



41

53-2017

HONORABLE SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NOSOTROS: CARLOS ADOLFO ORTEGA conocido por CARLOS ADOLFO ORTEGA UMAÑA, MAX FERNANDO MIRÓN ALFARO, ambos de generales conocidas en el presente trámite; MARÍA HERMINIA FUNES DE SEGOVIA, mayor de edad, del domicilio de San Salvador, con Documento Único de Identidad número xxxxxxxxxxxxxxxx, en mi calidad de Comisionada Propietaria, lo cual se comprueba por medio de copia del acuerdo que consta en certificación de acta, expedida por el secretario para Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia de la República, de las diez horas y treinta minutos del día veintitrés de febrero de dos mil trece, por el sector de periodistas; JULIO CÉSAR GRANDE RIVERA, mayor de edad, del domicilio de San Salvador, con Documento Único de Identidad número xxxxxxxxxxxxxxxx, en mi calidad de Comisionado Suplente lo cual se comprueba por medio de copia del acuerdo que consta en certificación de acta, expedida por el secretario para Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia de la República, de las diez horas y treinta minutos del día veintitrés de febrero de dos mil trece; RENÉ EDUARDO CÁRCAMO, mayor de edad, del domicilio de San Salvador, con Documento Único de Identidad xxxxxxxxxxxxxxxx, en mi calidad de Comisionado Propietario, lo cual compruebo por medio de copia de certificación de fecha siete de junio de dos mil diecisiete emitida por el Secretario para Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia de la República en la que soy nombrado Comisionado Propietario para el Instituto de Acceso a la Información Pública; conformando el Pleno del Instituto de Acceso a la Información Pública, en adelante el "Instituto", a ustedes respetuosamente **EXPONEMOS:**

[Handwritten signatures and initials on the right margin]

I. ANTECEDENTES

El día cinco de junio del presente año fuimos notificados del auto de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete; en donde se solicitó [Que el Instituto] rinda informe justificativo la autoridad demandada dentro del plazo

de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación de este auto, con las razones en que fundamenta la legalidad de los actos administrativos impugnados; en los términos estipulados en el artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

II. INFORME

Este Instituto reafirma que las resoluciones sujetas a impugnación **no poseen ningún vicio de ilegalidad.**

El Ministerio para la Defensa Nacional (MDN) consideró ilegal la decisión del Pleno del Instituto en cuanto a declarar sin lugar el recurso de nulidad interpuesto respecto al señalamiento de diligencia de reconocimiento en sus archivos aduciendo que el ingreso a los mismos carece de fundamentación y de determinación; y, consecuentemente, se convierte en una especie de búsqueda en los archivos del MDN de la información requerida por el apelante.

En ese sentido, dicho ente consideró que el reconocimiento pretende obtener la información y no tiene por finalidad determinar la naturaleza de la información requerida, desvirtuando el trámite de apelación establecido en la Ley de Acceso a la Información Pública; por lo que, señalaron exceso de competencia y contravención del principio de legalidad por parte del Instituto. Esta Honorable Sala, ha dado crédito a lo planteado por la parte recurrente, a pesar de que se trata de un acto administrativo de trámite, por considerar que el mismo puede tener consecuencias insalvables en las resultas del trámite de apelación, por ello además el recurrente solicitó el establecimiento de una medida cautelar consistente en la suspensión del reconocimiento. Es decir, en el presente proceso sustanciado por la Sala de lo Contencioso Administrativo se examina la legalidad del rechazo del recurso de nulidad planteado por el MDN, y la firmeza del señalamiento del reconocimiento.

Es deber de este Instituto justificar la legalidad de los actos administrativos en impugnación, lo cual se hace en los siguientes términos:

a) El Derecho de Acceso a la Información Pública y las particularidades de su ejercicio

Previo a hacer un análisis eminentemente formal sobre las actuaciones de este Instituto, es necesario hacer relación a la particularidad del Derecho de Acceso a la Información Pública (DAIP) y a las competencias de este Instituto para garantizar su debido ejercicio.

