

NUE 23-ADP-2020 (LS)

XXXXXXXXXXXXX contra la Dirección General de Migración y Extranjería (DGME)

Resolución definitiva

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (IAIP): San Salvador, a las once horas con quince minutos del nueve de diciembre de dos mil veinte.

A. Descripción del Caso

I. El 14 de febrero de este año, **XXXXXXXXXXXXX** en adelante, el apelante, presentó recurso de apelación en contra de la resolución del Oficial de Información de la **Dirección General de Migración y Extranjería (DGME)** emitida y notificada el 12 de febrero del presente año. En el formulario de apelación, el apelante manifestó haber solicitado a la UAIP de la **DGME**, la documentación consistente en “1) copia de memorándum S/N de fecha **XXXXXXXXX** emitido por el Director General y dirigido a la unidad jurídica donde ordena el inicio de proceso de destitución en mi contra; 2) copia de las investigaciones realizadas el día **XXXXXXXXX** por el coordinador de turno de la frontera Amatillo por denuncia puesta en mi contra; 3) copia de lineamientos mencionados por los oficiales **XXXXXXXXX** y **XXXXXXXXXXXXX** en informe de fecha 30/08/2019 en mi contra; 4) listado de usuarios afectados según mencionan los oficiales **XXXXXXXXXXXXX** y **XXXXXXXXXXXXX** en su informe de fecha **XXXXXXX** en mi contra; 5) memorándum mencionado por el coordinador de turno de frontera amatillo mencionado en su informe de fecha **XXXXXXXXX** por denuncia interpuesta en contra por usuario, donde menciona no haberlo observado” (sic.), pese a ello, en el momento de interposición del recurso de apelación, el apelante no aclaró su inconformidad respecto de qué documentación no le fue entregada, por lo que se le previno para que, en consonancia a su inconformidad, señalara los ítems que no le fueron entregados.

En relación a lo ya expuesto, el apelante subsanó la prevención del auto de las once horas con un minuto del veinticuatro de febrero del año dos mil veinte, delimitando así el

objeto de controversia del presente procedimiento el cual se resume en la información consistente en: *“1) Copia de memorándum sin número de fecha treinta de septiembre del año recién pasado emitido por el señor director y recibido por la oficina jurídica ese mismo día ordenando el inicio de mi proceso de destitución en mi contra y; 2) copia de las investigaciones realizadas el día quince de septiembre del año recién pasado por el coordinador de turno de la frontera amatillo por denuncia interpuesta en mi contra”* ello, en relación al procedimiento de destitución seguido en su contra dentro de la **DGME**.

Por su parte, el oficial de información de la **DGME** resolvió, respecto de los requerimientos arriba delimitados, entregar: **i.** Memorándum S/N de fecha XXXXXXXXXXXX por medio del cual se remite la denuncia en contra del apelante interpuesta por ciudadano salvadoreño y; **ii.** Informe de fecha XXXXXXXX, suscrito por el coordinador del grupo 01 de la frontera “El Amatillo”.

Al respecto, el apelante manifestó su inconformidad, en el sentido que, a su parecer, la información brindada resulta incompleta, en aras que se debió especificar si la documentación que no le fue entregada realmente existe o no.

II. El apelante interpuso recurso de apelación ante este Instituto conforme al Art. 38 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), el cual fue admitido y reasignado al comisionado **Luis Javier Suárez Magaña**, para instruir el procedimiento y elaborar un proyecto de resolución.

En plena observancia y respeto al Derecho de Defensa que debe imperar en todo procedimiento, de conformidad con el artículo 88 de la LAIP, se corrió traslado a la **DGME** para que rindiera su informe. Dentro del mismo, el representante del ente obligado confirmó las actuaciones del oficial de información alegando la entrega íntegra de la documentación solicitada por el apelante, reafirmando de igual modo los actos que constan en los documentos que componen el expediente administrativo, entre ellos la resolución del oficial de información y el correo electrónico de remisión de la información solicitada por el apelante junto a los respectivos anexos.

III. La audiencia oral, se desarrolló con la comparecencia de la representante del ente obligado, la licenciada XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, quien ya se encontraba acreditada para intervenir considerando documentación ya incorporada al expediente de este procedimiento. No obstante, pese haberse realizado las debidas notificaciones al apelante en legal tiempo y forma, este no compareció a la audiencia respectiva. Dicha audiencia se celebró a través de la plataforma *meet* de google, ello en cumplimiento a los fines de la LAIP de conformidad a su Art. 3 letra “g”, el cual establece la promoción del uso de las tecnologías de la información, comunicación y la implementación del gobierno electrónico que tiene como objetivo el uso del internet, las redes sociales o las páginas web.

