

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 9 de mayo de 2019.

No. 261

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “PESCE ECHEVERZ, GASTÓN CON ESTADO. MINISTERIO DEL INTERIOR. Acción de Nulidad” (Ficha No. 581/2015).

RESULTANDO :

I) El actor dedujo pretensión anulatoria contra la Resolución de 21 de agosto de 2012, mediante la cual el Oficial Goñi procedió a la incautación de un módem de acceso a Internet inalámbrico, en virtud de una prohibición de su utilización dentro del recinto carcelario, de 14 de junio de 2012.

En su demanda, manifestó que desde un punto de vista exclusivamente formal la Resolución le causa agravio puesto que jamás fue debidamente notificado de la orden de no utilizar módem de acceso a Internet. Si bien se lee en la constancia puesta unilateralmente en el Libro de Novedades, no surge en ningún lado su firma validando la notificación, la que jamás le fue realizada en forma alguna.

Desde un punto de vista sustancial, la privación del uso del módem le generó perjuicios, impidiéndole continuar con la redención de su pena mediante la redacción de un segundo libro sobre “*Documentación de las audiencias y diligencias judiciales*” que la incorporación de la Cárcel de Salto al Instituto de Rehabilitación ilícitamente frustró.

Desde marzo de 2008 vive en la Chacra Judicial contigua al establecimiento, en un régimen de semi libertad (y no dentro del recinto carcelario) y todos quienes permanecieron allí fueron siempre autorizados en el uso de conexión a Internet, habiéndose beneficiado de ello los reclusos Fabián Porto, el Ingeniero Gonzalo Lema y todos los funcionarios aduaneros, de Migraciones y del MGAP.

En su caso particular, la privación del módem que tenía autorizado se realizó sintomáticamente luego que él denunciara un sin número de actos de corrupción en el Juzgado Letrado del Crimen Organizado de Primer Turno y como torpe represalia del Comando (a los pocos días del procesamiento y prisión de un recluso vinculado a la droga protegido de la Policía y de la separación del cargo del ex Director de la Cárcel, Crio. Oscar Valerio). La privación del modem que tuvo autorizado durante cinco años fue un acto de represalia contra su persona, los cuales dan cima a una evidente desviación de poder.

En función de lo expresado, solicitó se reconozca su derecho adquirido a seguir utilizando el módem en las mismas condiciones que le fue autorizado durante casi cinco años para los usos legítimos acordados.

En definitiva, solicito la anulación del acto (fs. 2 a 5 vto.).

II) Conferido el correspondiente traslado compareció -en representación del Ministerio del Interior- la Dra. Marisa Arizeta, quien lo contestó oponiéndose al accionamiento.

El PPL Gastón Pesce fue notificado de la orden de no utilizar módem que permitía el acceso a Internet dentro del recinto carcelario el 14 de junio de 2012, como surge de la copia del Libro de Novedades Generales de la Jefatura de Policía de Salto. Pese a ello, el 21 de agosto de 2012, el Oficial

Ayudante David Goñi constató al recorrer las instalaciones que el actor estaba utilizando un módem inalámbrico, conectado a su PC portátil, razón por la cual procedió a su incautación, por orden de la Dirección de Coordinación Ejecutiva.

El 23 de junio de 2006 el demandante petitionó al Director de la Cárcel Departamental de Paysandú que se realizaran los trámites necesarios para que pudiera usufructuar la conexión a Internet (a su costo), petición que le fue denegada el 21 de julio de 2006. Además, se dio intervención al Juez de la causa, oponiéndose a ello la fiscal, Dra. Silvia Blanc, mediante dictamen de 24 de agosto de 2006.

En el caso, el acto que pudo causar agravio al recurrente fue la orden que dispuso la prohibición del uso del módem, de 14 de junio de 2012. El recurrente manifestó que la notificación no fue realizada en debida forma. Sin embargo, la notificación fue idónea para el fin al que estaba destinada, recibiendo el destinatario la manifestación de voluntad de la Administración, por lo que debe prescindirse del ritualismo de las formas.

En suma, abogó por la confirmación del acto (fs. 12 a 15 vto.).

III) Por decreto No. 57/2016 (fs. 17) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 179.

