



EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

El acceso a la información pública y el silencio administrativo desde la perspectiva de los derechos humanos

por CELINA DEL ROSARIO AGUIRRE

NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
Análisis doctrinarios, comentarios y apóstilas

“Un gobierno del pueblo, en la ausencia de toda información del pueblo o de los medios que le permiten acceder a ella, no es más que el prólogo de una farsa o de una tragedia, es decir, de una tragicomedia. El conocimiento le llevará siempre por encima de la ignorancia. Un pueblo que quiere ser su propio soberano debe procurarse el poder que le facilita el conocimiento”.

JAMES MADISON⁽¹⁾.

Con esta cita doy comienzo a las reflexiones del presente trabajo, tomando para ello, y como punto de partida, que aquel conocimiento que debe tener el pueblo (en palabras de MADISON) se materializa a través del derecho de acceso a la información pública, derecho humano fundamental, según la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

Sabido está que los derechos humanos son bienes básicos que corresponden a toda persona por el hecho de su condición humana; los que se necesitan para vivir dignamente. A estos se les reconoce su carácter histórico, inalienable, imprescriptible, universal, indivisible, dinámico, progresivo e interdependiente. Estas características hacen de los derechos humanos, a medida que han sido reconocidos, una cobertura integral para cada persona. Y al ser interdependientes, la violación de uno solo de ellos repercute en múltiples violaciones.

Una democracia republicana de calidad implica reconocimiento y garantías para el ejercicio pleno de los derechos humanos. De todos los derechos humanos. Y el acceso a la información pública es uno de ellos.

A su vez, tales democracias necesitan de una verdadera participación de la ciudadanía, siguiendo el planteo de

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: Algunos lineamientos acerca del derecho de acceso a la información pública, por ALFONSO BUTLER, EDA, 2008-599; El derecho fundamental de acceder a la información pública, por JORGE LUIS BASTONS, ED, 241-608; El derecho de acceso a la información pública: análisis del proyecto de ley federal, por MARINA M. SORGI ROSENTHAL, EDCO, 2016-532; “El pueblo quiere saber de qué se trata” (Algunas reflexiones sobre el proyecto de ley de acceso a la información pública), por GUILLERMO F. PEYRANO, ED, 268-1010; El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por MARCELO TRUCCO, ED, 268-880; Acceso a la información pública: Una herramienta útil en materia de salud, por LEONARDO PUCHETA, ED, 272-954. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Carta a W. T. Barry de 4 de agosto de 1822. Padover, 1953.

la teoría política del republicanismo del filósofo irlandés PHILIP PETTIT. Por lo que el mencionado derecho humano es vital para la consecución de tal objetivo, pues coadyuva a reducir el fenómeno endémico de la corrupción.

Es, entonces, trascendental que el progreso del derecho de acceso a la información pública en nuestro país venga acompañado de una correcta reglamentación que permita el ejercicio de este a través de un ágil procedimiento administrativo respetuoso de los derechos humanos involucrados.

Ello es así, toda vez que el Estado debe crear las condiciones necesarias para que las personas sujetas a su jurisdicción gocen con plenitud de los derechos internacionalmente consagrados, ya que, en caso contrario, este deviene responsable bajo el derecho internacional por su fracaso en cumplir con sus obligaciones de prevención y protección en materia de derechos humanos.

Desde esta óptica, se celebra la sanción de la ley nacional de acceso a la información pública 27.275, toda vez que el decreto 1172/03 no alcanzaba a satisfacer lo antedicho.

Es de destacar de la norma, y en concordancia con los principios y estándares internacionales vigentes en materia de acceso, el establecimiento de una amplia legitimación activa, tanto para personas físicas como jurídicas, sin necesidad de acreditar derecho subjetivo o interés legítimo, y, a su vez, una vasta legitimación pasiva a través de la inclusión de todos los poderes del Estado, el Ministerio Público Fiscal, partidos políticos, sindicatos y cualquier entidad privada a la que se le hayan entregado fondos públicos.

Sobresale, asimismo, la determinación de la vía del amparo como forma de acceder a la justicia ante la falta de respuesta o ambigüedad de la Administración, eliminando para el caso los supuestos de inadmisibilidad formal que en lo ordinario se exigen y, fundamentalmente, el pernicioso “amparo por mora” que, en el supuesto del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, no otorga mayor efectividad y que, en muchas legislaciones provinciales, aún perdura.