Una vez instalada la respectiva audiencia, en la etapa de alegatos, la representante del ente obligado reafirmó la posición de la **DGME** en el sentido de tener por entregada la documentación solicitada por el apelante, requiriendo el sobreseimiento del presente procedimiento puesto que no hay documentación complementaria que satisfaga la pretensión del apelante en el sentido de controvertir el acto administrativo emitido por el oficial de información de la **DGME** el 12 de febrero de 2020.

B. Análisis del Caso

Una vez establecido lo anterior, el examen del caso seguirá el orden lógico siguiente: **(I)** Algunas consideraciones sobre la protección de datos personales; **(II)** Breve referencia de los actos administrativos, con especial énfasis en los actos desfavorables **(III)** Breve análisis sobre la inexistencia de la información; y **(IV)** Naturaleza de la información solicitada.

I. De acuerdo a la resolución definitiva emitida por este Instituto en fecha 9 de marzo de 2018, en el procedimiento de imposición de sanciones de referencia NUE 3-DDP-2017, por dato personal se entiende toda aquella información relativa a un individuo identificado o identificable que, entre otras cosas, le dan identidad, lo describen, precisan su origen, edad, lugar de residencia, trayectoria académica, laboral o profesional.

Asimismo, señalan aspectos sensibles o delicados sobre tal individuo, como es el caso de su domicilio, teléfono, sus características físicas, ideología o vida sexual, entre otros¹.

a. Asimismo, el Art. 31 de la LAIP establece que el derecho a la protección de datos personales, consiste en que: *“Toda persona, directamente o a través de su representante, tendrá derecho a saber si se están procesando sus datos personales; a conseguir una reproducción inteligible de ella sin demora; a obtener las rectificaciones o supresiones que correspondan cuando los registros sean injustificados o inexactos y a conocer los destinatarios cuando la información sea transmitida, permitiéndole conocer las razones que motivaron su petición, en los términos de esta ley. El acceso a los datos personales es **exclusivo de su titular o su representante**”* (la negrita es nuestra).

En ese orden de ideas, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de Amparo del día 4 de marzo de 2012 con referencia 934-2007, reconoció que la protección de los datos personales es el medio por el cual se salvaguarda los objetivos de la faceta material del derecho a la autodeterminación informativa, por un conjunto de derechos subjetivos, deberes, principios, procedimientos, instituciones y reglas objetivas, teniendo este su fundamento en el principio de seguridad jurídica, establecido en el art. 2 de la Constitución de la República (Cn); asimismo, estableció que la protección de este derecho, pretende satisfacer la necesidad de las personas de preservar su identidad ante la revelación y el uso de los datos que les conciernen, y que este no puede limitarse a determinado tipo de datos —sensibles o íntimos—; lo decisivo, es la utilidad y el tipo de procesamiento que de los mismos se haga, pues se requiere conocer el contexto en que se utiliza o se pretenda utilizar.

Por ello, el grado de sensibilidad o intimidad del dato personal ya no depende si afecta o no la esfera íntima o privada de la persona, hace falta conocer la relación de utilización de un dato para poder determinar sus implicaciones con el individuo; es decir, determinar la verdadera finalidad y qué posibilidades de interconexión y de utilización

¹ Concepto retomado del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de los Datos Personales de los Estados Unidos Mexicanos (INAI), en su resolución de fecha 1 de febrero de 2017, de referencia RRA 3995/16.

existen, solo así se podrá descifrar la licitud de las restricciones al derecho a la autodeterminación informativa o protección de datos personales.

Este derecho también se encuentra reconocido en los tratados de derechos humanos que forman parte del orden jurídico salvadoreño, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 16); al interpretar estas disposiciones, los Organismos Internacionales han destacado la noción de las garantías respecto de los registros personales y corporales, las relacionadas con la recopilación y registro de información personal en bancos de datos y otros dispositivos.

b. Por otro lado, es pertinente señalar que dentro de esos derechos subjetivos que componen el derecho a la protección de datos personales, se encuentra el derecho de acceso (art. 36 letras “a”, “b” y “c” de la LAIP) y el derecho de rectificación a los datos personales (art. 36 letra “d” de la LAIP), que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional² el primero es la *“facultad que implica la posibilidad de comprobar si se dispone de información sobre uno mismo y conocer el origen del que procede y la finalidad que se persigue”*; y, el segundo es el derecho de solicitar *“la modificación de los datos que aparecen erróneamente consignados y obtener así la integración de los que sean incompletos”*.

