



Derechos y Garantías en el Acceso a la Información Pública (AIP)

Miguel Pezzutti

Evolución y balance

- Hipótesis a validar:
 - Cambio de paradigma: del secreto a la transparencia
 - Consagra el derecho subjetivo fundamental al AIP
 - La ley consagra garantías adecuadas a la Constitución, novedosas y efectivas: el silencio positivo

Relación funcionario – información

A) FUNCIONARIO



B) INFORMACIÓN

Cambio de paradigma

- Si, con precisiones. Art. 694 Ley 16736, por ejemplo.
- La ley no implica una novedad en materia de acceso como garantía de otros derechos, ni puede confundirse.
- Acceso y derecho de defensa
 - Fundamentos diversos
 - Intensidad del derecho de defensa
- Transparencia y motivación
 - Transparencia activa y pasiva. Tan trascendente como identificar transparencia formal y sustancial: ¿de qué me sirve acceder a las resoluciones si ellas no permiten conocer las verdaderas razones que fundan su dictado?

El derecho fundamental al acceso

- Referencias subjetivas en la Ley:
 - Art. 1: *derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública*
 - Art. 3: *es un derecho de todas las personas, sin discriminación por razón de nacionalidad o carácter del solicitante, y que se ejerce sin necesidad de justificar las razones por las que se solicita la información*
 - Art. 5: *amplio y fácil acceso a los interesados*
 - Art. 13: *Toda persona física o jurídica interesada en acceder*

Aspectos subjetivos

- El concepto de interés está referido como supuesto del ejercicio del derecho y no como situación jurídica autónoma. Las acciones previstas en la ley no requieren de una particularización adicional.
- La ley crea la situación jurídica del administrado. (¿O la reconoce?)
- La naturaleza del derecho al AIP:
 - Concepto de Derecho Fundamental
 - Jerarquía legal o constitucional?
 - Duran Martínez: es un derecho inherente a la persona, vinculado a la inmanencia de la búsqueda de la verdad.
 - Nuestra opinión: es derivado de la forma republicana de gobierno
 - Relevancia: articulación entre derecho al acceso y derecho a la intimidad
 - Las limitaciones al derecho.
 - Euforia y efecto rebote: art. 1 Ley 19178.
 - Los márgenes del legislador para limitar el derecho

Garantías

- Bielsa: *“es un medio para de poner en movimiento a la autoridad para que restablezca el derecho subjetivo cuando este ha sido vulnerado.”*
- Romero *“Una garantía es un medio jurídico-institucional que la propia ley señala para hacer posible la vigencia de los derechos y libertades reconocidos y otorgados.”*
- Biasco afirma que en toda garantía existen:
 - un interés a proteger o protegible
 - La amenaza o peligro de sobrevenir un evento dañoso
 - La existencia de un mecanismo idóneo para asegurar el interés en peligro.
- Art. 7 de la Constitución: Derecho a “ser protegido en el goce”.

Garantías en el AIP

- Petición
- Responsabilidad personal
- Responsabilidad del Estado
- Intervención del control técnico (UAIP)
- Acción judicial
- ¿Acción de nulidad?
- Silencio positivo

Garantías: el silencio positivo

- El silencio en el Derecho Administrativo: la solución en la Constitución Uruguaya
- Las técnicas de tutela ante el silencio:
 - Cautelar
 - Peticional
 - Reparatoria
 - Ficcional o “técnica silencial”: otorgar un sentido al silencio como solución ficticia, no real pero creada por la Ley.
 - Positivo o negativo

Silencio positivo

- Sentido lato: ficción que consiste en la consideración imaginaria de que se ha dictado un acto que acoge la pretensión sin que el mismo sea dictado.
- Previsiones conceptuales: ¿es el silencio positivo realmente un silencio positivo?
 - Técnica diversa al silencio negativo, ya que por lo general comporta un acto de dispensa de la ilegitimidad del actuar propio ante el silencio administrativo
 - Ejemplo: construcción sin habilitación si existe solicitud de permiso pendiente, no contestada en plazo
 - Ejemplos que encuadran en este concepto en nuestro ordenamiento: art. 74 del Código Tributario/ art. 178 de la Ley 16713 (derogado)
 - La ficción como técnica, implica la negación de la realidad. Por ello, está acotada a los ejidos marcados por la norma legal o constitucional, en particular, sus fines o funciones.
 - En Portugal, Freitas do Amaral señala la tesis de Rui Machete, para quien el acto tacito, “no es un acto sino un presupuesto de la vía contenciosa”

Silencio positivo

- La Jurisprudencia ha dado un alcance restringido al concepto:
 - No determina el dictado de un acto positivo, sino que habilita a acudir a la justicia
 - No vincula a la justicia, sino que ella puede revisar el contenido de la pretensión y definir que no corresponde permitir el acceso.-Caso “programa Guardián”
- Sin embargo:
 - Para la Ley la Administración debe permitir el acceso
 - La negativa implica responsabilidad del funcionario (solidaridad –constitucional?-)
- Por ende, los efectos del vencimiento del plazo y del silencio ficto no tendrían otros efectos que:
 - Enervar toda responsabilidad del funcionario revelador
 - Para el caso de que continúe la omisión, no puede ya dictarse legítimamente un acto fundado negando el acceso
 - Una situación particular: ¿puede sancionarse a un funcionario que niega luego de la admisión ficta, si luego la Justicia determina que la información no puede ser entregada?

Es ajustado a la Constitución

- La doctrina, inicialmente, visualizó con dudas el fenómeno (Vazquez, Risso)
- Duran Martínez sostuvo que era constitucional, ya que se verifica antes de los 120 días previstos en la Constitución para la denegatoria ficta.
- A nuestro juicio, es constitucional por otros motivos:
 - La denegatoria ficta se interpreta en el marco de su función: garantía de acceso a la vía anulatoria. No es un acto, sino que el silencio determina que la petición se “considerará desechada”.
 - No presenta un alcance adicional; la constitución ratifica la pervivencia del deber de pronunciarse
 - No es incompatible: la denegatoria ficta se verificaría luego de agotados los plazos para el accionamiento judicial. En el alcance interpretativo actual, además, sería previo a la revisión judicial por la vía dispuesta en la Ley. Si no se accionó por esa vía, se tendrá la opción, ya que no se trata de un acto excluido de la acción anulatoria. Esta parece ser, por lo demás, la tesis de la Sent. 696 de 2015 del TCA.

Conclusiones

- En efecto, la ley profundiza un cambio de modelo de relacionamiento entre la Administración y el Administrado.
- Este cambio parte del reconocimiento de un derecho subjetivo al que se reconoce rango constitucional.
- Las garantías, más idóneas que en el caso de otros derechos y libertades, a nuestro juicio no tienen objeciones de constitucionalidad.