoya este punto.

También cabe notar que el amparo abarca tanto a actos como a omisiones lesivas, sin distinción. Así, sería posible que una decisión judicial subsane, e incluso declare constitucional, un vacío legal de los poderes políticos, aunque tan solo para el caso concreto en el que se presente el amparo.

d) Legitimación activa. Inicialmente, el legislador ofrece la fórmula “toda persona”, para luego especificar que están legitimados para interponer la acción “cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor”. Se entiende que el calificante del segundo párrafo obedece a la interposición de amparos de alcance colectivo.

El amparo Ley N°104

El actual artículo 12 de la Ley N°104 dispone:

“Silencio. Denegatoria. En caso que el/la peticionante considere que su solicitud de información no hubiere sido satisfecha o si la respuesta a la requisitoria hubiere sido ambigua o parcial, podrá considerarlo como negativa injustificada a brindar información, quedando habilitada la vía de reclamo prevista en la presente ley o la Acción de Amparo ante el fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”.

De tal modo, la norma deja abierta la revisión judicial de los actos de la administración frente a la denegatoria de una solicitud de información pública o el silencio del sujeto obligado. Al fijar esta posibilidad, el legislador plasmó de manera expresa una mayor garantía al derecho de acceso a la información pública, tendiente a cumplir con las exigencias de la comunidad internacional, reconocidas constitucionalmente en el ordenamiento local.

Origen

a. Fallo “Claude Reyes vs Chile”

El desarrollo efectivo del derecho de acceso a la información pública en el ámbito interamericano tiene como antecedente el fallo “Claude Reyes y otros vs. Chile” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 19 de septiembre de 2006³.

Los hechos del caso tuvieron comienzo en 1998 cuando el señor Claude Reyes, Director Ejecutivo de la Fundación Terram, solicitó al Comité de Inversiones Extranjeras (CIE) información relacionada a un proyecto de industrialización forestal. Esta solicitud fue denegada. Ante dicha negativa, el mismo año, los señores Marcel Claude Reyes, en representación de la Fundación Terram, Sebastián Cox en representación de la ONG Forja, y Arturo Longton en calidad de diputado de la República de Chile, presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago. El recurso fue declarado inadmisibile.

La Corte Interamericana halló que la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras de suministrar la información requerida afectó negativamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero. Consecuentemente, consideró que Chile había violado el derecho a las garantías constitucionales procesales en perjuicio de Reyes y Longton Guerrero con respecto a la decisión de la autoridad administrativa de no entregar información.

³ CIDH, “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, 19/09/2006;
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

Para así decidir, en lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estimó que el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, referido a la libertad de expresión y de pensamiento, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” información, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.

En el párrafo 7 del voto mayoritario de la sentencia, la Corte Interamericana expresó que el artículo 13 de la Convención Interamericana “ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”.

Posteriormente, en el párrafo 137, la Corte Interamericana dispuso que “[el] Estado debe garantizar que, ante la denegatoria de información bajo el control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita que se determine si se produjo una vulneración del derecho del solicitante de información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la información. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia. [...]”.

De este modo, la CIDH establece que el derecho de acceso a la información pública forma parte integral del derecho humano de la libertad de expresión y de pensamiento. También deja configurada la obligación del Estado de exhibir la información que obra en su poder y de brindar la información pública que le sea requerida por los sujetos, en tanto no existan razones basadas en derechos humanos para proteger dicha información. Más aún, la CIDH dispone que el Estado deberá establecer una vía judicial “sencilla y rápida” tendiente a asegurar el cumplimiento de la obligación de brindar información pública. En Argentina, dicho mecanismo recibió la designación de amparo, por su cercanía a aquella figura procesal preexistente.

Adicionalmente, y a modo de adelanto del capítulo siguiente de este artículo, cabe señalar que el tribunal también estableció que “[...] Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información [...]”.

b. Experiencia comparada

La Comisión de Asuntos Políticos y Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos sancionó el 29 de abril de 2010 una ley modelo con el fin de inspirar la creación de normas de acceso a la información pública en los Estados Parte y establecer estándares regulatorios al respecto. La Ley Modelo proponía dos instancias alternativas de revisión, una de ellas necesaria y obligatoria para acceder a la vía judicial.

