

NUE 167-A-2015 (HF)

Burgos Viale y Hernández Castro contra Fiscalía General de la República (FGR) Resolución Definitiva

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las diez horas con dieciocho minutos del dieciséis de diciembre de dos mil quince.

Este procedimiento de apelación ha sido promovido por **José Roberto Burgos Viale** y **Xenia Lavinia Hernández Castro**, contra la resolución de la oficial de información de la **Fiscalía General de la República (FGR)**, emitida el 23 de junio de 2015.

A. Descripción del caso

I. El 11 de junio de 2015, los apelantes solicitaron a la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) de la FGR: “copia de la sanción impuesta a El Salvador, por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América, tras haber revelado el “Reporte de Operaciones Sospechosas” (ROS) sobre los movimientos de \$10,000,000 ejecutados presuntamente por el ex presidente Francisco Flores Pérez”.

La oficial de información de la FGR denegó lo solicitado por ser información reservada y estar relacionada con diligencias contenidas en expedientes de investigación, en virtud de los artículos 193 ordinal 3° de la Constitución (Cn.), 76 del Código Procesal Penal (CPP) y 19 letra “f”, 21, 22 y 110 letra “f” de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP).

II. Se admitió el recurso de apelación y se requirió el informe justificativo de la FGR, conforme al Art. 88 de la LAIP. En dicho informe, la FGR ratificó lo resuelto por la oficial de información y añadió que la sanción a la que hacen referencia los solicitantes ha sido originada, precisamente, “por el mal manejo que se le dio a información reservada” y que,

por lo tanto, obliga a dicho ente a velar por el fiel cumplimiento de las normas que regulan el tratamiento de información sensible.

III. En la audiencia oral la FGR presentó la siguiente documentación: i) solicitud de información presentada a la UAIP el 19 de enero de 2015; ii) resolución de la UAIP del 6 de febrero de 2015; iii) resolución emitida por la comisionada de este Instituto el 20 de abril de 2015, en virtud del cual requirió a la FGR que especifique el expediente de investigación que se relaciona con la información objeto de esta controversia; iv) resolución emitida por la FGR el 23 abril de 2015, mediante la cual se respondió que la investigación corresponde al proceso en contra de Francisco Guillermo Flores Pérez, por atribuírsele los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito y desobediencia de particulares, en el caso con referencia I/N°. 24-15-4; y, v) resolución definitiva emitida por este Instituto, a las catorce horas con diez minutos del 11 de mayo de 2015, en el caso referencia 23-A-2015 (HF).

El apelante manifestó que no está pidiendo el ROS como tal, sino la sanción impuesta al Estado salvadoreño por revelarlo, el cual es “un acto ya consumado” y no pretende saber la información sobre la investigación que realiza la FGR.

La **FGR** alegó que al entregar la información solicitada se estarían revelando datos que se encuentran en diligencias de investigación en trámite y que está clasificada como reservada. Señaló que en un caso anterior, NUE: 23-A-2015 (HF), la información ya había sido solicitada y fue denegada por las mismas razones.

B. Análisis del caso

El análisis jurídico del caso seguirá el orden lógico siguiente: **(I)** consideraciones sobre el derecho de acceso a la información pública (DAIP) y sus límites; **(II)** autonomía de las resoluciones emitidas por este Instituto; y, **(III)** estándares de la reserva de la información.

I. De acuerdo con el principio de máxima publicidad, reconocido en los Arts. 4 letra “a” y 5 de la LAIP, se presume pública toda la información generada o en poder del Estado, lo que significa que corresponde a los entes obligados demostrar la concurrencia de las causas que justifiquen restringir la publicidad de la información solicitada; por lo que, en caso de no justificarse la limitación, corresponde, ineludiblemente, su entrega.

Sin embargo, el DAIP no es absoluto. La fórmula normal de actuación de la administración pública debe tender a permitir el acceso permanente, concreto y efectivo a la información, de modo que 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. Asimismo, debe hacerse conforme a la Constitución y fundamentarse en razones justificadas que respondan a un interés superior o a un posible perjuicio directo o inminente para el Estado, persona o personas determinadas; es decir, debe entenderse que es objeto de información toda realidad que nos circunda, excepto aquella parte que no es jurídicamente informable.

Estos límites al DAIP 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. En este sentido, la LAIP establece tres categorías de información: pública, reservada y confidencial.

