

**JURISPRUDENCIA
ARGENTINA**

2016 - I

SECRETARIO DE REDACCIÓN **LUIS DANIEL CROVI**

BS. AS. 23/03/2016

FASCÍCULO 12

ISBN en trámite

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

COORDINACIÓN: **CENTRO ARGENTINO DE DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**NÉSTOR P. SAGÜÉS
MARÍA MERCEDES SERRA**

NÚMERO ESPECIAL

ABELEDOPERROT

Derecho Procesal Constitucional

de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2º y 3º de la presente ley de declaración". Por lo tanto, si el propio Congreso fijó bajo pena de nulidad requisitos tan estrictos a cumplimentarse por la Convención, sería absurdo negarle a la Corte Sup. el control jurisdiccional para un artículo de la reforma, cuando la propia ley declarativa autoriza la nulidad de todas las modificaciones, derogaciones y agregados ajenos a los arts. 2º y 3º de ella.

5. Por ello, coincido en el caso *sub examine* con el criterio sentado por la Corte Sup., consciente de que si bien es cierto que este fallo puede acrecentar cierta inseguridad jurídica, no lo es menos que más aún puede acrecentarla, si constitucionalizamos normas dictadas en violación al procedimiento y a los contenidos mínimos que la CN establece. Es decir, constitucionalizar la sanción de normas inconstitucionales dictadas fuera de los límites fijados por la declaración de necesidad de la reforma, emanada del Congreso de la Nación con carácter de acto preconstituyente.

Acceso a la información: a propósito de los casos "PAMI" y "Giustiniani"

Por Estela B. Sacristán

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Los dos precedentes.- III. Ubicación de la demandada.- IV. "PAMI" y "Giustiniani" bajo la FOIA estadounidense.- V. "PAMI" y "Giustiniani" a la luz del precedente "Amtrak".- VI. En síntesis

I. INTRODUCCIÓN

Suele afirmarse –con todo tino– que el acceso a la información es trascendente para la ciudadanía, pues sólo contando con ella se pueden tomar decisiones para participar (1). Es decir, si hay

información previa puede haber participación mínimamente informada.

A diferencia de lo que ocurre en materia de legitimación activa, que es amplia, el acceso a la información pública cuenta con legitimados pasivos

(1) Así, según Comadira, Julio R., "El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y la selección de autoridades públicas)", EDA, 2005, ps. 400/428. En similar sentido, Ivanega, Miriam, "El deber ser de la gestión pública: Responsabilidad y rendición de cuentas", esp. p. 3, en www.buenagobernanza.agn.gov.ar/sites/all/modules/ckeditor/ckfinder/userfiles/B9_Responsabilidad%20y%20Rendicion%20de%20Cuentas.pdf (último acceso: 26/3/2015): "Una Administración Pública abierta al acceso a la información muestra como mínimo cinco ventajas: 1. un público mejor informado puede participar de mejor manera en el proceso democrático; 2. el Congreso, la prensa y el público deben ser capaces de dar seguimiento y vigilar adecuadamente las acciones de gobierno, ámbito en el cual los actos secretos son un impedimento mayor para la rendición de cuentas; 3. los agentes públicos toman decisiones importantes que afectan a muchas personas, de manera que para estar sujetos a rendición de cuentas, la Administración debe ofrecer amplios flujos de información acerca de sus actividades; 4. mejores flujos de información generan un ejercicio de gobierno más efectivo y contribuyen a un desarrollo más flexible de las políticas públicas; 5. mejora la colaboración pública con el gobierno".

Acceso a la información...

definidos. Es decir, los entes u órganos o fondos a los cuales los particulares pueden requerir información conforman un universo limitado. Podemos verlos enumerados en la Constitución –como es el caso de los partidos políticos, art. 38– o en normas de rango infraconstitucional.

En el campo de las normas infraconstitucionales, en el orden nacional y en punto a la legitimación pasiva, el dec. 1172/2003, anexo VII, art. 2º, establece el denominado “ámbito de aplicación”, es decir, quiénes estarán alcanzados por un posible pedido de acceso a la información. Allí se enumeran, en rigor, todos estos ítems, que, a fuer de claridad, es menester detallar:

- (i) organismos que funcionen bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional;
- (ii) entidades que funcionen bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional;
- (iii) empresas que funcionen bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional;
- (iv) sociedades que funcionen bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional;
- (v) dependencias que funcionen bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional;
- (vi) todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional;
- (vii) organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional;

(viii) instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado nacional a través de sus jurisdicciones o entidades;

(ix) empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público;

(x) empresas privadas a quienes se les haya otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la explotación de un bien del dominio público.

Esta enumeración de legitimados pasivos, de aparente alcance amplísimo, es pasible de interpretación.

Entiendo que, desde la esfera de la doctrina, y por efecto de la integración de textos legales, puede interpretársela en tanto acotada a los emisores de actos de gobierno, excluyéndose a otros emisores (2); las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos, por ley anterior (p. ej., leyes 24.065 y 24.076), están obligadas a facilitar información al ente regulador dentro de ciertas limitaciones previstas en esas leyes, con lo que es a la luz de la fijación de este circuito que debería (ix) interpretarse, excluyéndose las del dec. 1172/2003, anexo VII (3); la lectura de leyes de acceso a la información del derecho comparado permiten inferir asimetrías serias respecto de muchos de los enumerados en (i) a (x), *supra* (4). La enumeración transcrita ha sido, también, considerada por la doctrina como centrada en el Poder Ejecutivo nacional (5), soslayándose otros entes, órganos o fondos.

(2) Al referirse al art. 1º, CN, que establece el sistema republicano, representativo, federal, Gelli brinda contenido a tal previsión constitucional refiriéndose, entre otros principios, al de “publicidad de los actos de gobierno”. Cfr. Gelli, María A., “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, t. I, 4ª ed. ampl. y act., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 27/29.

(3) Me permito remitir a una publicación anterior: “Concesiones y licencias de servicios públicos en las leyes 24.065 y 24.076 y acceso a la información”, ReDA 95-1135/1151.

(4) Puede verse un trabajo anterior nuestro, “Aspectos contencioso administrativos del derecho de acceso a la información en poder estatal”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), “Tratado general de derecho procesal administrativo”, t. II, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 709/751, esp. ps. 730/732, donde se señala que la FOIA estadounidense no se aplica al Congreso, a los órganos del Poder Judicial o a los gobiernos estatales o municipales, pero sí se aplica, con previa aplicación de filtros, a la CIA o al FBI, con lo que dicha ley se aplica a lo que para nosotros sería la jurisdicción del Poder Ejecutivo, exclusivamente. Se volverá sobre ello en la sección IV.

(5) Basterra, Marcela I., “El derecho de acceso a la información pública. Análisis del Proyecto de Ley Federal”, Instituto de Política Constitucional, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010, ps. 3/39, esp. p. 19: “El decreto 1172/2003, en el que Poder Ejecutivo Nacional regula el acceso a la información pública en las dependencias de su área”.