En Chile, la Ley 20285 determinó un procedimiento administrativo para reclamar el cumplimiento del derecho de acceso a la información. El Órgano Garante establecido, denominado Consejo de la Transparencia, emite resoluciones vinculantes y tiene facultades sancionatorias.

Los artículos 24 a 28 de la mentada norma chilena establecen un recurso de “reclamación” ante el Consejo de la Transparencia frente a la denegatoria de acceso o silencio de la autoridad pública requerida. Contra la resolución de dicho órgano, las partes podrán interponer un reclamo ante la Corte de Apelaciones correspondiente. La ley no admite el reclamo de la autoridad pública que hubiese denegado el acceso a información en su haber basándose en la causal del número 1 del artículo 21 (a saber, cuando su publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”).

En Uruguay la Ley 18.381 dispone la vía judicial como único procedimiento de revisión. En su Capítulo Quinto, regula la denominada “acción de acceso a la información” y establece reglas especiales para dicho procedimiento. El tipo de recurso previsto se destaca por ser expeditivo.

Por su parte, la solución mexicana en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (4/05/2015) prevé la existencia de Organismos Garantes en cada jurisdicción local. Estos tienen autonomía constitucional y son especializados en materia de acceso a la información y protección de datos personales. Ante ellos la parte solicitante habría de recurrir si hallara insatisfecha su pretensión de obtener información pública. El Organismo Garante deberá dictar una resolución haciendo o no lugar a lo reclamado por la parte solicitante, decisión contra la cual quedaría habilitada la vía de revisión judicial.

A nivel nacional, el organismo constitucional autónomo que ejerce dicha función es el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. El artículo 163 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece que las decisiones del INAI son “vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados”, y agrega que únicamente el Consejero Jurídico del Gobierno podrá interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando considere que las resoluciones emitidas por el Instituto puedan poner en peligro la seguridad nacional. El INAI está facultado para una amonestación pública o una multa al sujeto obligado, y el incumplimiento será difundido en los portales de obligaciones de transparencia del Instituto, y considerados en las evaluaciones que realice este (artículo 174 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

La experiencia y la práctica comparada han demostrado la importancia de que existan este tipo de autoridades independientes y especializadas que resuelvan en tiempo oportuno y razonable los reclamos. Todo ello para evitar que se diluyan los esfuerzos en el cumplimiento de las leyes de acceso a la información pública, sin perjuicio de la existencia de mecanismos judiciales oportunos respecto de las decisiones que niegan el acceso a la información.

c. La Ley N°104

La Ciudad de Buenos Aires consagra expresamente en los artículos 1, 12 inciso 2 y 46 de su Constitución el derecho de acceso a la información pública y los principios de una democracia participativa.

La Ley N°104 del año 1998 fue una de las primeras leyes en reconocer el derecho de acceso a la información pública. Esta ley, en su redacción original, disponía en su artículo 8 la habilitación de la vía judicial ante la denegatoria o el silencio de la administración frente a un pedido de información. Precisaba que esta vía tendría la forma de una “acción de amparo ante el fuero contencioso administrativo”.

La Ley N°104 fue actualizada en 2016 mediante la ley N°5784, con el fin de ajustarla a los estándares del derecho internacional contemporáneo. En particular, la nueva norma elevó las protecciones de los derechos y garantías ya reconocidos a los nuevos niveles del Sistema Interamericano de Derechos Humanos establecidos a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como señalamos en el acápite anterior.