IV) Las partes alegaron por su orden (fs. 182-184 vto. y fs. 187-189, respectivamente).

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante dictamen N° 362/2018 y aconsejó la anulación del acto por falta de motivación (fs. 201 a 202).

VI) Puestos los autos para sentencia, previo pase a

estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma (fs. 213).

CONSIDERANDO:

I) En el aspecto formal, se han cumplido las exigencias que, según la normativa vigente (Constitución artículos 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22.6.87 artículos 4 y 9) habilitan el examen de la pretensión anulatoria.

La Resolución se emitió y se notificó el 21 de agosto de 2012, conforme a lo manifestado por ambas partes (fs. 2 y fs. 13 vto., *infolios*).

El 27 de agosto de 2012 se interpusieron en forma conjunta y subsidiaria los recursos de revocación y jerárquico (fs. 2 a 7 vto., en carpeta verde de 75 fojas, A.A.).

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante *denegatoria expresa*, a través de la Resolución Ministerial, de 19 de marzo de 2014, mediante la cual, en ejercicio de atribuciones delegadas resolvió no hacer lugar al recurso jerárquico (fs. 69 a 70, A.A.). El 11 de agosto de 2015 se notificó al actor (fs. 75, A.A.).

La demanda se presentó el 25 de setiembre de 2015, dentro del término legal (nota de cargo, fs. 6).

II) El Tribunal, por mayoría de sus integrantes, habrá de apartarse del dictamen del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 201 a 202) y dispondrá la confirmación del acto, por las razones que se explicitarán.

En primer lugar, corresponde pronunciarse acerca de la tempestividad de la recurrencia y del carácter lesivo del acto.

El Ministerio del Interior señaló en su contestación que la recurrencia

fue extemporánea porque la medida de prohibir que los reclusos utilizaran Internet de modo particular ya había sido dispuesta y comunicada el 14 de junio de 2012, según constancia obrante en el Libro de Novedades (fs. 17, A.A.). Agregó además que si el administrado tiene noticia de un acto que estima lesivo puede aún a falta de notificación ejercitar sus defensas jurídicas.

El Tribunal considera que si bien consta la emisión de una orden de servicio en relación a la prohibición de utilizar Internet, así como la referencia a que le habría sido comunicada al accionante, no obra en autos ninguna constancia que acredite fehacientemente la notificación personal al actor.

Como lo ha dicho la Corporación, ***“IV. Huelga destacar la importancia de una correcta notificación como garantía del debido proceso y de la posibilidad real de ejercitar el derecho de defensa de quien es imputado. Ese derecho tiene rango constitucional, está universalmente reconocido por pactos y convenciones como un derecho humano fundamental y al respecto, tiene dicho este Tribunal que: “...el plazo para recurrir comienza a correr únicamente si el acto fue notificado personalmente -en los casos que corresponde dicha notificación- o, en su defecto, desde su publicación en el Diario Oficial.***

(...) Los medios de notificación que la Constitución y la Ley consagran como punto de partida del plazo para recurrir administrativamente un acto, son la notificación personal cuando correspondiere (y en este caso correspondía) o la publicación en el Diario Oficial (arts. 317 de la Constitución y 4º inciso 1º de la Ley No. 15.869).

Como enseña CAJARVILLE, si ninguna de tales diligencias se

cumple, el lapso no empieza a correr y el recurso interpuesto en cualquier momento debe considerarse tempestivo (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Recursos...”, cit., págs. 188-189). La tesis del conocimiento informal o fehaciente del acto -si bien cabe reconocer que fue enarbolada en un sinnúmero de casos por este Colegiado- no puede compartirse, porque carece de todo asidero legal.

