

NUE 118-A-2014 (HF)
Burgos Viale contra Ministerio de la Defensa Nacional
Resolución Definitiva

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las quince horas con veinte minutos del quince de abril de dos mil quince.

El presente procedimiento de apelación ha sido promovido por **José Roberto Burgos Viale**, contra la resolución del Oficial de Información del Ministerio de la Defensa Nacional (MDN) emitida a las 11 horas del 23 de julio de 2014.

A. ANTECEDENTES DE HECHO

I. El 8 de julio de 2014, el apelante requirió a la Unidad de Acceso a la Información Pública del MDN la siguiente información: 1) informe final de la Comisión de Revisión e Interpretación Histórica de la Fuerza Armada en adelante la Comisión creada a partir de la orden formulada por el ex Presidente Mauricio Funes Cartagena, durante el discurso realizado el 17 de enero de 2012; 2) copia de nómina de Jefes, Oficiales y personal civil que hayan formado parte de dicha comisión; 3) copia de todas las actas de reuniones de trabajo, realizadas por esta misma comisión durante el período comprendido entre el mes de enero de 2012 y diciembre de 2013; y, 4) informe sobre los gastos en concepto de adquisición y contrataciones en los que habría incurrido dicha cartera de Estado, para la conformación y funcionamiento de dicha comisión.

El 23 de julio del 2014, el Oficial de Información del ente obligado resolvió entregar al solicitante los puntos 2 y 4 y denegó el acceso a los puntos 1 y 3 de la solicitud de información, por considerarlos como información reservada, de acuerdo a lo establecido en el Art. 19 letra ñ de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), debido a que el referido informe contiene opiniones y recomendaciones que se encuentran en estudio por parte de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

El ciudadano **Burgos Viale** manifestó que la información denegada guarda relación directa con la investigación de graves violaciones a los derechos humanos y, por lo tanto, no puede invocarse la calificación de reserva bajo ninguna circunstancia; del mismo modo, agregó que no está de acuerdo con la información entregada relativa al punto 4 de su solicitud, pues se le entregó un monto total, cuando él lo solicitó desagregado en contrataciones y adquisiciones.

II. Se admitió el presente recurso de apelación interpuesto y se requirió el correspondiente informe justificativo del ente obligado, conforme a lo estipulado en el Art. 88 de la LAIP. El MDN, ratificó lo resuelto por el Oficial de Información y agregó que no se entregó la información solicitada por que encuentra en la Presidencia de la República y no en poder del ente obligado.

En lo relativo al informe sobre los gastos en concepto de adquisición y contrataciones para la conformación y funcionamiento de la Comisión ó punto 4 de la solicitud de información , el ente obligado aclaró que solo entregó un monto global, pues el único gasto en el que incurrió fueron las dietas otorgadas a sus miembros, es decir, no hubo erogaciones en concepto de adquisiciones o contrataciones.

III. La audiencia oral se llevó a cabo el 29 de febrero el corriente año, el ente obligado ratificó los argumentos expresados en su informe y agregó que considera que no se ha violentado el derecho de acceso a la información pública al apelante, pues a su criterio se entregó parte de la información y el resto fue justificadamente restringido.

Por su parte el apelante ofreció como prueba los siguientes documentos: (i) transcripción del discurso del Ministro de Relaciones Exteriores, Hugo Martínez, por la conmemoración del 63° aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 30° aniversario de la masacre del Mozote, pronunciado el 10 de diciembre de 2011; y, (ii) copia de la contestación de la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Caso CDH-10.720/001), emitida por el Gobierno de EL Salvador el 26 de diciembre de 2011. Con ambos documentos pretende comprobar la relación de la información solicitada con la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, así como su trascendencia internacional y la participación del gobierno en la investigación de tales hechos.

IV. El Apelante solicitó que se dictaran las medidas cautelares dispuestas en las letras ñaö y öbö del Art. 85 de la LAIP, por considerar que la información solicitada es de naturaleza pública

y que existen suficientes indicios para acreditar una ñpráctica reiteradaö, por parte del **MDN**, de negar información relacionada con la participación de algunos de sus miembros en graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado.

Al respecto debe mencionarse que, aunque efectivamente los documentos ofrecidos por el apelante sugieren una postura institucional de parte del ente obligado, encaminada a negar la existencia de documentos relacionados con casos relativos a graves violaciones a derechos humanos, en el caso en estudio, la existencia del informe final de la Comisión y de las actas de sus sesiones ha sido reconocida por el ente obligado, quien incluso las ha declarado como reservadas; y, presumiblemente, se encuentran también en resguardo de otro ente público.

