V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

GIOVANI DA SILVA CORRALO

MARÍA CRISTINA VAZQUEZ PEDROUZO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Giovani da Silva Corralo, María Cristina Vazquez Pedrouzo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-220-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito administrativo 3. Gestão pública. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

Com grande satisfação participamos do V Encontro Internaciona do CONPEDI, realizado em Montevideu entre os días 8 e 10 de setembro de 2016.

Especialmente gratificante foi o congraçamento dos pesquisadores brasileiros e uruguaios das mais diversas instituições de ensino superior, assim como compartilhar da coordenação do Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública."

Os pesquisadores uruguaios foram os doutores Alejandro Borche e Sonia Sena, com o tema "Incidencia de las Leyes de Acceso y Protección de Datos Personales en la Gestión de la Administración Pública", e os doutores Miguel Larramendi y Miriam Mora, com o tema "La responsabilidad del Estado en la Constitución Uruguaya".

Na sequencia, os pesquisadores brasileiros apresentaram 13 trabalhos sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo contemporáneo: no que tange ao controle da máquina adminstrativa Carla Luana Silva teceu reflexões sobre a ação popular e o controle da Administração Pública e Alanna Maria Lima da Silva sobre a atuação das cortes de contas e as omissões administrativas nas políticas ambientais diante da inexistencia dos planos de manejo; Giovani da Silva Corralo e Bruna Lacerca Cardoso trouxeram considerações sobre a pós-modernidade e as pactuações administrativas com o terceiro setor e com o empresariado; Luiz Felipe Cirino apresentou considerações sobre a responsabilidade dos juízes no direito brasileiro; sobre as concessões e permissões de serviços públicos Marcus Venício Cavassim e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini discorreram sobre a regulação dos serviços de saneamento básico, enquanto que Fernando Gonçalves Rodrigues e Marinella Machado Araújo falaram sobre o serviço público e a exigência de ressignificação e Maria Tereza Fonseca Dias com Jairo Boechat Junior apresentaram seus estudos sobre o conflito de interesses públicos e a extinção de concessão minerária no caso concreto abrangido pelo arco metropolitano do Rio de Janeiro; acerca da governança e do planejamento falaram Marcos Pereira Anjo Coutinho e Edimur Ferreira de Faria; na temática das licitações e contratos administrativos Jean Alves apresentou sobre a compliance como meio de controle juntamente com modelos ergonométricos de identificação e Felipe Cesar Lapa Boselli com Thiago André Marques Vieira acerca do desenvolvimento sustentável e o principio da eficiência; Ana Helena Scalco Corazza e Jonas Faviero Trindade falaram sobre a complexidade dos

honorários de sucumbência dos advogados públicos; Diaulas Costa Ribeiro e Kelle Lobato Costa Ribeiro teceram reflexões sobre a reversão de aposentadorias de servidor público septuagenário; Luis Antônio Zanotta Calçada refletiu sobre os principios da Administração Pública na gestão pública; e, por fim, Eymmy Gabrielly Rodrigues da Silva e José Heder Benatti apresentaram sobre o usucapião e os bens da sociedade de economía mista com base na jurisprudencia do Superior Tribunal de Justiça.

As pesquisas apresentadas refletem parte do estado da arte das problemáticas concernentes ao Direito Administrativo no Uruguai e no Brasil, das quais foi possível visualizar problemas comuns e que se entrelaçam, o que deve remeter a uma atuação mais concertada dos pesquisadores da América Austral. Uma boa leitura a todos!

Profa. Dra. Cristina Vázquez - UDELAR

Prof. Dr. Giovani Corralo - UPF

INCIDENCIA DE LAS LEYES DE PROTECCIÓN DE DATOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA GESTIÓN DE LA ADMINISTRACION

INCIDENCE OF DATA PROTECTION LAWS AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN THE MANAGEMENT OF ADMINISTRATION

Alejandro Borche
Sonia Sena

Resumo

El Uruguay aprobó en un escaso espacio de tiempo dos leyes fundamentales para la construcción de la Sociedad de la Información: la Ley de Protección de Datos Personales y Ley de Acceso a la información Pública. Este artículo explica la incidencia de la aplicación de dicha normativa en la gestión de la administración pública.

Palavras-chave: Información, Datos, Información publica

Abstract/Resumen/Résumé

Uruguay approved in a short amount of time two essential laws for the construction of the Information Society: The Data Protection Law and the Law of Access to Public Information. This article explains the incidence of such normative in the public information management.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Information, Data, Public information

I) LA LEY DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES Y HABEAS DATA

La ley 18.331 de Protección de datos personales y habeas data fue promulgada con fecha 11 de agosto de 2009 , la reglamentación general fue aprobada el 11 de agosto de 2008 por Decreto 414/009 de fecha 15 de setiembre del 2009.

1. Bases Constitucionales - nuestro derecho, el derecho a la Protección de Datos es un derecho humano fundamental. Así surge del art. 72 de la Constitución que reconoce como parte integrante de la misma además de los derechos expresamente enumerados, todos aquellos que sean inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno. También refieren a él los arts. 7[1], 10[2] inc. 1, 28[3].

El derecho de Protección de Datos es una evolución del derecho a la intimidad que surge reconocido en nuestra constitución, en el reconocimiento del derecho al honory en el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.
Pero también es a partir por lo menos de la Ley 17.838 y de la Ley 18.331 que adopta el criterio de derecho prestación y eficacia original también en el ámbito privado, de relaciones entre las personas.

LA LEY 18.331

A) Reconocimiento Del derecho de protección de datos por la legislación

La ley 18331 ha realizado una interpretación de la Constitución entendiendo que el derecho de protección de datos se encuentra dentro de los derechos protegidos por la Constitución

B) Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación,

En la ley 18331, del 11 de agosto de 2008, el ámbito subjetivo de aplicación está explicitado en sus artículos 1° y 2°.

[1] El art. 7 establece: Los habitantes de la República tiene derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.
[2] El art. 10 inciso 1, dice: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modelo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.
[3] El art. 28 establece: "Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrán hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general".

El art. 1 al definir el derecho a la protección de datos como un derecho humano, inherente a la personalidad humana, establece un primer nivel subjetivo de aplicación; se aplica a la persona física que son los titulares de los derechos humanos.

El art. 2 entiende este ámbito a las personas jurídicas "en cuanto corresponda.

El ámbito objetivo de aplicación está explicitado en su artículo 3º indicando que alcanza a los datos personales registrados en cualquier soporte que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los ámbitos público o privado.

Excluye expresamente

A) A las mantenidas por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas

B) Las que tengan por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y sus actividades en materia penal, investigación y represión del delito.

C) A las bases de datos creadas y reguladas por leyes especiales.

C) Los principios

Los principios generales de derecho en nuestro derecho positivo son fuente formal y material de derecho (art. 7 y 332de la Constitución de la República, art. 17 del código Civil y ley art. 23 lit. A del Decreto ley 15.524), forman parte de la regla de derecho, de acuerdo a lo establecido en el art. 23 lit. A del Decreto ley 15.524

La ley un capítulo específicamente al reconocimiento de principios generales; ese capítulo 2 que incluye los artículos 5 al 12. El art. 5 establece la obligación de adecuarse a una serie de principios que enumera taxativamente y además establece que los mismos deben considerarse especialmente al momento de resolver los problemas interpretativos que surgen de la aplicación de la ley.