A juicio de este Tribunal, si no medió notificación personal o publicación en el Diario Oficial según corresponda, el plazo no comienza a correr. Y ello, por más que el administrado acceda informalmente al contenido del acto, no puede perderse de vista que la Ley priorizó determinada forma por la que se accede a ese conocimiento. Por ende, no parece posible que el órgano jurisdiccional, apele a otros mecanismos de acceso al contenido del acto, de modo de, en definitiva, frustrar el accionamiento anulatorio cuando la disposición legal no los incluyó (Cf. TOBÍA FERNÁNDEZ, Juan Pedro, PATRITTI ISASI, Marcelo y GÓMEZ LEIZA, José: “Panorama institucional actual del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la República Oriental del Uruguay”, nota al pie No. 30, Doctrina & Jurisprudencia, CADE, Tomo XXX, Montevideo, febrero 2015, pág. 85).” (sentencia 340/2015).” (Sentencia No. 28/2017) (la negrilla no está en el original).

Siendo así, al tomar conocimiento de una medida de ejecución de dicha orden (el acto de incautación), el actor recurrió el acto que consideró lesivo, que fue aquel por el cual se le sustrajo el módem que tenía en su computador.

Por lo expresado, y en función del principio *pro actione*, deberán considerarse cumplidos los presupuestos que informan al proceso

contencioso de anulación.

En cuanto al *fondo del asunto*, el accionante se agravió contra la medida de privación del uso de su módem por considerar que: **i)** le impidió continuar con la redención de su pena mediante la redacción de un segundo libro sobre “*Documentación de las audiencias y diligencias judiciales*” que la incorporación de la Cárcel de Salto al Instituto de Rehabilitación ilícitamente frustró; **ii)** se trató de una represalia del Comando luego que él denunciara un sin número de actos de corrupción en el Juzgado Letrado del Crimen Organizado de Primer Turno, los cuales dan cima a una evidente desviación de poder.

Surge de los antecedentes que acceden a la causa que por Oficio N° 642/12, de 29 de agosto de 2012, el Director del Centro de Rehabilitación de Salto dio cuenta que “*De acuerdo a entrevista mantenida con el Señor Director de Coordinación Ejecutiva, sobre la utilización de Internet por los internos de este Centro, en el ámbito del Recinto Principal con alcance a Chacra Policial, conforme a lo dispuesto por el escalón de mando, ésta dirección ordenó se notifique a los internos Gastón Pesce, Fabián Porto y Miguel David de Lima, de que no podían disponer de dicha conexión (...)* El día Martes 21/08/2012 informa el Oficial Sub Ayudante David Nicolás GOÑI que al recorrer las instalaciones de Chacra Policial, constata que en la habitación del interno Gastón Pesce este se encontraba conectado a INTERNET vía MODEM inalámbrico de la empresa Movistar, instalado a una computadora Portátil (...)” (fs. 8, A.A.).

Sin perjuicio de reconocer la competencia exclusiva de la autoridad carcelaria para la aplicación del Régimen Administrativo de Reclusión -en mérito a lo dispuesto por el Decreto Ley Nro. 14.470-, y que “*El régimen*

de tratamiento de los procesados se hará siempre con conocimiento inmediato del Juez de la causa” (artículo 4° del referido plexo normativo), el Tribunal ha entendido que tiene competencia para controlar si los actos administrativos dictados dentro de dicha órbita resultan violatorios de una regla de derecho o han sido dictados con desviación de poder (ver sentencias N° 816/2011 y 506/2017).

En ese contexto el Tribunal, en mayoría, no advierte que la medida dispuesta por la autoridad del Centro de Reclusión efectivamente le haya ocasionado al actor los perjuicios que alega.

No obra en autos prueba suficiente que permita demostrar que la medida dispuesta efectivamente le haya perjudicado en la redención de su pena. Y tampoco surge suficientemente acreditada la medida de represalia en el marco de la causal desviación de poder.

Siguiendo a Cajarville, existirá desviación de poder “(...) *siempre que el “fin querido” por la “voluntad” de la Administración, apreciado subjetivamente, no coincida con el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho*” (Cf. Juan Pablo Cajarville Peluffo, “*Sobre Derecho Administrativo*”, tomo II, FCU, 3ª Edición, 2012, p. 80) (sentencia N° 679/2017).

Pero como lo ha señalado el Tribunal: “(...) ***la desviación de poder no se presume, debe ser demostrada y la carga probatoria recae sobre la pretensora. No satisfacer adecuada y razonablemente esa exigencia redundante en el fracaso de la pretensión anulatoria***” (sentencia No. 63/2017) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En el caso, el accionante no logró demostrar suficientemente el cúmulo de elementos indiciarios en los que basó la existencia de la desviación de poder.