En virtud de lo anterior, no se ha acreditado suficientemente que exista riesgo de modificación o destrucción de la información solicitada, por lo que, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 433 del CPCM de aplicación supletoria al presente procedimiento, según lo dispuesto en el Art. 102 de la LAIP, corresponde declarar no lugar la adopción de las medidas cautelares solicitadas por el apelante para el presente procedimiento.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Una vez aclarado por parte del ente obligado lo relativo al desglose de los montos invertidos en la conformación y mantenimiento de la Comisión; la controversia en el presente caso se refiere únicamente al informe final y a las actas de reuniones; por lo tanto, para resolverlo debe determinarse, por una parte, si la información solicitada es de carácter público o no; y, por otra, si su entrega o resguardo corresponde al **MDN**. Por lo anterior debe efectuarse un análisis que incluya, como mínimo, (I) algunas consideraciones sobre las restricciones al DAIP especialmente en cuanto a la declaratoria de reserva; (III) la relación del DAIP con el derecho a la verdad y consideraciones especiales sobre información relativa a graves violaciones a derechos humanos; y, (IV) naturaleza pública de la información solicitada.

I. Parte del contenido esencial del DAIP como derecho fundamental, se materializa en el principio de máxima publicidad, reconocido en los Art. 4 letra ñaö y 5 de la LAIP. De acuerdo con este principio se presume pública toda la información generada o en poder del Estado, de tal forma que corresponde a los entes obligados demostrar la concurrencia de las causas que justifiquen restringir la publicidad de la información solicitada, es decir, que les corresponde la carga de la

prueba sobre las restricciones al acceso a la información, en consecuencia, de no justificarse la limitación corresponde, ineludiblemente, la entrega de la información.

Sin embargo, el DAIP no es un derecho absoluto como ya lo ha sostenido este Instituto en las resoluciones emitidas en los procedimientos NUE 1-A-2013, del 2-V-2013; y 41 óA- 2014 del 19-V-2014, entre otras, aunque la fórmula normal de actuación de la Administración Pública debe tender a permitir el acceso permanente, concreto y efectivo a la información, cualquier limitación al libre acceso debe fundarse en una disposición legal anterior, de interpretación restrictiva, que especifique el tipo de información y la duración de la restricción y que, desde luego, sea conforme a la Constitución; y se funde en razones justificadas que respondan a un interés superior o a un posible perjuicio directo o inminente para el Estado, persona o personas determinadas; en otras palabras, debe entenderse que es objeto de información toda realidad que nos circunda, excepto aquella parte que no es jurídicamente informable¹.

En tal sentido, toda restricción al DAIP y específicamente la declaratoria de reserva de la información debe cumplir con los siguientes parámetros esenciales:

(i) **Legalidad.** El ejercicio legítimo de la facultad para reservar información pública debe enmarcarse dentro del ordenamiento legal vigente, para garantizar que los límites al ejercicio del DAIP estén dirigidos a la protección de otros derechos de idéntica o superior importancia, por lo tanto es necesario que tanto la competencia para declarar la reserva como la causa que se alegue estén previamente establecidas por una ley en sentido formal.

Es importante señalar que para que se cumpla con este requisito no basta la mera invocación de la causal en que se fundamenta la declaratoria de reserva sino que, también, es indispensable acreditar las condiciones necesarias para su aplicación, es decir, que los hechos y circunstancias del caso se ajustan a lo previsto por la Ley. La carga de la prueba corresponde al ente obligado, por lo que el MDN debió aportar todos los elementos que considerara necesarios para establecer que revelar la información solicitada contiene opiniones o recomendaciones que forman parte del proceso deliberativo de los servidores públicos y que no se ha adoptado una decisión definitiva, tal como lo dispone la causal invocada contenida en el Art. 19 letra ð de la LAIP.

¹ FERNÁNDEZ, Manuel, Introducción al Derecho a la Información, A.T.E., Barcelona, 1977.

En el caso en análisis el **MDN** manifestó que el informe de la Comisión se encuentra en proceso de estudio en la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y que, dado que es un documento de carácter recomendatorio, no puede pronunciarse sobre él hasta que no se analice.