Ahora bien, esta ley (así como su predecesor decreto) y la mayor parte de las leyes provinciales sobre la materia prevén el silencio negativo en caso de ausencia de contestación en plazo por parte de los organismos públicos receptores de solicitudes de información.

Cabe preguntarse si una denegatoria infundada, inmotivada –silencio negativo– (a la cual, paradójicamente, la ley primero se opone a que pueda suceder), se compadece con el requerimiento o la puesta en ejercicio de un derecho humano como el aquí analizado.

Al decir de DAMSKY, el régimen de combate contra la morosidad administrativa previsto en la normativa de procedimiento administrativo argentino (y que parcialmente esta nueva ley como las legislaciones provinciales en materia de acceso aplican) deposita sobre el particular toda la carga de demostrar el incumplimiento estatal, ya que para conjurar al silencio no solo debe aguardar el plazo, pedir pronto despacho y aguardar un plazo suplementario, sino que, asimismo, debe accionar judicialmente en amparo por mora más el deber de demostrar todos los recaudos que ameritan su procedencia para obtener una orden judicial de pronto despacho, la cual, a su vez, redimirá la mora al concederle un plazo suplementario a la Administración para que, a lo sumo, pueda obtener un consabido acto administrativo de rechazo⁽²⁾.

Contrariamente se advierte, a su vez, como estándar actual en la materia, que el acceso a la información pública debe ser oportuno, completo, pronto y gratuito. Es necesario retomar el camino de la obligación de resolver que pesa sobre los organismos públicos, contracara natural del derecho humano, de petitionar a las autoridades. Los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina la obligan en tal sentido.

Se observa que los derechos humanos no se han integrado aún plenamente a la “cultura de la administración”, la incorporación de estos en la corriente administrativa sigue siendo una tarea pendiente. La ratificación del instituto del silencio negativo en el caso de información pública no allana el camino para la consecución de tal fin, y mucho menos cuando se trata del ejercicio de un derecho que, tal como se expuso, permite el desenvolvimiento de otros derechos humanos.

El silencio del poder público en el marco de un procedimiento administrativo hiere letalmente la integridad jurídica de los derechos fundamentales, cuya tutela es requerida a la Administración.

(2) DAMSKY, ISAAC A., *Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2013, pág. 533.

CONTENIDO

DOCTRINA

El acceso a la información pública y el silencio administrativo desde la perspectiva de los derechos humanos, por **Celina del Rosario Aguirre**..... 1

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Trabajo: Despido: despido discriminatorio; ley 23.592; actividad sindical. **Prueba:** Estándar “Pellicori”: aplicación. **Sentencia Arbitraria:** Apartamiento de constancias probatorias (CS, septiembre 4-2018)..... 2

CIVIL

Código Civil y Comercial: Aplicación temporal. **Prueba:** Carga de la prueba: imperativo del propio interés. **Prueba de Testigos:** Falta de precisión: dichos; valoración (CNCiv., sola C, agosto 16-2018)..... 7

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Un nuevo documental sobre la industria de la maternidad subrogada, por **Jorge Nicolás Lafferriere**..... 8

La inactividad administrativa es el mayor obstáculo para la eficacia de los derechos fundamentales y el Estado social de derecho que reclama actuaciones prestadoras de la Administración pública⁽³⁾.

JOSÉ L. VILLAR PALASÍ destacó alguna vez que en el derecho no basta crear categorías, sino que es preciso, por el contrario, saber hasta qué punto tales categorías son vitales y responden a necesidades vitales. Cabe preguntarse, entonces, hasta qué punto el silencio negativo, en el marco del ejercicio del derecho humano de acceso a la información pública, responde a una necesidad vital.

Si bien desde este trabajo se defiende la obligación primigenia que pesa sobre el Estado de resolver, oportuna y motivadamente, las solicitudes de los particulares, también se entiende que en la práctica, a mediano plazo, esto puede continuar siendo una utopía.

Siendo ello así, el instituto del silencio administrativo positivo, en lo que hace al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, puede advertirse como una posible solución al problema.

Tal instituto ha sido empleado en Argentina, en ocasiones, indebidamente. Tal es el caso de la Ley de Radicación Industrial 11.459 de la provincia de Buenos Aires cuando otorga el certificado de aptitud ambiental, mediando ausencia de respuesta de la Administración, en clara contradicción al derecho humano a un medioambiente sano. Derecho que, curiosamente, tal ley viene a proteger.

