

DFA-0004-000161/2015 SEF-0004-000051/2015

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5 Turno

**DA ROSA PÍREZ, TANIA c/ MINISTERIO DEL INTERIOR - ACCESO A LA
INFORMACIÓN. LEY 18.381**

0002-007603/2015

MONTEVIDEO, 21 de Abril de 2015.

MINISTRO REDACTOR: Dr. Luis María Simón

MINISTROS FIRMANTES: Dra. María Esther Gradín

Dra. Beatriz Fiorentino

Dr. Luis María Simón

IUE N° 2-7603/2015

Montevideo, 21 de abril de 2015

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: **“Da Rosa Pérez, Tania c/ Ministerio del Interior – Acceso a la información Ley 18.381”**; individualizados con la **IUE N° 2-7603/2015**; venidos a conocimiento de la Sala en mérito al recurso de apelación deducido a fs. 72/86 por la parte actora y la adhesión incoada por la parte demandada a fs. 91/98, contra la sentencia n° 109-48/2015, dictada a fs. 58/71 por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno, Dra. María Isabel Vaccaro Martorell.

RESULTANDO:

I

Por el referido pronunciamiento de primer grado se desestimó la demanda de autos, sin especial condena procesal.

II

Contra el mismo se alzó en tiempo y forma la parte actora, agraviándose en síntesis por entender que se lesionó el derecho al acceso a la información, que al haber operado silencio positivo por no resolverse sobre la solicitud en el plazo

previsto, en vía administrativa, debía entregarse la información y resulta ilegítimo no haberse concretado razones de secreto o reserva o confidencialidad, extendiéndose indebidamente al objeto comprado el carácter secreto de la adquisición.

Al evacuar el traslado de rigor, la parte demandada abogó por la confirmatoria de la impugnada, cuyos fundamentos compartió, excepto en cuanto consideró configurado silencio positivo, aspecto en el cual pretendió adherir por estimar que se brindó respuesta ante vista no evacuada de dictamen de asesor.

Sustanciada la adhesión, se opuso a su progreso la parte actora y reiteró extensamente su postura en el grado.

III

Franqueada la alzada con efecto suspensivo y recibidos estos obrados en el Tribunal el jueves 16/4/2015, se acordó por unanimidad el dictado del presente pronunciamiento el día de hoy.

CONSIDERANDO:

I

La Sala confirmará la decisión apelada, por estimar que sus fundamentos esenciales no resultan conmovidos por la argumentación de la apelación; en virtud de las razones que se expondrán seguidamente.

II

Desde el punto de vista formal, corresponde primeramente indicar que la adhesión de la parte demandada adolece de doble inadmisibilidad procesal y no será considerada en su mérito sino tangencialmente, al examinarse los agravios de la apelación.

En efecto, en el proceso de acceso a la información, de estructura harto sumaria, no se prevé el instituto de la adhesión a la apelación, que no es de esencia del debido proceso ni de la garantía impugnativa, de manera que no puede acudir al mismo alterando el célebre trámite legalmente previsto, como ya ha señalado la Sala para la estructura del amparo o de la regulación de honorarios (por ejemplo, sentencias Nos. , 135/2009, 136/2009 y 347/2010)

A su vez, constituye acto procesal inútil, y por tanto carente de requisito esencial (art. 63 inciso 1º del Código General del Proceso) el que expresa un agravio no derivado del sector dispositivo de una decisión judicial: la motivación de una

sentencia, por sí sola, no resulta susceptible de causar perjuicio eventualmente movilizable a través de apelación o adhesión, si no se refleja en el resultado decisorio, como también se ha establecido por jurisprudencia constante (por ejemplo, sentencias Nos. 50/2004 y 154/2006).

La parte demandada resultó triunfante en primera instancia, porque se desestimó la demanda, de manera que carece de agravio como presupuesto indispensable de la apelación adhesiva, deviniendo ésta jurídicamente inadmisibile. En todo caso, el desacuerdo con la motivación simplemente ha de hacerse valer al contestar los agravios de un apelante, como estuvo al alcance de la parte demandada infolios.

III

A juicio del Tribunal, la sentencia apelada no vulnera el derecho al acceso a la información que postula la parte actora y por ello correctamente desestimó la demanda, lo cual determina la confirmatoria por la Sala.

La existencia de ese derecho no se discute y encuentra fundamento en los arts. 7 y 72 de la Constitución; 3 de la Ley N° 18.381 y normativa de rango internacional a la cual ha adherido la República, citada por las partes y por la Sede a quo, a cuyos desarrollos cabe remitirse, en aras de la brevedad.

