

4.3

La cláusula YPF de la Ley 27.275: el derecho al secreto

“Ellos vieron tus manos y tus dichos morir en veredas distintas.”

Los Espíritus: Viento

“El Estado, cuando quiere iniciar una acción poco popular, crea preventivamente la opinión pública adecuada, esto es, organiza y centraliza ciertos elementos de la sociedad civil.”

Antonio Gramsci: Cuadernos III



Santiago Cané

Coordinador de Asuntos Legales (FARN).

RESUMEN EJECUTIVO

El derecho de acceso a la información pública es un pilar de la democracia, mecanismo de control sobre las autoridades, prerequisite de la participación ciudadana y herramienta contra la corrupción. Cuando se trata de información ambiental, es además un mecanismo de protección del ambiente.

Está regulado por las Leyes 25.831 (información ambiental) y 27.275 (información pública general). Esta última norma nacional buscaba ampliar la transparencia, pero su articulado termina por crear un derecho al secreto, al aumentar las excepciones de la publicidad sin explicación ni justificación.

En este marco FARN solicitó información a YPF sobre su actividad en Vaca Muerta, esta fue denegada alegando la excepción para las sociedades anónimas abiertas creada por la Ley 27.275. Esta es una excepción ilegítima y violatoria de

los principios que rigen el derecho, que no cumple los requisitos mínimos, razón por la cual ha sido llevada a juicio para anular el derecho al secreto.

El acceso a la información pública, un derecho fundamental

El acceso a la información pública es la base de nuestra democracia republicana. Según la Constitución Nacional las autoridades representan al pueblo, a quien pertenece el poder público, de manera que los actos de quienes gobiernan deben ser el cumplimiento de un mandato, que surge de la voluntad de las personas representadas. Para que esa voluntad exista y sea libre, auténticamente del pueblo y no una imposición de quienes ocupan los cargos públicos, es necesario que las personas estén debidamente informadas, que conozcan las causas y las consecuencias de los actos de gobierno, de las decisiones que toman las autoridades, que accedan a los datos que posee el Estado, pudiendo así entender esos actos y decisiones y confrontarlos con su voluntad, con lo que quieren que haga el Estado.

Además de la formación de la voluntad, del mandato del pueblo a sus representantes, el acceso a la información es la única manera en que la ciudadanía puede ejercer control sobre las autoridades, evitar actos de corrupción, la persecución de intereses particulares que se oponen a los públicos y graves violaciones de derechos (como puede ser un desastre ambiental causado por la falta de cumplimiento de normas, la concesión de permisos a actividades sin precauciones y sin licencia social). Este control, mediante la publicidad de los actos de gobierno que se materializa a través del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, es lo que hace posible la rendición de cuentas de los funcionarios, aspecto central y constitutivo del Estado de Derecho.

Así lo ha comprendido el Decreto 1172/2003, dictado por el entonces presidente Néstor Kirchner, estableciendo el primer régimen de acceso a la información pública. En esta línea, su considerando 6 manifiesta que *“el derecho de Acceso a la Información Pública es un prerequisite de la participación que permite controlar la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas al darle a éstas la posibilidad de conocer los contenidos de las decisiones que se toman día a día para ayudar a definir y sustentar los propósitos para una mejor comunidad.”* En igual sentido se pronunció el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) que acompañó el proyecto de ley de acceso a la información en 2016, al expresar que *“el pleno ejercicio de este derecho resulta crucial para la vida política antes y después del voto, pues permite tomar mejores decisiones, controlar la gestión pública y aumentar la participación de una manera más efectiva en los asuntos públicos”.*

En palabras de la Asamblea General (AG) de la Organización de Estados Americanos (OEA): “(...) el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación, entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información (...)” (AG, Resolución 1932, 2003)¹.