Los principios enunciados son: Legalidad, Veracidad, Finalidad, Previo consentimiento informado, Reserva, y Responsabilidad**.**

D) Los derechos

La ley 18.331 de 11 de agosto de 2008 desarrolla los derechos de los titulares de los datos en el capítulo 3, art. 13 al 16. Los derechos reconocidos son: derecho de información frente a la recolección de datos, derecho de acceso, derecho de rectificación, actualización, inclusión o supresión, derecho a la impugnación de valoraciones personales, derechos referentes a la comunicación de datos y derecho al olvido.

Primer derecho: **Derecho de información frente a la recolección de datos**. Refiere al comienzo del tratamiento del dato, al momento de la recolección de los datos y son establecidos como una obligación de quien realiza la recolección. Este deberá informar al titular del dato, en forma expresa, precisa e inequívoca los siguientes aspectos:

- La finalidad para la que serán tratados y sus destinatarios o clases de destinatarios.
- El soporte, o sea, la base de datos de que se trate, y la identidad y domicilio de su responsable.
- El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario propuesto.

1) Las consecuencias de proporcionar los datos o de su negativa y de su inexactitud y además la posibilidad del titular de ejercer los derechos, de acceso rectificación y supresión de datos.**Legalidad**

Se establece que una base será lícita (Art. 6) cuando reúna los siguientes requisitos

- Se encuentre debidamente inscripta
- Observe en su operación los principios la presente ley
- Cumpla las reglamentaciones dictada
- Tenga finalidades que no sean violatorias de los derechos humanos, de las leyes o de la moralidad pública.

Se utiliza un criterio amplio de la legalidad que incluye principios y reglamentos, es lo que se ha llamado principio de juridicidad que abarca todos estos niveles constitución, ley, reglamentos y principios.

Veracidad

El art. 7 por un lado establece cuales son las características de los datos "que se recogieren a los efectos de su tratamiento" enumerando 4 características que deberían respetarse:

Veracidad: implica que los datos deben ser verdaderos, o sea, adecuarse a la veracidad material. Puede entenderse que forma parte del principio general de lealtad y de buena fe.

Adecuación: Gramaticalmente significa "proporcionar, acomodar, apropiar algo a otra cosa". Los datos colectados deben ser proporcionales y deben acomodarse al tratamiento que se pretende realizar con ellos.

Ecuanimidad: Gramaticalmente significa "imparcialidad de juicio", o sea, que los datos recogidos deben ser recogidos de forma imparcial.

No excesivos en relación a la finalidad para la cual se hubieren obtenido.

Significa que no se deben recoger más datos de los que sean necesarios para cumplir con la finalidad.

En un segundo nivel, en el que no parece referir a un momento preciso del tratamiento, , se exige a todos los datos objeto de tratamiento que "deberán ser exactos y actualizarse en el caso que ello fuere necesario"

En un tercer nivel de la norma establece las consecuencias que tiene el incumplimiento de la misma y el titular obligado a realizar este tratamiento. En primer lugar, si los datos

no son veraces se pueden: suprimirlos, sustituirlos o completarlos por datos que cumplan las notas anteriormente enumeradas; en segundo lugar: los datos "que hayan caducado de acuerdo a lo previsto en la presente ley" deberán ser eliminados.

3) Consentimiento

El otro principio que parece referir a una etapa precisa de tratamiento, es el principio vertebral del derecho de protección de datos, el principio de consentimiento, que la ley en su art. 9 llama principio de previo consentimiento informado. Consentir implica "permitir algo, condescender en que se haga". Quien debe dar el consentimiento es el titular del dato. El consentimiento debe cumplir tres notas: debe ser previo, expreso e informado. Que sea previo implica que debe otorgarse con antelación al comienzo del tratamiento del dato. Que sea expreso implica que debe ser otorgado específicamente para la finalidad de realizar el tratamiento del dato. Que sea informado implica que el titular del dato debe ser debidamente instruido sobre el alcance del acto que va a realizar, indicándole expresamente sus consecuencias jurídicas; y especialmente la que surge del art. 12 según la cual el responsable de la base de datos es responsable de la violación de ésta ley.

En su art.9°, la ley establece algunos datos para cuyo tratamiento no se necesita consentimiento. No se requiere consentimiento cuando:1- los datos provienen de fuentes públicas de información, cuando se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal. 2-Cuando los datos se limiten, en el caso de personas físicas a nombre y apellido, documento de identidad, nacionalidad, domicilio y fecha de nacimiento.
En el caso de persona jurídica, razón social, nombre de fantasía, RUC, domicilio, teléfono e identidad de las personas a cargo de la misma.3- cuando los datos surjan de una relación contractual, científica o profesional del titular del dato y sean necesarias para su desarrollo o cumplimiento,4- Se realice por personas físicas para su uso exclusivo, personal o doméstico.

4) **Finalidad**

El art. 8 establece que los datos objetos de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su tensión.

El mismo artículo desarrolla tres aplicaciones. Dos de ellas son aplicables a todo tipo de tratamiento, determinando que la consecuencia de que el dato haya dejado de ser necesario o pertinente a los fines declarados al momento de la colecta es la eliminación

del mismo. Prohíbe la comunicación de datos entre bases de datos sin que exista ley o consentimiento del titular.

La otra manifestación se aplica solamente a los casos en que el tratamiento tenga valor histórico, estadístico, científico y requiere ley específica que lo establezca permitiendo en estos casos mantener tratados datos que no sean necesarios o pertinentes para el fin para el que fueron colectados.

4)- **Principio de seguridad**

Este principio identifica como titular al responsable o usuario de la base de datos y le impone la obligación de "adoptar las medidas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad

E) Los derechos

La ley 18.331 de 11 de agosto de 2008 desarrolla los derechos de los titulares de los datos en el capítulo 3, art. 13 al 16. Los derechos reconocidos son: derecho de información frente a la recolección de datos, derecho de acceso, derecho de rectificación, actualización, inclusión o supresión, derecho a la impugnación de valoraciones personales, derechos referentes a la comunicación de datos y derecho al olvido.

Primer derecho: **Derecho de información frente a la recolección de datos**. Refiere al comienzo del tratamiento del dato, al momento de la recolección de los datos y son establecidos como una obligación de quien realiza la recolección. Este deberá informar al titular del dato, en forma expresa, precisa e inequívoca los siguientes aspectos:

- La finalidad para la que serán tratados y sus destinatarios o clases de destinatarios.
- El soporte, o sea, la base de datos de que se trate, y la identidad y domicilio de su responsable.
- El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario propuesto.
- Las consecuencias de proporcionar los datos o de su negativa y de su inexactitud y además la posibilidad del titular de ejercer los derechos, de acceso rectificación y supresión de datos.

El segundo de los derechos reconocidos es el: **Derecho de acceso**, según el cual el titular del dato debe poder conocer, o sea, ser informado por el responsable de la

base de datos de la información que sobre sí se encuentre depositada en esa base de datos.

El tercero de los derechos reconocidos es el: **Derecho de rectificación, actualización, inclusión o supresión,** por el cual toda persona puede solicitar alguna de las cuatro operaciones referidas en relación con sus datos incluidos en una base de datos, siempre que se den los supuestos de error, falsedad o exclusión en la información referida.

El cuarto de los derechos reconocidos es el que se llama: **Derecho a la impugnación de valoraciones personales**. Este derecho pretende evitar que se diseñe un perfil personal de un individuo basado únicamente en el tratamiento automatizado de datos, o sea, se trata de evitar la existencia de una decisión con efectos jurídicos: un acto administrativo o una decisión privada, que puedan ser perjudiciales para el interesado y que tenga como única base las valoraciones sobre la misma, realizada por un proceso informático. En tal caso se le otorga al titular del dato el derecho a "*impugnarlo*" en la terminología de nuestra ley o "*oponerse*" al tratamiento en los términos de la ley española.