Ahora, la enumeración efectuada ha sido pasible de interpretación de dos casos jurisprudenciales de relevancia. Ellos poseen la virtualidad de brindar directrices respecto de la cuestión de la legitimación pasiva en el dec. 1172/2003, anexo VII. Se trata, por un lado, del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "PAMI" (6); y, por el otro, el fallo, del mismo tribunal, en la causa "Giustiniani" (7). Ambos serán repasados en punto a lo resuelto (II); según la ubicación que surge de la caracterización del requerido (III); a la luz de la ley de libertad de acceso a la información estadounidense, por vía de hipótesis (IV) y a la luz del enfoque metodológico empleado en un fallo de la Corte Suprema estadounidense, dictado en 2015 V), para, finalmente, esbozar las conclusiones pertinentes (VI).

II. LOS DOS PRECEDENTES

a) Lo resuelto en "PAMI"

En "Asociación Derechos Civiles v. Estado Nacional - PAMI - (dec. 1172/2003) s/amparo ley 16.986" (8), una asociación quería acceder a información oficial en poder del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (usualmente, denominado "PAMI") bajo el dec. 1172/2003, anexo VII.

La sentencia de primera instancia fue favorable a la pretensión de la amparista, y dicha sentencia fue confirmada por la alzada, por sus fundamentos. A su turno, la Corte Suprema se explayó so-

bre la legitimación pasiva de la demandada con apoyo en su calidad de "gestora de intereses públicos" (9), no obstante carecer de "naturaleza estatal" (10).

Interesa destacar que el tribunal avaló el acceso a la información requerido con fundamentos en "los intereses públicos gestionados" por la demandada: "son públicos los intereses que el demandado desarrolla" (11); hay "importantes y trascendentes intereses públicos involucrados" (12); se trata de "datos de indudable interés público" (13); "el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público" permite la participación (14); la regla es el acceso y las restricciones deben obedecer a un "interés público imperativo" (15). En suma, la demandada "gestiona intereses públicos" (16), y ello fue lo que sustentó su legitimación pasiva y deber de brindar la información solicitada, más allá de su tipificación dentro de las figuras que se estudian en organización administrativa y más allá de las excepciones que podrían haberse opuesto para frenar el pedido a la luz del régimen vigente, contenido en el dec. 1172/2003, anexo VII.

b) Lo resuelto en "Giustiniani"

En "Giustiniani, Rubén H. v. YPF S.A s/amparo por mora" (17), el legislador actor accionó "con el objeto de que YPF SA le entregara copia íntegra del acuerdo de proyecto de inversión que la sociedad había suscripta con Chevron Corporation para la

(6) A. 917. XLVI, "Asociación Derechos Civiles v. Estado Nacional - PAMI - (dec. 1172/2003) s/amparo ley 16.986", sentencia de la Corte Sup. del 4/12/2012.

(7) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, expediente nro. CAF 037747/2013, "Giustiniani, Rubén H. v. YPF S.A s/amparo por mora", del 29/8/2014, fallado por la Corte Sup. el 10/11/2015, CAF 37747/2013, expediente que, a la fecha, se halla en primera instancia del citado fuero Contencioso Administrativo Federal.

(8) Sobre la acción de amparo de la ley 16.986 se explaya rigurosamente Sagüés, Néstor P., "Compendio de derecho procesal constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 403/573.

(9) A. 917. XLVI, "Asociación Derechos Civiles el Estado Nacional - PAMI - (dec. 1172/03) s/amparo ley 16986", sentencia de la Corte Sup. del 4/12/2012, consid. 6, con sustento en la argumentación de la sentencia anterior.

(10) A. 917. XLVI, "Asociación Derechos Civiles el Estado Nacional - PAMI - (dec. 1172/03) s/amparo ley 16986", sentencia de la Corte Sup. del 4/12/2012, consid. 7.

(11) Consid. 6.

(12) Consid. 7.

(13) Consid. 7.

(14) Consid. 10.

(15) Consid. 10, *in fine*.

(16) Consid. 13.

(17) Acerca de las particularidades de la acción de amparo por mora, ampliar, con provecho, en Sagüés, "Compendio...", cit., ps. 565/595.

explotaciones

La sentencia inco Federal. señalar el que

"Esta disposición con las p sujeta a a peración del Estado queda su gislador c

"Esta disposición contenida zación de

"Estas disposiciones de lición y fu les que comercia tación er Sociedad rán de a leyes de cedimier

"Se trata te ha sido como según el las entidad derecho triales o 'los procedimientos rígidos (un factor ial, la c sector p de los p tas lent (Daroca

(18) Elc 37747/2 nota-18 la-la-exp

Buenos Aires

Acceso a la información...

explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la provincia del Neuquén" (18).

La sentencia de primera instancia rechazó la acción incoada, remitiendo al dictamen de Fiscalía Federal. En lo sustancial, éste opinó, luego de reseñar el art. 2º del anexo VII del dec. 1172/2003, que

"Esta disposición, empero, debe compatibilizarse con las previsiones de la ley 26.741 que declaran sujeta a expropiación a YPF SA y ordenan la recuperación del control de dicha sociedad por parte del Estado. En lo atinente a la normativa a la que queda sujeta la sociedad anónima estatal, el legislador dispone: (sigue transcripción del art. 15).

"Esta disposición legal reitera en lo sustancial el contenido del art. 6º de la ley 24.145 de privatización de YPF (sigue transcripción del art. 6º cit.).

"Estas disposiciones se inscriben en los cánones de la legislación regulatoria de la organización y funcionamiento de las sociedades estatales que desempeñan actividades industriales o comerciales y encuentran una temprana manifestación en el conocido art. 6º de la ley 20.705 de Sociedades del Estado, que estipula que 'No serán de aplicación a las sociedades del Estado las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos'.

"Se trata, pues, de un proceso que doctrinalmente ha sido denominado en el derecho comparado como de 'huida del derecho administrativo', según el cual se excluye la aplicación de éste a las entidades constituidas bajo formas propias del derecho privado que realizan actividades industriales o comerciales, en el entendimiento de que 'los procedimientos administrativos ordinarios son rígidos o inadecuados; los continuos controles, un factor que resta eficacia; el régimen funcional, la causa de la fuga de las mejores cabezas al sector privado; y la regulación de los contratos y de los procedimientos de selección de contratistas lentos y carentes de la necesaria flexibilidad" (Daroca, Eva Desdentado, "La crisis de identi-

dad del derecho administrativo: privatización, huida de la Administración Pública y administraciones independientes', Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 105).

"En nuestro derecho se ha puntualizado que las entidades estatales constituidas como sociedades 'adoptan una forma similar a la de las empresas privadas', a consecuencia de lo cual 'el control del Estado sobre una sociedad del Estado... se realiza internamente... desde adentro de ella, a través de la asamblea de accionistas...' (Gordillo, Agustín, 'Derecho administrativo de la economía; parte general', Ed. Macchi, Buenos Aires, 1967, ps. 147 y ss.). En consonancia con estos parámetros, el legislador de la ley 26.741 preceptúa la inaplicación a YPF SA de legislación o normativa 'alguna' de control de la Administración, lo que constituye una decisión legislativa que contiene una indudable valoración realizada por el Congreso Nacional en ejercicio de una atribución propia.