Características especiales

A diferencia de la acción de amparo establecida por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el amparo de la Ley N°104 tiene una finalidad específica: garantizar el cumplimiento del deber de brindar acceso a la información pública. En tal sentido, se encuentra limitado tanto en su procedencia como en sus alcances.

a. Procedencia

La redacción original de la Ley N°104 sostenía en su artículo 8 que “[si] una vez cumplido el plazo previsto en el artículo anterior, la demanda de información no se hubiera satisfecho o si la respuesta a la requisitoria hubiere sido ambigua o parcial, se considera que existe negativa en brindarla [...]”. Queda así delimitado el universo de circunstancias que podrían dar lugar al amparo en los términos de esta ley: 1) casos en los que el sujeto obligado no ofrece respuesta dentro del plazo establecido, y 2) casos en los que la respuesta brindada por el sujeto obligado dentro del plazo establecido no satisface la demanda de información.

La actualización de la ley en 2016 reemplaza la fórmula citada por la siguiente: “[...] en caso que el/la peticionante considere que su solicitud de información no hubiere sido satisfecha [...]”. La nueva redacción amplía, de cierta manera, el espectro de casos para los cuales quedan habilitadas las vías de revisión, ya que remueve toda exigencia de un estándar objetivo de incumplimiento. Si bien, en la práctica, la redacción original no exigía fundamentos objetivos para pedir la revisión del caso, se entiende que la nueva redacción vuelve más accesible el recurso al permitir que sea el/la solicitante quien determine la existencia de un incumplimiento en relación a su pretensión.

En cuanto a la legitimación activa, al igual que en el caso del amparo “general” del artículo 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el amparo de la Ley N°104 favorece un amplio rango de sujetos legitimados para interponerlo. La Cámara de Apelación en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contribuyó a esta idea al sostener que “[...] en cuanto a la legitimación para iniciar este “amparo informativo”, como especie de la acción de amparo genérica contenida en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la Cámara de Apelaciones del fuero ha señalado que la locución “toda persona” utilizada en el artículo 1 de la Ley N° 104 “transmite claramente una idea de máxima amplitud, de voluntad de inclusión y no de exclusión” y que “esa misma amplitud debe proyectarse a la legitimación para promover la acción de amparo que el mismo texto legal contempla [en su artículo 12]”⁴. De manera similar, la Sala III de aquella Cámara sostuvo que la “información de carácter público no pertenece al Estado. En tales condiciones, la legitimación para presentar solicitudes de acceso a la información debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente”⁵.

La Ley N°104 también remueve la subsidiariedad como requisito de procedencia. Ha señalado la Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. que “la existencia de otros medios para obtener la información en modo alguno abroga la Ley de Acceso a la Información [...]. Lo que significa que indicar los mecanismos habilitados para evacuar la consulta en modo alguno importa proveer la información conforme lo dispuesto en los artículos 4° y 5° de la Ley N°104, pues las circunstancias reseñadas no constituyen una excepción a la obligación de brindarla contenida en el artículo 1° de la ley”⁶.

b. Alcances

Se encuentra establecido en la jurisprudencia y la doctrina que la acción de amparo de la Ley N°104 es tan solo un instrumento para “vencer la resistencia al cumplimiento de la obligación de informar”⁷. En este sentido, y conforme tal criterio, se diferencia de la previsión genérica de la acción de amparo en tanto no se opone a actos que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos constitucionalmente.

Dicha doctrina suele asimilar la acción de amparo prevista por la Ley N°104 a la acción de amparo por mora, previsto en el artículo 28 de la Ley N°19.549 de Procedimiento Administrativo. El amparo por mora tiene por objeto específico la decisión judicial que ordene el “pronto despacho” de actuaciones administrativas para que el administrado pueda

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I; “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Obras y Servicios Públicos s/ amparo”, 29/11/2000.

⁵ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III; “Asesoría Tutelar N° 1 (Oficio N° 520/18) c/ GCBA”, 05/07/2019.

⁶ Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III, “Carrasco, Silvia Adriana c/ GCBA”, 05/09/2018.

⁷ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I; “Cosentino, Maria Victoria c/ GCBA y otras”, 21/04/2008. El criterio citado es replicado, de modo textual, en multiplicidad de casos de la Cámara, en sus tres salas.

conocer las concretas razones de aceptación o rechazo en su caso y, oportunamente, agotar la vía administrativa e interponer el recurso judicial correspondiente.