La información reservada es la información pública que por razones taxativas previamente establecidas por la ley, específicamente en el Art. 19 de la LAIP, se excluye temporalmente del conocimiento del público, puesto que su difusión podría perjudicar el interés general. En el caso concreto, la FGR es la entidad encargada de clasificar la información en su poder, tomando en cuenta la legalidad y razonabilidad del porqué se decide excluir temporalmente la información.

En ese sentido, la FGR denegó la información solicitada aduciendo que está “relacionada” con diligencias de investigación que, por ministerio de ley, son reservadas y que la publicidad de la información puede volver nugatoria toda persecución penal. Además, señaló que la reserva incluye toda la información del Sistema de Información y Gestión Automatizada del Proceso Fiscal y citó como fundamento el Art. 19 letra “f” de la LAIP.

II. El ente obligado alegó que existe un precedente en el que este Instituto resolvió a favor de la reserva de la misma información.

De acuerdo con la doctrina, el “precedente” son aquellas actuaciones anteriores de la administración pública que ejercen efectos más o menos vinculantes respecto de sus actuales

comportamientos, especialmente en lo que se refiere a la exigencia de una actuación igual en el presente, respecto de aquellos actos similares pasados y resueltos por el mismo sujeto o por otro distinto al que se le reconoce una determinada autoridad para la interpretación de normativa y a los que se le atribuye, al menos, efectos persuasivos¹.

En ese sentido, deben existir ciertos elementos necesarios para establecer si se está ante un precedente o no, tales criterios son: i) identidad de supuestos para la aplicación del precedente; y, ii) el alcance de su carácter vinculante, así como el ámbito temporal de su aplicación. Asimismo, el carácter material establece que debe existir un acto administrativo a través del cual se exprese una interpretación a determinada norma específica y que dicho acto sea objeto de publicidad para alcanzar su configuración como precedente administrativo.

Al analizar el caso, en efecto, este Instituto advierte que existe una identidad de supuestos entre ambos procedimientos; ya que en el caso NUE 23-A-2015 (HF) se requirió: “el detalle de la sanción impuesta por el Gobierno de los Estados Unidos de América, por medio de FinCEN, al Gobierno de El Salvador, desglosando fecha en que fue impuesta, hecho concreto que originó la imposición de la sanción, en qué consiste y el tiempo en el que mantendrá la vigencia”, y en este se pide: “copia de la sanción impuesta a El Salvador, por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América, tras haber revelado el “Reporte de Operaciones Sospechosas” (ROS) sobre los movimientos de \$10,000,000 ejecutados presuntamente por el ex presidente Francisco Flores Pérez”.

Pese a ello y siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, la función de decidir “no es automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo, sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por la norma (sujeción a la ley) y en definitiva por la Constitución.

De ahí la posibilidad del cambio de decisiones”². En ese sentido, no obstante que es evidente la existencia de una resolución anterior, este Instituto tiene total competencia para poder cambiar los criterios interpretativos, toda vez que dicho cambio se encuentre debidamente fundamentado.

¹ TIRADO BARRERA, El precedente administrativo y el cambio de criterio interpretativo. p 136.

² OLLERO TASSARA, ANDRÉS, Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial, p. 36

En idéntica situación la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que para modificar un precedente o alejarse de él, se tienen los siguientes supuestos: *i)* estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; *ii)* el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal; y, *iii)* que los fundamentos fácticos que le motivaron hayan variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario con la realidad normada.

Para el caso en estudio es necesario que este Instituto verifique su pronunciamiento anterior a fin de cotejar los fundamentos fácticos con el objeto de evitar una decisión que se aleje de la realidad normativa.

La Sala de lo Constitucional también ha señalado que en ningún caso puede prescindirse del criterio de interpretación sistemático, que obliga a tomar toda disposición dentro de su contexto normativo, sea un capítulo, un cuerpo normativo o un conjunto de normas relativas a una misma materia, pero nunca aisladamente³.

En sintonía con lo anterior no puede considerarse aisladamente lo establecido en el Art. 193 ordinal 3° de la Cn., sino que, inevitablemente, conforme al criterio sistemático, debe interpretarse en conjunto con otras disposiciones del cuerpo normativo en el que está inserto; por lo tanto, es necesario determinar el sentido del referido artículo con relación al Art. 6 inciso 1° de la Cn., que reconoce la libertad de información como derivación del derecho a la libertad de expresión, que consiste en el derecho a investigar o buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, ya sea pública o privada, que tengan interés público.