"Debe advertirse, por otro lado, que la inaplicación a la sociedad accionada de la normativa de control administrativo no significa, por cierto, la imposibilidad ciudadana de acceder a la información pública vinculada con el medio ambiente.

"En efecto, la ley 25.831 de Acceso a la Información en materia de medio ambiente establece el deber de las autoridades de facilitar la información ambiental (art. 4º), mientras que la ley 25.675 de Política Ambiental determina que todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada (art. 16).

"Al respecto, merece recordarse que la aludida ley general de ambiente 25.675 regula la 'Evaluación de impacto ambiental' (art. 11) y los 'Estudios de impacto ambiental' (art. 12) (...).

"Resultan asimismo aplicables las normas vigentes que con especificidad establecen los requisitos ambientales para la exploración y explotación

(18) Ello, según surge del consid. 1 del respectivo fallo de la Corte Sup., CAF 37747/2013/CA1-CSI; CAF 37747/2013/1/RHI, "Giustiniani, Rubén H. v. YPF S.A s amparo por mora", del 10/11/2015, en www.cij.gov.ar/nota-18918-La-Corte-orden--que-se-hagan-p-blicas-las-cl-usulas-del-acuerdo-firmado-por-YPF-y-Chevron-para-la-explotaci-n-de-hidrocarburos-en--Vaca-Muerta-.html (último acceso: 20/1/2016).

de los hidrocarburos en las órbitas nacional y provincial, según corresponda.

"En ese sentido, es oportuno mencionar en la órbita de la Nación la res. SE 24/2005, por la cual se aprueban las normas para la presentación de los estudios ambientales correspondientes a los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos.

"Esta resolución regula los requisitos que deberán cumplimentar los estudios de impacto ambiental que presenten tanto los titulares de permisos de exploración como los concesionarios de explotación de hidrocarburos (...) precisándose que todos los estudios e informes previstos 'tienen como fin la evaluación de la evolución del ambiente y la eventual afectación que cause en éste las actividades de la industria hidrocarburífera' (cfr. Anexo I, punto 3. A, res. SE 25/2004).

"También es del caso aludir a la res. SE 105/1992 por la cual se establecen las 'Normas y procedimientos para proteger el medio ambiente durante la etapa de exploración y explotación de hidrocarburos' que alcanza a toda persona que 'tenga a su cargo la exploración y explotación de hidrocarburos o la realización de proyectos y/o ejecución de obras en relación con dicha exploración o explotación' (arts. 1º y 2º). Esta resolución regula el control y cumplimiento en materia ambiental en las etapas de exploración, perforación y exploración y desarrollo y explotación, estableciendo que la Secretaría de Energía debe controlar el cumplimiento de la conservación del medio ambiente durante las mentadas etapas, a cuyo fin se dictan las normas y procedimientos que regulan dicha protección (cfr. Anexo I, punto 1, Introducción).

"Esta resolución se complementa con la res. SE 252/1993, por la cual se aprueban las guías y recomendaciones para la ejecución de estudios ambientales y monitoreo de obras y tareas exigidas por la citada res. 105/1992.

"(...) Esta normativa integra junto con la ley 25.675 el ordenamiento jurídico en materia

ambiental de hidrocarburos, de modo que resulta de aplicación por parte de las autoridades administrativas competentes, siendo éstas las obligadas -en su caso- a proveer la información ambiental que se requiera en los términos de esa ley y de la ley 25.831.

"A mayor abundamiento, cuadra señalar que normativa sobre impacto y protección ambiental existe también en el derecho provincial, pudiéndose citar los casos de Chubut, Neuquén, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Chaco, Misiones, Corrientes, Santiago del Estero, Santa Fe, Córdoba, Formosa y Río Negro (...) estando dichas autoridades asimismo comprometidas por las leyes general de ambiente y de información ambiental a proveer, en su caso, la información requerida.

"En suma, interpreto que la exclusión de la aplicación de la normativa de derecho público en materia de control respecto de YPF SA -impuesta primero por la ley 24.145 y actualmente por la ley 26.741- obedece a un criterio del legislador que, más allá de su oportunidad o conveniencia (aspectos exentos del escrutinio judicial, salvo irrazonabilidad), no constituye un óbice o lesión al derecho de acceso a la información pública ambiental, toda vez que el deber de proporcionar dicha información en cabeza de las autoridades administrativas nacionales, provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en beneficio de los ciudadanos se encuentra suficientemente garantizado por la normativa ambiental vigente (leyes 25.675 y 25.831)".

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, señaló las diferencias con "PAMI" (19) y "Ministerio de Desarrollo Social" (20), en la hipótesis de que el caso fuera insertable en el dec. 1172/2003. Asimismo, advirtió que, dada la aplicabilidad de una norma específica (ley 26.741, de Soberanía Hidrocarburífera, esp. art. 15), la cuestión consistía en si la regla establecida en "PAMI" y "Ministerio" era aplicable, de modo directo, al caso del acuerdo entre YPF y Chevron. La Cámara Federal confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la acción incoada.

(19) A. 917. XLVI, "Asociación Derechos Civiles el Estado Nacional - PAMI - (dec. 1172/03) s/amparo ley 16986", sentencia de la Corte Sup. del 4/12/2012.

(20) C. 830. XLVI, "CIPPEC v. Estado Nacional - M. Desarrollo Social s/dec. 1172/03 s/amparo ley 16.986", sentencia de la Corte Sup. del 26/3/2014.

A su turno Nación, re a la dema sa, hizo hi ción bajo e rés público "son públic mandada (rés público' de Soberan ración de " mandada tie en las acti tra "compro puede nega público" (28) actividad de puede justifi mente públic recho de una interés públic

La lectura d gar a unas re ra la determi cara al dec. cial cuando n Administració

(21) Acerca de al tribunal ape "cuando la Coi se sustituye al da al estado de 181 (1963). (22) Consid. 7. (23) Consid. 14 (24) Consid. 14 (25) Consid. 15 (26) Consid. 15 (27) Consid. 17 (28) Consid. 17 (29) Consid. 19 (30) Consid. 25 (31) Consid. 29 (32) Ver Bidart Pensionados", C (33) Ver Procura A., "Acerca de 14-461/465; C 2006, ps. 241 Perrot, Buenos ciones de sus e de la Ley Nacio 14-517/531.

Acceso a la información...

A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolviendo por el fondo (21), hizo lugar a la demanda. A tal fin, en lo que aquí interesa, hizo hincapié en que "el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público" permite la participación (22); en que "son públicos los intereses que desarrolla" la demandada (23); en que la información "es de interés público" (24); recordó que el art. 1º de la Ley de Soberanía Hidrocarburífera efectúa una declaración de "interés público nacional" (25); la demandada tiene "objetivos de interés público" (26); en las actividades de la demanda se encuentra "comprometido el interés público" (27); no se puede negar "información de indudable interés público" (28); la demandada tiene por objeto "una actividad de interés público" (29); "el secreto sólo puede justificarse para proteger un interés igualmente público" (30); en el caso, "se debate el derecho de una persona a acceder a información de interés público" (31).