Un quinto derecho, se denomina: **Derechos referentes a la comunicación de datos.** La comunicación de datos, también llamada cesión, es un tipo de tratamiento.. Supone una limitación a este tratamiento de datos que solo procede para el cumplimiento de fines, directamente relacionados con el interés legítimo del emisor o destinatarios de la comunicación y previo consentimiento del titular del dato. A este se le debe informar previamente la finalidad de la comunicación identificando además, al destinatario de la comunicación y el tipo de actividad que desarrolle.

Hay un sexto derecho, aplicable a los datos de tipo comercial, o destinados a brindar informes de tipo comercial. Este derecho se llama: **Derecho al olvido**.

Según este derecho, la persona física inscripta en una base de datos de deudores morosos no debe permanecer en esta situación indefinidamente, sino que, solo puede estar inscripta cinco años después de ser registrada y en caso de solicitarlo el acreedor puede permanecer inscripto otros cinco años más.

F) FORMAS DE TUTELA DEL DERECHO

A) EL HABEAS DATA O LA PROTECCION JURIDICCIONAL

En el capítulo VII, de esta norma titulada: Acción de Protección de Datos Personales, se reglamentan todos los extremos de este procedimiento judicial. El legitimado activo para interponerla es el titular de los datos o su representante, si el titular está fallecido pueden oponerla sus sucesores universales en línea directa o colateral, hasta el segundo grado. Si el titular es una persona jurídica, lo pueden interponer sus representantes legales o los apoderados asignados a esos efectos. El legitimado pasivo es el responsable de la base de datos pública o privada.

El supuesto de procedencia de la acción, es que una persona quiera conocer sus datos personales registrados en una base de datos o quiera que se actualicen, eliminen, incluyan o supriman los mismos; siempre que previamente se haya solicitado tal operación al Responsable de la base de datos en las oportunidades o plazos previstos por la ley. En el caso de acceso es necesario que el mismo le haya sido denegado o los datos hubieren sido proporcionados en oportunidades o plazos distintos de los previstos en la ley. En los casos de modificación, eliminación, inclusión o supresión que el titular no hubiere procedido de acuerdo a lo solicitado o no hubiere dado razones suficientes para no actuar conforme a lo peticionado, todo dentro de los plazos y oportunidades previstos en la ley.

El juez competente, para conocer en la acción en Montevideo cuando se plantee contra una persona pública, son los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo; en todos los demás casos son competentes los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil. En el interior son competentes los Juzgados Letrados de Primera Instancia.

En cuanto al proceso aplicable, los arts. 41 a 45 lo regulan minuciosamente y en los casos no previstos es de aplicación supletoria los arts. 14 y 15 del Código General del Proceso. Se trata de un proceso sumario en el cual la acción se presenta por escrito y el tribunal o la rechaza por manifiestamente improcedente sin sustanciarla, o convoca a una audiencia con plazo de tres días desde la presentación de la demanda. En esta audiencia el demandado brinda sus explicaciones, se reciben y diligencian las pruebas y se oyen los alegatos de bien probado de las partes. El juez debe presidir la audiencia y tiene amplios poderes de policía y de dirección. La Sentencia debe pronunciarse dentro de las 24 horas de celebrarse la audiencia, pudiendo prorrogarse en casos excepcionales hasta tres días.

Una innovación relevante es que las notificaciones pueden realizarse por intermedio de la autoridad policial. Si el Tribunal estima que su actuación debe ser inmediata, puede disponer medidas provisionales para amparar el derecho o libertad presuntamente violado o lesionado. La Sentencia de primera instancia es apelable, así como también la decisión de considerar manifiestamente improcedente. El Tribunal de alzada o ad quem, debe manifestarse dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos. No podrán deducirse durante el proceso, cuestiones previas, reconvenciones, ni incidentes.

B) LA PROTECCION ADMINISTRATIVA: LA UNIDAD REGULADORA Y DE CONTROL DE PROTECCION DE DATOS

La ley 18.331 en su art. 31, crea un Órgano de Control llamado Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales. La misma es un servicio desconcentrado de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica, y la Sociedad de la Información y el conocimiento .

La Unidad Reguladora de Protección de Datos, se ubica, orgánicamente dentro de AGESIC, que a su vez es un órgano desconcentrado de la Presidencia de la República. La AGESIC tiene como cometidos principales:

- proponer la formulación de políticas en materia de la sociedad de la información y del conocimiento,
- promover el mejor uso de las tecnología de la información y las comunicaciones en el Estado,
- dictar y proponer normas estándares y procedimientos técnicos en materia informática para el Estado,
- generar, planificar y ejecutar proyectos de Gobierno electrónico con énfasis en la mejora de los servicios a los ciudadanos,
- fiscalizar y auditar el cumplimiento de la normativa vigente en su área de competencia SAETONE, 2009, 35.

O sea, que desde el punto de vista orgánico, el Órgano de Control (Unidad Reguladora de Protección de Datos) es un órgano pluripersonal que se haya situado dentro de la Persona Pública Mayor Estado.; dentro del sistema orgánico Poder Ejecutivo dependiendo de uno de sus tres órganos, la Presidencia de la República..

La relación entre AGESIC y la Unidad Reguladora de Protección de Datos es de desconcentración administrativa típica o privativa. La desconcentración se caracteriza

por un tenue descenso de poderes de administración muy limitado, establecido por la ley o la Constitución, según Cajarville norma del mismo grado o con el mismo valor y fuerza que la atributiva de competencia (CAJARVILLE, 2007, 445), a favor de un órgano subordinado que los ejercerá a título de competencia propia, en una determinada materia por cierto muy restringida.

Normalmente se exige además, como garantía de la independencia del Órgano de Control, que sus decisiones no puedan ser revisadas por el jerarca. No obstante, esto no es posible en nuestro derecho positivo, porque el art. 318 de nuestra Constitución, establece el recurso jerárquico como principio, lo cual implica que la decisión pueda ser revisada por el órgano superior o jerarca del sistema, en este caso la Presidencia de la República, por razones de legalidad (sean contrarias a la regla de derecho o dictadas con desviación de poder); o de mérito.

La norma indica en su art. 31 que el órgano esta "dotado de la más amplia autonomía técnica" en la toma de sus decisiones..

Desde el punto de vista de los cometidos, el Órgano de Control tiene poderes suficientes de investigación y de intervención. Puede recibir denuncias, reclamaciones y comparecer en juicio. Los cometidos están desarrollados en los art. 34 y 35. Pueden clasificarse en:

- Cometidos de **asesoramiento** que incluiría los literales A, F y G; incluyen el asesoramiento a los particulares acerca del alcance de esta ley y de los medios legales que disponen para la defensa de los derechos analizados. Así mismo, asesora al Poder Ejecutivo en la consideración de los proyectos de ley que refieran total y parcialmente a protección de datos personales. Puede además, emitir opinión a iniciativa de la autoridad competente respecto de las eventuales violaciones de esta ley, y de los reglamentos o resoluciones que regulan el tratamiento de datos personales.
- Un segundo orden de cometidos es el de **investigación**. En este sentido puede solicitar información a las entidades públicas o privadas que deberán proporcionar los antecedentes y otros elementos relativos a tratamientos de los datos que le sean requeridos, garantizando la seguridad y confidencialidad.
- Un tercer orden de cometidos es el de **Contralor del cumplimiento de la norma** por el Responsable de la base de datos. Se ha definido al control, por parte de M.S. Giannini como la comprobación de la regularidad propia o ajena (DELPIAZZO, 1998, 125). A sí mismo, puede, para el cumplimiento de este cometido, realizar las

actuaciones de inspección pertinentes. Toda actividad de control tiene tres partes esenciales: una de conocimiento, una de juicio y una eventual de corrección; la inspección forma parte del primero de los momentos, que es el conocimiento de la actividad controlada (DELPIAZZO, 1998, 126) (DELPIAZZO, 2005, 197) (SAYAGUES LASO, 2002, 441-442) (CARVALHO, 1967, 342).

