

ACCESO A LA INFORMACIÓN ANTE UN SILENCIO POSITIVO, ¿EXISTEN LÍMITES?

ACCESS TO INFORMATION IN THE FACE OF A POSITIVE SILENCE,
ARE THERE LIMITS?

ACESSO À INFORMAÇÃO DIANTE DE UM SILÊNCIO POSITIVO,
¿EXISTEM LIMITES?

MARIEL LORENZO PENA
PAULA SARAVIA DI LUCA (*)

RESUMEN. El artículo analiza, desde el punto de vista teórico, qué límites corresponden tener en cuenta al momento de entregar información solicitada mediante un acceso a la información pública cuando se ha configurado previamente el silencio positivo previsto en la normativa nacional. Por otra parte, se analizan las sentencias sobre la temática de la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales de Apelaciones, desde la aprobación de la Ley de Acceso a la Información Pública hasta 2023, buscando identificar diferentes posturas y criterios, así como aplicación de los aspectos teóricos reseñados.

PALABRAS CLAVE. Acceso. Transparencia. Información. Silencio. Límites.

ABSTRACT. This paper analyzes, from a theoretical point of view, what limits should be taken into account when providing information requested through access to public information when positive silence provided for in national regulations is previously verified. On the other hand, Supreme Court of Justice and Courts of Appeals judgment on this subject matter are analyzed, from the enactment of the Access to Public Information Act until 2023, seeking to

(*) Lorenzo: Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UdelaR. Profesora Adscripta en Derecho Constitucional por la UdelaR. Magíster LL.M. –Máster en Derecho– por la Universidad de Montevideo. Profesora Adjunta (Grado III) de Derecho Constitucional (UdelaR). ORCID: 0000-0001-6989-2527. Correo electrónico: mariel.lorenzo.pena@gmail.com

Saravia: Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UdelaR. Especialista en derecho informático e inteligencia artificial. Diplomada en Derecho e Inteligencia Artificial por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro de la Comisión de Nuevas Tecnologías del Colegio de Abogados del Uruguay. ORCID: 0000-0002-9236-3444. Correo electrónico: drapaulasaravia@gmail.com

identify different stances and criteria, as well as application of the theoretical aspects reviewed.

KEY WORDS. Access. Transparency. Information. Silence. Limits.

RESUMO. O artigo analisa, do ponto de vista teórico, quais os limites que devem ser levados em conta na prestação de informações solicitadas através do acesso à informação pública quando o silêncio positivo previsto nas regulamentações nacionais tiver sido previamente configurado. Por outro lado, analisam-se as sentenças sobre a matéria do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Apelações, desde a aprovação da Lei de Acesso à Informação Pública até 2023, procurando identificar diferentes posicionamentos e critérios, bem como a aplicação dos aspectos teóricos revisados.

PALAVRAS – CHAVE. Acesso. transparência. informação. silêncio. limites.

Contribución autoral: 50% cada autora.

Fecha de recepción: 13 de julio 2024.

Fecha de aceptación: 19 de julio 2024.

I. Introducción

La Ley de Acceso a la Información pública Nº 18.381 de 17 de octubre de 2008 establece en su artículo 18 que:

El organismo requerido sólo podrá negar la expedición de la información solicitada mediante resolución motivada del jerarca del organismo que señale su carácter reservado o confidencial, indicando las disposiciones legales en que se funde.

Vencido el plazo de veinte días hábiles desde la presentación de la solicitud, si no ha mediado prórroga o vencida la misma sin que exista resolución expresa notificada al interesado, éste podrá acceder a la información respectiva, considerándose falta grave la negativa de cualquier funcionario a proveérsela, de conformidad con las previsiones de la Ley Nº 17.060, de 23 de diciembre de 1998, y del artículo 31 de la presente ley.

La normativa, entonces, ha establecido un efecto para el caso de silencio por parte de la organización, dándole un efecto beneficioso para el solicitante. Ahora bien, ¿qué efectos en concreto tiene ese silencio? Configurado este, ¿la persona solicitante puede acceder a toda la información? ¿Existe algún límite? ¿Qué posición tiene la doctrina? ¿Qué posición sostienen los tribunales y jueces de nuestro país? Nos proponemos investigar y responder algunas de estas interrogantes.