El acceso a la información pública pues, es prerrequisito de la participación ciudadana, componente elemental del sistema republicano y de la democracia, para la lucha contra la corrupción y una garantía para la defensa de los derechos, por lo que es en sí mismo un derecho fundamental. Este derecho, cuando se trata de acceder a información relativa al ambiente, no solo es ejercicio de la democracia, sino esencialmente un mecanismo de protección ambiental, es un primer paso para ejercer el derecho al ambiente sano y la obligación de cuidarlo.

Es por ello que este derecho fundamental es reconocido en diversos tratados internacionales de derechos humanos², la Constitución Nacional³, y desde 2017 la ley argentina⁴. Es así que tanto a nivel interno como internacional se reconocen ciertos principios que rigen este derecho, entre los que destacamos máxima divulgación, presunción de publicidad, buena fe, *in dubio pro petitor* y alcance limitado de las excepciones. Estos destacados principios responden a la señalada necesidad de permitir que el pueblo conozca los motivos y las consecuencias de los actos de sus representantes de manera que la democracia no sea una mera formalidad, sino que el Estado realmente materialice la voluntad popular. Se busca con ellos que el acceso a la información sea lo más pleno posible, limitando toda restricción al derecho.

1. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos: AG-Resolución 1932 (XXXIII-0-03) “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia”. (Resolución aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 2003) https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1932_XXXIII-0-03_esp.pdf

2. Tanto los artículos 19 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, 13 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, como 19.2) del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” reconocen, aunque con distintos matices, el derecho que asiste a todos los ciudadanos de acceder a información que sea considerada como pública impidiendo a los Estados la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos o su limitación en mayor medida de los previstos por los tratados.

3. La Constitución reconoce y protege este derecho tanto como derecho implícito (artículo 33) como explícito al incorporar a su texto los tratados de derechos humanos que lo incluyen.

4. Más adelante exponemos que este derecho ya era reconocido por decreto para la información del Poder Ejecutivo Nacional; y también debemos destacar que la ley ya reconocía este derecho cuando se tratara de información “relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable” (artículo 2, Ley 25.831).

Las restricciones son necesarias porque como todo derecho, el de acceso a la información pública no es ni puede ser absoluto, sino que está regulado con limitaciones. Ahora bien, para que el derecho exista y sirva a sus objetivos, las limitaciones que puede introducir su reglamentación legal deben ser mínimas y responder a fines mayores. Estos límites se establecen en pos de proteger otros derechos subjetivos y la seguridad nacional. Son conocidos como excepciones y deben ser establecidas legalmente por razones de interés general, respondiendo a un objetivo legítimo, que sean verdaderas excepciones, necesarias en una sociedad democrática, con lo cual la lista es taxativa (determinada por la ley) y no puede ampliarse⁵ sin una extrema justificación, a la vez que deben interpretarse de manera restrictiva.

Además de este carácter restrictivo, limitado de las excepciones, su aplicación concreta debe cumplir ciertos parámetros: verdadera excepcionalidad, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad. Por último, antes de negar el acceso a información pública con fundamento en una excepción se debe realizar un examen de proporcionalidad: el secreto debe perseguir intereses legítimos, la excepción debe tener un objetivo determinado que justifique privar del derecho de acceder a la información en cuestión, y al negar información se debe establecer una proporcionalidad entre la negativa de brindar esa información y los objetivos de la excepción legal.

En 2003, ante la falta de una ley que regulara la obligación de los organismos públicos de brindar información, se dictó el Decreto 1172, que entre otros temas estableció un régimen de acceso a la información pública del PEN. Allí se reconocía el derecho de toda persona a solicitar y recibir información pública, obligando a los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del PEN, así como a las empresas privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional y a las que se les haya otorgado la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público. Por último, el referido decreto establecía una lista de excepciones acordes a la Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa de la OEA⁶.

5. En los tratados internacionales, en los estándares determinados por los organismos que aplican esos tratados, se definen ciertas excepciones para el derecho de acceso a la información pública, lo mismo que la normativa interna (secreto profesional, comercial e industrial; información que compromete la seguridad nacional; datos sensibles de particulares; información calificada legalmente como secreta o que pueda afectar las relaciones internacionales del país; recomendaciones para la toma de una decisión hasta el momento en que se decida; información que pueda comprometer la estrategia procesal en un juicio).

