

El abuso en el ejercicio del derecho de acceso a la información: Desafíos y oportunidades.

INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la información pública es uno de los pilares más importantes para una vida en democracia: es un derecho estratégico e instrumental que funciona como vehículo para el ejercicio pleno de los demás derechos que consagra nuestro ordenamiento jurídico. Si los ciudadanos pueden fácilmente acceder a información, pueden participar más, a la vez que pueden llevar a cabo mejor control y monitoreo del desempeño de sus gobiernos. La posibilidad de recibir una solicitud de información implica, además, la exigencia de una mayor responsabilidad, rendición de cuentas e incrementa los incentivos de las autoridades a ser mejores en su actividad y más transparentes.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el derecho de acceso a la información está consagrado en la Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784), que existía desde 1998, pero que fue modificada y actualizada en el 2016.¹ El texto actual es reflejo de un espíritu progresivo y expansivo del derecho, con prescripciones que van a la vanguardia de otras normas a nivel mundial. Más pulida, muestra claros avances de calidad institucional, como la ampliación del universo de sujetos obligados², la incorporación de obligaciones de transparencia activa³, el establecimiento de una autoridad de aplicación⁴ y de un Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información⁵, entre otras.

Inspirada en la Ley Modelo de la Organización de Estados Americanos de 2010, nuestra normativa propone un modelo institucional propio y novedoso de doble piso o doble instancia.⁶ En cualquier caso, es una política pública susceptible de ser mejorada y perfeccionada a partir del aprendizaje y de la experiencia que proporciona su puesta en

¹ Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784) “Ley de Acceso a la Información Pública”. Boletín Oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N°5051 (19/01/2017). Disponible en: <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/20170119.pdf> (Última consulta: 23/11/2018).

² Artículo 3. Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784).

³ Artículos 17 y 18. Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784).

⁴ Artículo 23. Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784).

⁵ Artículo 26. Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784).

⁶ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf (Última consulta: 23/11/2018).

práctica. Así, con esta columna de opinión, nos proponemos dar visibilidad a una problemática de la que no da cuenta nuestra regulación actual: cuando el ejercicio abusivo del derecho de acceso de a la información de un solicitante impide el ejercicio regular del mismo derecho por los demás ciudadanos e importa un dispendio excesivo de recursos por parte de la administración.

ABUSO DEL DERECHO

Los derechos más nobles pueden ser susceptibles de un ejercicio abusivo e irrazonable, todo depende del uso de la garantía que haga su titular. Es sabido que no todo lo establecido en una norma es siempre justo, por ello el instituto del abuso del derecho fue delineado en el Código Civil y Comercial de la Nación.⁷ El abuso del derecho implica un ejercicio antifuncional de un derecho, cuando se lo utiliza de modo inequitativo o irrazonable, afectando los derechos de otros (Herrera y Caramelo 2015). Suele decirse que hay un ejercicio abusivo de un derecho toda vez que este no se ajuste a los fines para los que ese derecho en particular fuera reconocido (Herrera y Caramelo 2015).

Como es de esperar, la abusividad en el ejercicio de un derecho es casuística y está sujeta a la interpretación del caso concreto. Para su identificación, no pueden establecerse más que pautas generales y es en esa línea que el Código da dos criterios para detectarla. De esa manera, por un lado, el ejercicio de un derecho es abusivo toda vez que sea contrario a los fines del ordenamiento jurídico; por otro lado, habrá abuso en el ejercicio de un derecho cuando este exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

En el ámbito que nos ocupa, del derecho de acceso a la información, pueden identificarse varios escenarios en que se pudiera verificar un ejercicio irrazonable del derecho y contrario a la buena fe. Por ejemplo, pudiera ser abusiva una negativa injustificada de un solicitante a conciliar en los términos del artículo 11 de la Ley N°104, a los fines de acordar pautas y plazos con el sujeto obligado para que pueda compilar la información solicitada.⁸ Igualmente, podría considerarse que hay abuso en

⁷ Código Civil y Comercial. Artículo 10. “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

el supuesto de excesiva interposición de reclamos, que exceda la capacidad humana de la dependencia requerida, paralice su actividad e importe un dispendio excesivo de recursos respecto de ese único solicitante.