II. Marco teórico

“Silencio es igual a una inactividad del sujeto de Derecho, hábil para producir un acto creador, modificativo o extintivo de situaciones jurídicas” (Aramendia y Pío, 2015, 39).

Aramendia y Pío (2015, 41) plantean que: *“la Administración tiene el deber de pronunciarse y esto es incompatible con el silencio”*. Por tanto y en consecuencia *“la efectiva garantía para el administrado [...] requiere que ese deber genérico esté complementado con medidas que lo doten de eficacia”*.

Ante el incumplimiento del deber de la Administración de pronunciarse de forma clara, concisa y total sobre la petición -en sentido amplio- se configura el silencio administrativo. Ante éste, el ordenamiento jurídico podrá atribuirle -ficticiamente- efecto estimatorio -positivo- o desestimatorio -negativo- o bien no asignarle relevancia jurídica alguna al silencio (Aramendia y Pío, 2015, 66).

Conforme García de Enterría y Fernández,

en ocasiones, ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido determinado, bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo. Es una presunción legal (2015, 638).

El efecto del silencio podrá ser positivo o negativo (Aramendia y Pío, 2015, 41), favorable o desfavorable, según lo establecido por el ordenamiento jurídico.

Entonces, cuando se configura un silencio positivo *“en términos bien generales, vencido el plazo para el dictado del acto por la Administración, la petición se entiende -por ficción normativa- aceptada”* (Aramendia y Pío, 2015, 67).

En el caso de la Ley de Acceso a la Información Pública, el inciso final del artículo 18 asigna un valor positivo al silencio del destinatario de la petición. [...] Las peticiones en estudio, en cuanto se dirigen a una Administración estatal, se encuentran comprendidas en el artículo 318 de la Constitución, puesto que son formuladas por el titular de un derecho subjetivo, el silencio positivo de la ley en estudio no colide con el silencio negativo previsto por la norma constitucional. Estimo que el silencio positivo de la ley no colide con el silencio negativo de la Constitución porque el primero se produce dentro de los ciento veinte días previstos por la Constitución. Por cierto, que respecto a las personas públicas no estatales no se plantea ninguna duda, porque no les es aplicable el artículo 318 de la Constitución. (Durán, 2012, 119).

Consideramos sustancial, en el marco de una debida defensa del derecho humano al acceso a la información, el efecto dado por nuestra normativa al silencio. Este *positivismo* del silencio se contraponen al tan criticado efecto de la denegatoria ficta en el caso de las peticiones y los recursos administrativos y esto porque *“la administración no puede beneficiarse de su propia torpeza”* (García de Enterría y Fernández, 2015, 646 mencionando sentencia constitucional española de 27 de octubre de 2003).

Entonces, y conforme nuestro ordenamiento jurídico:

en el caso de no haber resolución específica que impida de alguna forma que se revele determinada información, para lo cual debe ser catalogado como reservado o confidencial, y de no hacerlo en el plazo indicado hay una manifestación tácita de la administración a favor de brindarla (Messano, 2017, 107).

Más aún:

ante la ausencia de una clara expresión de voluntad de parte de la administración, que deniegue en forma clara y determinante el acceso a determinada información, con fundamentos jurídicos para ello, la ley interpreta que esa información, como es la regla general, debe ser accesible para el público, siguiendo así el interés más general (Messano, 2017, 108).

“Casi una suerte de castigo que impuso el legislador a la falta de interés, expresado por la administración en la falta de manifestación expresa” (Messano, 2017, 109).

La Ley Modelo interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública de la Organización de Estados Americanos (OEA) indica en su artículo 48 que, ante el supuesto en análisis, se verificará si la información solicitada es o no reservada o confidencial. Si la información es de acceso pública, se ordenará conceder el acceso.

Parece pues que, a nivel normativo internacional, existe como límite al silencio positivo, la consideración de la naturaleza de la información.

A nivel nacional, en 2017, Messano analizó casos jurisprudenciales y detectó que, en los hechos, la justicia toma el silencio como un silencio negativo. *“No se procede sin más a dar la información. Se analiza el punto. Se determina si se configura una motivación o una justificación suficiente como para que el público pueda conocer esa información”* (Messano, 2017, 109).