La Sala de lo Constitucional ya reconoció el DAIP como un derecho fundamental y protegido, lo cual se encuentra en armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto en relación a los derechos de buscar y recibir informaciones, también se entiende que toda persona tiene derecho a acceder a la información en custodia de los archivos del Estado circunscribiéndose siempre a las limitaciones establecidas en los cuerpos normativos aplicables¹. Indica además la Organización de los Estados Americanos (OEA) que “Se trata de un derecho particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos”².

Sumado a lo anterior, el DAIP en su esencia es un derecho para ser ejercido por las ciudadanos, se le conoce también como un derecho “pro-ciudadano”; es decir, se reduce la relevancia de los formalismos en función del impulso al uso del derecho de la población, lo cual coincide con uno de los principios del Derecho Administrativo como es el antiformalismo.

A diferencia del derecho civil y procesal civil, las actuaciones están encaminadas a la protección de derechos de carácter constitucional pero a diferencia del derecho privado, y en la mayoría de ramas del derecho público, no se exige la procuración obligatoria, esto

¹ Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 76 y 78.

² La Asamblea General de la OEA reconoce al derecho de acceso a la información como “un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”. En este sentido, todos los Estados miembros de la OEA “tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva”. Asamblea General de la OEA. Resolución 1932 (XXXIII-O/03), “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”. 10 de junio de 2003. Ver también las resoluciones de la Asamblea General de la OEA 2057 (XXXIV-O/04), 2121 (XXXV-O/05), 2252 (XXXV-O/06), 2288 (XXXVII-O/07), y 2418 (XXXVIII-O/08).

supone una obligación para el Instituto de asegurar que se cumplan las garantías mínimas del debido ejercicio del DAIP, en detrimento del cumplimiento de las exigencia del formalismo, que no se desdeñan partiendo del carácter teleológico de las mismas que está relacionado con el ejercicio de garantías primordialmente del Derecho de Defensa y o del Derecho al Debido Proceso.

A lo largo de su funcionamiento, este Instituto se ha caracterizado por la simplicidad de sus actuaciones, lo cual no se enmarca en la mera discrecionalidad, sino se enraíza en los fines y principios que se encuentran contenidos en la misma Ley de Acceso a la Información Pública. Al referirnos a los fines, encontramos en el literal “a” del art. 3 el de “Facilitar a toda persona el derecho de acceso a la información pública mediante procedimientos sencillos y expeditos”. Si nos fijamos en los principios, encontramos el de máxima publicidad, en el literal “a” del art. 4; el de disponibilidad, en el literal “b”; el de prontitud, en el literal “c”; el de sencillez, en el literal “f”. Ello implica la obligación del Instituto a promover la aplicación de procedimientos sencillos, y a ser los primeros llamados al cumplimiento del fin y principios antes señalados, son los entes obligados que se encuentran determinados por el art. 7 de la LAIP, entre los que se encuentra el Ministerio para la Defensa Nacional.

En este punto, vale la pena hacer referencia al expediente del trámite de apelación bajo el examen de la Sala de lo Contencioso Administrativo y valorar si las actuaciones del **MDN** se encuentran acogidas a los principios antes enunciados. Ciertamente, las actuaciones del Instituto se encuentran sujetas al control de legalidad de esta Honorable Sala, así como al control de constitucionalidad de la Sala de lo Constitucional, y del mismo modo ocurre con el **MDN**, que en el presente caso ejerce su derecho de recurrir.

En cuanto a este argumento es necesario establecer que el DAIP es un derecho de rango constitucional, que al haber conferido la promoción y la facultad del aseguramiento de tal derecho a un ente administrativo, descansa en el principio de anti-formalismo, desarrollado por la doctrina del derecho administrativo y por jurisprudencia de esta Sala, y tratándose de un derecho pro ciudadano, adquiere una dimensión mayor porque garantizar el ejercicio de parte de todas las personas (de acuerdo al art. 1 de la LAIP) implica sencillez

en sus procedimientos, y la imposición de formalidades mínimas que solamente sirvan para asegurar la protección de otros derechos.

b) El rechazo del recurso de nulidad como punto de análisis en el presente recurso

