

NUE 167-A-2017 (MM)

Burgos Viale contra Ministerio de la Defensa Nacional (MDN)

Resolución definitiva

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las trece horas con treinta minutos del 2 de octubre de dos mil diecisiete.

I. Descripción del caso:

José Roberto Burgos Viale, apeló de la resolución emitida por el Oficial de información del **Ministerio de la Defensa Nacional (MDN)** quien denegó la información requerida, clasificándola como reservada, relativa al “listado de todos los Jefes Militares que asistieron a la mencionada conferencia de prensa del lunes 10 de abril, y cuyas imágenes aparecieron en periódicos y canales de televisión constituyendo su presencia un acto público y notorio. Específicamente, se requiere conocer: a) Nombre y grado de cada Jefe Militar; y, b) Cargo que actualmente desempeña cada uno de ellos”.

El Oficial de información en su resolución entregó al apelante un hipervínculo en el que se encuentran publicados los nombres y cargos de los Directores y Jefes de las diferentes dependencias del **MDN**. Por otro lado, afirmó que la documentación relativa al mando militar restante, la Unidad Administrativa de mérito informó que se encuentran reservada de conformidad a lo dispuesto en los literales a) y b) del Art. 19 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), en relación con el Art. 168 Ord. 7° de la Constitución de la República, pues consideran que esa información forma parte del Orden de Batalla el cual se define como la manera en que se organiza y disponen los efectivos militares.

Asimismo, agregó que proporcionar el detalle de los Jefes Militares pone en riesgo sus vidas y seguridad personal, pues estos se involucran activamente mediante reuniones periódicas a lo largo y ancho del territorio nacional; por ello, reservó tal información con base a la causal c) del Art. 19 de la LAIP; con la finalidad de proteger la vida de todos aquellos miembros de las unidades militares en apoyo a la seguridad pública o que participaron en esta. Al respecto, en razón del principio El Juez Conoce del Derecho (*iura novit curia*), se advierte que la causal relacionada a la protección de la vida encuentra su sustento legal en la letra d) del Art. 19 de la LAIP; por tanto, a efectos del análisis del presente

procedimiento y según lo controvertido en este, se estudiará la causal d), por ser la que contempla lo que el ente obligado pretende proteger, es decir, “la que ponga en peligro evidente la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona”.

El Instituto admitió la apelación y designó al comisionado **Max Fernando Mirón Alfaro** para instruir el procedimiento y elaborar un proyecto de resolución.

En la celebración de la audiencia oral, las partes ratificaron sus posturas; incorporando pruebas para ello. El apelante presentó cuatro notas periodísticas transcritas, con las cuales pretende probar la publicidad de la información. Por su parte, el ente obligado presentó una compilación de notas periodísticas del período 2011-27AGO2017 en la que se plasman los elementos de la Fuerza Armada o familiares asesinados, pretendiendo probar el daño que causaría la divulgación de la información. Asimismo, presentó una copia de los procesos en que el personal de la Fuerza Armada tiene la calidad de víctima, incorporándola en carácter confidencial, de conformidad con el Art. 93 de la LAIP-

De lo anterior, resulta necesario, previo al análisis jurídico del presente caso, realizar ciertas acotaciones sobre la aportación de prueba:

2. Análisis en torno a la prueba aportada

En su sentido procesal, la prueba es un medio de verificación de las proposiciones otorgadas por las partes, es decir, constituye una actividad a instancia de parte que tiene como finalidad la comprobación de los hechos controvertidos en el litigio que es contemplado en el proceso común como un derecho y a la vez como una carga.

Dentro de estos principios se encuentra el de pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba. Estos principios representan una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que no debe focalizar recursos en la práctica o reproducción de medios que por sí mismos o por su contenido, no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente impertinentes o inidóneos.

En este contexto, el CPCM contempla, además, dos extremos que deben cumplirse para la admisión de la prueba presentada por las partes: la pertinencia y la utilidad. En cuanto a la pertinencia, el Art. 318 del CPCM establece que no deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto del proceso; por otro lado, en lo relativo a la utilidad, el Art.

319 del mismo cuerpo normativo contempla que no deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos.