La lectura de estos dos casos puede dar lugar a unas reflexiones acerca de los criterios para la determinación de la legitimación pasiva de cara al dec. 1172/2003, anexo VII, en especial cuando no se trata de órganos o entes de la Administración. Veamos.

III. UBICACIÓN DE LA DEMANDADA

a) Caracterización del PAMI

El PAMI fue creado en 1971 por medio de la ley 19.032, cuyo art. 1º establece: "Créase el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, que funcionará como persona jurídica de derecho público no estatal, con individualidad financiera y administrativa, de acuerdo con las normas de la presente ley". Aunque su nombre institucional es el indicado, se lo suele llamar PAMI, sigla que se refiere al Programa de Atención Médica Integral. La naturaleza jurídica del mencionado ente no es exactamente clara. El tema incluso concitó la atención de los constitucionalistas —así, Bidart Campos (32)—, y existen jurisprudencia administrativa y cuidadosos estudios sobre su caracterización (33).

En su calidad de persona pública no estatal, se destaca en razón de: su origen o creación puede responder a un acto del Estado o de los particulares; sus fines, de interés general, pueden o no coincidir con los fines específicos del Estado; el interés general será menos intenso que el que satisface el Estado como función esencial y pro-

(21) Acerca de la resolución del caso bajo el art. 16 de la ley 48, es decir, cuando el Alto Tribunal "sustituye" al tribunal apelado, ampliar, con provecho, en Sagüés, "Compendio...", cit., ps. 351/352. Cabe recordar que "cuando la Corte Suprema hace uso de las facultades que le atribuye el art. 16, segunda parte, de la ley 48, se sustituye al tribunal apelado y decide el fondo del asunto debatido, dictando la resolución que corresponda al estado de la causa, incluso en lo atinente al cargo de las costas", "Teisaire, Alberto y otros", Fallos 255: 181 (1963).

(22) Consid. 7.

(23) Consid. 14.

(24) Consid. 14.

(25) Consid. 15.

(26) Consid. 15.

(27) Consid. 17.

(28) Consid. 17.

(29) Consid. 19.

(30) Consid. 25.

(31) Consid. 29.

(32) Ver Bidart Campos, Germán, "Naturaleza jurídica del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", DT, año XXXII, nro. 3, marzo de 1972, ps. 229/231.

(33) Ver Procuración del Tesoro de la Nación, dictamen 690, del 12/1/2001; ver, asimismo, Serrano, Gustavo A., "Acerca de la naturaleza jurídica del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", ReDA 14-461/465; Cassagne, Juan Carlos, "Derecho administrativo", t. I, 8ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 241 y ss.; Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho administrativo", t. I, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, ps. 368/370; Comadira, Julio R., "La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados", ED 145-381/387; Monti, Laura M. y Muratorio, Jorge, "La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales", ReDA 14-517/531.

pia de él; sus órganos-personas no son funcionarios o empleados públicos; sus decisiones o actos no son actos administrativos; su patrimonio no es totalmente del Estado, aunque parte de él puede ser de éste; están sometidas a un control más o menos riguroso por parte del Estado; pueden poseer cierto poder coactivo o de imperio sobre los administrados o particulares que actúan dentro del ámbito en el que el ente ejerce su actividad (34). Serie de características a las que puede sumarse el carácter monopólico (35).

En "PAMI", la Corte Suprema hizo hincapié en el tipo de interés que gestionaba la demandada para sustentar el acogimiento de la demanda. Se colige de ello que fue relevante el interés público comprometido en un cierto grado de intensidad, al cual coadyuva el carácter nacional de la entidad (36), los diversos aportes y contribuciones que percibe (37), el régimen de multas de seguridad social vigente (38) y, en general, la obligación de pago de los fondos que nutren las arcas del Instituto.

b) Caracterización de YPF

En "Giustiniani", en cambio, la demandada en el fuero contencioso-administrativo fue YPF. YPF ha renacido con la ley 26.741 y su tipología es la de una empresa de capital mayoritariamente estatal, con lo cual, una lectura ligera del art. 2º del anexo VII del dec. 1172/2003 podría conducir a su derecha inclusión en su ámbito de aplicación en tanto empresa estatal *latu sensu*. Las empresas estatales, que ha descripto la doctrina (39), distan de la tipología de YPF, al menos a la luz de la letra de las normas: por ley de orden público 26.741, de Soberanía Hidrocarburífera, YPF es una sociedad anónima de la ley 19.550 de sociedades (art. 15); el 51% de su capital es estatal (art. 7º), pero no le son aplicables las leyes o normas administrativas que reglamenten la administración, gestión y control de las empresas o entidades

en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación (art. 15). Por ende, como el dec. 1172/2003 es para control de las entidades en las que el Estado nacional tenga participación, la exclusión fijada en la ley 26.741 parece ser lo suficientemente clara.

En su sentencia, por mayoría, la Cámara de Apelaciones fortaleció aún más su interpretación a fin de fundar la exclusión de YPF de los alcances del régimen del anexo VII del dec. 1172. Así, argumentó con sustento en: la tipología de sociedad comercial abierta en pos de la búsqueda de inversores (consid. 4); no puede ser aplicada a YPF SA legislación o norma alguna de control de la Administración (consid. 5); si se razonara en el sentido de que la ley 26.741 excluye controles administrativos pero el dec. 1172 permite controles ciudadanos (consid. 6), el dec. 1172 "es una norma de naturaleza administrativa concerniente a la gestión y al control de las entidades en las que el Estado nacional tenga participación en términos del art. 15 de la ley 26.741, por lo que queda incluido en este artículo, y, por consiguiente, resulta inaplicable a YPF SA" (consid. 7); la Ley de Soberanía Hidrocarburífera tienen rango superior al dec. 1172, rige el principio de que ley posterior deroga ley anterior y ley especial deroga ley general (consid. 8); por ello, la sentencia de primera instancia es razonable (consid. 9); una interpretación en contrario permitiría que accediera al contrato un no habilitado para ello (consid. 10); que se invocó el dec. 1189/2012 (consid. 11); YPF está excluida de las disposiciones de control examinadas, en especial por ser un contrato internacional firmado entre personas de derecho privado (consid. 12); a todo evento, son aplicables al caso las excepciones del art. 16.a (información reservada), 16.c (secreto comercial o industrial) y 16.d (información confidencial) del dec. 1172/2003, anexo VII (consid. 13); divulgar el contenido del acuerdo YPF-Chevron puede comprometer secretos industriales, técnicos

(34) Marienhoff, "Tratado...", cit.

(35) "Las personas no estatales como instrumento de gobierno", en XXXVII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo - La Persona Humana y la Administración Pública. Gobierno, Gobernabilidad y Gobernanza, Asociación Argentina de Derecho Administrativo. San Juan, 9, 10 y 11 de noviembre de 2011, RAP, Buenos Aires, nro. 408, ps. 45/56, esp. ps. 55/56.

(36) Ley 19.032, art. 1º.

(37) Ley 19.032, art. 8º.

(38) Ver, p. ej., www.idconline.com.mx/media/2014/01/09/multas-seguridad-social-2014.pdf.