DERECHO DE ACCESO: LÍMITES DE LA NORMATIVA LOCAL

El derecho de acceso a la información es un derecho de alcance expansivo y sus limitaciones son únicamente las previstas por la propia Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784). En cualquier caso, vale aclarar que los límites y excepciones legalmente establecidos son taxativos y de interpretación restrictiva. Esa es la única conclusión posible en virtud del espíritu de la Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784), de la intención del legislador que surge del texto de la norma y de la ponderación de los principios receptados en el artículo 2, preponderantemente, los de presunción de publicidad y accesibilidad, transparencia, alcance limitado de las excepciones e *in dubio pro petitor*.

De momento, el diagnóstico que se puede hacer es que nuestra regulación no prevé mecanismos para evitar el ejercicio abusivo o irrazonable del derecho de acceso. Ante la mala fe del administrado, el sujeto obligado no cuenta con demasiados mecanismos que le permitan arribar a una solución armónica y amigable. Por ahora, solo se cuenta con las previsiones del artículo 11 de la ley que, únicamente en casos especiales, habilitan a acordar con el solicitante plazos de entrega más holgados, siempre condicionado a la buena fe del solicitante para poder negociar.

Igualmente, de todos modos, el mecanismo de conciliación del artículo 11 de la Ley N°104 (t.s. Ley N°5.786) solo se activa, en principio, para pedidos de acceso en particular. Así, concede la posibilidad de acordar términos y condiciones *ad hoc* con el solicitante, cuando no es posible entregar la información en los plazos regulares que prevé la ley, por ejemplo, por su volumen o por la necesidad de compilarla, en tanto ello exceda la capacidad de trabajo del sujeto requerido, para que la actividad administrativa no sea vea paralizada.

⁸ Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784). Artículo 11.- Compilación de información: En el supuesto que la información requerida no pueda ser entregada dentro de los plazos establecidos en la presente ley, entre otros casos, por su voluminosidad, la dificultad de obtenerla o por la necesidad de compilar la información dispersa en diversas áreas, el sujeto obligado dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la solicitud, deberá proponer una instancia para acordar entre el solicitante y el sujeto obligado la entrega de la información en un tiempo y uso de recursos razonables, que en ningún caso afecten su normal funcionamiento.

El articulado actual de la Ley N°104 no recepta previsiones respecto de cómo proceder con aquellos solicitantes que generen dificultades porque injustificadamente no quieren acordar, en virtud de lo previsto por el artículo 11. ¿Qué opciones tiene el sujeto obligado? ¿Y cómo lidia la Administración con los pedidos de acceso de solicitantes compulsivos? En particular, preocupan esos casos en que solo la consideración integral de los sucesivos pedidos de acceso de un mismo solicitante hacia una misma dependencia producen la paralización a la que alude el artículo 11, pero ninguno de los pedidos en sí mismos es susceptible de tal efecto y, únicamente, puede arribarse a esa conclusión si se los evalúa de modo agregado, algo que técnicamente no prevé el mencionado artículo.

REGULACIÓN COMPARADA

Como se ha visto, el diagnóstico es que nuestra ley no tiene previsiones para el ejercicio irrazonable del derecho. Ello tiene muchísimo sentido ya que lo esperable es que la mayoría de los ciudadanos ejerzan el derecho de acceso responsablemente. Sin embargo, la realidad ha demostrado que es posible que algunos solicitantes abusen de los pedidos de acceso. Así pudieran iniciar solicitudes de información disruptivas, o que tienen como única intención molestar a la administración —o a un funcionario o empleado en particular de cierta dependencia—o que tienen un impacto desproporcionado en la dependencia requerida.

Estos hipotéticos escenarios han sido receptados por alguna regulación comparada. El análisis y estudio de la normativa de otros países, relativa al acceso a la información, pudiera servir de inspiración de modo de mejorar nuestra Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784) y actualizar la regulación local conforme a la experiencia que la Administración ha consolidado en virtud de su puesta en práctica. Al mismo tiempo, es posible beneficiarse de la experiencia comparada, en función de las vicisitudes que han enfrentado en la aplicación y ejecución de sus normas.