Ahora bien, el apelante ofreció cuatro notas periodísticas con las que pretende probar que la información es pública, asegurando que diferentes medios publican el nombre de los funcionarios del MDN y, por tanto, la reserva no opera. Al respecto, este Instituto considera que, si bien lo aportado guarda relación con el objeto del presente procedimiento, este no resulta útil para la comprobar los hechos. Esto es así debido a que las publicaciones realizadas en medios de comunicación carecen de valor probatorio, pues es un elemento auxiliar, que únicamente demuestra el registro mediático de los hechos; no dan certeza de hechos comprobables y no media fe pública que acredite su veracidad; la eficacia de estos documentos depende de la relación directa con otras pruebas aportadas al proceso; por tanto, no se otorga valor probatorio a estos documentos.

Por otro lado, el **MDN** ha ofrecido como prueba una compilación de notas periodísticas del periodo 2011 al 21AGO017 de elementos de la Fuerza Armada o Familiares; con el fin de sustentar la reserva, en cuanto a que divulgar la información pone en riesgo el bien jurídico vida, el cual se sobrepone al derecho de acceso a la información.

Bajo esta lógica, se advierte que, para las causales a) y b) del Art. 19 de la LAIP, es decir, “los planes militares secretos y las negociaciones políticas a que se refiere el artículo 168 Ord. 7° de la Constitución”; y, “la que perjudicare o ponga en riesgo la defensa nacional y la seguridad pública”, respectivamente, la prueba ofrecida por el **MDN** resulta impertinente; pues, pretende incorporarla sin que guarde relación directa con las causales señaladas. Es decir, la compilación de notas periodísticas refleja los homicidios cometidos en el país pero no cómo la liberación de la información influye o perjudica a la defensa nacional, la seguridad pública o los planes militares secretos.

Por otro lado, en cuanto a la causal d) del Art. 19 de la LAIP, es decir, “la que ponga en riesgo evidente la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona” lo aportado por el ente es superfluo para comprobar cómo se pone en riesgo evidente la vida en específico de los Jefes Militares con la divulgación de la información, pues la vida es un bien jurídico que no se protege en abstracto y, la compilación presentada no muestra el peligro evidente que

causaría la revelación de la información, asimismo, en consonancia con el análisis realizado *supra* este Instituto no le otorga valor probatorio a estos documentos. En consecuencia, la prueba aportada por las partes no cumple con los requisitos de admisibilidad y, por tanto, debe rechazarse y excluirla del análisis para la resolución del presente procedimiento.

Por otra parte, el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) de aplicación supletoria en estos procedimientos, según lo establecido en el Art. 102 de la LAIP contempla el **derecho a probar**, es decir, el derecho que tienen las partes de probar sus afirmaciones, a fin de que estas sean tomadas en cuenta al momento de emitir resolución sobre los hechos controvertidos que sean fundamento de la pretensión.

Planteado lo anterior, es importante centrar el análisis en el **derecho a probar** que se encuentra regulado específicamente en el Art. 312 del CPCM, el cual implica su ejercicio en igualdad de condiciones. Dicha igualdad puede dimensionarse de dos maneras: la primera de ellas radica en el otorgamiento, por parte del ente decisor, de las mismas oportunidades de proposición; la segunda radica en que las partes deben tener igual control de la prueba controvertida por su contrario, es decir, ambas partes deben conocer lo controvertido por la otra y así ejercer su derecho de defensa.

Para el presente caso, el **MDN** presentó una prueba con carácter **confidencial**, es decir, incorporó información con la que pretende respaldar sus alegaciones pero con el ánimo de que sea conocida únicamente por este Instituto, excluyendo al apelante de su conocimiento; y, basando su incorporación en el Art. 93 de la LAIP, el cual establece que “la información confidencial que sea solicitada por el Instituto por estimarla indispensable para resolver el asunto, deberá ser mantenida con ese carácter y no estará disponible en el expediente”.