El balance entre privacidad e información es analizado por Delpiazzo (2009, 20)

el derecho de acceso por cualquier ciudadano a la información en poder de las Administraciones públicas no alcanza a toda la información

sino específicamente a la calificable como pública, la cual no comprende a la de carácter privado o personal ni a las secretas por imperio de la ley dictada en razón de interés general.

¿Se refleja este balance en la jurisprudencia? ¿Se mantuvieron las posiciones halladas por Messano? ¿Se consolidaron?

Algunas de estas interrogantes se podrán contestar con el análisis que se realizó de la jurisprudencia nacional.

IV. Marco metodológico

A los efectos de analizar las posiciones jurisprudenciales sobre el tema se analizaron las sentencias definitivas, de la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales de Apelaciones. El estudio se realiza desde la fecha de vigencia de la Ley N° 18.381 (17 de octubre de 2008) hasta el 31 de diciembre de 2023.

La búsqueda fue realizada en la base de jurisprudencia nacional del Poder Judicial, en febrero de 2024. El texto que se buscó fue “silencio positivo”. En el caso de los Tribunales de Apelaciones, se limitó la búsqueda a los procesos de amparo, por corresponder a la estructura procesal regulada en la norma mencionada. Los datos obtenidos se procesaron en plantillas a los efectos cuantitativos y se aplicaron técnicas de análisis de contenido a los efectos cualitativos.

Se identificaron 19 sentencias de las cuales todas correspondían a la temática a analizar. En tanto la población resultó ser un número razonable de sentencias, usándose se utilizó en su totalidad, sin necesidad de realizar una muestra.

V. Algunos resultados encontrados

Las 19 sentencias analizadas, se dictaron en los siguientes años:

Tabla 1: cantidad de sentencias por año.

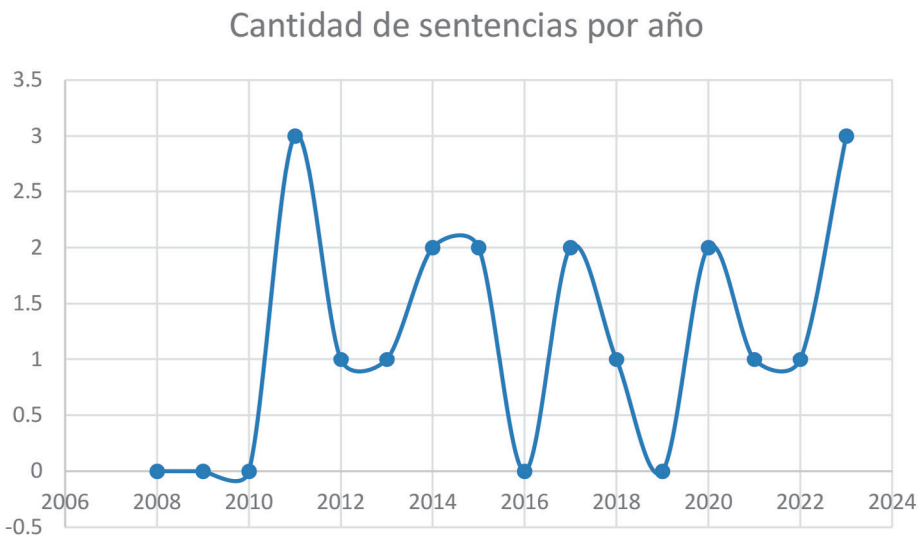
Cantidad de sentencias por año	
Año	Cantidad de sentencias
2008	0
2009	0
2010	0
2011	3
2012	1
2013	1

2014	2
2015	2
2016	0
2017	2
2018	1
2019	0
2020	2
2021	1
2022	1
2023	3

Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de la base de jurisprudencia nacional.

Lo que se visualiza gráficamente de la siguiente manera:

Gráfico 1: cantidad de sentencias por año.



Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de la base de jurisprudencia nacional.

Solo una de las sentencias fue dictada por la Suprema Corte de Justicia. Las demás fueron dictadas por Tribunales de Apelaciones, distribuyéndose en forma razonablemente equitativa en los diferentes turnos y surgen los siguientes datos:

Tabla 2: cantidad de sentencias por tribunal.