En el caso, aquel derecho fue ejercido a título individual por una ciudadana, pues más allá de alegarse la calidad de Directora de una Institución vinculada al tema, que no se acreditó, no se invocó tampoco representación de esa entidad.

Hubiera sido preferible que la actora citara también, expresamente y no de modo tangencial o implícito en su exposición, el derecho a la seguridad en la protección de datos personales, a la intimidad, inviolabilidad de las comunicaciones y exclusión de las acciones privadas del quehacer estatal cuando no afectan el ordenamiento jurídico, garantizados por los artículos 7 y 10 de la Constitución para todo habitante de la República y esenciales en un Estado de Derecho sometido al régimen democrático-republicano de gobierno.

Pero aún con esa carencia, el Tribunal de primer grado y esta Sala han admitido la legitimación activa de la demandante, ésto es, su aptitud para promover el presente proceso y obtener un pronunciamiento sobre su demanda.

Empero, sucede que el derecho al acceso a la información no tiene carácter absoluto o irrestricto, pues la protección de otros derechos constitucionalmente consagrados determina que puedan existir excepciones legales al deber de brindar información correlativo a aquel derecho (v.g. art. 18 de la Ley citada).

Asiste razón a la recurrente cuando refiere a la configuración de silencio de la Administración al cual la ley asigna contenido positivo, por no haber resuelto sobre la petición de acceso formulada, dentro del plazo legalmente establecido al efecto.

Conferir vista del dictamen no vinculante de un asesor no implica cumplir con el mandato legal de resolver expresamente, en sentido favorable o desfavorable y de

modo fundado, por el jerarca competente, sobre la petición de acceso formulada.

Sin embargo, desde los primeros casos planteados luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 18381, este Tribunal ha sostenido que la verificación de silencio positivo no necesariamente asegura que la información requerida deba brindarse, si no se conjugan los presupuestos que el ordenamiento jurídico establece a ese fin.

Se realizaron así exposiciones plenamente trasladables a este caso, en sentencia n° 187/2011 de fecha 7 de diciembre de 2011, en la cual se manifestó: *“La Sala coincide con el recurrente en cuanto a que el vencimiento de dicho plazo sin adoptarse resolución, tiene en la ley un contenido positivo, en el sentido que determina que el peticionante ‘podrá acceder a la información respectiva’ (art. 18 citado).*

En principio, vencido el plazo, la Administración ha de posibilitar el acceso. Si es omisa, o en forma expresa, por resolución tardía, deniega el acceso, queda al interesado abierta la vía jurisdiccional, que es precisamente la movilizadora en el presente caso.

Ahora bien, esa vía procesal no queda restringida a un amparo automático por la simple constatación del vencimiento del plazo, pues el Tribunal interviniente, en ejercicio de su poder-deber jurisdiccional, ha de aplicar la normativa al caso concreto, sin hallarse limitado por la actividad o inactividad administrativa ni obligado por las razones jurídicas que puedan motivarla. Incumbe a todo órgano jurisdiccional el poder-deber de decidir sobre la procedencia jurídica de la pretensión que ante el

mismo se haya formulado, de determinar si se configuran efectivamente los supuestos constitucionales y legales del acceso a la información petitionado, si el objeto de la pretensión es lícito o no, si asiste legitimación al solicitante y a la parte demandada, etcétera.

Un ejemplo por el absurdo permitirá comprender lo expuesto: si se peticiona el acceso a la historia clínica de un paciente de una institución de salud pública, contra la voluntad de éste; y la Administración omite pronunciarse, o lo hace tarde denegando la información, opera el vencimiento del plazo legal, pero de todos modos no procede el acceso a aquélla, porque vulnera la reserva legalmente impuesta en protección de los derechos del paciente, ya que no se trata en realidad de información de acceso público, a pesar de que un órgano público se halle en posesión de la misma. Y por el solo hecho de que haya vencido el plazo, no se enerva la potestad de denegar posteriormente el acceso en forma expresa y fundada, ni la del órgano jurisdiccional de revisar tanto los fundamentos de la solicitud como los de la denegatoria (si existió) resolviendo con independencia acerca de la procedencia o no de la pretensión. La ley prevé que al vencimiento del plazo se podrá acceder a la información, pero ello es sin perjuicio de que se verifiquen los demás supuestos legales de procedencia de ese acceso, para determinar la compatibilidad de la solicitud con el orden jurídico.