En lo que respecta a la legislación comparada, se observa el caso de la ley catalana 19/2014 de acceso a la información pública, transparencia y buen gobierno que sí ha previsto el silencio positivo, y que generó únicamente controversias en lo que refiere a los extensos plazos dispuestos por la norma, tanto para contestar como para tener por configurado este, o por la obligación que pesa sobre el particular para solicitar el libramiento efectivo de la información.

De todo lo analizado me permito avizorar que la instauración del silencio positivo, al configurar un verdadero acto vinculante para la Administración, y tener por aceptados por el mero transcurso del tiempo las solicitudes de información pública, alentaría a cumplir la obligación primigenia del Estado de decidir en tiempo y forma.

Para ello es indispensable la institución de un adecuado, eficaz y tasado sistema de responsabilidades para los funcionarios públicos que hagan caso omiso de tal obligación.

La coacción que generaría tal acto vinculante, que implica el silencio positivo y oportunas responsabilidades, alentaría a los funcionarios a despachar las solicitudes en tiempo legal.

Como ventaja, asimismo, surge que, a través de plazos exigios para la configuración de tal silencio, los particulares podrían efectivamente acceder de manera oportuna, rápida y gratuita a la información, tal como emana de los estándares internacionales citados, y no quedaría esto como una mera declaración de principios.

De tal manera, no se encontraría demorada la realización del derecho a la necesidad de acudir, como regla, a la justicia contencioso administrativa, a fin de que sea un juez quien obligue a la Administración a despachar el pedido, o bien tener que entablar una acción de amparo bajo el riesgo de considerar los magistrados que no existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta o inminente como aún sucede en varias jurisdicciones provinciales.

Así tampoco se vería obligado el particular a recurrir a profesionales del derecho para la interposición de tales acciones, atentatorio esto del principio de gratuidad e informalismo, universalidad y accesibilidad que en la práctica también deben imperar.

Es necesario remarcar la aplicabilidad directa de las normas e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos al ámbito del procedimiento administrativo, la regla del debido proceso en los términos de la Convención se extiende a cualquier cauce formal y procedimental de actuación estatal operando como punto de partida del "control de convencionalidad" de la Administración.

Para la correcta consecución del derecho a la buena administración que, si bien no se encuentra expresamente le-

gislado en nuestro sistema normativo, se encuentra implícito en la Constitución Nacional, hacen falta herramientas que coadyuven en tal sentido.

La sanción de la ley nacional de acceso a la información pública viene a paliar en parte la tradición de secretismo, sigilo y oscuridad propia de nuestra cultura administrativa.

La inclusión del instituto del silencio administrativo positivo, plazos exigios de configuración de este, un eficaz sistema de responsabilidades para los funcionarios públicos incumplidores del mandato legal en normas sobre la materia vendrían a completar ese proceso de cura de la enfermedad constituida por la mala praxis administrativa que consiste en el simple hecho de no resolver.

El silencio positivo, finalmente, allana el camino en la consecución del tan ansiado objetivo de obligar a la Administración a que responda oportuna y motivadamente. Esta es la premisa inspiradora del presente trabajo y el sentido axiológico de nuestra Constitución Nacional.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - ACTO ADMINISTRATIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - DERECHOS HUMANOS - HÁBEAS DATA - AMPARO

JURISPRUDENCIA

Trabajo:

Despido: despido discriminatorio; ley 23.592; actividad sindical. **Prueba:** Estándar "Pellicori": aplicación. **Sentencia Arbitraria:** Apartamiento de constancias probatorias.

1 - *El estándar probatorio fijado por el tribunal según el cual, cuando se discute si un despido obedece a un motivo discriminatorio, la existencia de este se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y si el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación es aplicable en la presente causa, en la que se discute si ha existido un despido motivado por razones sindicales en los términos de la ley 23.551 o fundado en una opinión gremial según la ley 23.592, y adquiere contornos específicos en función de lo que estas leyes disponen.*

2 - *Tal como surge del estándar "Pellicori", quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar prima facie o verosímelmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca. Así, quien alega un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular, y, en el caso de la ley 23.592, el interesado debe probar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión.*

3 - *Una vez demostrado verosímelmente por parte del trabajador que estaba llevando a cabo una actividad sindical, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio; carga esta que es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado vis a vis aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. Respecto del primer tipo de casos, es suficiente que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado, sino que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere; por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado.*