MODELO ESPAÑOL

El modelo español prevé la posibilidad de no dar trámite aquellas solicitudes de información que sean manifiestamente repetitivas o de carácter abusivo.⁹ Ello ocurre,

⁹ Artículo 18 de la Ley 19/2013 del 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (texto consolidado al 21 de diciembre de 2013) “1. Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: [...] e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter

por ejemplo, cuando lo peticionado excede las capacidades técnicas, administrativas y/o humanas del sujeto obligado, en tanto tenga la virtualidad de paralizar la actividad normal de la dependencia requerida. En el Criterio Interpretativo CI/003/2016, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España ha advertido que dicha causa de inadmisión debe aplicarse de manera restrictiva y siempre deben expresarse los motivos que la justifiquen. Señaló que, de aplicarla, la Administración queda obligada a una ponderación razonada y basada en indicadores objetivos.

Con carácter pedagógico, el Consejo de Transparencia español advirtió que una solicitud puede entenderse como abusiva cuando, de ser atendida, requiera un tratamiento que obligue a paralizar el resto de la gestión del sujeto obligado. Así, cuando el pedido de acceso impida la atención justa y equitativa del trabajo o servicio público encomendado.¹⁰ Sin embargo, aclara que el derecho debe ser abusivo cualitativamente hablando y no meramente cuantitativamente hablando. Por eso, el simple hecho de que una misma persona presente varias solicitudes, no equivale necesariamente a un ejercicio abusivo del derecho (CGBT 2016).

MODELO BRITÁNICO

En el modelo británico, la Administración queda relevada de cumplir con aquellas solicitudes de información que sean *vexatious requests*¹¹, conforme la sección 14 (1) de la *Freedom of Information Act*.¹² Como limitación, la excepción puede interponerse ante un tipo de solicitud de información en particular, pero no contra un solicitante en específico (ICO 2013). En otras palabras, la administración no queda habilitada a rechazar un pedido de información justificado en que él o la solicitante son en sí mismos *vexatious* (ICO 2013). Con ello, una autoridad no podría negar una solicitud solo porque antes hubiera clasificado otras de solicitudes del mismo peticionante como *vexatious* (ICO 2013). En resumen, la sección 14 (1) tiene que ver con la naturaleza de lo que se pregunta, no con el solicitante en sí mismo ni tampoco con las consecuencias de la difusión de la información.

abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.” Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>

¹⁰ Ver en ese sentido, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España. Resolución N/REF: R/0079/2018 (100-0004007). S/REF: 001/019264.

¹¹ La traducción literal es *pedidos vejatorios* pero, por cuestiones de contexto, sería más apropiado hablar de *pedidos abusivos* o *arbitrarios*.

¹² Section 14(1) FOIA (2000). “Section 1(1) does not oblige a public authority to comply with a request for information if the request is vexatious.”

PROBLEMAS

De preverse una excepción como las que recepta parte de la regulación comparada relevada, debe haber un profundo compromiso de un uso cuidadoso y reflexivo de la Administración, antes de negar sin más o ampliar porque sí los plazos de contestación de un pedido de acceso. Como muestra, del insumo que nos proporciona la puesta en práctica de la Ley N°104, en ciertas oportunidades, se puede notar un uso indiscriminado del uso de la prórroga que prevé el artículo 10.¹³ Por eso, de delinearse el instituto del ejercicio abusivo del derecho de acceso, deberán preverse parámetros objetivos para su aplicación, de modo de evitar un uso discrecional y/o arbitrario por parte de la Administración.

En cualquier caso, haciéndonos eco de la regulación británica y española, y de los criterios interpretativos impulsados por sus respectivas autoridades de aplicación, la *Information Commissioner's Office* y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, respectivamente, nuestra opinión es que la reiteración de pedidos de acceso no debiera equivaler, automáticamente, sin más análisis, a un ejercicio abusivo del derecho. Si el repetido ejercicio de un derecho no equivale a que haya abusividad, con el mismo criterio, igualmente, la repetida presentación de solicitudes de información no lo vuelve en sí mismo un ejercicio irrazonable del derecho: su interpretación y valoración es casuística y contextual.