Se presentan dos críticas a esta postura. La primera es que el magistrado que entiende en un amparo por mora es indiferente al contenido del acto administrativo cuya realización se está exigiendo. La administración podrá responder a la orden de pronto despacho como le plazca, sin temor a evaluación judicial. En cambio, la acción de amparo de la Ley N°104 faculta al magistrado interviniente a analizar el cumplimiento de la obligación de proveer información pública, lo que comprende un juicio en cuanto al contenido de la información provista. La orden judicial de entrega de la información peticionada no podrá ser cumplida mediante un acto cualquiera del sujeto obligado, sino que debe ser un acto que satisfaga la pretensión de la parte solicitante. Guillermo Scheibler señala que “[...] la ley garantiza el acceso a información completa, veraz, adecuada y oportuna, extremos cuyo cumplimiento puede y debe ser verificado en sede judicial [...] Recuérdese que nuestro ordenamiento jurídico (supranacional, constitucional y legal) garantiza el acceso a la información -en un concepto amplio del término- y no solamente a documentos o registros”⁸.

Cabe aclarar que, a pesar de la recepción de esta última doctrina por la Cámara de Apelación en lo Contencioso, Administrativo y Tributario, el mismo tribunal ha sabido limitar el margen de revisión del juez. Sostuvo que “[...] el análisis que compete al Poder Judicial se limita a determinar si la solicitud ha sido cumplida o no; y si la respuesta es ambigua o parcial; mas no sobre la vulneración de los derechos que pudiera constatarse a partir de los datos provistos. Ese debate podrá ser objeto de otro tipo de proceso conforme las características de los derechos cuya lesión es invocada por el afectado. El amparo de la Ley N° 104 necesariamente debe satisfacer el derecho de acceso a la información, mas no obligatoriamente satisfacer los otros derechos vinculados con la información que se reclama [...]”⁹. Por demás está aclarar que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha rechazado consistentemente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por sujetos obligados en base a que no compete al Máximo Tribunal dilucidar si se ha cumplido o no con las obligaciones Ley N°104 en el caso particular¹⁰.

La segunda crítica a la comparación entre el amparo de la Ley N°104 y el amparo por mora consiste en que el incumplimiento de las obligaciones dispuestas en la mencionada ley constituye indefectiblemente una violación de un derecho humano constitucionalmente reconocido, a saber, el derecho de acceso a la información pública. A partir del desarrollo de este derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, dicho derecho quedó reconocido dentro del elenco de derechos humanos¹¹ y así protegido por la norma

⁸ Scheibler, Guillermo, Algunas reflexiones a 20 años de la sanción de la Ley N°104, Ciudad Transparente, Ley N°104 comentada, Ley N°5784 y Decreto Reglamentario 260/17, Directora Dra. Basterra, Marcela; Editorial Jusbaire, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018

⁹ Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Simeone, Patricia Noemí y Otros c/ GCBA y otros”, 08/11/2018.

¹⁰ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expedientes N°14872, 14873, 14457.

¹¹ Conforme lo reconoció la CSJN desde el año 2012- Asociación Derechos Civiles el EN PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986 (Fallos: 335:2393).

fundamental. En este sentido, el amparo de la Ley N°104 se acerca más a institutos de amparo específicos en sustancia, tales como el habeas corpus y el habeas data.

El reclamo

La opción del artículo 12 de la Ley N°104

La actualización de la Ley N°104 en el año 2016, además de delimitar el concepto de información pública y afianzar los principios orientadores para la interpretación y aplicación efectiva de la ley, dispuso la creación del Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información (OGDAI). El OGDAI supervisa y garantiza el buen funcionamiento del sistema de acceso a la información. Tiene facultades para revisar el cumplimiento de las solicitudes de información pública mediante un procedimiento administrativo impulsado por el solicitante. Este procedimiento, de orden administrativo, se erige como alternativa no obligatoria a la vía judicial. La habilitación de la acción de amparo por incumplimiento del deber de dar acceso a la información pública se mantiene incluso en la redacción actual de la ley.