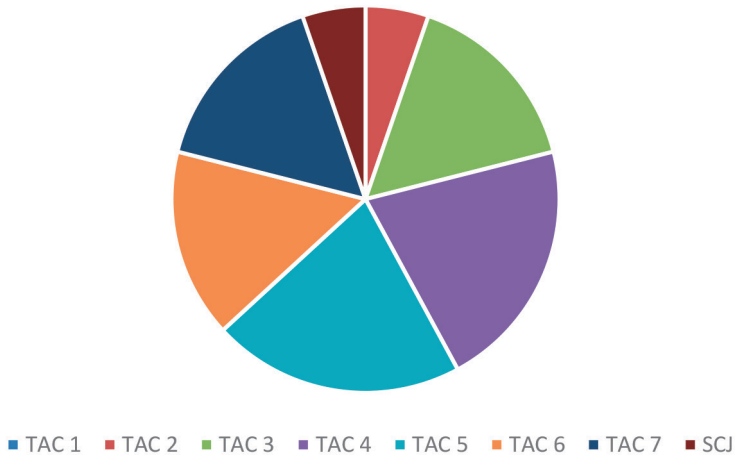
Cantidad de sentencias por tribunal	
Tribunales	Cantidad de sentencias
TAC 1	0
TAC 2	1
TAC 3	3
TAC 4	4
TAC 5	4
TAC 6	3
TAC 7	3
SCJ	1

Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de la base de jurisprudencia nacional.

Lo que se visualiza gráficamente así:

Gráfico 2: cantidad de sentencias por tribunal.

Cantidad de sentencias por tribunal



Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de la base de jurisprudencia nacional.

Se identificó en las sentencias si el silencio positivo resultaba ser un elemento clave a la hora de fallar y fundar la decisión tomada. La distribución resultó nuevamente equitativa. Estos fueron los resultados:

Tabla 3: silencio positivo como elemento clave para el fallo

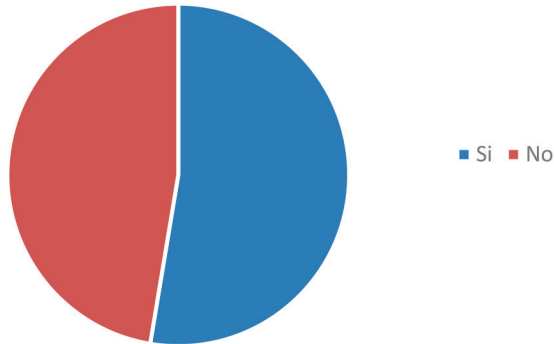
Silencio positivo como elemento clave para el fallo	
Silencio positivo clave	Cantidad de sentencias
Si	10
No	9

Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de la base de jurisprudencia nacional.

Lo que se visualiza gráficamente así:

Gráfico 3: silencio positivo como elemento clave para el fallo.

Silencio positivo como elemento clave para el fallo



Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de la base de jurisprudencia nacional.

Dentro de las 10 sentencias en las que el silencio positivo resulta un elemento clave, se analizó cuántas de ellas mencionaba límites y cuáles eran estos. Se observan los siguientes resultados:

Tabla 4: límites mencionados.

Límites mencionados	
Tipo	Cantidad de sentencias
Verificar existencia de presupuestos legales del acceso	6
Balance entre publicidad y privacidad	2
Casos especiales	2

Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de la base de jurisprudencia nacional.

Lo que se visualiza de la siguiente manera:

Gráfico 4: límites mencionados.

Límites mencionados



Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de la base de jurisprudencia nacional.

Como se ve, la enorme mayoría de los casos en que la sentencia menciona la existencia de límites, lo hace indicando que es necesario controlar los requisitos o presupuestos legales de la acción. Solo en dos casos se menciona expresamente como límite los derechos de terceras personas y se realiza un balance entre la privacidad y la publicidad de la información solicitada. Hay dos sentencias, en los que el fundamento refiere a particularidades del caso (una situación de reserva y un procedimiento de licitación).

De una u otra forma, en todos los casos, cuando el silencio positivo resultó un elemento clave para el fallo se mencionaron límites.

A vía de ejemplo, una sentencia (N° 187/2011 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to turno TAC 5) indicó que el silencio positivo “*no autoriza sin más al juez a disponer que se informe según lo pedido*” (la cita se reitera textual o casi textual en diversas sentencias de 4to y 7mo turno).