Desde luego, el DAIP no debe convertirse en un obstáculo para las investigaciones fiscales en curso; aunque tampoco son admisibles las reservas “genéricas” o “abstractas”. Reiteradamente hemos sostenido que si una institución del Estado clasifica una información como reservada deberá fundamentarla y superar el “test del daño” al que se refiere el Art. 21 de la LAIP, conforme a un examen de proporcionalidad.

³ Sentencia Definitiva dictada por la Sala de lo Constitucional el 20 de enero de 2009, en el proceso de Inconstitucionalidad 65-2007.

En ese contexto resulta oportuno establecer si la reserva de la información solicitada, en concreto, cumple con los requisitos contemplados en la LAIP.

III. La FGR basó su declaratoria de reserva en la causal establecida en el Art. 19 letra “f” de la LAIP, que se refiere a “la que causare un serio perjuicio en la prevención, investigación o persecución de actos ilícitos, en la administración de justicia o en la verificación del cumplimiento de las leyes”.

De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Instituto para que sea válida una declaratoria de reserva se necesita la concurrencia de tres requisitos: legalidad, temporalidad y razonabilidad. A continuación se hará un examen de cada uno de ellos en el caso concreto.

Legalidad. El ejercicio legítimo de la facultad para reservar información pública debe enmarcarse dentro del ordenamiento legal vigente, a fin de garantizar que los límites al ejercicio del DAIP estén dirigidos a la protección de otros derechos de idéntica o superior importancia. En este caso, la oficial de información de la FGR citó como fundamento de la reserva los Arts. 193 ordinal 3 de la Cn., 76 del CPP y 19 letra “f” de la LAIP.

Para que se cumpla con el requisito de *legalidad* no basta la mera invocación de normas en las que se fundamenta la declaratoria de reserva, sino que es indispensable acreditar que se cumple con las condiciones necesarias para su aplicación; es decir, que los hechos y circunstancias del caso se ajustan a lo previsto por la ley.

En el caso concreto la reserva de información solo se justificaría si se establece de modo fehaciente que podría generarse un perjuicio real en la prevención, investigación o persecución de actos ilícitos. Es insuficiente, entonces, que únicamente se invoquen los límites o causales de reserva establecidos en la LAIP en forma abstracta, sino que la FGR debió probar de manera clara y precisa cuál es la relación directa que existe entre la información solicitada y las repercusiones que su divulgación ocasionaría a las investigaciones.

Razonabilidad. Es necesario que se motive y fundamente la adopción de los límites al DAIP, pues con ello se busca reducir la arbitrariedad en las actuaciones de los funcionarios con potestad para denegar información. En esencia, no basta con enunciar los motivos que

llevaron al ente obligado a declarar la reserva, sino que tales argumentos deben ser jurídicamente válidos y razonables, para evitar que se establezcan arbitrariedades en contra del DAIP.

Sobre el particular, se advierte que la reserva de la información solo puede tener un carácter limitado y específico, y únicamente debe ser declarada de forma excepcional de conformidad con los supuestos establecidos en la ley. Además, en virtud del principio de proporcionalidad, debe ser adecuado al fin propuesto; lo que corresponde en el presente caso, al interés de la justicia penal y la necesaria eficacia en la investigación de hechos punibles.

En el caso concreto, la FGR manifestó que la información solicitada se “relaciona” con un expediente de investigación en poder de dicha institución, relativo al proceso seguido en contra del imputado Francisco Guillermo Flores Pérez, a quien se le atribuye la comisión de ciertos delitos.

Sin desconocer que el proceso judicial iniciado contra el imputado antes mencionado ha sido declarado reservado, la FGR debió establecer puntualmente en qué afecta a las investigaciones o persecución del delito dar a conocer la información solicitada.

En efecto, este Instituto considera que denegar la información requerida por la existencia de un proceso judicial, sin fundamentar las implicaciones que podría generarse en este último de revelarse la información, equivale a crear una limitación subjetiva, atípica, ilegítima e injustificada, susceptible de afectar la credibilidad y confianza ciudadana en la administración de justicia, pues carece de fundamento.

