

NUE 48-A-2014 (JC)
BURGOS VIALE contra PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
Resolución definitiva

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las diez horas del once de junio de dos mil catorce.

El presente procedimiento de apelación ha sido promovido ante este Instituto por el ciudadano **JOSÉ ROBERTO BURGOS VIALE**, contra la resolución emitida por el Oficial de Información de la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**, en adelante “la Presidencia”, detallada en los antecedentes de hecho de esta resolución. Por la parte apelada ha intervenido **la Presidencia**, en calidad de ente obligado, por medio de su representante legal.

A. ANTECEDENTES DE HECHO

I. El veintiuno de febrero del año dos mil catorce, el ciudadano **JOSÉ ROBERTO BURGOS VIALE** presentó, ante la Unidad de Acceso a la Información Pública de la **Presidencia**, una solicitud de información en la cual requirió:

“Copia de los correos electrónicos intercambiados entre el ex Sub-secretario de Transparencia y Anticorrupción, Marcos Enrique Rodríguez, y el actual Secretario para Asuntos Estratégicos de la Presidencia de la República, Franzi Hato Hasbún, durante el período comprendido entre el 17 de diciembre de 2012 y 5 de abril de 2013 –ambas fechas inclusive- y en los que se trate los asuntos siguientes:

- *Sobre el índice de percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional.*
- *Sobre el trabajo que realiza el Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC) de la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE).*

- *Sobre las actividades públicas del Grupo Promotor de la Ley de Acceso a la Información Pública entre esas fechas.*
- *Sobre las publicaciones del sitio virtual “Transparencia Activa” a cargo de la Subsecretaría de Transparencia y Anticorrupción durante el ya mencionado período.”*

Por su parte, el Oficial de Información de la Presidencia resolvió las solicitudes antes detalladas manifestando que: se concedió audiencia al ex Sub-secretario de Transparencia y Anticorrupción y al Secretario de Asuntos Estratégicos de Presidencia de la República a efecto de que, por escrito, manifestaran su consentimiento para atender a la solicitud; sin embargo, no se recibió autorización expresa de dichos funcionarios. Sumado a lo anterior, la Dirección de Innovación Tecnológica e Informática manifestó que en el servidor institucional no se encuentran las comunicaciones electrónicas requeridas. Por tanto, se denegó el acceso a la información.

Inconforme con la resolución del Oficial de Información, el ciudadano **BURGOS VIALE** interpuso recurso de apelación, en la cual manifestó que: la resolución es contradictoria, ya que en el “Considerando 2”, además de concederles audiencia a los titulares, se requirió informe a la Dirección de Innovación Tecnológica e Informática de la Presidencia de la República, de manera que el acceso a la información fue denegado por considerar de naturaleza “confidencial” dicha información, pero a la vez “inexistente” al no aparecer en el servidor institucional creado para tal efecto, lo cual resulta contradictorio e incumple los Arts. 42 y 44 letra “b” de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP).

II. Admitido el recurso de apelación interpuesto, se designó al Comisionado JAIME MAURICIO CAMPOS PÉREZ como instructor del procedimiento. Asimismo, se ordenó al titular de la Presidencia que rindiera el informe de ley.

En su informe de defensa, el Oficial de Información en calidad de apoderado especial del Titular de la Presidencia de la República, manifestó —entre otros puntos— que los entes obligados deben regir la administración de datos personales que obren en su poder bajo los principios de licitud, calidad, seguridad y confidencialidad. En esa lógica, los Arts. 24 y 25 de la LAIP establecen presupuestos de tipicidad de información confidencial. El Art. 42 del Reglamento de la LAIP establece que la UAIP podrá requerir al titular la autorización para

su entrega y el silencio del titular de la información confidencial se entenderá en sentido negativo a divulgar la información. Por lo tanto el acto administrativo devenido por este ente obligado es legal. Agregó que en ningún momento se argumentó la inexistencia en la forma que establece el Art. 73 de la LAIP, puesto que el sentido de la respuesta de la Dirección de Innovación Tecnológica e Informática iba en el sentido que tales correos electrónicos no se encontraban a disposición en el servidor institucional; lo cual no obsta para que su contenido pueda obtenerse de los equipos informáticos destinados a los servidores públicos para el desarrollo de sus funciones.