(39) Por todos, Marienhoff, "Tratado...", cit., ps. 449 y ss.

Acceso a la información...

y científicos, con el consecuente incumplimiento contractual y afectación del derecho a la confidencialidad (consid. 14); YPF se halla sujeta a la Comisión Nacional de Valores y a la Securities and Exchange Commission estadounidense, pues emite títulos y acciones bajo la legislación estadounidense (consid. 15); el acuerdo YPF-Chevron se halla publicado, en forma resumida, en internet (consid. 16); no procede la solicitud de acceso al acuerdo bajo las leyes 25.675 y 25.831, pues se afectaría el secreto comercial o industrial (consid. 17); la inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 26.741 y art. 7.c. de la ley 25.831 (consid. 18) se solicita sin acreditarse el agravio (consid. 19); Chevron no ha sido oída en el proceso y estableció, con YPF, relaciones jurídicas internacionales (consid. 20).

En cambio, la Corte Suprema, como se vio, para hacer lugar a la demanda, se apoyó –en lo principal– en todo lo “público” involucrado en el quehacer de YPF y en la no demostración de protección de un “interés igualmente público” que sustentara el secreto.

En síntesis, en ambos casos la invocación de un concepto jurídico indeterminado –tal el del carácter “público” que atravesaba las diversas facetas de la demandada (40)– bastó para superar la letra del listado de excepciones que brinda el anexo VII del dec. 1172/2003 para frenar un pedido de acceso a la información.

Así las cosas, ¿qué luz se puede echar sobre lo dicho hasta aquí, considerando la larga experiencia estadounidense en materia de *Freedom of Information Act* o FOIA, que es la ley que regula la libertad de acceso a la información?

IV. “PAMI” Y “GIUSTINIANI” BAJO LA FOIA ESTADOUNIDENSE

La *Freedom of Information Act* o Ley de Libertad de Información de 1966 es un estatuto que se complementa con la *Privacy Act* o Ley de Privacidad de

1974. De tal modo, la diseminación de información que se halla en manos estatales y el acceso a ella se hallará sujeto a las excepciones que fija la primera (en lo sustancial, no es de libre acceso la información que hace a la privacidad, a la seguridad o a la confidencialidad), así como sujeto al régimen que fija la segunda (41).

a) *Ámbito de aplicación. Excluidos*

La guía que elabora y mantiene actualizada el gobierno estadounidense (42) interpreta que se hallan comprendidos en la FOIA estadounidense los documentos que tienen los órganos y entes (*agencies*) del Poder Ejecutivo federal. La rama Ejecutiva incluye, en principio, carteras ministeriales (*cabinet departments*), dependencias militares (*military departments*), sociedades del Estado (*government corporations*), sociedades en las que el Estado tiene el control (*government controlled corporations*), agencias reguladoras independientes y otros establecimientos de la rama ejecutiva.

Y dicha ley no se aplica a funcionarios electivos del gobierno federal, incluyendo al presidente, vicepresidente, senadores y diputados. La FOIA no se aplica al Poder Judicial federal. Tampoco se aplica a empresas privadas (*private companies*), contratistas del gobierno federal, beneficiarios de ayudas públicas (*grants*), organizaciones privadas; gobiernos estatales o municipales. Ello así, en principio, toda vez que hay excepciones. En lo que aquí interesa, cabe mencionar las que siguen, emergentes todas del texto de la citada ley.

b) *Excepciones al deber de revelar información bajo la FOIA*

La FOIA fija estas excepciones al deber de informar: Excepción 1: documentos clasificados (que entre nosotros serían documentos reservados); Excepción 2: normas y prácticas internas, del personal; Excepción 3: información exceptuada bajo otras normas; Excepción 4: Información comercial confidencial; Excepción 5: Comunicaciones gu-

(40) Incluso la doctrina, anotando el citado fallo, propició que se sancionara un régimen legal de acceso a la información pública “o de interés público” para el orden federal, equiparándose ambas clases de información; conf. Mertehtikian, Eduardo, “El caso Giustiniani s. YPF y el acceso a la información pública”, ED del 30/12/2015, ps. 1/2, esp. p. 2.

(41) Sobre la *Privacy Act* o ley de privacidad norteamericana, ampliar en Bianchi, Alberto B., “Hábeas data y derecho a la privacidad”, ED 161-866, esp. ps. 871/876.

(42) Se publica y mantiene actualizada en www.fas.org/sgp/foia/citizen.html (último acceso: 5/4/2015).

Derecho Procesal Constitucional

bernamentales internas; Excepción 6: Información privada personal; Excepción 7: Información sobre *law enforcement*; Excepción 8: Instituciones financieras; Excepción 9: Información geológica.

De esta enumeración, interesan las excepciones que a continuación se repasan.

1.- Excepción 3: otras leyes y normas que exceptúen del deber de informar

Respecto de las excepciones —que benefician a las sociedades estatales o sociedades controladas por el Estado, entre otros legitimados pasivos—, la Excepción 3 remite a otras leyes y normas que exceptúen del deber de informar. Esta excepción incorpora, dentro de la ley de libertad de información, otras leyes que restringen la disponibilidad de información.

Para calificar bajo esta excepción, una ley formal debe exigir que la información se retenga (v.gr., que no se haga pública), de modo tal que no se deje espacio para la discrecionalidad en el órgano o ente (*agency*). Alternativamente, la ley formal debe establecer criterios particulares para retener la información o debe referirse a tipos de materias que serán retenidas.

Un ejemplo es el Internal Revenue Code, que prohíbe que el público acceda a la información sobre lo que se paga por impuestos y la información fiscal (entre nosotros, secreto fiscal). Otro ejemplo es la ley formal que califica como confidencial la información identificable proveniente de censos. La cuestión de si una ley formal en particular califica bajo la Excepción 3 puede ser una cuestión jurídica compleja.

2.- Excepción 4: información comercial confidencial

Respecto de la Excepción 4 sobre información comercial confidencial, la Guía citada prevé que "la Excepción 4 evita que se dé a conocer dos tipos de información: secretos comerciales e información comercial confidencial (...). El segundo tipo de *data* protegida es información comercial o financiera obtenida de una persona, o información confidencial. Los tribunales han sostenido que la *data* califica para ser retenida cuando su disemi-

nación, por el Estado, dañaría la posición competitiva de la persona que entregó la información. La información detallada sobre los planes de marketing de una compañía, sus ganancias, o costos, pueden calificar como información comercial confidencial. La información también puede ser retenida si su diseminación pudiera dañar la habilidad del Estado para obtener similar información en el futuro".

3.- Excepción 6: privacidad personal

Respecto de la Excepción 6, sobre privacidad personal, las sociedades y otras personas jurídicas no tienen derechos de privacidad bajo la Excepción 6.

c) Aplicación a nuestro ordenamiento

A la luz de estas previsiones, por vía de hipótesis, el PAMI podría o no estar comprendido en la expresión "establecimientos" de la rama ejecutiva. Pero lo que surge del respectivo fallo de la Corte Suprema argentina es que no se invocó, en el caso, ley alguna que permitiera retener legítimamente la información para no darla a conocer al público.