4 - *Sea que se trate de la parte que alega el motivo discriminatorio o de aquella que niega su existencia, para la acreditación de los extremos mencionados y para la evaluación de la prueba deben emplearse los medios habituales.*

5 - *Corresponde descalificar como acto judicial válido a la sentencia que consideró que el despido del actor no fue discriminatorio, pues en dicho decisorio el a quo ignoró el es-*

tándar probatorio "Pellicori", en cuanto que no solo no consideró elementos que dan cuenta de la verosimilitud de la afirmación del accionante acerca de que su desvinculación obedeció a su actividad sindical, sino que omitió por completo examinar si la empresa satisfizo la carga que sobre ella pesaba de probar la existencia de circunstancias que justificaran el despido con causa dispuesto por ella. Máxime cuando el tribunal omitió también evaluar si cada parte satisfizo su carga probatoria a la luz de los medios habituales y los mecanismos usuales de valoración, ya que no ponderó que la empresa no contestó la demanda y que no produjo prueba, y tampoco consideró la postura de las sentencias de primera y segunda instancias según la cual la falta de contestación por parte de la empresa la perjudicaba.

6 - *La ley antidiscriminatoria es una regla general que vino a ampliar la cobertura que, ante una misma situación, prevén las leyes especiales, sin que de su letra surja restricción alguna de la que pueda derivarse incompatibilidad con las normas que contemplan un resarcimiento económico ni la exclusión de un colectivo de personas del remedio que el legislador quiso como regla, por lo cual nada obsta a que el juzgador, ante el dilema de normas especiales aplicables al caso y el reclamo del damnificado basado en la ley 23.592, respete la opción formulada por este. Finalmente, y aun cuando resulte evidente, si el caso no configura ninguno de los supuestos especiales para los que el legislador previó una reparación indemnizatoria, la ley aplicable será la ley antidiscriminatoria (del voto del doctor ROSATTI).*

7 - *Corresponde revocar la sentencia impugnada en cuanto, a partir de una incorrecta interpretación de la ley 23.592, resolvió que la protección no alcanza al actor por carecer del carácter de representante sindical. Sin que ello importe desconocer el ejercicio de la libertad de contratación del empleador, constitucionalmente reconocida, de la que deriva la posibilidad de despedir, pues no se está consagrando en la especie una forma absoluta y general de estabilidad, sino la prohibición de una típica y probada forma de discriminación (del voto del doctor ROSATTI).*

8 - *Dado que en los casos en los que resulta aplicable la ley 23.592 y se controviere la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, la acreditación de hechos, prima facie evaluados, que resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica (Fallos: 334:1387, in re: "Pellicori"), la sentencia apelada, en cuanto rechazó la demanda de nulidad del despido discriminatorio y de reinstalación en el puesto de trabajo del actor, es arbitraria, pues prescindió aplicar dicha ley a las circunstancias comprobadas de la causa (del voto de la PROCURADORA FISCAL). R.C.*

59.928 - CS, septiembre 4-2018. - V., J. G. C. Disco S.A. s/amparo sindical (CSJ 528/2011 [47-V]/CS1-R.H.).

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL SUBROGANTE ANTE LA CORTE: I. La Corte de Justicia de la provincia de Catamarca confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Segunda Nominación que había rechazado la demanda de nulidad del despido discriminatorio y de reinstalación en el puesto de trabajo del actor.

Entendió que las cuestiones planteadas en el recurso interpuesto contra la sentencia de Cámara consistían en la interpretación de la normativa aplicable y en la apreciación del material probatorio, las cuales deben quedar excluidas del recurso extraordinario local. Consideró que el razonamiento desarrollado en la sentencia de segunda instancia adhiere a una corriente de opinión calificada sobre el tema, por lo que no incurrió en violación a la ley o arbitrariedad.

Sostuvo que el convenio 135 de la Organización Internacional del trabajo y la ley 23.551 resguardan la actividad de quienes ejercen algún grado de representación, la cual consideró inescindible de la noción de sindicalización o agremiación, extremo que no consideró acreditado por el actor.

En ese orden de ideas, entendió que la ley 23.592 era inaplicable al caso, pues no se habían probado los pre-

[3] RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, JAIME, *El silencio de la administración y los actos tácitos o presuntos*, Derecho administrativo, Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, LexisNexis, 2004, pág. 66.