Un cuarto orden de cometidos es el **Normativo**, según el cual puede "dictar las normas y reglamentaciones que se deben observar en el desarrollo de las actividades reguladas por esta ley. Según algunas opiniones esta norma podría llegar a vulnerar la normativa constitucional que atribuye al Poder Ejecutivo el cometido de dictar los reglamentos de ejecución de las leyes (art. 168. n° 4 de la Constitución).

- No obstante, entendemos que este cometido debe interpretarse en el sentido complementario y no contrario a la regulación constitucional referida. Es bien sabido que pueden existir reglamentos de distinto nivel. Los reglamentos que puede dictar el Órgano de Control son de inferior nivel jerárquico que el reglamento aprobado por el Ejecutivo, y debe atenerse a este. No obstante, es importante la posibilidad de dictar reglamentos especializados de los mismos por referir a materia de alto nivel de especialización.
- Otros cometidos concretos son: mantener un registro de las bases de datos y realizar un censo de las mismas. Estas actividades pueden considerarse como incluidas en el primer nivel de control, o sea, en el nivel de conocimiento de la realidad regulada. El anterior cometido está relacionado con el literal H, que le atribuye la potestad de informar a las personas sobre la existencia y finalidad de la base de datos personales y la identidad de sus responsables. La información requerida proviene del registro referido. Debe ser proporcionada de forma gratuita.
- El último nivel de cometidos es el sancionatorio**.** La sanción es una tercera etapa en la estructura de control, de existencia eventual. La potestad debe provenir o ser atribuida por la constitución o por la ley. En nuestro caso el legitimado pasivo de la sanción es "el Responsable de las bases de datos o encargado del tratamiento de datos personales" (art. 35, inciso 1°). Corresponde acotar que, no surge clara la figura del encargado del tratamiento como sujeto a ser sancionado por tratamientos irregulares, en tanto son definidos en el lit. H del art. 4, como aquella persona o personas que "*traten datos personales por cuenta del Responsable de la base de datos o del tratamiento*". Si se tratan, los datos, por cuenta de un tercero, este

determina los criterios para realizar el tratamiento, lo razonable parece ser responsabilizar a este tercero por ser quien indica los criterios del tratamiento.

El órgano jerarca se denomina Unidad Reguladora de Protección de Datos Personales (URDP) y está integrada por un consejo de tres miembros, uno de los cuales es el Director Ejecutivo de AGESIC. Los otros dos miembros son designados por el Poder Ejecutivo.

En relación al régimen que se aplica a los soportes del Órgano de Control: deben reunir una serie de antecedentes personales, profesionales y de conocimiento en la materia. Todo esto a los efectos de asegurar "independencia de criterio, eficiencia, objetividad e imparcialidad en el desempeño de sus cargos".

En relación al tiempo o período de duración en sus cargos: el Director de AGESIC durará mientras dure el mandato de su cargo en la agencia. Los otros dos directores durarán cuatro años en el desempeño de sus cargos permitiéndose su designación por otro.

Las causales de culminación del mandato pueden clasificarse en: normales en los casos de culminación normal del mandato, que son la expiración del mandato, la muerte o incapacidad de los titulares; los modos anormales de finalizar el mandato que son la renuncia o la remoción dispuesta por el Poder Ejecutivo en los casos de ineptitud, omisión o delito[4]. En este último caso se establece, como manifestación de los principios generales, en materia de funcionarios públicos, que la remoción solo puede ser realizada conforme a las garantías del debido proceso. La remoción o destitución debe ser la culminación de un procedimiento en el cual el funcionario pueda ser oído, formular su defensa (art. 66 de la Constitución) y presentar las pruebas que considere necesarias para probar sus dichos.

Como característica fundamental de su funcionamiento, el art. 31 in fine, preceptúa que "*durante su mandato no recibirá órdenes ni instrucciones en el plano técnico*".

Esta doble o triple consagración de la autonomía de decisión, respecto del Órgano de Control atribuyéndole la calidad de órgano desconcentrado y la modalidad de actuación "*autonomía técnica*" y respecto de sus soportes predicando su derecho de "*no recibir órdenes o instrucciones*" en el plano técnico, responde al modelo europeo que

[4] En este sentido también se diferencia de las demás Unidades Reguladoras (URSEC y URSEA), ya que su régimen jurídico no prevé causales específicas de remoción o destitución de los integrantes de su órgano jerarca.

consagra, por un lado las garantías en materia de organización y además las garantías en materia de régimen o estatuto de los soportes del órgano.

El Órgano de Control actúa asistido por un Consejo Consultivo de cinco miembros. Un representante del Poder Legislativo, que reúna dos características complementarias: no ser legislador y tener "*reconocida trayectoria en la promoción y defensa de los Derechos Humanos*"; un representante del Poder Judicial; un representante del Ministerio público; un representante del área académica; un representante de sector privado. Se establece en este último caso que la forma de elección del mismo queda librada a la reglamentación. Los integrantes del Consejo Consultivo tendrán un mandato de cuatro años. El órgano sesionará a convocatoria del presidente de la Unidad Reguladora o de la mayoría de sus miembros. Sesionará presidido por el presidente de la Unidad Reguladora. No se establece quién la presidir en caso de ausencia ó vacancia de este último. El Decreto Reglamentario realiza algunas precisiones sobre la integración del Consejo Consultivo. El representante del área académica será designado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, a propuesta del Instituto de Derecho Informático En cuanto a la representación del área académica, a nuestro juicio debió establecerse un procedimiento para que participara en la elección todas las Cátedras de Derecho Informático existentes en el país, o por lo menos debió fundamentarse la elección realizada por la reglamentación. Lo mismo respecto de los representantes del sector privado. No existe ninguna explicación a nivel de la parte expositiva del Decreto que fundamente estas elecciones. Esto es particularmente necesario porque todas estas elecciones implican excluir de la participación en el órgano consultivo de instituciones que tenían representación en la Comisión Consultiva, creada por la ley 17.838 y que tuvieron continuo actuación en ese órgano mientras existió. Por otra parte los actos administrativos exigen que se expliciten los motivos de hecho y de derecho por los cuales se toman las decisiones. ; el representante del sector privado será designado por la Cámara Nacional de Comercio y Servicios[5]. En cuanto a sus competencias son de dos órdenes, eventuales: puede ser consultado por el Consejo Ejecutivo sobre cualquier aspecto de su competencia y necesarias: deberá ser consultado cuando el Consejo Ejecutivo ejerza "*potestades de reglamentación*". Esta opinión es necesaria, pero no vinculante para el jerarca[6].

[6] Las demás Unidades Reguladoras tampoco prevén la existencia de Consejos Consultivos.

En relación a cuáles son los recursos administrativos (CAJARVILLE, 2008, 73-75) que pueden oponerse a una resolución de la Unidad Ejecutora de Protección de Datos, corresponde precisar que tratándose de un órgano sometido a jerarquía de acuerdo al art. 317 de la Constitución de la República, corresponde interponer frente a sus decisiones los recursos de revocación para ante el propio órgano que dictó el acto y jerárquico ante el jerarca del servicio omitidos los medios, o sea, en este caso ante la Presidencia de la República. Éste órgano integra el Poder Ejecutivo, no estando sometido a jerarquía de órgano alguno[7].