El Instituto como autoridad administrativa encargada de la sustanciación y resolución de los trámites establecidos en la LAIP, es lógicamente el ente competente para resolver también los incidentes y los recursos planteados a lo largo del trámite. En ese sentido, la parte apelada (el MDN) consideró que se reunía los requisitos para recurrir el acto emitido por el Instituto por medio del recurso de nulidad, tomando en cuenta la remisión expresa al Derecho Común que hace el art. 102 de la LAIP, y dentro de los recursos recogidos por el Código Procesal y Mercantil (CPCM) se encuentra efectivamente el de Nulidad. En el recurso interpuesto, el MDN hacía referencia a la inobservancia del art. 232 del CPCM en los literales "a" y "c", los cuales se refieren a: la carencia de competencia, y si se han transgredido los derechos constitucionales de audiencia o defensa, respectivamente.

Si bien es cierto, la Administración Pública responde al principio de legalidad en sentido negativo estipulado en el art. 86 de la Constitución de la República, de acuerdo al cual las facultades de los entes administrativos deben establecerse de manera expresa en normas, pues así lo planteó el MDN en su recurso de nulidad, es de proliferado conocimiento que existen también las facultades discrecionales; es decir, existirán algunas facultades que no estarán expresamente en el ordenamiento jurídico pero se entienden dentro del ámbito de aplicación de otras normas; vale la pena mencionar la imposibilidad material de recoger todos los supuestos posibles y las consecuencias jurídicas que impliquen en la norma. Ahora bien, un ejemplo claro es la admisión del presente examen de legalidad de las actuaciones de este Instituto, de acuerdo a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo no existe norma expresa que habilite el examen para actos de trámite, y así lo ha hecho ver esta Sala en el auto de admisión; sin embargo, por medio de doctrina y la jurisprudencia desarrollada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, se ha determinado la posibilidad en los supuestos señalados en el auto de admisión, en relación a la doctrina y jurisprudencia señalada.

En otras palabras, las potestades discrecionales de la Administración habilitan la competencia aun cuando esta no se encuentra de manera expresa en los cuerpos legales pertinentes.

En el presente caso, la falta de competencia se relacionó con una supuesta interpretación constitucional del Ministerio (el MDN), en primer lugar la pregunta es si existe y en segundo si tiene validez o no. Además se hacía referencia a la base constitucional de la Fuerza Armada y de ahí se considera que a quien le corresponde la dirección de la protección de la soberanía e integridad, lo cual se relaciona con los archivos del MDN, es al Presidente de la República, por lo tanto, en función de la protección del Estado, toda la documentación que obra en custodia del MDN debe ser restringida.

Sobre la infracción a los derechos de audiencia y defensa, no se hizo ninguna alusión en el escrito que presentó el MDN, lo cual puede advertirse en el expediente del caso de apelación llevado en este Instituto.

Al respecto, el Instituto consideró que *“la LAIP otorga a este Instituto, [...] interpretar y garantizar el Derecho de Acceso a la Información Pública, y es en ese sentido que las providencias administrativas, como la presente que consiste en el Reconocimiento de los Archivos del MDN se considera como una diligencia primordial para cumplir de manera efectiva, la facultad que mencionamos; que se traduce ineludiblemente en un deber.”*

Además se consideró que: *“Al no existir fundamentos legales o doctrinarios que soporten la tesis expuesta por el MDN, el recurso de nulidad incoado no solamente entorpece el desarrollo del presente trámite de apelación, sino también se constituye en una flagrante estrategia dilatoria, que se agrava cuando dicho recurso se basa en “interpretaciones constitucionales del Ministerio para la Defensa Nacional”.*

Por tanto, es oportuno recalcar que en la Sentencia de las quince horas dos minutos del diecisiete de enero de dos mil diecisiete, en relación al proceso 220-2014, la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo manifestó que la LAIP no posee un contenido

manifiesto que permita dilucidar *prima facie* la medida material que debe tomarse para lograr el acceso a la información.

Sin embargo, el IAIP posee dos facultades de suma trascendencia en torno a la protección de derecho de acceso a la información pública, siendo éstas: velar por la correcta aplicación de la LAIP y garantizar el debido ejercicio del derecho de acceso a la información pública, art. 58 letras "a" y "b" de la LAIP.