En concordancia con lo anterior, en la resolución impugnada claramente se establece que existe un **informe final** emitido por la Comisión. Es más, en el anexo 9 del informe justificativo remitido por el ente obligado, consta una nota periodística de la Prensa Gráfica en la que claramente se establece que el informe ya fue terminado y remitido a la Presidencia de la República.

De los documentos aportados como pruebas, tanto por el **MDN** como por el apelante, es posible deducir que el propósito de la comisión era generar el informe objeto de la presente controversia. Dicho de otro modo, **el referido informe constituye un documento final, independientemente de que haya sido remitido a la Presidencia de la República no**, para que ésta emitiera su opinión o lo analizara. Esto implica que el informe no se encuentra en deliberación por parte de la Comisión que lo creó. En todo caso, ha sido remitido a la Presidencia de la República, como estaba previsto, para que sea ésta quien tome la decisión o no de seguir o adoptar las recomendaciones que deberían constar en dicho documento, lo que no significa que el documento sea un borrador, pues la Comisión cumplió con su propósito de generarlo y remitirlo.

En consecuencia, de las pruebas aportadas no es posible concluir que se hayan verificado los presupuestos necesarios para tener como acreditada la causal de reserva regulada en la letra ñ del Art. 19 de la LAIP, por lo que no se cumple con el primero de los requisitos de la información reservada.

(ii) **Temporalidad.** La declaratoria de información reservada debe estar sujeta a un plazo definido, establecido en los términos de los Arts. 20 de la LAIP y 31 letra ñ del RELAIP, y es que si no se establece el plazo de reserva podría vulnerarse el derecho de acceso a la información de los ciudadanos, al generar incertidumbre sobre el momento en que la información estará a su disposición. Para el caso en comento, es importante señalar que la resolución impugnada no comunica ni indica el plazo de reserva de la información requerida por el apelante, del mismo modo, en el índice de información reservada emitido por el ente obligado remitido a este Instituto

el 16 de enero del corriente año, no consta ni la reserva del informe de la Comisión ni mucho menos su plazo, por lo que tampoco se cumple con este requisito.

(iii) **Razonabilidad.** Es necesario que se razone y fundamente la adopción de la limitación, con lo que se busca reducir la arbitrariedad de los funcionarios con potestad para denegarla. En esencia, no basta con enunciar los motivos que conllevan al ente obligado a declarar la reserva, sino que tales argumentos deben ser jurídicamente válidos y razonables, en la medida que no se establezca un límite arbitrario al DAIP.

La declaratoria de reserva de información pública no debe adoptarse automáticamente por la mera confirmación de la adecuación de los hechos analizados a la norma habilitante; implica también una verdadera labor de ponderación por parte del ente obligado, que debe valorar los intereses o derechos que pretende salvaguardar con la restricción al DAIP, de tal forma que, concluido dicho análisis, pueda determinarse si procede la liberación de la información o por el contrario si está debidamente justificada su reserva.

En el caso en análisis, dado que no se cumple con el requisito de legalidad, no puede ni siquiera sugerirse una ponderación de derechos, pues ni siquiera se ha acreditado que se cumpla alguno de los supuestos regulados en el Art. 19 de la LAIP para fundamentar la restricción al DAIP. Y es que, en efecto, para ponderar la reserva de la información sobre la regla general del acceso, se requiere que previamente se haya establecido, por lo menos, que la ley reconoce la posibilidad de restricción y que éste supuesto se ajusta auténticamente a los hechos.

De todo lo antes expuesto se concluye que, la declaratoria de reserva adoptada por el ente obligado no cumple con ninguno de los requisitos legalmente establecidos para ello, por lo que debe prevalecer el acceso a la información pública y, por lo tanto, revocarse la resolución impugnada.

II. No obstante la reserva declarada sobre la información solicitada no cumple con los requisitos legales, es indispensable hacer una serie de consideraciones sobre la naturaleza del informe emitido por la Comisión y el trato especial que la LAIP brinda a este tipo de información.

Del carácter de derecho fundamental del DAIP² se derivan consecuencias tales como: a) la prohibición de alterar su contenido esencial, tanto en su interpretación como en su regulación; b) el reconocimiento de su dimensión objetiva o institucional, con sus implicaciones prestacionales y de garantía; c) la directiva de su armonización, balance o equilibrio con otros derechos en conflicto; y, d) el reconocimiento de su fuerza expansiva y optimizadora.