Es evidente que el Art. 93 de la LAIP constituye una facultad otorgada a este Instituto para que puede solicitar información para mejor proveer, a pesar de que esta sea de carácter confidencial, con la salvedad de mantener la naturaleza de la misma. Por lo tanto, las partes no pueden alegar la incorporación de pruebas con base al referido artículo; pues, en primer lugar, este no regula en sí la actividad probatoria de las partes sino que contempla una facultad otorgada a este Instituto; y, además, eso violentaría el derecho de defensa de la parte contraria, pues, como ya se estableció, la actividad probatoria, vista como carga y derecho de las partes, debe ejercerse en igualdad de condiciones.

Por tanto, es oportuno declarar la inadmisibilidad de la prueba presentada por el MDN en carácter confidencial, por las razones antes expuestas.

3. Análisis del caso:

Para resolver la controversia se analizará el caso de la siguiente manera: **(I)** Breve referencia al derecho de acceso a la información pública (DAIP); y, **(II)** Examen sobre el cumplimiento de requisitos de la declaratoria de reserva emitida por el Oficial de información.

I. El acceso a la información pública es un derecho constitucional “implícito”, es decir, no regulado expresamente en la Constitución (Cn.), pero que tiene una condición indiscutible de derecho fundamental surgida del derecho a la libertad de expresión regulado en el artículo 6 de la Cn. El DAIP comprende la facultad de buscar, recibir y difundir datos, ideas o informaciones de toda índole, pública o privada, que tengan “interés público”. Este “derecho a saber” se enmarca en el ámbito de las libertades individuales, aunque también tiene un carácter colectivo que adquiere relevancia para el fortalecimiento del Estado democrático de derecho, porque su ejercicio garantiza la transparencia y permite a las personas acceder libremente a las informaciones en poder de las instituciones del Estado, como un mecanismo de control social a la gestión pública.

Es importante señalar que la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) contempla como una manera de acceso, la presentación de una solicitud ante el oficial de información. Dicha solicitud puede ser de forma escrita, verbal electrónica o por cualquier otro medio idóneo, según el Art. 66 de la LAIP.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha manifestado al respecto, en el sentido que: en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación [de manera que] toda la información en poder del Estado se presuma *pública y accesible*, sometida a un régimen limitado de excepciones¹.

¹ CIDH- Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, N° 219, párrafo 230.

Sin embargo, el DAIP no es absoluto, puesto que es susceptible de restricciones que condicionan su pleno ejercicio, no obstante, los límites del derecho de acceso a la información no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar previamente establecidos por el legislador, de esta manera se previene que la Administración Pública utilice discrecionalmente argumentos encaminados a negar la información que solicitan los ciudadanos.

Uno de los límites a este derecho es la **información reservada**, la cual se define como aquella información pública cuyo acceso se restringe de manera expresa de conformidad con la LAIP—específicamente en el Art. 19 de la LAIP—, en razón de un interés general durante un periodo determinado y por causas justificadas —Art. 6 letra “e” de la LAIP—.

El titular del ente obligado es el encargado de clasificar la información tomando en cuenta la legalidad y razonabilidad del porqué se decide excluir temporalmente la información; una vez ha concluido el plazo de reserva, la información vuelve a ser pública y por lo tanto puede ser solicitada por cualquier persona en virtud del DAIP. Es importante señalar que **las causales establecidas en el Art. 19 de la LAIP son taxativas** y no pueden invocarse otras que no estén señaladas en la ley.

II. En este apartado resulta oportuno verificar si la reserva establecida por el MDN cumple con las condiciones adecuadas para su formulación. Para que pueda operar la declaratoria de reserva, se necesita la concurrencia de tres requisitos: (a) legalidad, (b) razonabilidad y (c) temporalidad. A continuación se ampliará en el análisis sobre estas.

(a) El primer requisito es el de **legalidad**, para que un ente obligado pueda reservar la información pública se debe analizar respecto al marco legal vigente, esto para garantizar que los límites al ejercicio de este derecho estén dirigidos a la protección de otros derechos de idéntica o superior importancia; es decir, que la información solicitada encuadra en alguna de las causales de excepción al acceso a la información prevista en el artículo 19 de la LAIP; y, además, cumpla con el procedimiento de clasificar información desarrollado en el Reglamento de la LAIP (RELAIP).