Finalizó señalando defectos de argumentación imputables al apelante que imposibilitarían al Instituto para pronunciarse sobre la desclasificación de información, por lo que solicitó revocar el auto de admisión y declarar sin lugar el inicio de este proceso. El Pleno resolvió con fecha doce de mayo de los corrientes la petición de revocar el auto de admisión, manifestando que este Instituto es de la idea que basta con que el ciudadano requiera que se brinde por parte de las autoridades competentes el pleno e íntegro acceso a la información pública solicitada para que se le brinde el acceso a la justicia administrativa, de modo que con base en el Principio *Pro Actione* y en el principio de sencillez, reconocido en el Art. 4 letra “e” de la LAIP, resulta improcedente que por un mero tecnicismo se rechacen las peticiones planteadas por los particulares, por tanto se declaró no ha lugar la petición de revocar el auto de admisión.

III. A las diez horas con treinta minutos del seis de junio de dos mil catorce, hora y fecha señaladas para la audiencia oral relacionada con este procedimiento, el ciudadano **BURGOS VIALE** manifestó que considera que su solicitud de información no está contenida en la garantía de reserva de información del Art. 24 de la Constitución de la República. En este caso, adujo el apelante, el ente obligado asumió que esa comunicación era confidencial y que a partir de ese razonamiento tácito fue que se solicitó la autorización a los funcionarios para que manifestaran si se entregaba o no la información, pero luego resolvió que era inexistente. La parte apelante insistió que la información solicitada debe ser conocida, pues no se encuentra en el índice de información reservada y tampoco se trata de una interceptación de correos electrónicos.

El representante del ente obligado sostuvo que siguió el procedimiento legal cuando se solicita información que contiene datos confidenciales, desconociéndose si la información es de carácter público o confidencial, por lo que esa condición dual o ambigua de la información le obligó a solicitar la autorización de los titulares de los correos electrónicos para poder entregar la información. Además, señaló que la Constitución de la República establece el principio de la inviolabilidad de comunicaciones, el cual es relativo ya que presenta como excepción la persecución de delitos, situación que no ha ocurrido en el presente caso. Por último, manifestó que el derecho de intimidad y de inviolabilidad de comunicaciones puede ser invocado por personas naturales y también por funcionarios públicos.

El comisionado designado al caso presentó el proyecto de resolución definitiva, el cual —luego de ser discutido por el pleno— fue rechazado por los comisionados **CARLOS ADOLFO ORTEGA UMAÑA, JOSÉ ADOLFO AYALA AGUILAR Y MAURICIO ANTONIO VÁSQUEZ LÓPEZ**, quienes elaboraron el proyecto de resolución definitiva. Por su parte, la Comisionada **MARÍA HERMINIA FUNES DE SEGOVIA** manifestó que no estaba de acuerdo con el resto de **COMISIONADOS** y elaborará su voto disidente.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El análisis jurídico del presente caso seguirá el orden lógico siguiente: (I) El Derecho de Acceso a la Información Pública, alcances y límites; (II) Valoración del Derecho de Acceso a la Información Pública, el Derecho a la Intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones; y (III) Procedimiento a seguir en caso de protección de datos personales.

I. El Derecho de Acceso a la Información Pública (DAIP) es la facultad que tiene toda persona a solicitar y recibir información generada, administrada o en poder de las instituciones públicas o cualquier otra entidad, organismo o persona que administre recursos públicos. Tal información debe suministrarse al requirente de manera oportuna, transparente, en igualdad de condiciones y mediante procedimientos rápidos, sencillos y expeditos.

El DAIP está regido también por el principio de máxima publicidad, el cual implica que el alcance del derecho a la información debe ser tan amplio como la gama de información

y entidades respectivas, así como los individuos que puedan reclamar el derecho. Con base a este principio se acota que el DAIP es un derecho humano fundamental y en tal sentido toda información debe estar accesible, con sujeción a un sistema limitado de excepciones.

Tales excepciones son contempladas en la LAIP y constituyen la información reservada y confidencial. La información reservada es, de conformidad con el Art. 6 de la LAIP, aquella información pública cuyo acceso se restringe de manera expresa de conformidad con esta ley, en razón de un interés general durante un periodo determinado y por causas justificadas.

Por otra parte, la información confidencial es aquella **información privada** en poder del Estado cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido.