6. Disponible en http://www.oas.org/juridico/english/ley_modelo_acceso.pdf.

Una ley nacional de acceso a la información pública

En este marco era necesaria una ley que estableciera un régimen de información para todo el Estado (los poderes legislativo y judicial se encontraban fuera del alcance del decreto), en virtud de estar regulando un derecho constitucional. Esta ley fue impulsada por el PEN en 2016, declarando la necesidad de regular este derecho para brindar transparencia y ampliar el acceso a la información pública por parte de la ciudadanía.

Sin embargo, aunque el proyecto elaborado por el gobierno significó la ampliación de la obligación al Congreso y al Poder Judicial e incorporó algunas personas privadas que antes no estaban alcanzadas, eliminó la obligación para aquellas empresas privadas que exploten, por concesión o cualquier forma de contrato, bienes de dominio público (como ser los recursos naturales de dominio público –como metales e hidrocarburos-), ya que las limitó a aquellas que presenten servicios públicos. Considerando que esa puede ser una reducción menor al tener en cuenta todos los demás sujetos que incorpora, esta ley tal como fue enviada por el PEN al Congreso (que ya contaba con otros proyectos más amplios en cuanto al reconocimiento y garantía del derecho⁷), amplía de manera desmedida el régimen de excepciones que pueden utilizar los sujetos obligados.

La cantidad de excepciones creadas, así como la forma genérica en que están redactadas algunas de ellas, logra que a pesar de las declaraciones de sus promotores sobre la transparencia y el control ciudadano, esta ley devenga en una garantía del secreto. El proyecto remitido por el gobierno ya ampliaba las excepciones, aun así, el diputado Tonelli del bloque oficialista, incorporó una excepción más, llamada luego “Cláusula YPF”.

Un año antes de este proceso legislativo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en la causa “*Giustiniani Rubén H. c/YPF S.A. s/ amparo por mora*”, determinó que YPF estaba obligada a brindar a la ciudadanía la información que se le solicitara. Ante ello, se dictó esta ley con el texto incorporado por el citado diputado que entre las excepciones incluye: “Información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública” (inciso m del artículo 8). Esta excepción, que no fue explicada ni fundada, solo se incorporó para sustraer a YPF de la obligación que la

7. Los dictámenes de minoría de las Comisiones que trataron el proyecto así lo expresan, tal como fue también mencionado en las sesiones legislativas en que se discutió el proyecto, según surge de las versiones taquigráficas publicadas por ambas Cámaras (Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 6ª reunión, 5ª reunión ordinaria, mayo 18 de 2016, período 134°, puntos 15, 17 y 18; y 14ª reunión, 13ª reunión ordinaria, septiembre 14 de 2016, punto 13; y Versión Taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación, 13ª reunión, 5ª sesión ordinaria, 7 de septiembre de 2016, puntos 14, 15 y 16).

CSJN le había reconocido, a efectos de mantener en secreto las decisiones públicas que se ejecutan a través de la empresa.

Al momento de publicarse la ley, se celebró su dictado en virtud del amplio reconocimiento legal del derecho de acceso a la información pública a toda persona que lo solicite, signado por los principios que garantizan su plena efectividad (presunción de publicidad, transparencia y máxima divulgación, informalismo, máximo acceso, no discriminación, gratuidad y alcance limitado de las excepciones). También la creación de una autoridad de aplicación específica fue entonces un motivo para la recepción positiva. Sin embargo, inmediatamente se denunció el régimen de excepciones, dado que la redacción de la nueva ley deja un margen para la discrecionalidad y arbitrariedad de los obligados, que eventualmente se traducirá en juicios. Y el momento de las contiendas judiciales llegó.