A todo evento, y considerando el quehacer del PAMI, bajo la Ley de Seguridad Social estadounidense no se darán a conocer, al público, los expedientes reservados, la información que es confidencial en virtud de la ley, las normas internas del personal, la información personal sobre personas vivas, los expedientes de investigaciones y los secretos comerciales o información financiera confidencial. Similar tesitura debería asistir al PAMI.

Respecto del "ámbito de aplicación", ya vimos que la FOIA no se aplica a las *private companies* y a las contratistas del gobierno federal. YPF, en tanto excluida por la ley 26.741, de Soberanía Hidrocarburífera, del régimen aplicable a las empresas públicas, podría ser visualizada como una empresa privada. Pero sería una empresa privada concesionaria, con lo que su información —en principio— debería ser pública hasta tanto se demostrara que hay un órgano o ente —nacional, provincial— con competencia para recabar esa información (43), sin perjuicio de la demostración

(43) Acerca de tal posibilidad interpretativa nos explayamos, en el específico supuesto de concesiones y licencias destinadas a la prestación de un servicio público bajo las leyes 24.065 y 24.076, en "Concesiones...", cit.

de
aúr
pro
visi
sue
ces
un
ter
ext
cia
en
gur
do
acc
de
cer
la l
la i
un

Y r
se,
hip
asc
priv
car
pre
priv
rac
se
inf
ría
ant
ció
err
otr.
ele

La
ció
do
YPF
(42
dor
en
cio
(4E
der
F. y
Coi
(4E
(47
Coi

Acceso a la información...

de otra causal excepcionante. Más importante aún, por incidencia de la Ley Corta 26.197 de provincialización de hidrocarburos, YPF podría ser visualizada como concesionaria provincial. De tal suerte, indagando, antes que nada, en si la concesión fue otorgada por el gobierno nacional o por un gobierno provincial y concluyendo en el carácter provincial, se impondría considerar un simple extremo: los Estados —en nuestro caso, las provincias— pueden regular el acceso a la información en sus respectivas jurisdicciones y, de hecho, algunas provincias ya lo han hecho (44), conservando el poder central competencia para regular ese acceso a la información, mas dentro de su ámbito de actuación. La falta de ley provincial, en el escenario descrito, no provocaría la aplicación de la legislación nacional sin más sino, en todo caso, la aplicación de la Constitución misma (45), bajo un test de no eliminación del derecho (46).

Y respecto de las excepciones, como puede verse, la información en poder de YPF podría —en una hipótesis de aplicabilidad de la FOIA al caso— ser asequible, pues YPF no tendría un derecho a la privacidad sobre ella; empero, sí podría, hipotéticamente, excepcionarse en razón de: (i) la interpretación que dice que no se aplica a empresas privadas esa ley; (ii) la Excepción 3 ya enumerada, pues la Ley de Soberanía Hidrocarburífera se aplicaría junto con el régimen de acceso a la información, y el art. 15 de aquella ley prevalecería como ley posterior especial que deroga una ley anterior general; (iii) la Excepción 4 de información comercial confidencial en el marco de una empresa petrolera que opera en competencia con otras, información que podrá incluso referir a los elevados requerimientos de seguridad a los que la

compañía se halla sujeta, como suele ocurrir en materia de hidrocarburos, para tranquilidad de la sociedad.

V. "PAMI" Y "GIUSTINIANI" A LA LUZ DEL PRECEDENTE "AMTRAK"

Una última reflexión respecto de los dos casos argentinos repasados proviene de un fallo dictado en el año 2015, "Amtrak" (47), de la Corte Suprema estadounidense. Si bien "Amtrak" no es un caso de acceso a la información, sí es un precedente que, en mi opinión, contribuye a la metodología de estudio del requerido cuando se solicita información. En otras palabras, agrega herramientas para determinar la legitimación pasiva en el anexo VII del dec. 1172/2003.

a) El precedente "Amtrak", de la Corte Suprema estadounidense

Se discutía, en el caso, si una ley de Congreso podía delegarle a Amtrak y a la Autoridad Ferroviaria Federal la fijación de estándares. Un estándar es, por ejemplo, tras cuántos minutos se configura una demora. La Asociación Ferroviaria Americana impugnó la ley, alegando que el Congreso no podía delegar en Amtrak esa fijación de estándares. En primera instancia se rechazó la demanda, en la creencia de que el Congreso sí podía hacerlo.

La Cámara Federal de Apelaciones revocó parcialmente la sentencia anterior, sosteniendo que Amtrak es una *private corporation*, es decir, una sociedad comercial privada, e invalidó los estándares emitidos con procedimiento participativo previo.

La propuesta principal allí efectuada —otorgar competencia a un órgano o ente específico para recabar información y, en su caso difundirla, desplaza la posibilidad de pedido de información por parte de los particulares cuando se está ante servicios públicos de las leyes del gas y de la electricidad— no parecería incompatible con una YPF titular de concesiones hidrocarburíferas ante la existencia de un órgano o ente como el descripto.

(44) Las 50 "State Freedom of Information Laws" estadounidenses pueden verse en www.nfoic.org/state-freedom-of-information-laws (último acceso: 20/1/2016). Para las leyes provinciales de acceso a la información, en Argentina, ver un útil mapa: www.public.tableau.com/profile/lanacion.com#!/vizhome/Blog_Acceso_informacion1/Provincial (último acceso: 20/1/2016). Neuquén no se halla incluida en dicho mapa.

(45) "La falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna". "Ganora, Mario F. y otra s/hábeas corpus", Fallos 322:2139 (1999); "Urteaga, Facundo R. v. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FFAA. - s/amparo ley 16.986", Fallos 321:2767 (1998).

(46) Así, en "De Ybarlucea, María Victoria y otro v. Círculo de Aviación de Rosario", Fallos 249:399 (1961).

(47) "Department of Transportation et al. v. Association of American Railroads", certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, no. 13-1080, fallado el 9/3/2015.

Derecho Procesal Constitucional

La Corte Suprema federal decidió que, a los efectos de la determinación de la validez de los estándares, Amtrak es una entidad estatal (*governmental entity*) y mandó a dictar nuevo pronunciamiento. Para llegar a esa conclusión, repasó distintos criterios que pueden ser relevantes respecto de la forma en que dicha empresa puede ser caracterizada y encuadrada. Así, la Corte estadounidense se recordó que la Cámara había apuntado que Amtrak era una empresa de lucro obligada a maximizar el lucro, y no podía haber delegación legislativa en una entidad privada, concluyendo en que tal caracterización, efectuada por la Cámara, era errónea. A partir de allí repasó:

a) Quién es el dueño y cuál es la estructura societaria de Amtrak (la Secretaría de Transporte es dueña de todas las acciones preferidas, y de la mayoría de sus acciones comunes).

b) El directorio de Amtrak está compuesto por nueve miembros, uno de los cuales es el secretario de Transporte. Siete de los restantes directores son nombrados por el presidente con acuerdo del Senado (48). Estos ocho directores, a su vez, seleccionan al presidente de Amtrak (49). Los sueldos de los directores están sujetos a los toques que fija el Congreso (50) y el Poder Ejecutivo ha decidido que todos los directores nombrados son pasibles de remoción por el presidente sin mediar causa (51).