Por su parte el derecho a conocer la verdad, encuentra raigambre constitucional en los Arts. 2 inc. 1º y 6 inc. 1º de la Cn., y para su pleno ejercicio requiere de investigaciones serias, exhaustivas, responsables, imparciales, sistemáticas y concluyentes por parte del Estado, el esclarecimiento de los hechos y la correspondiente sanción, especialmente en caso de graves violaciones a los derechos humanos³.

Es importante señalar que el derecho humano a la verdad ostenta una doble dimensión. En el ámbito individual, legitima a las personas directa o indirectamente afectadas por la vulneración de sus derechos fundamentales a saber, con independencia del tiempo que haya transcurrido desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo y por qué se produjo, entre otras cosas; y, en el ámbito colectivo, legitima a la sociedad entera como titular del derecho a conocer la verdad de hechos que hayan vulnerado gravemente derechos fundamentales, pues con ello se posibilita la memoria colectiva, la cual permitirá construir un futuro basado en el conocimiento de la verdad, piedra fundamental para evitar nuevas vulneraciones a los derechos fundamentales.

Ahora bien, el DAIP guarda una estrecha relación con el derecho a conocer la verdad, cuyo ejercicio conjunto resulta de vital importancia, especialmente ante la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, como la desaparición forzada de personas y el asesinato sistemático de civiles durante un conflicto armado. Estos dos derechos humanos constituyen las herramientas primordiales para el esclarecimiento de los hechos, y el principal medio de

² Proveniente del reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión Art. 6 de la Constitución que tiene como presupuesto el derecho de investigar o buscar y recibir información de toda índole, pública o privada, que tengan interés público, y en el principio democrático del Estado de Derecho consagrado en el Art. 85 de la constitución, que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la transparencia y la publicidad en la Administración.

³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de amparo: 665-2010, del 5 de febrero de 2014.

reparación para las víctimas y sus familiares; según lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) con fundamento en estos derechos es posible reconstruir el pasado, reconocer los errores cometidos, reparar a las víctimas y formar una opinión pública vigorosa que contribuya a la recuperación democrática y a la reconstrucción del Estado de Derecho⁴.

III. Es necesario aclarar que, en concordancia con el derecho humano a la verdad, el legislador dispuso en la parte final del Art. 19 de la LAIP, una cláusula de prohibición de reserva de cualquier información que se relacione con la investigación de graves violaciones a los derechos fundamentales o delitos de trascendencia internacional; esta es una manifestación de la dimensión colectiva del derecho a conocer la verdad, en la medida que cualquier persona ó como miembro de la sociedad y titular del derecho ó puede solicitar este tipo de información y a la vez fiscalizar la actividad estatal en la investigación de tan graves hechos.

Al respecto, la CrIDH⁵ en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sostuvo que (í) en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación de procesos pendientes (í) Los poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado para evitar o dificultar la investigación de ilícitos atribuidos a los miembros de sus propios órganos.

En conclusión, puede afirmarse que la Ley establece un parámetro de valoración en cuanto a la información relacionada con graves violaciones a derechos humanos y reconoce el interés general en su conocimiento, derivado de la suma relevancia de los bienes jurídicos afectados, frente a otros derechos o intereses, en la medida que prohíbe toda restricción derivada de una declaratoria de reserva.

En tal sentido, cabe destacar que la información solicitada por el apelante, fue generada por la Comisión de Revisión Histórica de la Fuerza Armada, constituida por medio del decreto

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Narciso González Medina vs. República Dominicana*, resolución del 21 de junio de 2012.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del caso *Mirna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003.

ejecutivo 007, del 17 de enero de 2012 publicado en el Diario Oficial tomo 398 del 27 de enero del mismo año. La creación de tal comisión fue ordenada por el entonces presidente de la República Mauricio Funes Cartagena, en el discurso pronunciado el 16 de enero de 2012, en el marco del reconocimiento de los graves hechos cometidos por el ejército en el cantón el Mozote y en lugares aledaños durante diciembre de 1981.

En el referido discurso, además de ordenar la creación de la Comisión, también se dio a conocer que su propósito sería la revisión de los procedimientos internos de la Fuerza Armada, para adecuarlos al reciente reconocimiento de la participación de agentes del Estado salvadoreño en la masacre del Mozote.