II. Por otro lado, bien es sabido que se define al acto administrativo como toda declaración de voluntad, juicio, deseo o conocimiento realizado por la Administración Pública en el pleno ejercicio de su potestad³, los actos administrativos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), a efecto que estos resulten válidos han de rescatar ciertos requisitos -causa, fin, motivación, procedimiento, forma de expresión, presupuesto de hecho, competencia e investidura del órgano competente-, además de ello, los actos administrativos responden a una clasificación, para el caso en concreto nos enfocaremos en aquellos actos que generan

²Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional, en el Amparo del día cuatro de marzo de 2012 con referencia 934-2007.

³Resolución emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el día veinticuatro de julio de 2006 con referencia 26-J-2004.

efectos sobre los derechos e intereses de los administrados o bien, que amplían o restringen la esfera jurídica de estos.

Cuando se hace alusión a los actos administrativos que amplían o restringen la esfera jurídica de los administrados ha de hablarse de los actos favorables y los actos desfavorables, los primeros de estos evidentemente, son aquellos que brindan una respuesta en pro del interesado en el sentido de conceder a este lo requerido a la Administración, estos se manifiestan a través de autorizaciones, admisiones, concesiones y demás actos de similar índole.

Por su lado, los actos desfavorables o de gravamen, son aquellos que de manera notoria restringen la posibilidad del goce de derechos al administrado, en el sentido de limitar su margen de acción, por lo general estos se manifiestan mediante la extinción de un derecho o incluso una expropiación, no siendo estos los únicos supuestos donde cabe dicha posibilidad. En concordancia a la anterior idea, esta clasificación de los actos administrativos responde a todo un aparataje procedimental estructurado de manera tal que salvaguarde de manera veraz todas las garantías procesales que invisten al sujeto interesado. De acuerdo a la Sala a de lo Contencioso Administrativo, “ningún acto que cause perjuicio al administrado puede entenderse configurado sin que le preceda un procedimiento en el cual se le confieran todas las garantías para la defensa de sus derechos e intereses”⁴.

En la misma línea de ideas, hemos de entender que las garantías de audiencia y defensa forman parte de toda la estructura procedimental que compone toda actuación emitida por la Administración Pública. La primera de estas, es decir la garantía de audiencia, nos remite al artículo 11 de la Constitución de la República en el sentido que tal disposición regula la existencia de un juicio previo que tenga como consecuencia un pronunciamiento que inhiba a un sujeto determinado del goce de ciertos derechos; por su lado, al hablar de la garantía de defensa comprenderemos la existencia de la actividad procesal dirigida a hacer valer ante una autoridad judicial o administrativa, los derechos

⁴Resolución emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el día treinta y uno de enero de 1995 con referencia 70-A-93.

subjetivos y los demás intereses jurídicos de la persona contra la cual se sigue un proceso o procedimiento⁵.

De lo anterior ha de entenderse que, previo a emitirse un pronunciamiento que afecte los derechos de los administrados, la Administración ha de brindarles de la oportunidad idónea para que estos puedan realizar el pronunciamiento respectivo a fin que su posición jurídica no se vea perjudicada como consecuencia de la actividad de la Administración.

En consonancia a las anteriores afirmaciones, ha de agregarse que, por la misma naturaleza de esta clase de actos administrativos, estos deben exteriorizarse de manera expresa; es decir, debe ser un acto que resulte manifiesto, perceptible y cognoscible por los sentidos, teniendo existencia no solo formal sino. material, instrumentalizándose y teniendo contenido de forma material.

Para el caso en comento, si bien un conjunto de actuaciones llevadas a cabo dentro de la **DGME** tuvieron como consecuencia la destitución del apelante, debe existir documentación que plasme cada una de estas, ello a fin de asegurar que ha existido un procedimiento conforme a leyes, reglamentos o directrices vigentes que tengan como resultado la remoción del cargo del susodicho apelante.

III. En este punto, es importante mencionar que el art. 73 de la LAIP dispone que cuando la información solicitada no se encuentra en los archivos de la unidad administrativa correspondiente, el oficial de información tomará las medidas pertinentes para localizarla en la dependencia que se encuentre, y, en caso de no encontrarla, expedirá una resolución que confirme su inexistencia.