La solución legal persigue no dejar al peticionante sujeto a la inactividad de la Administración y por ello establece un plazo para que ésta se pronuncie, vencido el cual en principio ha de entenderse que el acceso se halla expedito y podrá

brindárselo en vía administrativa sin necesidad de resolución. Pero en caso de que ello no suceda, por negativa expresa tardía o simple inactividad, el remedio jurisdiccional asegura que se analice la situación, para determinar en definitiva si ha de acordarse o no el acceso peticionado.

En esa tarea, el Tribunal no se halla vinculado por 'preclusiones de defensa' como las que postula el recurrente, pues si así fuera, su rol se limitaría al de un mero homologador del vencimiento de un plazo, que no es el que resulta de la Ley, pues ésta dispone también en qué casos la información no ha de ser brindada, y no cabe desconocerla, ni los derechos y deberes constitucionales inspiradores de las soluciones legales de excepción, como sucedería si se aplicara el principio de acceso en forma absoluta e irrestricta, por el solo vencimiento del plazo administrativo para resolver sobre peticiones relativas al mismo.

*En un caso similar al presente, en que luego del vencimiento del plazo aludido la Administración resolvió en forma expresa denegar el acceso, el **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno, integrado**, indicó: 'Sin embargo, el 'silencio positivo' no autoriza sin más al juez a disponer que se informe según lo pedido y la resolución administrativa denegatoria expresa que recayó más tarde, expresa que la información ... es confidencial, por lo que, de acuerdo con el art. 10 de la Ley Nº18.381, se justifica la decisión denegatoria recaída en primera instancia, que se confirma.*

La denegatoria ministerial de informar...no deja de ver que ésta es información confidencial, pese a que el Ministerio no la haya calificado así en el momento

oportuno. En efecto, se trata de propuestas de contenido patrimonial –negocios o giro comercial- formuladas por empresas privadas y, mientras no haya recaído decisión, tienen indudablemente carácter confidencial, de acuerdo con el art.10 num.I de la ley aplicable (OCHS, D. ‘Acceso a la información en poder del Estado y restricciones fundadas en la confidencialidad’ en DELPIAZZO, C. y otros. *Protección de datos personales y Acceso a la información Pública*, Montevideo, 2009, F.C.U.).

Por lo que, por otro fundamento, se confirmará este aspecto de la desestimatoria de la primera instancia.’ (Cf. sentencia nº 125/2011).

*En sentido coincidente, en un caso de silencio de la Administración no seguido de resolución tardía, el **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno** destacó la configuración de deber de informar por parte de la Administración, pero igualmente consideró que correspondía analizar la posibilidad jurídica del objeto, así como su licitud, pues manifestó: ‘... no puede olvidarse la existencia de una situación jurídica de la accionada, determinada por su “silencio positivo” –en los términos de la ley, art.18-, pues al no existir resolución sobre el pedimento en vía administrativa supone el deber de brindar la información solicitada.*

Entonces, solo se puede analizar la posibilidad del objeto en el marco teórico, esto es si el bien de la vida solicitado frente al demandado –información en el caso- puede ser dado por éste; en otras palabras, si es posible que el demandado tenga en su poder la información impetrada, y ésta se corresponda con la descripta como

objeto en la ley 18.381.

La misma, en su art. 2º considera información pública ‘toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal, salvo las excepciones o secretos establecidos por la ley, así como las informaciones reservadas o confidenciales’. La posibilidad entonces refiere a la información que ‘emane o esté en posesión’.

Ahora bien, tal sector de datos se encuentra a su vez limitado en otros artículos de la ley, especialmente en el 14 que establece ‘La solicitud de acceso a la información no implica la obligación de los sujetos a crear o producir información que no dispongan o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el pedido’, agregando más adelante que no puede impetrarse que se efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, salvo aquellos que por sus cometidos institucionales deban producir’. Y finalmente, el último inciso del mentado artículo dispone ‘No se entenderá producción de información, a la recopilación o compilación que estuviese dispersa en las diversas áreas del organismo, con el fin de proporcionar la información al peticionario’.

En tal panorama normativo, se impone analizar si lo solicitado por la accionante supone o no una ‘producción de información’ a lo que la demandada no está obligada... “

De modo que el agravio de la apelante no permite decidir la alzada, pues la configuración del “silencio positivo” aludido no quita que deba analizarse por el Tribunal la procedencia o improcedencia jurídica de la pretensión, a cuyo efecto han de examinarse las razones denegatorias de acceso esgrimidas por la parte demandada así como los restantes agravios de la recurrente, que intentan desvirtuar esas razones. Tal tarea se emprenderá en el siguiente apartado.