Es una responsabilidad del legislador generar mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de acceso, pero, igualmente, asignar esfuerzos para dos núcleos esenciales. Primero, para que el ejercicio del derecho de algunos solicitantes no impida el ejercicio del mismo derecho de otros ciudadanos, cuando la cantidad de pedidos monopoliza la atención de una dependencia a un único solicitante o a unos pocos. Segundo, para que el sujeto obligado pueda continuar con su actividad de origen, sin que se vea paralizada como costo para poder brindar la información en tiempo y forma. La circunstancia de lidiar con solicitudes de información irrazonables pudiera poner presión sobre una asignación eficiente de los recursos con los que cuente la dependencia requerida,

¹³ Ver en este sentido, RESSOL-2018-101-OGDAI y el IF-2018-31965267-OGDAI, que la motiva y fundamenta.

significando, de esa manera, un obstáculo a la prestación general de los servicios que le competen y, especialmente, a la respuesta a solicitudes verdaderamente legítimas (ICO 2013).

Es indudable que la atención a las peticiones de los ciudadanos forma parte de las funciones de los sujetos obligados y que la asignación de recursos a esas tareas es parte de sus obligaciones. Sin embargo, difícilmente pueden ser atendidas plenamente si el volumen de recursos necesarios para su atención hace inviable el funcionamiento normal del órgano administrativo al que se le consulta. Estos son: los supuestos de solicitantes compulsivos. Por otra parte, existen dos graves riesgos. Por un lado, que los sujetos obligados queden privados de realizar sus verdaderas funciones con normalidad por atender a las solicitudes abusivas de información, y por el otro, verse impedidos de cumplir con las solicitudes legítimamente planteadas. En el marco de una ley progresiva, que consagra un derecho expansivo, respecto del cual celebramos su conquista, es necesario comenzar a prever mecanismos para la Administración en los casos del ejercicio irrazonable del derecho, y así, perfeccionar el funcionamiento del sistema.

Conforme al espíritu del artículo 11 de nuestra norma local, podríamos pensar una respuesta al problema planteado. Un buen límite para incorporar en nuestra regulación es la posibilidad de dilatar de oficio el breve plazo para responder o resolver, sobre todo cuando la cantidad de actuaciones iniciadas resiente el ejercicio regular de las funciones que el sujeto obligado tiene encomendadas. Dicha dilación debiera estar previamente determinada conforme a parámetros objetivos, por ley o vía reglamentaria. Los casos enmarcados en esta situación serían aquellos cuya contestación fuera irrazonable, en tanto fuera prácticamente imposible proporcionar la información requerida de un solo pedido y/o en cuanto los pedidos de un mismo solicitante, debido a su cantidad y frecuencia, impiden cumplir en tiempo y forma con lo requerido y monopolizan la atención del sujeto obligado.

Con ello, debiera preverse la posibilidad de que el sujeto obligado pueda comprometerse a un esquema espaciado de respuesta a las múltiples solicitudes que le interponga un mismo solicitante, de modo de dosificar el trabajo que insume la Ley N°104 con las funciones regulares y de no privar al solicitante de acceder a la información ni a otros solicitante distintos de ver también garantizado su derecho. La normativa local fue estructurada con un alcance extensivo del derecho y donde prima siempre al acceso a la información, por sobre todas las cosas. Si bien, este es el camino

correcto, la práctica nos presenta situaciones no imaginadas al momento de la sanción de la norma. Hoy en día, no existen previsiones frente al hecho de que el derecho se ejerza de manera abusiva o irrazonable.

Por lo anterior, sería novedoso proponer soluciones más flexibles, a partir de la experiencia de la implementación de la norma y de los casos que la Administración hubiera vivenciado frente a ciertas solicitudes de información manifiestamente abusivas o irrazonables. Es una conflictiva tensión, en la que se debe dilatar el ejercicio del derecho de acceso por parte de algunos solicitantes, como modo de garantizar, así, el ejercicio del mismo derecho a los demás solicitante. Ello es así ya que toda vez que se presenta un solicitante compulsivo, que monopoliza la atención de cierto sujeto requerido, su consecuencia, intencional o eventual, es restringir el derecho de otros, por la concentración de recursos de la administración que provoca el cumplimiento de las solicitudes abusivas-compulsivas.