G) Transferencia internacional de datos

En el Derecho Nacional no ha existido tradicionalmente regulación sobre este tema. A partir de la aprobación de la ley de Protección de Datos 18.331 en su art. 23, capítulo 4: Datos especialmente protegidos; se produce la primera regulación en la materia.

El Decreto Reglamentario define la transferencia internacional de datos e identifica dos sujetos en esa relación, por un lado el exportador de datos y por el otro el importador. Considera transferencia internacional de datos en el art. 4, lit. H: "*Tratamiento de datos que supone una transmisión de éstos fuera del territorio nacional, constituyendo una cesión o comunicación, y teniendo por objeto la realización de un tratamiento por cuenta del responsable de la base de datos o tratamiento establecido en territorio uruguayo". Así mismo define los integrantes de la relación, considerando importador de datos personales, en el lit. F, del mismo artículo a la: "persona física o jurídica, pública o privada, receptora de los datos de otro país, en caso de transferencia internacional de estos, ya sea responsable del tratamiento, encargada del tratamiento o tercero" y como exportador de Datos Personales, en el lit. E, a la: "persona físico o jurídica, pública o privada, situada en territorio uruguayo que realice, conforme a lo dispuesto en el presente reglamento, una trasferencia de datos de carácter personal a otro país*".

Se establece como principio la prohibición de la transferencia de datos a "*países u organismos internacionales*" que no proporcionen niveles de protección adecuados; aplicando el concepto de extensión de la protección de datos.

[7] El fundamento normativo de esta afirmación está en el art. 317 inc. 2 de la Constitución; art. 4, inc. 1 y 2 de la ley 15.869 de 22 de junio de 1987, y la ley 17.292 de 25 de enero de 2001, art. 40 a 42.

La norma, al definir lo que considera "niveles de protección adecuados" solo expresa lo siguiente, refiriéndose a los países u órganos internacionales, que deben ser: "*adecuados de acuerdo a los estándares de derecho internacional o regional en la materia"*

En materia de excepciones, la norma prevé dos órdenes de las mismas:

1) Dentro del primer orden se establecen las siguientes:
    a) En primer lugar, se puede realizar la transferencia internacional de datos en caso de que el intercambio se trate de operación judicial internacional de acuerdo al respectivo instrumento internacional ya sea Tratados o Convenciones consideradas las circunstancias del caso. Esta excepción atiende al caso en que el país haya asumido compromisos internacionales en los que se haya obligado a realizar una cooperación judicial. Se entiende que en estos casos ambos signatarios se comprometen a preservar los datos de acuerdo a los principios generales en la materia. En nuestro derecho, esta excepción es más necesaria, que en su origen, ya que no existe una norma que establezca la primacía de los tratados sobre las leyes. Si bien se entiende que las normas contenidas en Tratados o Convenciones de Derechos Humanos, tienen una prevalencia al estar integradas al régimen constitucional por el art. 72 de la Constitución.
    b) En segundo lugar se permite el intercambio de datos de carácter médico en dos ocasiones, cuando lo exige el interés del afectado o cuando lo exige la higiene pública. Esta excepción, por lo menos la primera de las hipótesis, parece coincidir con otra de las excepciones que analizaremos posteriormente, llamada "interés vital afectado", coincide con el art. 34C de la LOPD. Refiere al caso en el cual el particular no se encuentre en condiciones de otorgar el consentimiento, o no sea lo conveniente desde el punto de vista médico solicitarle el mismo. En cuanto a la segunda, la higiene pública, es un cometido esencial del Estado, por tanto su salvaguarda es una manifestación del interés general que releva de la necesidad de consentimiento.
    c) En tercer lugar, las transferencias bancarias o bursátiles, en lo relativo a las transacciones relativas. Es la misma excepción prevista en el art. 34E de la LOPD. SE trata de un supuesto de interés general, imprescindible para el funcionamiento de un mercado de capitales. Se trata de una

materia de la cual, generalmente existe normativa anterior, ley o tratado, o acuerdos entre las entidades bancarias o bancocentralistas.

En cuarto lugar, en caso de la existencia de tratados internacionales en los que el país se aparte y que no estén incluidas en la excepción ya tratada, de cooperación internacional, ni en la de cooperación

En quinto lugar que transferencia de datos para poder ejecutar el contrato principal. Pueden planearse problemas en la aplicación de la excepción, que se resuelven aplicando los principios de protección de datos. Por ejemplo, los de proporcionalidad y finalidad.

Que la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para: a) la salvaguarda de un interés público importante, o para b) el reconocimiento de ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial.

1. Que la transferencia sea necesaria para la salvaguarda del interés vital del interesado. El concepto de interés vital se relaciona, en general, con la situación de salud del titular del dato. Habrá de determinarse caso a caso con el informe médico correspondiente que lo justifique.

Que la transferencia tenga lugar desde un registro que, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, esté concebido para facilitar información al público y esté abierto a la consulta del público en general o por cualquier persona que pueda demostrar un interés legítimo, siempre que se cumplan en cada caso particular, las condiciones que establece la ley para su consulta.

Además de todas estas excepciones, también pueden admitirse la transferencia internacional de datos a un tercer país no adecuado, si el responsable del tratamiento ofrece garantías suficientes respecto: 1) a la protección de la vida privada, 2) protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas, 3) respecto al ejercicio de los respectivos derechos. Las garantías referías pueden derivarse del contrato o "de cláusulas contractuales apropiadas". En este caso se requerirá la autorización del Órgano de Control. No existen, al momento, reglamentación respecto de cuáles deben ser las cláusulas contractuales adecuadas. Si bien existe el precedente de las resoluciones al respecto, del Consejo de Europa y siguiendo las recomendaciones de informes del grupo del art. 29.

El Reglamento de ejecución de la Ley, Decreto 414/009, establece un procedimiento para la autorización de transferencia internacional de datos,

desarrollando la previsión del art. 23, que prevé la prohibición de transferencia internacional de datos entre países que no tengan niveles de protección adecuados.

II) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, LEY 18.381.

En Uruguay en los últimos nueve años se han aprobado dos leyes que han tenido gran relevancia e impacto en la Administración Pública, ya que las mismas han cambiado tanto de forma directa, como indirecta el modo de actuación de la Administración con relación a la documentación e información que éstas gestionan o tienen en su poder.

1).SISTEMA NACIONAL DE ARCHIVOS.- En primer término se aprobó la Ley 18. 220, en enero de 2008 denominada: Sistema Nacional de Archivos, siendo la misma reglamentada recién dos años después por el Decreto N° 355/2012 del 31 de octubre de 2012.

La mencionada Ley establece ya en su artículo primero como **deber** del Estado la Conservación y Organización del Patrimonio Documental de la Nación y de los documentos de gestión como instrumentos de apoyo a la administración, a la cultura, al desarrollo científico y como elementos de prueba, garantía e información.

Se establece asimismo que la Administración Pública deberá garantizar a sus archivos las condiciones necesarias, en cuanto a EDIFICIOS Y EQUIPAMIENTO, DE ACUERDO A ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.

La ley referida es de aplicación obligatoria para todos los órganos y organismos públicos, sean estos estatales o no estatales.

Y en el del Decreto Reglamentario N°355/2012, en el artículo 6° , se dispone que a los efectos de garantizar la conservación y la organización de los documentos se propenderá a la profesionalización del personal responsable de los archivos. Asimismo en el artículo 8° se brindan lineamientos en cuanto a la incorporación y tratamiento de las nuevas tecnologías en la gestión documental.