c) Bajo otras leyes, los directores de Amtrak deben tener ciertas calidades. El Congreso ha ordenado al Ejecutivo hacer las designaciones con base en la experiencia previa personal en la industria del transporte (52), y ha previsto que no más de

cinco de los siete directores nombrados sean del mismo partido político (53). Al seleccionar a los directores, incluso, el presidente debe consultar con los líderes de ambos partidos de las Cámaras del Congreso a fin de "proveer adecuada y equilibrada representación de las principales regiones geográficas de los Estados Unidos servidas por Amtrak" (54).

d) Además de controlar el accionariado (*stock*) y directorio de Amtrak, las ramas políticas del gobierno ejercen supervisión sustancial y ordenada por las leyes sobre las prioridades y operaciones de Amtrak. Amtrak debe remitir numerosos informes anuales al Congreso y al presidente, detallando información tal como rutas y puntualidad (55).

e) La Ley de Libertad de Información (FOIA) se aplica a Amtrak respecto de cualquier año en que recibe subsidios federales (56). Lo cual, hasta ahora, ha significado cada año de su existencia.

f) De acuerdo con su estatus, bajo la *Inspector General Act* de 1978, como "entidad federal designada" (57), Amtrak debe mantener un inspector general, al estilo de los órganos y entes estatales (*governmental agencies*) tales como la Federal Communications Commission y la Securities and Exchange Commission. Es más, el Congreso conduce frecuentes auditorías de control del presupuesto de Amtrak, sus rutas y precios (58).

g) Es significativo que, más que ir en pos de sus propios intereses económicos privados, a Amtrak se le requiere que persiga numerosos fines adicionales definidos en la ley formal. Por ejemplo:

(48) 49 U. S. C. §24302(a)[1].

(49) §24302(a)[1](B); §24303(a).

(50) §24303(b).

(51) Ver 27 Op. Atty. Gen. 163 (2003).

(52) §24302(a)[1](C).

(53) §24302(a)[3].

(54) §24302(a)[2].

(55) §24315.

(56) 5 U. S. C. §552.

(57) 5 U. S. C. App. §8G(a)[2], p. 521.

(58) Ver, p. ej., Hearing on Reviewing Alternatives to Amtrak's Annual Losses in Food and Beverage Service before the Subcommittee on Government Operations of the House Committee on Oversight and Government Reform, 113th Cong., 1st Sess., 5 (2013) (statement of Thomas J. Hall, chief of customer service, Amtrak); Hearing on Amtrak's Fiscal Year 2014 Budget: The Starting Point for Reauthorization before the Subcommittee on Railroads, Pipelines, and Hazardous Materials of the House Committee on Transportation and Infrastructure, 113th Cong., 1st Sess., p. 6 (2013) (statement of Joseph H. Boardman, president and chief executive officer, Amtrak).

Acceso a la información...

Amtrak debe "proveer, a los pasajeros, movilidad ferroviaria eficiente y eficaz entre ciudades" (59); debe "minimizar subsidios del gobierno" (60); proveer tarifas reducidas a discapacitados y ancianos (61) y asegurar movilidad en épocas de desastre nacional (62).

h) Además de mandar a Amtrak a rendir honor a estos amplios objetivos públicos, el Congreso ha reglado ciertos aspectos de las operaciones diarias de Amtrak. Amtrak debe mantener una ruta entre Louisiana y Florida (63). Al hacer mejoras en el corredor noroeste, Amtrak debe aplicar siete condiciones en un específico orden de prioridades (64). Y cuando Amtrak compra insumos por más de un millón de dólares, esos insumos deben ser extraídos o producidos en los Estados Unidos o manufacturados sustancialmente a partir de componentes extraídos, producidos o manufacturado en los Estados Unidos, salvo que el secretario de Transporte otorgue una excepción (65).

i) Por último, Amtrak es también dependiente del apoyo financiero federal. En sus cuarenta y tres años de operaciones, Amtrak ha recibido más de U\$S 41 billones en subsidios federales. En años recientes, estos subsidios han excedido U\$S 1 billón por año (66).

j) Dada la combinación de estas características únicas y sus significativos vínculos con el Estado, Amtrak no es una empresa privada autónoma.

k) Entre otras importantes consideraciones, sus prioridades, operaciones y decisiones son ampliamente supervisadas y sustancialmente financiadas por las ramas políticas. La mayoría de su directorio es nombrado por el presidente con

acuerdo del Senado y el Ejecutivo entiende que el directorio es removible cuando él quiera. Amtrak fue creada por el gobierno, es controlada por el gobierno y opera para beneficio del gobierno.

l) Por ende, al emitir los estándares en forma conjunta con la FRA, Amtrak actuó como una entidad gubernamental (*governmental entity*) a efectos de los propósitos de las cláusulas constitucionales sobre separación de poderes. Y ese ejercicio de poder gubernamental debe ser coherente con el diseño y exigencias constitucionales, incluyendo las provisiones sobre separación de poderes.

m) En "Lebron v. National Railroad Passenger Corp.", (67) Amtrak prohibió a un artista que instalara, en PennStation, New York, un cartel políticamente discutible. El artista demandó a Amtrak alegando violación de la Enmienda I de libertad de expresión. Amtrak alegó que no era una entidad gubernamental, explicando que su Carta Constitutiva impedía considerarla así (68). La Corte rechazó esta alegación, sosteniendo que "no corresponde al Congreso efectuar la determinación final sobre el estatus de Amtrak como entidad gubernamental a efectos de determinar los derechos constitucionales de los ciudadanos afectados por su accionar" (69). Sostener lo contrario le permitiría, al gobierno, "evadir las más solemnes obligaciones impuestas por la Constitución recurriendo, simplemente, a la forma societaria" (70). Destacando que Amtrak "es establecida y organizada bajo la ley federal por el propósito mismo de cumplir objetivos gubernamentales federales, bajo la dirección y control de los nombrados por el gobierno federal" (71), y que el gobierno ejerce su control sobre Amtrak "no como acreedor sino como el que establece las po-

(59) 49 U. S. C. §24101(b).

(60) §24101(d).

(61) §24307(a).

(62) §24101(c)[9].

(63) §24101(c)[6].

(64) §24902(b).

(65) §24305(f).

(66) Remite al alegato de los peticionantes, 5, y nro. 2, 46.

(67) 513 U.S. 374 (1995).

(68) "Lebron", p. 392. Esta sentencia es motivo de detallado análisis por parte de Barra, Rodolfo C., "Tratado de derecho administrativo", t. II, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, ps. 189/196. Allí destaca que empresas como Amtrak son instrumentos organizativos al servicio de los fines del sector público del ordenamiento.

(69) *Ibid.*

(70) *Íd.*, p. 397.

(71) *Íd.*, p. 398.

Derecho Procesal Constitucional

líticas", la Corte sostuvo que Amtrak "es un órgano o ente estatal (*agency*) o instrumentalidad de los Estados Unidos a los fines de los derechos individuales garantizados frente al gobierno por la Constitución" (72).

n) "Lebron" enseña que, a los fines del estatus de Amtrak como actor federal o instrumentalidad bajo la Constitución, la realidad práctica del control federal y supervisión prevalece sobre la venia del Congreso respecto del estatus gubernamental de Amtrak.