En concreto, el DAIP no es un derecho ilimitado, sino que siempre debe existir un juicio de valor en donde se determine si se trata de información reservada o confidencial, así podrán respetarse otros derechos que pueden entrar en conflicto. A pesar de lo anterior, esto no da lugar a que los entes obligados hagan valoraciones arbitrarias, sino siempre tomando en cuenta el contenido esencial del DAIP y los elementos que la ley y la Constitución brindan.

Tal como lo ha establecido la Sala de lo Constitucional existe vulneración del DAIP, por ejemplo, cuando: *(i)* de manera injustificada o discriminatoria se niegue u omite entregar a quien la pide información de carácter público generada, administrada o a cargo de la entidad requerida; *(ii)* la autoridad proporcione los datos solicitados de manera incompleta o fuera del plazo legal o, en su caso, en un plazo irrazonable; *(iii)* los procedimientos establecidos para proporcionar la información resulten complejos, excesivamente onerosos o generen obstáculos irrazonables para los sujetos que pretenden obtenerla; o *(iv)* el funcionario ante el que erróneamente se hizo el requerimiento se abstenga de indicarle al interesado cuál es la institución o autoridad encargada del resguardo de los datos (Sentencia de 18-XII-2013, Inc. 436-2011).

Para el caso en comento, el Oficial de Información denegó la entrega de la información solicitada por considerar que no se trataba de información de carácter público,

puesto que presume que entre los correos intercambiados por los servidores públicos Marcos Enrique Rodríguez y Franzi Hato Hasbún pueden existir correos que posean el carácter confidencial. El carácter de confidencial tiene su fundamento, para el Oficial de Información, en el derecho de intimidad y de inviolabilidad de comunicaciones, situación que se abordará a continuación.

II. Valoración del Derecho de Acceso a la Información Pública y el Derecho a la Intimidad.

El derecho a la intimidad, según la Sala de lo Constitucional hace referencia “al ámbito que se encuentra reservado ad intra de cada persona (...) y cuyo conocimiento importa únicamente a éste y en su caso, a un círculo concreto de personas seleccionadas por el mismo. Por tanto, en dicho ámbito opera la voluntad del individuo para disponer de todos aquellos aspectos que puedan trascender al conocimiento de los demás (Sentencia del 2/III/2004, Amp. 118-2002). Tal derecho tiene categoría de fundamental, por lo tanto supone que el Estado no puede realizar intromisiones que impliquen una transgresión a dichas categorías, y, por otra parte, que debe generar todos aquellos elementos que supongan la garantía y goce de los mismos derechos, permitiendo su ejercicio y tutela efectiva.

En el caso en comento el hecho que los emisores de correos electrónicos sean servidores públicos no tiene como consecuencia la reducción al derecho a la intimidad. Sin embargo, resulta pertinente verificar cuál es la consecuencia que la comunicación haya sido emitida por correos electrónicos de servidores públicos que son sufragados con fondos públicos y otorgados para realizar función pública.

Este Instituto ya se ha pronunciado en el sentido que “*los correos electrónicos de los servidores públicos, al estar en un medio electrónico o informático, son documentos gubernamentales, susceptibles de acceso en los términos de la Ley; la condición sine qua non para considerarlos como tales es que en ellos se encuentren el registro del ejercicio de las facultades o la actividad de los sujetos obligados y sus servidores públicos*” (Resolución NUE 2-A-2014 del 14/II/2014).

De tal forma que, tratándose de comunicaciones realizadas a través de los canales oficiales, establecidos como herramientas para el desarrollo de sus funciones y no para su uso personal, éstas no deberían —en puridad— contener más elementos que los estrictamente relacionados con el ejercicio de la función pública, es decir, que no se trata de cuentas privadas, a las que debe brindársele toda la protección en aras de salvaguardar la intimidad de sus titulares, sino todo lo contrario, aunque las cuentas de correo electrónico hayan sido asignadas a determinados servidores públicos, estas no les pertenecen, y son susceptibles de ser auditadas por la ciudadanía en el ejercicio de un derecho fundamental.