El caso YPF

En mayo de 2017 y en junio de 2018 FARN solicitó a YPF información relacionada con la calidad ambiental referida a las actividades que desarrolla en Vaca Muerta. Esa formación geológica es un yacimiento de hidrocarburos no convencionales de enorme calibre, se encuentra en la cuenca neuquina, al sudoeste del país (si bien se encuentra mayormente en la provincia de Neuquén, abarca parte de Mendoza, Río Negro y La Pampa), y tiene una superficie de 30 mil km². Según estudios realizados, tiene un enorme potencial para la obtención de gas (308 trillones de pies cúbicos, [TCF por sus siglas en inglés]) y cuenta con importantísimos recursos de petróleo que alcanzan los 16,2 miles de millones de barriles, lo que significa multiplicar por diez las actuales reservas de la Argentina. YPF posee la concesión de más de 12 mil km², en una zona habitada por distintas comunidades originarias, que podrían ver sus tierras y aguas afectadas por la actividad de la empresa.

Dadas las magnitudes del yacimiento, representa la posibilidad para el país de recuperar su autonomía energética y equilibrar al mismo tiempo la deteriorada balanza de pagos de productos energéticos del país. Es así que, a partir de su descubrimiento, se fijaron esos objetivos y para hacerlos posible se re-estatizó YPF (en realidad el Estado Nacional expropió el 51% de sus acciones, de manera que aun sin ser una sociedad del Estado, una persona pública, es el gobierno nacional quien nombra sus directivos y quien elabora la voluntad societaria) y se modificó la regulación de hidrocarburos. Se generaron ventajas fiscales para la explotación de hidrocarburos no convencionales, y se modificaron los tiempos y requisitos para las concesiones

en la ley de hidrocarburos⁸. Todo ello demuestra que YPF S.A. deviene la realización de gran parte de la política energética nacional.

Como fuera dicho, Vaca Muerta contiene grandes reservas de hidrocarburos no convencionales y para extraerlos resulta necesaria la utilización de técnicas no convencionales, principalmente el fracking (fractura hidráulica), que implica graves riesgos para el ambiente, aún mayores que los de la actividad petrolera tradicional⁹. Es por ello que solicitamos información relacionada con la explotación de esos recursos naturales y con el estado del ambiente. Estos aspectos resultan de fundamental importancia para evaluar los riesgos ambientales que la actividad puede producir en el área de referencia, para informar a la población aledaña al yacimiento, en particular a los pobladores de comunidades originarias, para conocer el cumplimiento de parámetros de prevención, el tratamiento de los residuos peligrosos que esta actividad genera, la realización de evaluaciones de impactos ambientales, etc.

En ambas oportunidades recibimos la misma negativa de parte de YPF, que afirma no ser un sujeto alcanzado por las Leyes 25.675 y 25.831, con fundamento en la Ley 26.741 (ley que fue analizada por la CSJN en el fallo “Giustiniani”, concluyendo que YPF está obligada a dar información) y que, por otro lado, se encuentra eximida de brindar información pública en virtud de la excepción citada, introducida por la Ley 27.275. Estas respuestas forzaron a iniciar la correspondiente acción legal¹⁰.

En ese juicio se solicitó que se ordene a YPF a brindar la información pública ambiental requerida, en tanto el acceso a esa información es una herramienta de protección del ambiente derivada del artículo 41 de la Constitución Nacional. Esto bajo el entendimiento de que el citado fallo “Giustiniani” no deja lugar a dudas respecto de la obligación de YPF de brindar información y que no es jurídicamente válida la excepción invocada, ni mucho menos la forma en que es esgrimida por la empresa.

Por un lado, YPF sostiene que no es alcanzada por las Leyes 25.675 y 25.831. Sin embargo, y más allá del texto del artículo 16 de la Ley General del Am-

8. Todo esto se hizo mediante la sanción de diversas normas entre los años 2012 y 2014, de las que se destacan las Leyes 26.741 y 27.007 y el Decreto 929/2013.