CONCLUSIÓN

Como conclusión, con el desarrollo anterior, se pudo dar visibilidad a supuestos de hecho no previstos de nuestra regulación. No parece ni justo ni eficaz que la normativa no prevea mecanismos de escape para evitar que, incluso con buena fe de la administración, no se subordine toda la actividad de una dependencia a la contestación de pedidos de acceso, al punto de privarla de los menesteres reales que deberían preocuparla, en virtud de las competencias que le fueran otorgadas por ley. Nuevamente, vale decir que este punto a mejorar de nuestra legislación es esperable ya que lo usual es que la mayoría de los ciudadanos ejerzan el derecho de acceso responsablemente y no abusivamente.

En esa línea, tampoco parece ni justo ni eficaz que, por cumplir con solicitudes abusivas e irrazonables, se vulnere la garantía del ejercicio del derecho de acceso a todos los demás requirentes. En ese sentido, debieran preverse mecanismos más flexibles, aunque de interpretación restrictiva, para que la Administración pueda dar respuesta en tiempo y forma a los numerosos pedidos de acceso que se le soliciten cumpliendo acabadamente con el ejercicio regular del derecho en cuestión del solicitante compulsivo y de otros ciudadanos. De lo que estamos seguros es de que nuestro ordenamiento jurídico, no ampara ni el ejercicio abusivo ni tampoco irrazonable de

ningún derecho, y ese es un principio del que nuestra Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784) debiera empezar a dar cuenta.

Todos queremos una administración más transparente y más responsable frente a los ciudadanos. Sin embargo, es necesario armonizar el ejercicio del derecho legítimo de acceso frente al ejercicio irrazonable del mismo y las posibilidades que tiene cada sujeto obligado para dar respuesta en tiempo y forma a la cantidad de pedidos que recibe. Actualmente, nuestra ley no recepta la posibilidad de articular o categorizar determinados tipos de pedidos como irrazonables o abusivos, como si lo hacen otros ordenamientos del derecho comparado. La experiencia de la implementación de nuestra norma nos impone la necesidad de encontrar respuestas a las situaciones imprevistas, con el objetivo de perfeccionar los mecanismos que garantizan el funcionamiento del sistema institucional de acceso a la información pública.

BIBLIOGRAFÍA

ICO, Information Commissioner's Office del Reino Unido. 2013. "Dealing with vexatious requests (Section 14)". Disponible en: <https://ico.org.uk/media/1198/dealing-with-vexatious-requests.pdf> (Última consulta: 23/11/2018).

Andía, María Gracia. "Acceso a la información pública en gobiernos locales". 30/05/2018. *Diario Los Andes*. Disponible en: <https://losandes.com.ar/article/view?slug=acceso-a-la-informacion-publica-en-gobierno-s-locales-por-maria-gracia-andia> (Última consulta: 23/11/2018).

Herrera, Marisa y Gustavo Caramelo. "Artículo 10". En Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Directores). 2015. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I. Pp. 36-38. Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf) (Última consulta: 23/11/2018).

NORMATIVA

Ley N°104 (t.s. Ley N°5.784) "Ley de Acceso a la Información Pública". Boletín Oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N°5051 (19/01/2017). Disponible en:

<https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/20170119.pdf> (Última consulta: 23/11/2018).

Resolución N°19/2018 del Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información (18/09/2018). Boletín Oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N°5466 (27/09/2018). Disponible en: <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/20180927.pdf> (Última consulta: 23/11/2018).

Informe N°25832460/2018 del Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información (18/09/2018). Boletín Oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N°5466 (27/09/2018). Disponible en: <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/PE-RES-AVJG-OGDAL-19-18-ANX.pdf> (Última consulta: 23/11/2018).

CTBG, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España. 2016. Criterio Interpretativo CI/003/2016. “Causas de inadmisión de solicitudes de información. Solicitud de información repetitiva o abusiva”. Madrid, 14 de julio de 2016.