Sin embargo, este Instituto no ha emitido lineamiento o directriz alguna sobre el uso de las cuentas institucionales, las cuales, a falta de una política de uso emanada por el Órgano Ejecutivo, los empleados de dicho órgano estatal usan sus cuentas de correo institucionales para intercambiar información personal, y ante la carencia de una política de uso o lineamientos de organización, este Instituto considera que antes de abrir este tipo de información electrónica debe existir una guía o reglamento alguno que se encargue de crear directrices para el adecuado uso de los correos electrónicos institucionales, los cuales son sufragados y mantenidos con el dinero de los contribuyentes y, por ende, no le pertenecen a los servidores públicos que las ocupan.

Como consecuencia de la ausencia de lineamientos o directrices se puede generar esa dualidad o ambigüedad en el sentido de no saber si la información contenida en tales correos es pública o confidencial, por tanto resulta pertinente que los Oficiales de Información recurran al procedimiento para solicitar autorización de divulgar información confidencial contenido en la LAIP y la RELAIP.

Y es que, con base en la interpretación extensiva que debe darse a las garantías fundamentales, que el correo electrónico —cuando posee información de naturaleza privada— está protegido constitucionalmente, de manera tal que su registro, interceptación o apoderamiento de su contenido constituye una flagrante violación de los derechos humanos

III. Procedimiento para solicitar autorización de divulgar información confidencial. El Art. 25 de la LAIP establece que existe un caso en concreto en el cual los entes obligados

pueden proporcionar información confidencial, este es el caso en el que los titulares de la información manifiesten su consentimiento expreso y libre.

Y es que este Instituto considera que, a pesar que la LAIP establece que las cuentas de correos electrónicos son públicos, la información contenida, enviada o recibida a través de ese medio, corresponde al titular que la emite o recibe definir si es pública, confidencial o reservada. Es decir, a pesar que la cuenta es pública, su contenido tiene que ser valorado por aquel que ha generado la información que de ahí provenga. De esta manera, se está dando cumplimiento al mandato constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones.

Para cumplir tal situación el Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública dispone que la Unidad de Acceso a la Información Pública, cuando lo considere pertinente, podrá requerir al particular titular de la información su autorización para entregarla, el titular podrá responder en cinco días hábiles autorizando la entrega, denegando la misma o simplemente no contestar en el plazo, lo cual tendrá como consecuencia que se considerará una negativa a la autorización.

Para el caso en comento, el Oficial de Información realizó la gestión contemplada en el ordenamiento jurídico y al no recibir respuesta por parte de los titulares de la información se presume que no autorizan la entrega de la información. De ahí que no es relevante si el Director de Innovación Tecnológica e Informática manifestó que los correos no se encontraban en los servidores institucionales puesto que sin autorización expresa de los titulares de la información no es pertinente realizar gestiones encaminadas a obtener los datos.

C. PARTE RESOLUTIVA

Por tanto, de conformidad con las razones antes expuestas y las disposiciones legales citadas y Arts. 6 y 18 de la Constitución de la República, 52 inc 3°, 58 letra d, 90, 94, 96 letra b y 102 de la LAIP, 79 y 80 del RELAIP y 217 del Código Procesal Civil y Mercantil, a nombre de la República, este Instituto RESUELVE:

a) *Confírmese* la resolución apelada pronunciada por el Oficial de Información del Presidencia de la República, por estar apegadas a derecho.

b) *Ordénese* al Presidente de la República que en el plazo de treinta días hábiles, a partir de la notificación de la presente, emita una política de uso de las cuentas institucionales, en la cual se especifique la información que debe circular por dichos medios, y en la que se reafirme la publicidad de las conversaciones ya terminadas. De dicha política deberán remitir un ejemplar a este Instituto, so pena de iniciar las acciones legales correspondientes

c) *Publíquese* esta resolución oportunamente.

Hágase saber.

-----ILEGIBLE----- ILEGIBLE-----ILEGIBLE -----
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES COMISIONADOS QUE LO
SUSCRIBEN"#####
#####"RUBRICADAS"#####

**VOTO DISIDENTE DE LA COMISIONADA MARÍA HERMINIA FUNES DE
SEGOVIA:**

No comparto la resolución anterior del resto de comisionados que aclara que no existe vulneración en el sentido que de manera injustificada o discriminatoria se niegue u omite entregar a quien requiera información de carácter público generada, administrada o a cargo de la entidad requerida. Puesto que soy de la idea que se ha denegado información de carácter público, debido a que el Art. 6 letra "c" de la LAIP establece que es Información pública aquella en poder de entes obligados contenida en documentos, archivos, datos, bases de datos, **comunicaciones**, y todo tipo de registros que documenten el ejercicio de sus facultades o actividades, que consten en cualquier medio, ya sea impreso óptico o **electrónico (...)**. En tal sentido como entes garantes del DAIP no podemos restringir el contenido del derecho dado por la ley, a continuación profundizaré en tal argumento.