El instituto del reclamo toma como antecedente directo la instancia revisora prevista en la Ley Modelo de la OEA, como se mencionó anteriormente. La Ley Modelo proponía dos canales de apelación: uno interno y otro externo. La apelación interna, opcional, sería dirigida a la autoridad pública obligada a proveer la información, mientras que la apelación externa se realizaría ante la Comisión de Información (una entidad específicamente creada para salvaguardar el derecho de acceso a la información pública) y sería condición necesaria para la posterior apelación en sede judicial. La Ley N°104 tomó diversos aspectos de la Ley Modelo, como la opción de la sede administrativa y la judicial, pero eliminó el requisito de agotamiento de una vía administrativa previa a la interposición del amparo, como así también la posibilidad de apelar ante el sujeto obligado.

Toda vez que la vía administrativa se presenta como alternativa a la judicial, pues no se requiere el agotamiento de la primera para accionar el amparo, cabe plantear el siguiente interrogante: ¿qué necesidad viene a cubrir el reclamo? O, en su defecto, ¿qué beneficio reporta la opción del reclamo frente a la acción de amparo?

¿Amparo o Reclamo?

a) Trámite rápido y expeditivo

Frente a los plazos “breves y perentorios” del procedimiento de amparo, la Ley N°104 propone, también, un plazo breve de veinte días hábiles para la resolución del OGDAI y diez días hábiles adicionales para el caso en que se ordene la entrega de la información¹².

¹² Cabe señalar, como dato de color, que la Ley N°104 establece plazos notoriamente más breves que aquellos estipulados por la Ley Modelo de la OEA, la que en el inciso 1 de su artículo 49 propicia sesenta días hábiles para la resolución de la Comisión de Información, con la posibilidad de prórroga por sesenta días adicionales.

Si bien las cualidades de expeditivo y rápido son los principales atributos que distinguen a la acción de amparo de los procedimientos ordinarios, las mismas son, asimismo, características del recurso administrativo. Como dato de color, puede observarse que la persona que tramite ambas instancias (primera instancia ante la autoridad de aplicación: artículo 10 y reclamo artículo 34) verá satisfecha su pretensión en un plazo de 35 días hábiles, si el reclamo devino abstracto, o 45 días hábiles si se exigió un orden de entrega, aproximadamente un poco más de dos meses. En este sentido, sabemos que en sede judicial suele haber una extensión *de facto* de los plazos dispuestos.

b) Informalidad

Si bien ambos procedimientos se presentan desprovistos de formalidades, el umbral de requisitos de mínima exigido por la acción de amparo supera al de la revisión administrativa. Primero, el reclamo se destaca por la inmediatez y la facilidad con la que la persona puede acceder al reclamo, dado que el reclamo puede ser interpuesto por la misma vía a través de la cual se efectuó la solicitud, sea de manera física u online. Segundo, la redacción del reclamo no requiere de formalidad alguna. Tercero, el solicitante/reclamante no requiere representación legal o patrocinio letrado.

En cuanto al amparo ante sede judicial, a pesar de la eliminación de barreras formales para su interposición, en la práctica subsiste la necesidad de contar o bien con una representación letrada, o bien con conocimientos específicos del derecho tales como fueros y jurisdicciones. La persona que intentara la acción de amparo sin asesoramiento capacitado podría ser perjudicada por desconocimiento del funcionamiento del sistema judicial.

c) Costo

De acuerdo a la norma general que rige las acciones de amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a saber, el artículo 14 de la Constitución de la ciudad, la acción de amparo es gratuita y el accionante estará exento de costas con la salvedad del caso de temeridad y malicia.

No obstante a la gratuidad de la acción de amparo, y en consonancia con lo sostenido en el acápite anterior, en el caso de personas particulares podrían suscitarse costos asociados con la navegación del complejo sistema judicial, como ser los honorarios de un abogado. La instancia judicial requiere un entendimiento básico del funcionamiento del derecho cuya exigencia podría contrariar la esencia de los derechos humanos que se pretende proteger.