Tanto la conformación de la Comisión como su objetivo primordial fueron definidos en un acto público ampliamente difundido por la prensa nacional e internacional, por lo tanto son hechos notorios, que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 314 inc. 2° del Código Procesal Civil y Mercantil, se tienen por establecidos sin necesidad de ser probados por las partes. Por otra parte, la existencia del informe final de la referida comisión, solicitado por el apelante, fue confirmada por el mismo ente obligado en el informe correspondiente, de tal forma que su existencia también se tiene por acreditada.

Cabe resaltar que no obstante ésta no cumple ninguno de los requisitos de ley antes señalados, la labor encomendada a la Comisión de Revisión Histórica de la Fuerza Armada, indudablemente guarda estrecha relación con los hechos cometidos en la masacre llevada a cabo en el cantón el Mozote y lugares aledaños en diciembre de 1981, así como con otros hechos similares, pues estos hechos están claramente amarrados a su fin. En tal sentido, tratándose de información relacionada con graves violaciones a los derechos humanos, incluso reconocidas por el Estado Salvadoreño⁶, en virtud de lo dispuesto en la parte final del Art. 19 de la LAIP, no le es aplicable ninguna causal de reserva, lo que reconfirma su publicidad.

IV. El ente obligado también manifestó que el informe solicitado ya no se encuentra en su poder, y que actualmente está en estudio de la secretaría jurídica de la Presidencia de la República, al respecto debe aclararse que los entes obligados tienen el deber de resguardar y conservar todo

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador; del 19 de agosto de 2013.

documento público⁷. Este deber de conservación de los documentos con valor histórico obedece a un mandato constitucional Art. 63 de la Constitución que también ha sido retomado en los Arts. 42 y 43 de la LAIP, de tal forma que se extiende a todos aquellos documentos generados por ellos o que obren en su poder.

En tal sentido, lo entes obligados no pueden desligarse de su obligación de resguardo cuando la información sea utilizada por otra dependencia o institución, de toda información generada debe conservarse un registro en los archivos del mismo ente, a fin de garantizar el acceso al mismo, comprobar la función realizada me incluso para justificar la erogación de fondos públicos.

Debe señalarse la incongruencia existente en los argumentos del ente obligado, que inicialmente denegó el acceso al informe y a las actas solicitadas, alegando que dicha información era de carácter reservada, mientras que en el informe de ley argumentó que tales documentos ya no se encuentran en poder del **MDN**.

En virtud de lo antes expuesto, una vez aclarada la naturaleza pública de la información solicitada, consistente en el informe final de la Comisión creada a partir de la orden emitida por el ex Presidente Mauricio Funes Cartagena, durante el discurso pronunciado el 16 de enero de 2012, y las actas de reuniones de dicha comisión; el ente obligado deberá entregar una copia de la misma al apelante, de no ser posible, por no que no obre copia del mismo en sus archivos institucionales, el MDN deberá recuperar una copia del referido informe que deberá resguardar en sus archivos y entregar una reproducción al apelante. **C. PARTE RESOLUTIVA**

Por tanto, de conformidad con las razones antes expuestas y disposiciones legales citadas, y con los Arts. 6 y 18 de la Cn., 94, 96 letra òbõ y 102 de la LAIP, este Instituto **resuelve:**

a) Revócase la resolución del Oficial de Información del **Ministerio de la Defensa Nacional** venida en apelación por no estar apegada a derecho.

b) Ordénase al **Ministro de la Defensa Nacional** que, dentro del **plazo de diez días hábiles** contados a partir de la notificación de esta resolución, entregue al apelante la

⁷ BOZA, Beatriz. Acceso a la Información del Estado: Marco Legal y Buenas Prácticas. Konrad-Adenauer-Stiftung e V ó CAD. Lima, 2004. Pag. 38-39.

información solicitada consistente en (i) Informe final de la Comisión de Revisión e Interpretación Histórica de la Fuerza Armada creada a partir de la orden formulada por el Ex Presidente Mauricio Funes Cartagena durante el discurso realizado el 16 de enero de 2012; y (ii) Copia de todas las actas de reuniones de trabajo, realizadas por esta misma comisión durante el período comprendido entre el mes de enero de 2012 y diciembre de 2013. Asimismo, deberá rendir informe de cumplimiento a este Instituto dentro de las **24 horas siguientes** al vencimiento del plazo anterior.

c) **Publíquese.**

Notifíquese.

-----ILEGIBLE-----ILEGIBLE-----J CAMPOS ----- ILEGIBLE -----
PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES COMISIONADOS QUE LA SUSCRIBEN
RUBRICADAS