En cuanto al acceso de los documentos que se encuentren en los archivos se dispone que su consulta estará determinada por la legislación vigente en la materia, en especial por las Leyes N° 18.331 de 11 de agosto de 2008 -Protección

de Datos Personales y Acción de Habeas Data-, y Ley N° 18.381 de 17 de octubre de 2008 – Ley de Acceso a la Información Pública- y sus respectivas reglamentaciones.

2). LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

La Ley de Acceso a la Información Pública, fue promulgada por el Poder Ejecutivo con fecha 17 de Octubre de 2008, y publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de noviembre de 2008. Siendo reglamentada por el Decreto del Poder Ejecutivo Nº 232 del dos de agosto de 2010, y modificaciones (Leyes 18.719 , 18.996, 19.149, 19.178; y Decreto 150/ 2012).

Situación antes de la Sanción de la Ley de Acceso a la Información Pública.

En Uruguay se encuentran antecedentes o planteos formales sobre la necesidad de acceder a documentación o información por lo menos desde el año 2002. Se plantearon al respecto reclamos judiciales que se materializaron a través del proceso de Amparo regulado por la Ley 16.011.

Debe señalarse que la ley de acceso a la información Pública fue sancionada a instancias de la sociedad civil, que conjuntamente con Parlamentarios uruguayos vieron la necesidad de modificar la gestión de las instituciones con el objetivo de lograr mejores prácticas de gobernanza. Por tanto, podemos afirmar que nuestra ley tuvo origen en un escenario diferente al de la mayoría de las leyes de acceso aprobadas en la región y el mundo.

Ahora bien, con la aprobación de la Ley de Acceso a la Información Pública, se llena un vacío legal existente en la materia, y el país se acompasa con la legislación internacional, que requiere de los países que pretenden fortalecer sus sistemas democráticos cuenten con una respuesta eficiente de los sujetos obligados, poniéndose el acento en la trascendencia del concepto de "servidor público".

Como ya se señalara en noviembre de 2008, entró en vigencia la Ley de Acceso a la Información Pública, Ley Nº 18.381 (previamente se habían sancionado con poco tiempo de diferencia dos leyes también de gran trascendencia como son la Ley Nacional de Archivos (18.220) y Ley de Protección de Datos Personales (18.331).

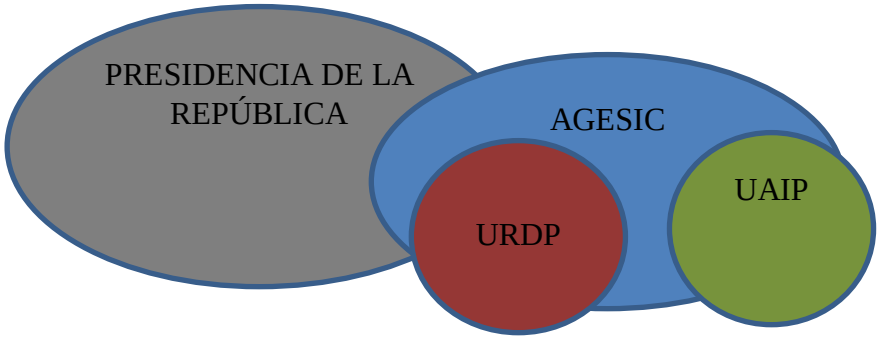
La referida Ley de Acceso a la Información Publica asienta su base, en determinados principios, de los cuales podemos señalar por su trascendencia el Principio de Máxima Publicidad; Principio de Divisibilidad, Principio de no Discriminación; así como el Principio de Gratuidad, y Principio de Responsabilidad.

Organización:

Se crea por la Ley como Órgano de Control, a la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) .

Este Órgano en cuanto a la naturaleza de su organización administrativa y su ubicación institucional, es un órgano desconcentrado de la Agencia para el Gobierno Electrónico y la Sociedad del Conocimiento y la Información (AGESIC), este órgano se ubica a su vez en la Presidencia de la República, también como órgano desconcentrado.

Las particularidades de nuestro sistema institucional hace que sea difícil la creación de organismos independientes, en el sentido que lo plantea la doctrina especializada. Las opciones posibles: organizarlos como EA, SD requiere ley con mayorías especiales, recomendada por Cajarville (CAJARVILLE, 2007. 576), una segunda posibilidad es la organización como servicios desconcentrados, que fue el que finalmente se adoptó. Ambas opciones presentan obstáculos : Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados están sujetos al control que prevé la Constitución en los artículos 197, 198, pudiendo llegarse a sustituir la voluntad del órgano. En el caso de los Servicios Desconcentrados además de la posibilidad de la sustitución de la voluntad del órgano por parte del jerarca del Sistema en el caso de la presentación de recursos administrativos.



El artículo 19 de la Ley 18. 381 señala que este órgano de control que se crea –la UAIP-, está dotado de total aautonomía técnica.

Pero en verdad es que a pesar de poseer autonomía técnica, el mismo no posee ni autonomía institucional, ni autonomía presupuestal.

Objeto:

Ya en el artículo 1° se adelanta cual es el objeto perseguido por la ley, y este es:

1) promover la transparencia de la función administrativa de **todo organismo público estatal o no**

2) **garantizar el derecho que califica como fundamental de las personas al acceso a la información pública.-**

TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA "TRANSPARENCIA ACTIVA"-

En cuanto a la transparencia activa: Se dispone la implementación de los sitios web de los sujetos obligados, señalando que la información que se detalla tanto en la ley como en el Decreto Reglamentario (232/2010), es la mínima, y que se deberá difundir en forma permanente, y que la misma debe ser actualizada mensualmente por los Organismos obligados.

Por tanto, se deberá difundir en forma permanente a través de los sitios web u otros medios que el Órgano de Control establezca la siguiente información mínima:

Estructura orgánica: en un formato que posibilite la vinculación de cada oficina con la estructura, Facultades de cada unidad administrativa y responsabilidades según normativa vigente.

Marco jurídico aplicable a cada organismo.

Estructura de remuneraciones por categoría escalafonaria.

Remuneración mensual nominal de todos los funcionarios, incluyendo todas las prestaciones en razón de los distintos sistemas de compensación que se aplican.

Presupuesto asignado, ejecución del mismo.

Auditorías: número y tipo, número de observaciones realizadas por rubro de auditoría sujeto a revisión. Total de aclaraciones efectuadas. Resultado de las auditorías.

Licitaciones, permisos, autorizaciones.

Información estadística de interés general

Mecanismos de participación ciudadana, en especial domicilio y unidad a la que deben dirigirse las solicitudes para obtener información.

DERECHO DE ACCESO

"TRANSPARENCIA PASIVA"

La Ley define el derecho de acceso a la información pública como un derecho de todas las personas, **sin discriminación** de clase alguna-recogiendo uno de los principios mencionados- y que se ejerce sin necesidad de justificar el motivo por el cual se solicita la información, y que su acceso es gratuito.

Entendiendo por información pública, toda aquella que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, o sea producida, obtenida, esté en poder o bajo control de los sujetos obligados, con independencia del soporte en que estén contenidos, salvo las excepciones o secretos establecidos por ley, así como las informaciones reservadas o confidenciales.

PROCEDIMIENTO Y PROCESO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

La ley prevé dos vías por las cuales se garantiza el pleno acceso a la información.-

a- Procedimiento Administrativo de Acceso a la Información: se encuentra detallada en los arts. 13 a 18 de la Ley. Se verifica en el seno de los sujetos obligados, mediante la presentación de una petición de acceso. El plazo para responder acerca de si se permite el acceso, o se deniega, es de 20 días hábiles, los cuales pueden prorrogarse por 20 días más, siendo necesario en todos los casos la existencia de Resolución del Organismo, y la misma deberá estar suficientemente motivada.