Por otra parte, el actor tampoco tenía, como pretende, un derecho adquirido a la utilización de un módem en su computador, estando dentro de las potestades de la Administración disponer su prohibición (artículo 48, inciso 1º del Decreto – Ley N° 14.470).

El derecho al uso de Internet por parte de una persona privada de su libertad debe estar en armonía con las medidas de seguridad propias de los Centros de Reclusión.

Por las razones expuestas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en atención a lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución, con la mayoría requerida

FALLA:

Desestímase la pretensión anulatoria y, en su mérito, confírmase el acto administrativo impugnado.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$33.000 (pesos uruguayos treinta y tres mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Echeveste, Dr. Vázquez Cruz (r.), Dra. Klett (d.),
Dra. Bendahan (d.).

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

Dra. Selva Klett y Dra. María Bendahan *DISCORDES*: *Estimamos que corresponde declarar la falta de jurisdicción de la Corporación.*

En obrados se procesa la actuación del Oficial Sub Ayudante Daniel Goñi, de 21 de agosto de 2012, mediante la cual se procedió a la extracción del modem inalámbrico al recluso, Sr. Gastón Pesce Echeverz (a fs. 8 de los antecedentes consta el oficio N° 646/2012 del Director del Centro de Rehabilitación, Chacra Policial de Salto, que da cuenta de dichas circunstancias).

En el caso, según lo anunciado, consideramos la falta de jurisdicción de la Corporación a efectos de pronunciarse sobre la pretensión del actor.

En tal sentido, si bien se impugna una volición administrativa emitida por el Ministerio del Interior, dicho acto administrativo refiere a una persona privada de libertad cuyo estatuto jurídico se encuentra bajo la égida del Poder Judicial.

Así, la situación jurídico procesal del actor, atento a la fecha en que fue cometido el delito que se le imputa, está regulada por el anterior Código de Proceso Penal. Dicha regulación normativa no enerva la antedicha conclusión. En efecto, la situación de procesado del actor supone que su estatuto de recluso, en relación a la tutela de sus derechos humanos, se encuentre en la jurisdicción del Juez de la causa (artículo 129 del anterior Código del Proceso Penal).

En la misma orientación, también resulta admisible postular la aplicación de estatutos tuitivos previstos en la actual regulación procesal

penal, concretamente el instituto del habeas corpus correctivo (art. 351 del actual Código del Proceso Penal).

Por lo tanto, la jurisdicción competente a efectos de dirimir las condiciones de reclusión del actor, ha sido legalmente conferida al Poder Judicial, concretamente a los Jueces con competencia Penal que, a su vez, se sirven de la autoridad administrativa (Ministerio del Interior). Consecuencialmente, el plexo de actos administrativos dictados en relación específica a cada recluso se encuentra bajo el contralor del Juez Penal competente.

Por su parte, en lo que refiere a la regulación de las personas privadas de libertad, el art. 5° del Decreto ley N° 14.470 de 2 de diciembre de 1975, refiere a que la situación de dichas personas es de resorte exclusivo de la autoridad administrativa. Sin embargo, no puede dejar de observarse que, la última palabra, en lo que refiere a la situación de reclusión, corresponde al Poder Judicial, tal como resulta expresamente reconocido por el citado Decreto ley N° 14.470, cuyo art. 4° inciso final prevé que: “El régimen de tratamiento de los procesados se hará siempre con conocimiento inmediato del Juez de la causa”. En la misma orientación, el art. 18 del referido Decreto ley establece el derecho de todo recluso de dirigirse, a efectos de dirimir su situación, al Juez de la causa.

En consecuencia, según lo anunciado, la jurisdicción, en lo que refiere a la situación carcelaria de los reclusos, se encuentra legalmente predeterminada y corresponde al Poder Judicial. Dicha circunstancia, se condice, además, con el principio de Juez natural y de inmediación a los efectos tuitivos de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

La conclusión precedente, relativa a la falta de jurisdicción de la Corporación, torna intrascendente el pronunciamiento sobre el fondo del asunto.