Este Instituto ha reconocido con anterioridad como causales que pueden dar lugar a la inexistencia de la información las siguientes: a) que nunca se haya generado el documento respectivo; b) que el documento se encuentre en los archivos del ente obligado pero se haya destruido por su antigüedad, fuerza mayor o caso fortuito; y, c) que la

⁵ Sentencia Definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional, en el Habeas Corpus del día treinta de octubre de 2017 con referencia 238-2016.

información haya estado en los archivos de la dependencia o entidad y la inexistencia se derive de su destrucción, en este caso deberá verificarse si ésta se realizó de conformidad con las disposiciones vigentes en ese momento, o bien, si la destrucción se hizo de manera arbitraria⁶.

Por otra parte, es atinente señalar que la inexistencia implica necesariamente que la información **no se encuentra en los archivos de la autoridad** –; es decir, se trata de una cuestión de hecho –; no obstante, que la dependencia o la autoridad cuente con las facultades para poseer dicha información. En este sentido, es de señalar que la inexistencia es un concepto que se atribuye a la información solicitada⁷.

Además, en resoluciones emitidas por este Instituto⁸, se han tomado como base los **criterios emitidos por la Red de Transparencia y Acceso a la Información (RTA)** que, en relación a la inexistencia de la información ha establecido: “se deberá fundar y motivar que la información solicitada no existe, y para ello, se deberá acreditar que se realizó una búsqueda exhaustiva en los archivos materiales y en su caso, digitales, consignando los requisitos que den certeza de que la búsqueda fue realizada de manera minuciosa, tales como: **i)** que se remitió la solicitud de acceso a todas las áreas competentes que pudieran contar con la información requerida, con el propósito de que, en su caso la localizaran y manifestaran si se encontraba disponible; **ii)** que se realizaron las gestiones necesarias para la ubicación de la información y que estas fueron las adecuadas para atender el caso concreto; **iii)** que el criterio de búsqueda utilizado fue el adecuado: amplio y extensivo (es decir, no restrictivo); **iv)** que de la búsqueda efectuada no se localizaron documentos o información que den cuenta de lo solicitado; y, **v)** la precisión, en su caso, de que se procedió a la destrucción de la información por cuestiones de la vida útil, en los términos de la ley de que se trate. Cuando posterior al análisis de la inexistencia de la información, se determine que la misma debería existir en virtud de que deriva del ejercicio de facultades, competencias o atribuciones de la autoridad (sujeto obligado), ésta deberá generarse o reponerse en los casos que sea posible”.

⁶ Resolución Definitiva IAIP 39-A-2013, del 28 de octubre de 2013.

⁷ Criterio /00015-09, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos de México.

⁸ Resolución Definitiva IAIP 143-A-2017, emitida el 11 de diciembre de 2017.

En ese sentido, la inexistencia de la información decretada por los entes obligados, no debe ser utilizada como un límite al DAIP o al acceso a datos personales de los solicitantes de la información, pues deben probar que han realizado las diligencias necesarias para su obtención o reconstrucción y futura entrega de la información.

IV. Ahora bien, en este apartado resulta pertinente analizar si la **DGME** realizó las diligencias necesarias para ubicar la información, la cual no cabe duda que pertenece al apelante, pues constituye información personal.

De lo anterior se colige que el apelante tiene derecho a acceder a documentación que se encuentre incorporada a su expediente personal, ello a modo de conocer los motivos o antecedentes que se le atribuyen para fundar una causal de despido en la Administración Pública.⁹

Es pertinente traer a colación que la documentación solicitada por el apelante corresponde a su proceso de destitución, en relación a ello, la autoridad apelada al remitir a este Instituto el expediente administrativo relacionado a este procedimiento dejó en evidencia que durante la tramitación de la solicitud de acceso a datos personales presentada por el apelante le fue entregada la documentación correspondiente a: i) memorándum s/n de fecha XXXXXXXX por medio del cual se remite la denuncia interpuesta ante la DGME en relación a conductas del apelante; ii) informe de fecha XXXXXXXXXXXX, suscrito por el coordinador del grupo 01 de la frontera terrestre “El Amatillo”; iii) copia simple de la denuncia interpuesta por el usuario que se vio afectado por la conducta del apelante; iv) informe de fecha XXXXXXXXXXXXX suscrito por el jefe del Departamento de Control Migratorio Aéreo; v) informe conjunto de fecha XXXXXXXXXXXXXXXX suscrito por el coordinador y el encargado del Área de Salidas del grupo 01 del aeropuerto internacional “San Oscar Arnulfo Romero y Galdámez” y; vi) lineamientos de ingreso y salida del país para niñas, niños y adolescentes nacionales y extranjeros, de fecha 19 de marzo de 2019, con código IO-DCM-00012019.