El reclamo administrativo no importará ningún costo para el reclamante. Incluso en el caso de requerir copias físicas, el costo será a cargo del reclamante a partir de la copia 51¹³.

d) Riesgo

Se sigue de los dos puntos anteriores que, al menos desde la subjetividad del solicitante, la vía judicial podría ser asociada con un mayor riesgo para el/la accionante. Ello pues

¹³ Informe N°09025843/OGDAI/2018, integral y adjunto a la Resolución N°1/OGDAI/, 27/03/2018.

representan costos más elevados -pecuniarios, de tiempo y de esfuerzo- y cierta incertidumbre en cuanto a la duración del proceso.

En contraste, la vía administrativa ofrece mayor certeza en cuanto a la gratuidad del procedimiento y la brevedad de los plazos. Ambos extremos que se ven respaldados por la práctica del OGDAl, que desde su creación ha mantenido estricto cumplimiento de lo dispuesto por ley¹⁴ y ha procurado acercarse al público general a través de la simplificación del trámite. La especial situación del OGDAl en relación con la Autoridad de Aplicación (la DGSOCAI), signada por la comunicación fluida y la información compartida, facilita la activación de la instancia de revisión administrativa.

Adicionalmente, la vía del reclamo asegura que la cuestión sea tratada por un cuerpo específicamente diseñado para atender asuntos de derecho de acceso a la información. La especialidad del OGDAl no se limita a el conocimiento especializado en la materia, aunque dicho extremo es particularmente significativo si se tiene en cuenta que el desarrollo del contenido sustancial del derecho se encuentra en sus albores en el ámbito local. El Órgano Garante también goza de una posición privilegiada respecto de los órganos judiciales en cuanto cuenta con mecanismos informales de comunicación con los sujetos obligados, mediante los cuales puede entablar diálogos que permitan a los obligados comprender la extensión de sus obligaciones y, de tal modo, facilitar su cumplimiento.

Por último, estadísticamente, el OGDAl ha logrado al día de la fecha que en una mayoría de casos la información sea entregada en la instancia administrativa. En 2019, del total de los casos resueltos, y excluyendo aquellos que obedecen a un uso abusivo del derecho de acceso a la información, el 66,9% de los reclamos obtuvieron una respuesta satisfactoria durante el trámite de segunda instancia, por lo que la resolución del OGDAl resolvió declarar abstracto el reclamo¹⁵.

e) Fuerza institucional

El vacío más notorio de la Ley N°104 probablemente sea que deja al Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información sin facultades sancionatorias expresas ante el incumplimiento por parte de los sujetos obligados de la orden de entrega de información. Si bien el artículo 34, que regula el procedimiento del reclamo, establece que las resoluciones del organismo son vinculantes, la norma no prevé los pasos a seguir en caso de que el sujeto obligado persista en su incumplimiento. Tal extremo es individualizado por Juan Gustavo Corvalán y María Victoria Finn como una de las debilidades de la Ley N°104, concluyendo que “[...] aún cuando las intenciones del legislador resultan nobles, en la

¹⁴ Dada la magnitud de su tarea y los recursos limitados a su disposición, el OGDAl no ha podido respetar los plazos de la ley en circunstancias extremas, en las cuales un/a solicitante particular interpuso un gran número de reclamos. En ocasiones, un/a mismo/a reclamante ha llegado a superar la frecuencia de 40 reclamos diarios. En tales casos, el OGDAl explicó en sus resoluciones que se configuraba una situación asimilable al abuso de derecho (RESOL-2019-99-GCABA-OGDAI).

¹⁵ Para dimensionar la cifra mencionada, obsérvese que un 16,67% de los casos resultaron en una orden de entrega o acuerdo de entrega, 10,94% fueron declarados extemporáneos, 9,90% fueron considerados respondidos en primera instancia y 2,08% fueron desistidos. Datos 2019 publicados en <https://www.buenosaires.gob.ar/jefedegobierno/vicejefatura/organo-garante-del-derecho-de-acceso-la-informacion/los-reclamos-de>.

práctica, su funcionamiento puede recaer en una simple carta de buenas intenciones. Por ello, es esencial interrogarnos sobre [...] qué ocurre si la orden que el órgano garante da a la autoridad pública es incumplida”¹⁶.