La decisión la tiene el jerarca máximo del organismo o quien ejerza facultades delegadas.

El acceso es siempre gratuito.

Se prevé en la Ley lo que se denomina "Silencio Positivo": el mismo se verificará cuando vencido el plazo señalado de 20 días desde la presentación de

la solicitud de información y si no ha mediado prórroga, o vencida la misma sin que exista resolución expresa del Organismo, notificada al interesado, este podrá acceder a la información respectiva y se considera **falta grave la negativa de cualquier funcionario a proveerla.**

b- Proceso Judicial- ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Pública

También se prevé un proceso judicial para acceder a la información, este proceso es eventual y se podrá llevar a cabo cuando el sujeto obligado por la ley se negare a expedir la información o no la expide en el plazo fijado en la ley.

Es un proceso sumarísimo, el Juez de primera Instancia cuenta con tres días para expedirse al respecto, se previó también la garantía procesal de una segunda instancia.

Excepciones a la información pública

En principio se presume que la información o documentación en poder de la Administración posee el carácter de información pública. Salvo aquellas excepciones que la propia ley prevé. Se dispone que estas excepciones son de interpretación estricta y comprenden las definidas como **secretas por la ley** y las que se clasifiquen con carácter de **reservado o confidencial.**

Información secreta es aquella que está así definida por Ley. A modo de ejemplo podemos señalar el secreto comercial-industrial, el secreto de las comunicaciones, el secreto bancario-tributario, el secreto estadístico, el secreto político y militar.

Información reservada

La segunda excepción legal a la información pública es la información reservada, pudiendo clasificarse como tal, toda aquella cuya difusión pueda poner en peligro determinados bienes jurídicos que son señalados en la ley como por ejemplo la defensa nacional, relaciones exteriores, estabilidad financiera y monetaria del país, vida, seguridad y dignidad humana.

La reserva está sometida a plazo: quince años desde su clasificación, debiendo ser desclasificada cuando se extingan las causas que dieron lugar a tal calificación. Sólo se ampliará el período de reserva cuando permanezcan las causas que le dieron lugar a su origen.

No podrá invocarse la reserva en casos de violaciones de derechos humanos.

Información confidencial

La tercera excepción a la información pública es la información confidencial. Será información confidencial, aquella que sea entregada en tal carácter a los sujetos obligados, en las circunstancias especificadas en la Ley. Siempre que esta refiera al patrimonio de la persona.

Comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos a una persona física o jurídica, que pudiera ser útil para un competidor, o esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad, y en total coherencia y perfecta coordinación Legislativa, se hace referencia a los Datos Personales, remitiéndose a la legislación relativa a Control de Datos Personales es así que se exceptúa del conocimiento público por su carácter de confidencial a datos que requieran previo consentimiento informado. También se incluyó en el ámbito de compras estatales, en Decreto N° 150/2012, que el contenido de las ofertas presentadas por los oferentes, se considerarán informaciones confidenciales, siempre que sean entregadas en ese carácter- conforme al artículo 10 de la ley 18.381- la información de clientes, la que puede ser objeto de propiedad intelectual y aquellas de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezcan los pliegos únicos o, en su caso, el pliego particular. No se consideran confidenciales los precios y las descripciones de bienes y servicios ofertados y las condiciones generales de la oferta.

-La clasificación de una información como confidencial no está sujeta a plazo a diferencia de la clasificada como reservada.

-La excepción no se aplica cuando la información objeto de solicitud de acceso se refiera a violaciones de DDHH.

OBLIGACIONES

La Ley pone en cabeza de la Administración Pública el cumplimiento de determinadas obligaciones:

1. En primer lugar, debe confeccionar o adaptar sus sitios web, conforme a lo establecido en la Ley y en su Decreto Reglamentario.

2. Los organismos deben confeccionar una lista de Información clasificada como reservada, se dispone que todos los sujetos obligados deberán elaborar una lista, con toda aquella información que a la fecha se encuentre clasificada como

reservada. Y aquella documentación que no se sujete a estas excepciones se desclasificará en el plazo perentorio de 6 meses.

A partir de la vigencia de la ley toda información clasificada como reservada que tenga más de quince años deberá ser desclasificada y abierta libremente al público.

3. Se prevé el plazo de dos años para la adecuación de los registros de los sujetos obligados.

4. Custodia de la información, se concibe como responsabilidad de los sujetos obligados la creación y mantenimiento de manera profesional de los registros, archivos de forma tal que el derecho de acceso a la información pública pueda ser ejercido.

Por otra parte, los funcionarios que administren, archiven o conserven información pública son solidariamente responsables por sus acciones u omisiones en la ocultación, alteración, pérdida o desmembramiento de la información pública.

5. Se prevé también que los sujetos obligados deberán presentar ante el Órgano de Control dos tipos de informes:

Un informe anual sobre el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública.

Y un informe semestral actualizado conteniendo la lista de información clasificada como reservada.

III) IMPACTO de la LEY EN LA GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

La normativa relativa al acceso a la información Pública, consagra el principio de transparencia en la Administración, lo que evidentemente va unido, y a su vez en pugna constante con el derecho a la privacidad consagrado también legalmente. Y por supuesto, esto va a tener un impacto directo e inmediato en la gestión de la Administración.

La realidad indica que se ha planteado un gran reto, y este implica en pasar del verdadero oscurantismo de tantos años, a la consagración de un derecho humano, como sin duda lo es de derecho de acceso a la información pública.

Este cambio radica en pasar a que la información se encuentre casi absolutamente en poder de la Administración, a posibilitar que todos los habitantes de la República puedan tener acceso a ella.

Este cambio respecto al acceso a la información o documentación que la Administración haya creado, gestione, o esté en su poder, producirá ahora un verdadero impacto en los Organismos públicos, ya que los mismos deberán adecuarse a la nueva normativa, sin haber cursado un previo proceso de adecuación. Deberán cumplir obligaciones que la Ley de Acceso le impone, como ya se señalara, adaptación de los sitios web, el deber de remitir informe respecto a aquella documentación clasificada como reservada por la Administración, y también sobre solicitudes de acceso y su cumplimiento; asimismo se deberán adecuar los archivos, organizarlos, y para ello será necesario contar con técnicos o profesionales en la materia, para facilitar los requerimientos que se puedan producir conforme a las solicitudes de acceso a la información..

Como se desprende de lo anteriormente expresado la Administración deberá adaptarse lo más ágilmente posible al cambio de paradigma propuesto. Teniendo que enfrentar y sortear varios desafíos, a saber:

1). Propietarios o dueños de la información

El primer gran desafío a superar es que los funcionarios que trabajan en las diferentes administraciones públicas comprendan que la documentación no les pertenece.

Por ello hablamos de un verdadero cambio paradigmático. Porque será una verdadera revolución el hacer comprender a los funcionarios públicos, que no porque el Organismo haya creado la información esta les pertenece, sino muy por el contrario, esa información es nuestra, del funcionario, del Organismo y de la ciudadanía en general, en definitiva de todos.

Y esto tan sencillo de expresar, no es tan fácil de lograr, no se consigue de un día para otro, se tiene que internalizar este concepto en la cabeza de las autoridades y de los propios funcionarios de la Administración.

Para ello la Administración tendrá que invertir tiempo y dinero capacitando a sus funcionarios.

2). Modernización Estatal

La política de transparencia significa una compleja transformación del Estado, porque la misma implica que debe realizarse un cambio en el modo de hacer las cosas por parte de la Administración.

Será necesario para que esa transformación sea posible, y eficiente que se dote a las diferentes administraciones de recursos financieros, tecnológicos y humanos suficientes, cosa que hasta el momento parece estar todavía lejos de lograse.