Y que en tal sentido, el IAIP está facultado a construir medidas u órdenes razonables, materialmente posibles, que se encuentren dentro de las posibilidades de actuación del ente obligado, y que constituyen una obligación legal de dicho ente, para facilitar el acceso a la información solicitada por los peticionarios.

Es decir, que a falta de pronunciamiento de carácter constitucional, emitido por la Sala de lo Constitucional o legal proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el máximo ente en cuanto a la interpretación del DAIP es el Instituto de Acceso a la Información Pública, así como la integración normativa, tomando en cuenta el desarrollo por medio de organismos internacionales e instituciones homólogas de otros países, se encuentra en la construcción de criterios sobre la información pública, su acceso y el ejercicio del derecho, todo en el marco del reconocimiento y la protección de derechos fundamentales.

Así también, debe advertirse que el recurso interpuesto fue resuelto desfavorable al ente, considerando que los planteamientos hechos en su momento por el MDN carecían de elementos que permitieran conceder la nulidad planteada, como se ha dicho en el presente informe, no se configuró la falta de competencia alegada. Además no se acreditó la ilegalidad del reconocimiento. En la presente etapa se ha planteado que el reconocimiento en los archivos del MDN supone la búsqueda de la información, siendo ese el objeto de la apelación. En tal sentido, la finalidad del reconocimiento es obtener elementos que permitan inferir si la información se encuentra en custodia del MDN o no; luego, determinar si esta es pública o no.

Ahora bien, el señalamiento del reconocimiento, responde tal y como se dijo en el auto que resolvió no ha lugar la nulidad planteada por el MDN, en la jurisprudencia internacional, que ha reconocido la necesidad de la existencia de organismos imparciales que puedan llevar a cabo estas búsquedas, lo cual no se restringe al DAIP sino también al **Derecho a la Verdad**, el cual constituye el derecho que tiene la población de recuperar su memoria histórica y conocer los hechos que han sucedido en el país; tarea difícil cuando la entidad que posee la información puede verse señalada por sus actuaciones en periodos históricos del pasado.

El derecho a la verdad solo es posible si se garantiza, a través de investigaciones serias, exhaustivas, responsables, imparciales, integrales, sistemáticas y concluyentes por parte del Estado, el esclarecimiento de los hechos y la correspondiente sanción. La Sala de lo Constitucional ha señalado que el Art. 2 de la Constitución de la República alude a un catálogo de derechos fundamentales abiertos, y por tanto esa Sala afirmó que el derecho a conocer la verdad encuentra sustento constitucional en los artículos 2 inciso primero y 6 inciso primero de la Constitución de la República³.

Existe además un argumento operativo, la misma organización de los archivos de una entidad pública debe responder a las normativas de archivos, por lo que el MDN en su afán de proteger información secreta o confidencial, no debe hacerlo restringiendo el acceso a sus archivos, sino clasificando y resguardando de manera especial aquellos que puedan limitarse en función de las restricciones que determina la LAIP y no en función de interpretaciones constitucionales que omitan el cumplimiento de una ley secundaria debidamente promulgada.

Finalmente, es pertinente indicar que el sometimiento de una controversia implica la posibilidad de una resolución favorable para una parte y desfavorable para otra, esto porque las pretensiones en un trámite tienden a ser claramente contrarias, matizado por la posibilidad de encontrar puntos medios que puedan brindar una finalización anticipada del trámite. En cuanto al presente acto administrativo de rechazo de la nulidad, se hizo valer su

³ Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013, del 13 de julio de 2016.

competencia como director del trámite y como autoridad cuasi-jurisdiccional concluyendo que la nulidad no era atendible y por lo tanto se declaró no ha lugar, con la debida fundamentación y motivación.

c) El reconocimiento en el archivo del MDN como prueba pertinente en el trámite de apelación.