Por otra parte, indica la Suprema Corte de Justicia, en la única sentencia hallada referida al tema:

En un panorama como el de autos, en el que, ante la solicitud de información la Administración requerida no se pronuncia dentro del plazo legalmente establecido [...] lo único que puede el órgano jurisdiccional analizar es la existencia de los presupuestos de la acción, pues, en lo demás, rige una regla establecida por la propia ley que otorga al silencio

de la Administración la consecuencia de situarla en posición de deber de brindar la información solicitada. Tales presupuestos referirán, de regla, como acontece en el caso, a la posibilidad del objeto y a su licitud, entendida ésta como la existencia de un derecho de terceros, del cual la Administración no puede disponer y que, por ende, debe protegerse aún ante su silencio (Sentencia SCJ N° 802/2018).

Solo en dos sentencias se efectúan citas doctrinarias realizadas en apoyo de su análisis y argumentación con respecto al silencio positivo y sus límites. En un caso (Sentencia N° 354/011 de TAC 3) se cita a Delpiazzo y en otro (Sentencia N° 161/005 de TAC 5) a este mismo autor y a Ochs. Se entienden que no resultan menciones suficientes para realizar un mayor análisis en cuanto a los ministros que utilizan estas citas.

En cuanto a los ministros redactores se individualizan 17 diferentes reiterándose solo uno (Luis Simón), lo que no permite realizar mayor análisis. Es este ministro quien redacta la Sentencia N° 161/005 de TAC 5 pero no utiliza esas referencias en las otras dos que redacta. Por otra parte, menciona la existencia de límites en dos de sus tres sentencias.

VI. Algunas conclusiones

Del análisis realizado, surgen las siguientes conclusiones primarias:

- cuando los jueces consideran como elemento clave el silencio positivo para la decisión que toman, mencionan la existencia de límites.
- los límites considerados refieren a la necesidad de controlar los requisitos legales de la acción, lo que hace por tanto necesario un análisis posterior de la información y no autorizan la entrega “automática” de la información solicitada.

La doctrina y la normativa modelo internacional parece abonar esta idea y darle sustento. Podría plantearse realizar la misma investigación a nivel de jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en tanto pueda analizarse en la acción anulatoria, resolución que deniegue la entrega estableciéndose límites o no a ésta.

VI. Algunas reflexiones

Desde nuestra perspectiva, esta posición que toma la jurisprudencia y la doctrina dista de la interpretación que debe dársele al silencio positivo y hace que el peticionante tenga que recurrir a la vía judicial (con los cargos y costos que esto lleva) para ejercer su derecho, cuando la Administración no actuó de forma diligente y, sobre todo, no actuó bajo el parámetro legal de cumplimiento de los plazos.

El administrado entonces, es doblemente castigado, cuando en realidad, es la Administración la que debiera recibir el castigo. No se puede trasladar la ineficacia ni la ineficiencia del sujeto obligado ante el no cumplimiento al peticionante.

En esta tendencia jurisprudencial, queda a nuestro criterio latente la pregunta sobre para qué entonces el legislador consagró esta consecuencia, en tanto aplicado así, no existe el *pretendido castigo* a la Administración y se esfuma el efecto *positivo* del silencio.

Referencias bibliográficas

- ARAMENDÍA, M. y PÍO, J. (2015). *El silencio positivo de la administración pública en el Uruguay*. Montevideo: FCU
- DELPIAZZO, C. (2009). A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso. En DELPIAZZO, C. (Coord.), *Protección de datos y acceso a la información pública*. Instituto de Derecho informático. Montevideo: FCU, AGESIC.
- DURÁN, A. (2012). *Derecho a la protección de datos personales y acceso a la información pública. Habeas data*. Montevideo: AMF
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. (2015). *Curso de Derecho Administrativo I*. Navarra: Thomson Reuters
- MESSANO, F. (2017). El silencio sobre silencio positivo. *Revista CADE Doctrina & jurisprudencia*, tomo XL, año 9, febrero 2017, páginas 107 a 109.
- Ley Modelo interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública de la Organización de Estados Americanos (OEA) https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacion_Ley_Modelo_Interamericana_2_0_sobre_Acceso_Informacion_Publica.pdf