En cuanto a este requisito, el Oficial de información argumentó que la información es reservada con base al Art. 19 letra a), b) y, d) de la LAIP, es decir, “los planes militares

secretos y las negociaciones políticas a que se refiere el artículo 168 Ord. 7° de la Constitución”; “la que perjudicare o ponga en riesgo la defensa nacional y la seguridad pública”; y, “la que ponga en peligro evidente la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona”.

Sin embargo, otro de los aspectos necesarios a tomar en cuenta en el tema de la legalidad es que la declaratoria de reserva sea emitida por el servidor público competente para ello; en el caso en comento la declaratoria fue emitida por el Oficial de información. No obstante, el art. 21 de la LAIP; 17, 27, 28 y 31 de su Reglamento (RELAIP) establecen que la declaratoria debe ser emitida por el titular del ente obligado o aquel a quién se delegue.

Este Instituto advierte que a lo largo del presente procedimiento no se acreditó que el oficial de información tenga la capacidad de emitir la declaratoria de reserva, puesto que no se ha agregado ningún acuerdo de delegación. En conclusión, el presente procedimiento no cumple con el requisito de legalidad pues, pese a haber invocado causas legales, la reserva no ha sido emitida por funcionario competente para ello.

(b) El segundo requisito es el de **razonabilidad**. No basta con que el ente obligado cite normativas que lo habiliten a denegar la información por considerarla reservada, también es necesario que se razone la adopción de una limitación y de fundamentar la clasificación de un documento [reguladas en el Art. 21 de la LAIP]; con ello se busca reducir la arbitrariedad de los funcionarios que tienen la potestad de clasificar la información², y evitar denegaciones injustificadas al acceso.

Al respecto, el ente obligado se delimitó a afirmar que existe una gran cantidad de militares que han sido asesinados; y, por tanto, revelar la información podría poner en riesgo la vida de los jefes que asistieron a la conferencia de prensa.

Es importante señalar que el requisito de razonabilidad no se agota con la simple argumentación sino que, como todo acto que emana de la Administración Pública, la motivación debe ser congruente, de no ser así, la reserva carece de sustento. Por otro lado,

² Art. 28 del Reglamento de la LAIP.

para crear certeza sobre lo argumentado por el ente obligado, resulta indispensable la incorporación de prueba, pertinente e idónea, que respalde la reserva alegada.

De lo anterior, se advierte que la carga de la prueba, en los procedimientos de acceso a la información, recae sobre el ente obligado, con base al principio de máxima publicidad establecido en el Art. 4 letra “a” de la LAIP.

Ahora bien, para el caso bajo análisis, se puede evidenciar lo siguiente:

- a. La información solicitada, en concreto, es el listado de todos los Jefes Militares que asistieron a la conferencia de prensa del lunes 10 de abril de 2017, específicamente, el nombre y grado de cada jefe militar; y, el cargo que actualmente desempeña cada uno en la Fuerza Armada.
- b. El Oficial de información del **MDN** proporcionó el link donde se encuentran el nombre de los jefes, con los cargos. En tal hipervínculo, se encuentra además el grado militar.
- c. No obstante, resolvió declarar como reservada esa misma información, por las causales anteriormente detalladas.
- d. El Art. 19 de la LAIP contempla una serie de causales que dan origen a la reserva de la información. Las causales protegen bienes jurídicos distintos, por tanto, la razonabilidad para su aplicación debe hacerse por cada causal.
- e. El Art. 21 de la LAIP contempla que en la resolución de reserva, el ente competente debe motivar el cumplimiento de: i) Que la información encuadre en una causal del Art. 19 de la misma Ley; ii) Que la liberación de la información en referencia pudiera amenazar efectivamente el interés jurídicamente protegido; y, iii) Que el daño que pudiera producirse con la liberación de la información fuere mayor que el interés público por conocer la información en referencia.
- f. El Art. 30 del Reglamento de la LAIP establece como uno de los efectos de la declaración de reserva que el acceso a ello solo podrá tenerlo las personas debidamente facultadas para ello, las cuales deberán ser establecidas en la declaratoria de reserva.