IV

A criterio del Tribunal, la parte actora equivocó su estrategia, pues en vía administrativa y en su demanda, pretendió acceso a información claramente cubierta por el secreto, y solamente después de la contestación, en el alegato final y en la apelación, advertida de su error, buscó de modo procesalmente inadmisiblemente cambiar su demanda luego de haber sido contestada, manteniendo incluso, de modo contradictorio, su petición inicial colusiva con el secreto impeditivo de la divulgación.

Parece obvio que el secreto de la operación de adquisición del sistema operativo “guardián”, avalado por el Tribunal de Cuentas, radica no solamente en la compra en sí misma (que, incidentalmente, no fue oculta) sino que también alcanza a las características técnicas del producto adquirido, por simples razones de seguridad y protección de los derechos de todos los habitantes que se busca tutelar mediante la prevención y represión de ilícitos, a través del empleo de instrumentos como el adquirido.

Se trata de un instrumento para el combate del delito y la difusión pública de sus fortalezas y debilidades podría frustrar el empleo en esa tarea, dejándola librada a la actividad de “hackers” y/o personas que ilegítimamente pretendan obstaculizar o impedir investigaciones o represiones sometidas a control jurisdiccional, como bien expuso la parte demandada, con apoyo en normativa legal y administrativa específica (Decreto del PE 452/2009, resolución adjunta a la contestación de 30/7/2012 en asunto 7988/2012).

Recién después de la contestación, y al apelar, la parte actora aludió a extremos de información relativos al modo de proteger a los ciudadanos del uso indebido del instrumento, garantizar sus libertades, intimidad, establecer límites y responsables del empleo, asegurar destino de la información recabada, etcétera.

No fue esa su preocupación cuando formuló la petición en vía administrativa ni en su demanda, donde libremente diseñó el objeto de la información requerida como *“copia del protocolo elaborado por el Ministerio del Interior en relación al uso de la plataforma tecnológica El Guardián, dirigido a las empresas de telecomunicaciones, a efectos de regular la operativa ante eventuales pedidos de vigilancia electrónica dispuestos por un juez, sobre cuya existencia informó el Diario El Observador el 15/10/2014”*.

A su vez, insiste en ese objeto al apelar, aunque refiera a otros extremos, que tampoco coinciden con los que mencionó al alegar de bien probado, y que no fueron incluidos en la gestión administrativa ni en el petitorio principal de la demanda.

Con esas variaciones inadmisibles procesalmente, no puede accederse a lo

requerido como principal en la demanda, que queda legalmente exceptuado como secreto de conformidad con lo establecido por el art. 8 de la Ley N° 18.381, el art. 33 Num. 8 del TOCAF – art. 653 de la Ley N° 16.170; el art. 5 de la Ley N° 18.494 sobre prevención de lavados de activos y terrorismo; etcétera.

Distinto podría haber sido quizás este pronunciamiento si la actora hubiera dado a la Administración o a los Tribunales adecuada oportunidad de pronunciarse sobre extremos más concretamente diseñados y no alterados en función de la contestación o del fracaso en primera instancia, lo que igualmente está al alcance de la demandante o de otros sujetos, en vía administrativa previa que pueden movilizar, sin que resulte necesario apartarse del modo de proceder según conveniencias estratégicas de los interesados.

No basta con referirse de modo grandilocuente al derecho al acceso a la información o a principios generales, ni con aludir a "tesis peligrosas", si a la hora de concretar el ejercicio de ese derecho se solicita aquello que según las normas no puede ser brindado y no se solicita en tiempo y forma lo que sí podría haberse proporcionado incluso sin generar discusión.

V

Se distribuirán costas y costos de la instancia por su orden entre los litigantes (arts. 56 del Código General del Proceso y 688 inciso 2° del Código Civil).

Por los fundamentos y textos normativos precedentemente expuestos; de conformidad con lo establecido por los arts. 7, 8, 72 y concordantes de la Constitución de la República; Leyes Nos. 18.331 y 18.381 y demás disposiciones modificativas y complementarias, el Tribunal

F A L L A:

I) Confírmase la sentencia apelada, sin especial condena en costas ni costos de la alzada.

II) Establécese en la suma de \$ 20.000 los honorarios por el patrocinio letrado de la parte actora en la segunda instancia, a los solos efectos fiscales.

III) Devuélvanse oportunamente estos obrados a la Sede de origen, con copia para la Sra. Jueza actuante.

Dr. Luis María Simón Dra. Beatriz Fiorentino Dra. María Esther Gradín

Ministro

Ministra

Ministra

Esc. Nelda Lena Cabrera.- Secretaria I

Esc. Nelda María Lena

SECRETARIO I ABOG - ESC