Es importante señalar que en ningún momento se está vulnerando el derecho a la intimidad de los titulares de la información, puesto que al ser funcionarios públicos están

sujetos al control de la ciudadanía, de hecho este Instituto ya se ha pronunciado en el sentido que el derecho de acceso a la información, por su naturaleza y finalidad misma, se encuentra íntimamente relacionado con el *principio republicano de publicidad de los actos de gobierno*, el cual tiene por objeto no solamente dotar de transparencia las decisiones de los órganos de gobierno y de sus funcionarios o servidores públicos, sino que además, facilitar el conocimiento por la generalidad de los administrados y de esa forma garantizar la efectividad del derecho de acceso a la información. Retomando la rama doctrinaria, Miguel A. Ekmekdjian ha entendido por publicidad: “*el deber de comunicar los actos de gobierno*” a la opinión pública, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de tomar conocimiento de aquéllos, de su contenido, de su gestación y concreción, y ejercer el control del poder que les compete”.

Para el caso en comento, no se trata de información de naturaleza privada, puesto que el ciudadano especificó en su petición de información el contenido de los correos solicitados, el cual es “*Sobre el índice de percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional; sobre el trabajo que realiza el Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC) de la Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE); sobre las actividades públicas del Grupo Promotor de la Ley de Acceso a la Información Pública entre esas fechas; sobre las publicaciones del sitio virtual “Transparencia Activa” a cargo de la Subsecretaría de Transparencia y Anticorrupción*”, por tanto no se trata de información ad intra que tiene cada persona, sino información que al ser eminentemente relacionada al ejercicio de sus funciones, se tiene y debe dar a conocer a la ciudadanía.

Y es que es errado el argumento que el hecho de revelar la información contenida en correos electrónicos es vulneración al derecho de inviolabilidad de comunicaciones. Puesto que el Art. 24 de la Constitución (Cn.) expresa que: “La correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en caso de concurso y quiebra”; para nosotros el concepto de *intercepción* se refiere a “detener algo en su camino, interrumpir una vía de telecomunicación o apoderarse de una cosa antes de que llegue a su destino”, y la voz “interceptar” a escuchar, copiar, sustraer, espiar y/o apoderarse de un mensaje mientras sigue su camino de emisor a receptor; es decir, en tanto transcurre el “ciclo de la comunicación”, el cual comprende desde que el emisor emite un mensaje y éste se desplaza por un canal, hasta que llega a conocimiento de un receptor. De ahí que una vez

finalizado dicho ciclo, solicitar una copia de ese mensaje o información no equivale a interceptarlo y por tanto no se incurre en la violación de las mismas.

Con relación al procedimiento para solicitar autorización para revelar información confidencial, considero que únicamente se puede llevar a cabo tal proceso cuando se tenga la certeza que la información objeto es confidencial y no en caso de duda, y es que el Principio de Máxima Publicidad contenido en el Art. 5 de la LAIP establece que en caso de duda si una información es pública o está sujeta a una de las excepciones deberá hacer prevalecer el criterio de publicidad, con ello es pertinente que se entregue la información solicitada por el ciudadano Burgos Viale.

Por último, tampoco considero necesario que exista un “lineamiento” o “directriz” de este Instituto, o de cada ente obligado a la LAIP, para que los servidores públicos sepan que no deben utilizar los correos electrónicos asignados en razón de su cargo para un destino que no sea oficial. Ya, en esto, el Art. 4 letra l) de la Ley de Ética Gubernamental prevé que los servidores públicos deben “utilizar los recursos del Estado de manera adecuada para el cumplimiento de los fines institucionales”.

Así mi voto.

-----C H SEGOVIA-----

-----PRONUNCIADO POR LA SEÑORA COMISIONADA QUE LO SUSCRIBE-----

“”RUBRICADA””