Asimismo, este Instituto se ha pronunciado en el sentido que la única restricción válida al DAIP en las diligencias de investigación que ejecuta la FGR debe derivarse de una clara delimitación de la información que se prohíbe difundir y las razones por las que se hace, con indicación de las circunstancias por las que se podría ocasionar un serio perjuicio en las investigaciones y del plazo de vigencia de dicha prohibición, que de ningún modo puede ser indefinida.

Lo anterior es así porque no pueden existir restricciones genéricas de la información, de modo que tampoco es admisible la simple invocación de que la información ha sido

“incorporada” en un expediente de investigación, con base en el Art. 76 del CPP; pues, como ya se dijo, toda limitación a un derecho fundamental debe estar previamente determinada por la ley, motivarse, probarse y ser razonable, lo que para el caso en análisis equivale a establecer que, en efecto, revelar la información causaría un daño superior que mantenerla en reserva⁴.

Para ello es necesario que todo ente obligado al cumplimiento de la LAIP cuando declare reservada una información realice un test del daño o examen de proporcionalidad, que tiene como finalidad ponderar el DAIP frente a otros valores o bienes jurídicos que entre en conflicto con él.

En otras palabras, el argumento de la FGR debió centrarse en superar el examen de proporcionalidad, en el sentido de probar que el daño que pudiera producirse con la liberación de la información es mayor que el interés público por conocer la misma.

Es así que en el caso en estudio la FGR debió valorar si pesaba más el derecho de toda persona a acceder a la información pública, o el derecho a seguir obteniendo justicia, tranquilidad y seguridad por parte de la colectividad. Sin embargo, al no haber realizado ponderación alguna, ni justificado la medida en la que se podría entorpecer la investigación, queda acreditado que es viable brindar la información solicitada.

En consecuencia, la FGR no ha justificado ni señalado cuál podría ser el daño que ocasionaría a las investigaciones o proceso judicial iniciado si se proporciona una copia de la sanción impuesta a El Salvador, por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América, tras haber revelado el “Reporte de Operaciones Sospechosas” (ROS). Por lo tanto, corresponde que se entregue la información solicitada por el apelante.

Temporalidad. La declaratoria de información reservada debe estar sujeta a un plazo definido, de conformidad con los Arts. 20 de la LAIP y 31 letra “f” del RELAIP. Y es que si no se establece un plazo, determinado o determinable, podría vulnerarse el DAIP al generar incertidumbre sobre el momento en que la información estará a disposición del público. En

⁴ Resolución definitiva NUE 195-A-2015 (MM) Valiente Ortiz y Peña Pinto contra Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL)

el presente caso, la FGR no estableció el plazo de duración de la reserva de la información solicitada.

De todo lo anterior se concluye que la declaratoria de reserva emitida por la FGR con base en el Art. 19 letra “f” de la LAIP no cumple con los requisitos legales para su adopción, por lo que procede que este Instituto ordene la desclasificación de la información solicitada y posterior entrega a los apelantes.

C. 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.; 94, 96 y 102 de la LAIP, este Instituto **resuelve:**

a) Revocar la resolución emitida por la oficial de información de la **Fiscalía General de la República (FGR)**, del 23 de junio del presente año.

b) Ordenar a la **FGR** que, a través de su oficial de información, desclasifique la información relacionada en este caso y entregue una copia a **José Roberto Burgos Viale** y **Xenia Lavinia Hernández Castro** de la sanción impuesta a El Salvador, por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América, tras haber revelado el “Reporte de Operaciones Sospechosas” (ROS) sobre los movimientos de \$10,000,000 ejecutados presuntamente por el ex presidente Francisco Flores Pérez, en el plazo de **cinco días hábiles** siguientes a la notificación de esta resolución.

c) Requerir a la **FGR** que, por medio de su titular o adjunto, en el plazo de **veinticuatro horas**, contadas a partir del vencimiento del plazo anterior, remita a este Instituto el informe de cumplimiento de la presente resolución, bajo pena de iniciar el procedimiento sancionatorio por no entregar la información ordenada por este Instituto, tipificada como infracción muy grave, de conformidad con los Arts. 76 inciso 1º letra “c” y 77 letra “a” de la LAIP. Este informe puede ser remitido por vía electrónica a la dirección fiscalizacion@iaip.gob.sv

d) Remitir el presente expediente a la Unidad de Fiscalización de este Instituto para que verifique el cumplimiento de esta resolución.