3). Normativa

Será necesario también realizar una evaluación sobre la normativa relativa al acceso a la información pública, a los efectos de poder comprobar si la misma es clara, o si por lo contrario la misma presenta vacíos legales. Ya que si existieran vacíos, estos indudablemente impactarán directa o indirectamente en la gestión de la Administración, ya que de esto va a depender la existencia o no, de procedimientos claros para poder implementar la transparencia pasiva.

Por tanto la normativa relativa al acceso deberá estar en permanente evaluación para asegurar que no se produzcan vacíos que repercutan en el procedimiento a aplicar por las Administraciones.

4). Tecnología

La Ley de Acceso ha impactado sin duda en áreas relativas a la tecnología, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la Informática en las Administraciones. Es importante que estas se vean reforzadas de forma suficiente como para dar respuesta adecuada a los requerimientos que se produzcan.

Es importante señalar que la tecnología podrá también hacer posible, que se produzca el intercambio de información entre las administraciones públicas de forma horizontal, hecho que también redundará en beneficio de la ciudadanía.

5). Impacto en los funcionarios

Como es sabido, los cambios, todo aquello que implique algo nuevo, trae aparejado casi automáticamente el rechazo de los funcionarios.

Los funcionarios suelen considerar que la información les pertenece, sumado a ello la desconfianza subyacente que radica en creen que deben conocer. El motivo por el cual se requiere la información antes de ser brindada. Además, suele haber un concepto entre los funcionarios públicos, que radica en que la Ley de acceso significa que ellos deberán trabajar más, porque la misma implica un cambio radical en su trabajo, ya que ahora deberán clasificar la información, con causales muy específicas y a priori con procedimientos que parecen

complicados, deberán también introducir en la página web datos que los involucran, y esto también significa un cambio en el paradigma establecido.

6). Archivos/ Gestión documental

Se establece que los sujetos obligados –Administración-, deberán prever la adecuada organización, sistematización y disponibilidad de la información en su poder, justamente para asegurar un amplio y fácil acceso a los interesados. Asimismo, se dispone que la custodia de la información, será responsabilidad de los sujetos obligados, quienes deberán crear y mantener los registros de manera profesional.

Se dispone también que el personal que administre, manipule, archive o conserve información pública será responsable en forma solidaria con la autoridad de la dependencia a la que pertenece dicha información, tantos por sus acciones u omisiones, en la ocultación, alteración, pérdida o desmembración de la información pública. Estas serán consideradas faltas graves sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieran corresponder.

Esto significa que la Administración deberá dejar de ser un mero depósito de documentos, para convertirse en repositorios debidamente ordenados y organizados para que la información pueda ser sistematizada, para llegar a la ciudadanía cuando sea requerida.

Resulta evidente que los archivos constituyen un insumo principal de la actividad pública.

Por tanto la ley impacta y hace necesario también se establezca una política de modernización de los archivos, ya que los mismos no están debidamente organizados, no se encuentran en su mayoría digitalizados, mucha información se extravía, se deberá contar con personal especializado, porque la ley requiere que se brinde respuesta rápida a las solicitudes de información (20 días hábiles y una eventual prórroga).

III)MODIFICACIONES EN LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN

A modo de conclusión se puede señalar que, adecuarse a la sociedad de la información es entender que la información es un insumo básico de las organizaciones, un activo de las mismas.

Los datos en sí mismos deben estar en condiciones de ser usados por la Administración, por supuesto con los límites que impone el derecho.

Debe darse un giro de ciento ochenta grados, en la gestión de la información en las organizaciones públicas, para ello será menester:

1) Tener al menos una idea de la información que la Administración en general y cada Administración particular tiene en su poder, así como de su naturaleza, (Ley de Acceso artículos 8 a 12) .Clasificación de la información en pública, secreta, reservada y confidencial, tanto como la Ley de Protección de Datos Personales artículos 15 al 20 (necesidad de inscripción de las bases de datos).
2) Ayuda a determinar qué datos son los que se necesitan, de cuales puede prescindir por no ser necesarios, cuando ya que no existe obligación legal de su salvaguarda (Ley de Archivos).
3) Ayuda a evitar que los mismos datos se pidan varias veces ante diferentes Administraciones, aunque ya existan en otra parte de la Administración.
4) Permite, con los límites que establece la propia Ley transferir datos entre administraciones públicas mejorando el desempeño de la organización, esta posibilidad ha sido reforzada por otra previsión legislativa que reglamenta específicamente este aspecto., Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010, que en los artículos 157 a 160. reglamentado por el Decreto N° 178/013.
5) Se protege más ampliamente la documentación pública reglamentando en forma clara su principio que es la publicidad y sus excepciones que son de interpretación estricta.
6) Permite una relación más fluida y bidireccional entre Estado –ciudadano, ya que permite a estos últimos acceder a la información que esté en manos de la Administración (Ley de Acceso, artículos 1 y 2). No solo permite el acceso a la misma, sino que, si ésta refiere a la persona que la solicita, puede actualizarla, incluir o excluir información relevante.
7) Al reglamentar la Protección de Datos Personales se protege a los habitantes en su esfera de privacidad.
8) Apoya el desarrollo de la ciencia y la tecnología aplicable tanto a particulares como al Estado, permitiendo el tratamiento de los datos, pero estableciendo claramente sus límites y atribuyendo consecuencias jurídicas al que no los respete.

9) Estad dos normas conjuntamente con la ley sobre firma electrónico Nº Ley N° 18.600, de 21 de setiembre de 2009. sentaron las bases para establecer un Procedimiento administrativo electrónico por Decreto N° 276/013 de 3 de setiembre de 2013 y un sistema de gestión de los riesgos informáticos poe el Decreto N° 451/009 que reglamentó la ley de creación del Centro Nacional de Respuesta a Incidentes de Seguridad Informática y el Decreto N° 452/009 que reguló la Política de seguridad de la información para organismos de la Administración pública,

IV -BIBLIOGRAFIA

Carvalho, Edgardo, (1967) "*Contralor de la actividad bancaria*", En: **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales** , Año X.VII, Nos 1-2-3.Mont..

Cajarville, Juan Pablo (2007). **Sobre Derecho Administrativo**, FCU, Montevideo. 2007.

Cajarville, Juan Pablo (2008), **Recursos Administrativos**, FCU, 4° Ed. Montevideo, 2008.

Delpiazzo, Carlos, (1998) **El Banco Central del Uruguay**, Ed. Amalio Fernández, 1998.

Delpiazzo, Carlos, (2005) "*Régimen Administrativo de Protección de Datos Personales*" En: **Anuario de Derecho informático**, FCU, Tomo VI, 2005.

Fundación Pro Acceso (2010), "Hacia una nueva institucionalidad de Acceso a la Información Pública Chile".

Méndez, Aparicio **Sistemas orgánicos**, Editorial Amalio Fernández, Mtv.1973.

Pardo, Virginia y Monteverde, Federico (2008). El Gobierno Electrónico en la Agenda de Transformaciones del Estado. Revista de la Oficina Nacional de Servicio Civil. N° 37. Montevideo 2008.

Saetone, Mariela, (2009) "*Agencias, Órganos Reguladores y Personas Públicas no Estatales*". En: **Revista de Derecho Público**. N° 35. Año 2009.

Sayagués Laso, Enrique, (2002) **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo II, FCU, 2002.

Sousa, José, "La experiencia de Chile en la transparencia y el acceso a la información, accesible en: http://www.sociedadpolíticaspubicas.cl/archivos/MODULO_II/Panel03.