Directamente relacionado a lo anterior, tanto en el informe de defensa del ente obligado como durante la respectiva audiencia oral, se alegó que con tal entrega se dio

⁹ Resolución Definitiva IAIP 22-A-2013, emitida el 9 de septiembre de 2013.

respuesta íntegra a la solicitud del apelante, puesto que dicha documentación constituye la información que el ente obligado resguarda y que está directamente relacionada al proceso de despido del apelante. No obstante, en aras a que durante ningún momento procesal se argumentó la inexistencia de la documentación requerida por el apelante, no puede descartarse la existencia de la misma, por lo que resultará pertinente

Por tanto, este Instituto conforme a la sana crítica -la cual se encuentra constituida por una serie de principios sobre los cuales se basa el análisis que del elenco probatorio efectúa el juzgador, los cuales son: a) la lógica; b) la psicología; y, c) la experiencia- considera necesario modificar la resolución objeto de controversia, ordenando realizar una nueva búsqueda exhaustiva de la información faltante de la solicitada por el apelante, la cual no solo debe limitarse en las unidades que han sido previamente consultadas, sino también en otras unidades que objetivamente pueden tenerlo, como pueden ser las Unidades Organizativas donde el apelante prestó sus servicios previo ser destituido, y la Unidad encargada de gestionar el recurso humano que presta sus servicios dentro de la DGME, incluyendo el archivo central. Dicha búsqueda debe ser liderada por el oficial de información en conjunto con el jefe de la Unidad de Gestión Documental, debiendo registrar mediante acta todas las diligencias efectuadas para el efecto. Una vez concluida dicha búsqueda deberá entregar la información, en caso de no encontrarla deberá realizar un acta de inexistencia, plasmando todas las diligencias efectuadas y adjuntarlas, debiendo entregar también al apelante.

C. Decisión del caso.

a) **Modificar** la resolución del oficial de información de la **Dirección General de Migración y Extranjería (DGME)**, del XXXXXXXXXX, por las razones antes mencionadas, por ende, es preciso ordenar que en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación de esta resolución, realicen una nueva búsqueda de la documentación consistente en *“1) Copia de memorándum sin número de fecha treinta de septiembre del año recién pasado emitido por el señor director y recibido por la oficina jurídica ese mismo día ordenando el inicio de mi proceso de destitución en mi contra y; 2) copia de las investigaciones realizadas el día quince de septiembre del año recién pasado por el coordinador de turno de la frontera amatillo por denuncia interpuesta en mi contra”*

toda relacionada al procedimiento de destitución del apelante **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**. Dicha búsqueda no solo debe limitarse en las unidades que han sido previamente consultadas, sino también en otras unidades que objetivamente pueden tenerlo, como pueden ser las Unidades Organizativas donde el apelante prestó sus servicios previo ser destituido, y la Unidad encargada de gestionar el recurso humano que presta sus servicios dentro de la DGME, incluyendo el archivo central, estas diligencias deben ser lideradas por el oficial de información en conjunto con el jefe de la Unidad de Gestión Documental, debiendo registrar mediante acta todas las actividades efectuadas para tal efecto. Una vez vencido el plazo anterior, en el plazo de 24 horas deberá entregar la información, en caso de no encontrarla deberá realizar un acta de inexistencia, plasmando todas las diligencias efectuadas y adjuntarlas, debiendo entregarlo también al apelante.

b) Ordenar a la **DGME** que, a través de su titular, dentro de las veinticuatro horas posteriores al vencimiento del último de los plazos señalados en literal a) de la parte resolutive, remita a este Instituto un informe de cumplimiento, el cual incluya un acta en la que conste la documentación entregada al apelante o el acta de inexistencia junto a sus anexos, así como su recepción; bajo pena de iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio. Este informe puede ser remitido vía electrónica a la dirección: **oficialreceptor@iaip.gob.sv**.

c) Remitir el presente expediente a la **Unidad de Cumplimiento** de este Instituto para verificar la eficacia de esta resolución.

d) Hacer saber a las partes que contra este acto administrativo no cabe recurso en esta sede administrativa, de conformidad con el art. 131 de la Ley de Procedimientos Administrativos, dejando expedito el derecho de acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativo, si así se considerase necesario.

e) Publíquese esta resolución, oportunamente.

Notifíquese. -