Este Instituto advierte que el ente obligado no ha realizado el test de daño (Art. 21 de la LAIP) por cada causal invocada; pues en su alegación únicamente asevera que la información no puede ser entregada y, por ende revelada, porque pondría en peligro la vida de los jefes militares. Sin embargo, en el hipervínculo facilitado se encuentran el nombre, cargo y grado militar de los jefes; por ser esta información de tipo oficiosa, de conformidad con el Art. 10 numeral 3 de la LAIP.

En este contexto, no se puede clasificar como reservada información que es de tipo oficiosa, pues ambas categorías son dadas por ministerio de ley y son excluyentes entre sí; es decir, no puede subsistir una con la otra sino que la información o es de carácter pública oficiosa o es pública reservada.

(c) Por último, el tercer requisito es el de **temporalidad**, es decir, que la reserva debe alegarse por un tiempo determinado; esto es así debido a que la información reservada no deja de ser pública y, por lo tanto, al desaparecer la causal que le dio vida a la reserva es necesario que la información continúe con su difusión irrestricta. Para tal efecto, el Art. 20 de la LAIP establece el plazo de la reserva, señalando, en principio, que la información se puede mantener en tal carácter hasta por un periodo de siete años.

El ente obligado no determinó el tiempo de reserva de la información. Una de las características de la información reservada es la temporalidad, puesto que se trata de información pública que se excluye **temporalmente** del acceso del público en general, y cuando las circunstancias por las cuales se reserva dejan de existir la información pasa a ser pública nuevamente. El hecho de emitir declaratorias sin plazo de finalización genera inseguridad jurídica, puesto que se deja a discreción de la administración pública el desclasificar la información.

En conclusión, se ha acreditado que la reserva de información para el caso en concreto va en contra del derecho de acceso a la información pública y resulta oportuno desclasificar la información que ha sido solicitada y ordenar al ente que la entregue.

3. Decisión del caso:

Por tanto, de conformidad con las razones antes expuestas y disposiciones legales citadas, y los Arts. 6 y 18 de la Cn., 52 inciso 3°, 58 letras b., d. y g.; 94, 96 letra d., y 102 de la LAIP; y, 79 y 80 del Reglamento de la LAIP, este Instituto, **resuelve**:

a) **Declarar inadmisibile** la prueba presentada por las partes, por las razones antes expuestas.

b) **Revocar** la resolución emitida por el Oficial de información del **Ministerio de la Defensa Nacional (MDN)**.

c) **Ordenar** al titular del **MDN** que, por medio de su oficial de información, haga entrega del “listado de todos los Jefes Militares que asistieron a la mencionada conferencia de prensa del lunes 10 de abril, y cuyas imágenes aparecieron en periódicos y canales de televisión constituyendo su presencia un acto público y notorio. Específicamente, se requiere conocer: a) Nombre y grado de cada Jefe Militar; y, b) Cargo que actualmente desempeña cada uno de ellos”; en un plazo de **tres días hábiles**, contados a partir del día siguiente a la notificación de esta resolución.

d) **Requerir** al **MDN** que en el plazo de **veinticuatro horas**, luego de fenecidos el plazo estipulado en la letra c) de esta parte resolutive, remita a este Instituto el informe de cumplimiento de la presente resolución. Este informe también podrá ser remitido vía electrónica a la dirección fiscalizacion@iaip.gob.sv.

e) **Devolver** al titular del **MDN** el documento “cuadro de procesos en que el personal de la Fuerza Armada tiene la calidad de víctima”, el cual deberá ser retirado, personalmente o por su representante, en las instalaciones de este Instituto, ubicadas en la Prolongación Avenida Alberto Masferrer Oriente #88, Colonia San Antonio Abad; calle al Volcán, edificio Oca Chang, segundo nivel, San Salvador.

f) **Remitir** el presente expediente a la Unidad de Fiscalización para que verifique el cumplimiento de la misma.

g) **Publíquese** esta resolución oportunamente.

Notifíquese.-

-----ILEGIBLE-----ILEGIBLE-----R.CARCAMO-----ILEGIBLE-----

----PRONUNCIADO POR LA COMISIONADA Y LOS COMISIONADOS QUE LO SUSCRIBEN
RUBRICADAS