En síntesis, según la Corte Suprema estadounidense, tratar a Amtrak como gubernamental (o estatal, diríamos nosotros), a estos fines, no significa otorgar autoridad sin arneses a un actor irresponsable (*unaccountable*). Las ramas políticas crearon Amtrak, controlan su directorio, definen su misión, especifican muchas de sus operaciones diarias, han impuesto sustancial transparencia y mecanismos de *accountability* y, a todos los efectos prácticos, fijan y supervisan su presupuesto anual. De conformidad con ello, el citado tribunal extranjero sostiene que Amtrak es una entidad gubernamental (*governmental entity*), no una entidad privada, a los efectos de determinar las cuestiones constitucionales presentadas en el caso "Amtrak".

Cabe añadir que en ningún punto del fallo se dice que Amtrak esté sujeta a la Securities and Exchange Commission, equivalente a nuestra Comisión Nacional de Valores, o que haga oferta pública de títulos y acciones.

b) Criterios fijados

De la transcripción efectuada se deducen varios criterios para analizar a los sujetos requeridos en precedentes como "PAMI" o "Giustiniani":

a) dueño y estructura societaria del sujeto;

b) cantidad de directores, procedencia, sistema de nombramiento, votación del presidente de la entidad, topes a los sueldos, régimen de remoción de directores;

c) calidades de los directores, aval partidario, consulta congressional para la adecuada y equili-

(72) *Id.*, ps. 394, 399.

brada representación de las principales regiones geográficas involucradas;

d) control del accionariado y del directorio, supervisión política, según las leyes, sobre las prioridades y operaciones de la entidad; exigencia de informes;

e) aplicabilidad de la Ley de Libertad de Información respecto de cualquier año en que se reciban subsidios federales;

f) mantenimiento de un "inspector general" o auditor;

g) verificación de si, además de intereses económicos privados propios, el sujeto persigue fines adicionales definidos en la ley formal;

h) obligaciones especiales bajo las leyes formales (p. ej., un régimen de "compra nacional"), salvo que el poder político disponga una excepción;

i) dependencia del apoyo financiero federal;

j) ponderación combinada de todos estos principios;

k) en síntesis, verificación de si el ente es creado y controlado por el gobierno y de si opera para beneficio del gobierno.

l) el Estado no puede "evadir las más solemnes obligaciones impuestas por la Constitución recurriendo, simplemente, a la forma societaria";

m) siendo el gobierno quien fija las políticas, habrá entidad gubernamental (y no sociedad privada) "a los fines de los derechos individuales garantizados frente al gobierno por la Constitución";

n) la realidad práctica del control federal y supervisión prevalece sobre lo que el Congreso pueda haber dispuesto.

c) Aplicación a nuestro ordenamiento

Dado que, como vimos, "la realidad práctica del control federal y supervisión prevalece sobre lo que el Congreso pueda haber dispuesto", se pueden repasar los renglones o ítems enumerados

precedent
motivan e

El eje en "previsión direccional o Ley de A en sus alcances de empleo público Nacional"; tulo III, "E art. 115, de control en el título este control. Tal in obligatoriedad mor

En cuantocribe que mativa administrativa o entidad los Estado intención ante la ley positivista, pencial, el c nes del art ciona a to estatal. El la realidad rativos pro mundo privistas del n la sociedad controles o

(73) Recurr más allá de las manos d Distinction ir 13, nro. 2, p

precedentemente de cara a los dos casos que motivan estas líneas.

El eje en "PAMI", a efectos de que la alcancen las previsiones del dec. 1172/2003, se centra, unidireccionalmente, en: el art. 54 de la ley 24.156 o Ley de Administración Financiera, que lo incluye en sus alcances sobre "Del régimen presupuestario de empresas públicas, fondos fiduciarios y entes públicos no comprendidos en Administración Nacional"; por el art. 71 se lo incluye en el título III, "Del sistema de crédito público"; por el art. 115, se lo incluye en el título VI "Del sistema de control interno", y por el art. 131 se lo incluye en el título VII, "Del control externo". Es clara, en este contexto, la intención de inclusión en el control. Tal inclusión parece razonable de cara a la obligatoriedad de los aportes y, en general, la posición monopólica del instituto.

En cuanto a "YPF", la ley 26.741, art. 15, prescribe que le son inaplicables "legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación". La intención legislativa de exclusión del control es, ante la letra del artículo transcrito, y con criterio positivista, clara también. Como ley posterior, especial, el citado art. 15 neutralizaría las previsiones del art. 8º de la ley 24.156 o LAF, que menciona a todas las sociedades con participación estatal. Ello se evidenciaría como armónico con la realidad de los controles societarios o corporativos propios de las sociedades comerciales del mundo privado: donde hay controles privados en vistas del mercado y la competencia que rodean a la sociedad comercial, quedarían desplazados los controles oficiales o estatales (73).

VI. EN SÍNTESIS

Tanto "PAMI" como "Giustiniani" brindan, hoy, nuevos elementos para analizar los alcances de un decreto como el 1172/2003, en especial en punto a los legitimados pasivos bajo su anexo VII. Las dos sentencias son claras en sus razonamientos y en sus argumentaciones a mayor abundamiento, mas con reiterado y casi excluyente sustento en el concepto jurídico indeterminado de todo lo "público" involucrado (sección II).

No obstante las particularidades de la ubicación de uno y otro sujeto en virtud de su caracterización (sección III) –de estudio ineludible a efectos de la posterior inserción en el anexo VII del dec. 1172 y sus legitimados pasivos–, el derecho comparado estadounidense brinda arena propicia para –por vía de hipótesis académica– *retestear* las soluciones brindadas por la Corte Suprema argentina tanto en "PAMI" como en "Giustiniani". Ello, en cuanto a dos cuestiones: desde el derecho positivo, en punto al ámbito de aplicación y las excepciones invocables y sus efectos (sección IV); desde lo subjetivo, en relación con la ubicación del demandado a la luz de un enriquecedor fallo estadounidense que, con criterio marcadamente analítico y sin apelar al indeterminado componente público involucrado, enumera los requisitos que deben cumplirse en pos de la caracterización gubernamental o estatal de la entidad (sección V). Tengo para mí que, en nuestro país, un análisis –casi una disección– de los demandados PAMI e YPF similar al efectuado en "Amtrak" hubiera permitido –para sustentar la solución a la que se arriba en cada caso– ir más allá de la consideración de lo "público" a los fines de su resolución.

(73) Recurro, para esta caracterización del entorno, al elemento básico de competencia en un mercado, que, más allá de la propiedad estatal o del financiamiento, coloca al control social en el marco del mercado y no en las manos del gobierno. Puede ampliarse en el gráfico de Perry, James L. y Rainey, Hal G., "The Public-Private Distinction in Organization Theory. Critique and Research Strategy", *Academy of Management Review*, 1988, vol. 13, nro. 2, ps. 192/201, esp. p. 194.