Sin embargo, el OGDAl ha adoptado la práctica administrativa de emitir resoluciones por incumplimiento cuando el sujeto obligado incumplió con la orden entrega de la información. Esta práctica se amolda a las potestades conferidas al Órgano Garante, conforme el artículo 26 inciso “e” de la Ley N°104. Las resoluciones por incumplimiento notifican al superior jerárquico del sujeto obligado incumplidor para que, si lo considera necesario y pertinente, proceda a incoar los procedimientos disciplinarios que considere pertinentes¹⁷. Dichas resoluciones son publicadas en el Boletín Oficial y luego en el sitio *web* del Órgano, donde permanecen publicadas hasta que se de cumplimiento con lo ordenado. De esta manera ocurre la práctica del “*name and shame*”.

No obstante, la acción de amparo aparece como más idónea en última instancia, toda vez que el órgano judicial posee facultades investigativas y se encuentra facultado para hacer uso de la fuerza pública para conseguir el cumplimiento de la obligación de dar acceso a la información. Superados los obstáculos formales mencionados anteriormente, una vez que el magistrado emite una orden de entrega de información pública, su incumplimiento podría traer aparejada la intervención de las fuerzas de seguridad.

f) *Conclusión*

En línea con lo sostenido en los acápites anteriores, la Guía de Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de la OEA sostuvo: “[...] El costo, el tiempo que demora, y la dificultad para los ciudadanos en acceder a los tribunales tienen un efecto desastroso en la utilización de este mecanismo de cumplimiento. Con todos estos obstáculos, el efecto de disuasión que muchas veces tienen los tribunales se minimiza y, en realidad, pueden incentivar a algunos servidores públicos a ignorar la ley o a denegar solicitudes en forma arbitraria, pensando que la mayoría de los ciudadanos no van a poder cuestionar efectivamente sus decisiones. Es más, en muchas de las democracias más recientes, a menudo se observa una falta de confianza en el Poder Judicial, posiblemente debido a que éste aún no se ha convertido en una rama sólida e independiente del Estado. Por último, cabe considerar los costos de las demandas judiciales para el gobierno (y el contribuyente) y la carga sobre el sistema judicial [...]”¹⁸.

Todas estas consideraciones propiciaron a la OEA a diseñar un recurso administrativo más simple y accesible al ciudadano. Dicho recurso fue emulado en muchos de los ordenamientos normativos de los Estados Parte, con ajustes locales pertinentes. Como

¹⁶ Corvalán, Juan Gustavo y Finn, María Victoria; [Vías recursivas o reclamativas de la ley de acceso a la información pública](#), *Ciudad Transparente, Ley N°104 comentada, Ley N°5784 y Decreto Reglamentario 260/17*, Directora Dra. Basterra, Marcela; Editorial Jusbares, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

¹⁷ Ver Resolución N°109/OGDAI/2018, resolución N°48/OGDAI/2019 y resolución N°93/OGDAI/2019, entre otras.

¹⁸ Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de Estados Americanos, “Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y su Guía de Implementación”; http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Guia_editada_DDI.pdf.

vimos, la vía administrativa se erige como alternativa rápida, simplificada y accesible para el ciudadano, que protege los derechos de quienes, por la razón que fuera, prefieren no accionar la vía judicial. Estos beneficios de la revisión administrativa justificaron la adopción de una vía optativa de reclamo en el ordenamiento local.

En atención a las ventajas y desventajas de cada una de las vías previstas para garantizar el acceso a la información pública frente al incumplimiento de una solicitud en los términos de la Ley N°104, resulta oportuno analizar los modos en que estas podrían combinarse, si aquellos existen.

Judicialización con reclamo

La norma prevé la alternativa del uso del reclamo administrativo o del amparo, pero, también existe la posibilidad de la interposición de una acción de amparo posterior a la resolución del Órgano Garante. Esta acción la puede iniciar el reclamante cuando considere que su derecho de acceder a determinada información pública continúa siendo vulnerado, ya sea para exigir el cumplimiento de la orden de entrega o en contra de la resolución que rechaza el reclamo¹⁹.