El reconocimiento judicial es una prueba que garantiza el principio de inmediación del juzgador con los hechos sobre los que va a resolver, sin embargo puede interpretarse como un medio subsidiario porque normalmente los elementos obtenidos del mismo, también pueden recopilarse por otros medios probatorios. En el presente caso debe denotarse la necesidad, y es que siguiendo las reglas del mismo CPCM se ha evaluado también la pertinencia de la realización de la diligencia. Además, para el reconocimiento se cita a ambas partes a fin de asegurar el derecho de defensa de los intervinientes, a fin de consignar en el acta los resultados del mismo se plasmen los hechos con la aprobación de quienes podrán verse directamente afectados o beneficiados.

La naturaleza del reconocimiento es de un medio de prueba cuya finalidad es enriquecer la decisión de la autoridad, como hemos dicho cuasi-jurisdiccional como es el Instituto. Debe aclararse el objeto de la apelación, que busca determinar la existencia de información relacionada a la solicitud original hecha en sede del MDN, a raíz de la resolución del Oficial de Información que resolvió: *"no se encontró ningún antecedente relacionado a la información requerida. No contando con elementos suficientes que permitan realizar la reconstrucción de la información"*. Ello implica el obstáculo para el acceso a la información del apelante se basó en una inexistencia no declarada formalmente por la entidad, por lo tanto para determinar si esta es procedente o no, es necesaria el agotamiento de una serie de supuestos.

En ese sentido, también como se dijo en párrafos anteriores, si existen indicios de parcialidad, debe ser un tercero imparcial quien utilice los medios legítimos para asegurar que no haya una restricción arbitraria del DAIP. Por ello, la medida pertinente es el reconocimiento señalado, pues como hemos dicho, no pretende buscar la información sino

determinar si es existente o no, y en segundo lugar porque el Instituto es la entidad garante del ejercicio del DAIP y de la correcta interpretación de la LAIP. El comisionado instructor del presente procedimiento advirtió, de la lectura del expediente administrativo y la resolución del Oficial de Información, que no se acreditó que efectivamente se hizo una búsqueda exhaustiva de la información, situación que a efecto de obtener más insumos, se pretendió resolver obteniendo más elementos probatorios.

Esa honorable Sala no debe perder de vista la legalidad de la actuación del Comisionado Instructor, el cual según el art. 87 de la LAIP deberá, entre otras actuaciones, formar expediente y recopilar prueba; por otra parte, el art. 79 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública señala que las pruebas se acreditarán por todos los medios admitidos por el derecho común; asimismo, el Código Procesal Civil y Mercantil establece el reconocimiento como un medio de prueba; por tanto la actuación se realizó en atención a las facultades legales.

En conclusión, la declaratoria de nulidad como el señalamiento del reconocimiento en los archivos del MDN son actos administrativos legales, enmarcados en las competencias del Instituto y en la correcta interpretación de la LAIP, por ser el Instituto el ente obligado a determinar los alcances de la misma.

III. PETITORIO

Por todo lo antes expuesto, y las disposiciones legales antes citadas, a ustedes respetuosamente, **PEDIMOS:**

- a) Se admita el presente escrito.
- b) Se tenga por evacuado el informe requerido por esa Honorable Sala.
- c) Se siga el trámite de ley.

Señalamos para oír notificaciones la sede del Instituto, en la dirección que ya consta en el proceso, y además comisionamos para presentar, recibir y retirar cualquier documentación, a los licenciados **César Mauricio González Flores**, mayor de edad, abogado, del domicilio de Mejicanos, departamento de San Salvador; **Diego Gerardo Gómez Herrera**, mayor de edad,



abogado, del domicilio y departamento de Santa Tecla; **Johana Victoria Clará Dueñas**, mayor de edad, abogada, del domicilio y departamento de San Marcos y, **Uzziel Vinaro Medrano Artiga**, mayor de edad, estudiante, del domicilio y departamento de Santa Tecla.

San Salvador, veintitrés de junio de dos mil diecisiete.

Pleno del Instituto de Acceso a la Información Pública

.... conforme a su original, con la cual se confrontó y para que lo proveído por este Instituto tenga su debido cumplimiento, se extiende la presente, a los diecinueve días del mes de marzo del dos mil dieciocho.

VICENTE ORLANDO HERNÁNDEZ MELARA
OFICIAL DE INFORMACIÓN
IAIP