9. Sin detallar cada uno, los impactos ambientales del fracking son: el uso de enormes cantidades de agua, la generación de residuos peligrosos por el agua de retorno, la emisión de gases de efecto invernadero, el uso masivo de transportes pesados (cada pozo requiere miles de litros de agua que son transportados en camiones, la maquinaria específica y los camiones que transportan los generadores de energía eléctrica para la maquinaria además del personal), utilización de grandes extensiones terrestres que no pueden recuperarse, los ruidos molestos, la contaminación lumínica, la afectación a la biodiversidad, sismicidad inducida, posibilidad de filtraciones de agua cargada.

10. Causa “FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES C/ YPF SA S/VARIOS” (CAF 064727/2018) en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 a cargo de la Dra. Cecilia De Negre.

biente que expresamente obliga a las personas privadas a “proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan”, a partir del citado fallo “Giustiniani” no es discutible su obligación de brindar información de acuerdo al régimen general de información pública, por lo que el carácter ambiental de la información solicitada no puede ser un motivo para negarla sino lo contrario, un refuerzo a esa obligación. Es decir, que aun si la empresa no debiera cumplir con la Ley 25.831, estaba obligada a brindar información por el Decreto 1172/2003 y ahora por la Ley 27.275.

Sin perjuicio de ello, YPF alegó además que se encuentra exceptuada de informar por ser una sociedad anónima que cotiza en bolsa, en virtud de la excepción que el nuevo régimen estableció. Ahora bien, resulta evidente que esa excepción no es válida. En primer lugar, es regresiva en relación al derecho que regula en tanto pretende el secreto para información que hasta la CSJN interpretó que debe ser pública, contraria entonces a los principios que la propia Ley 27.275 reconoce, además del Derecho Internacional ya referenciado.

En segundo lugar, no cumple los requisitos derivados del artículo 13.2 de la Convención Americana, esto es: verdadera excepcionalidad, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad. En este sentido, el principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dispone que *“el acceso a la información (...) sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”*.

Sin embargo, se desconocen las razones de interés general¹¹ y el objetivo legítimo que persigue la excepción¹², sin lo cual resulta injustificada e imposible de ponderar la razonabilidad de su ejercicio. Se está así ante la violación de los principios legales que rigen el derecho de acceso a la información

11. En virtud de los riesgos que crea y los daños que provoca la actividad sobre la que indagamos, el interés general perseguido por la cláusula YPF pareciera ser la creación de la opinión pública adecuada para aceptar e impulsar esta actividad.

12. El mensaje del PEN al Congreso no explica la excepción, dado que fue introducida por un diputado al momento de su debate sin dar explicaciones o justificación alguna. Simplemente dijo que eso se haría más adelante. En todo el mundo no existe una excepción semejante que permita entenderla. Y en todo el trámite legislativo –ver las versiones taquigráficas citadas– se encuentra una sola voz que pretendió justificarla, sin lograrlo. La justificación fue expuesta por el senador Pinedo, meses después de que la incluya un diputado copartidario. Manifestó que la excepción se puso para que nadie deje de venir al país por la posibilidad de tener que brindar información y que las empresas con participación estatal mayoritaria no tengan que brindar información a “sus enemigos” para no perder competitividad. (Las palabras del senador pueden verse en páginas 95/96 de la versión taquigráfica del Senado del 7/9/2016.) Esta justificación parece una mera excusa para ocultar que perseguían el secreto para las actividades y manejos de YPF, tal como lo sostuvieron otros senadores, como Crexell y Solanas.

por un lado y, por otro, ante la contradicción entre lo hecho y lo dicho por quienes impulsaron esta ley, de manera que se convierte una norma de prevención contra la corrupción en su herramienta de defensa.

Sobre todo lo expuesto, esta cláusula es absolutamente incompatible con el marco jurídico en que se inserta porque no se trata de una verdadera excepción sino que el secreto se convierte en la norma: no se exceptúa un tipo de información, una parte de determinada información sino que se pretende velar todo lo relativo a determinada clase de personas, entre las que se encuentra aquella que gestiona la política energética del gobierno y recibe grandes cantidades de fondos públicos para explotar la mayor reserva de hidrocarburos no convencionales del continente.