En efecto, toda vez que la decisión del OGDAI no reviste carácter judicial, la parte reclamante podrá activar la acción de amparo dentro de los 45 días de haber conocido el incumplimiento de dicha decisión, de conformidad con lo dispuesto por la Ley N°2145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De este modo, el solicitante podrá beneficiarse en un primer momento del trámite expeditivo del reclamo y, posteriormente, si su pretensión no es satisfecha, podrá asegurar el respeto a su derecho de acceso a la información, con respaldo de la fuerza pública.

En la causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c/ EN-AFIP s/amparo Ley 16.986”, los magistrados de la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo Federal sostuvieron que “[...] las decisiones en materia de acceso a la información pública “...son recurribles directamente ante los tribunales de primera instancia en lo contencioso administrativo federal, sin perjuicio de la posibilidad de interponer el reclamo administrativo pertinente ante la Agencia de Acceso a la Información Pública o el órgano que corresponda según el legitimado pasivo”[...]”²⁰. Si bien se trata de un fuero ajeno al examinado en el presente artículo, su mención es oportuna dada la falta de jurisprudencia local al respecto y toda vez que los principios que rigen la materia en ambos fueros son asimilables.

¹⁹ Cabría preguntarse si el sujeto obligado podría interponer una acción de amparo u algún otro recurso judicial contra la resolución del OGDAI cuando considere que la orden de entrega no es pertinente o considere haber cumplido con sus obligaciones. El interrogante no ha recibido amplio tratamiento en la jurisprudencia. En términos de derecho comparado, es dable mencionar el caso del Reino Unido, donde se encuentra expresamente prevista la apelación contra la decisión del órgano garante (“Information Commissioner’s Office”), conforme el artículo 57 de la Freedom of Information Act 2000 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/section/57>).

²⁰ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 11, Ciudad de Buenos Aires, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c/ EN-AFIP s/amparo Ley 16.986”, 13/11/ 2019.

Mayor incidencia tiene el mencionado fallo al sentar precedente en cuanto a la valoración que el tribunal realiza sobre lo actuado en sede administrativa. En el caso, el hecho de que haya recaído una orden de entrega de información pública sobre el sujeto obligado y que éste último haya incumplido dicha orden, tuvo peso argumentativo en su contra durante el escrutinio judicial. El fallo reviste particular importancia pues otorgó valor al trámite administrativo, incluso cuando éste no había tenido resultado exitoso.

La vía recursiva combinada, ejemplificada por el referido caso "ACIJ", se beneficia de las ventajas del reclamo y de la acción de amparo. En efecto, aprovecha la agilidad del reclamo administrativo para intentar una solución expeditiva, gratuita y de menor riesgo en una sede especializada para el tipo de contiendas; y deja abierta la vía judicial posterior, en caso de que la vulneración al derecho del peticionante persistiera tras la resolución administrativa. Esta combinación, permitida por la Ley N°104, se vería mejorada si los cuerpos judiciales que intervienen en las acciones de amparo de la Ley N°104 debiesen considerar la resolución del OGDAL como prueba de especial gravedad. De este modo, lo actuado en sede administrativa acarrearía consecuencias en la sede judicial, desincentivando de ese modo el incumplimiento desde un primer momento.

Como se mencionó, todavía no se han visto casos que den tratamiento a acciones de amparo de la Ley N°104 interpuestas con posterioridad a una resolución OGDAL, dado que la creación del Órgano Garante es reciente. El desarrollo jurisprudencial de tales casos podría resultar instrumental para la optimización del sistema recursivo de la Ley N°104. En línea con la propuesta esbozada en los párrafos anteriores, podría sostenerse que, en el corto plazo, queda en manos del poder judicial otorgar mayor fuerza institucional al trámite administrativo, con el objetivo de priorizar la eficacia y eficiencia en la protección del derecho de acceso a la información pública.