

13-2012

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las once horas del cinco de diciembre de dos mil doce.

El presente proceso de inconstitucionalidad fue iniciado por los ciudadanos Claudia Beatriz Umaña Araujo, abogada, de este domicilio; Carlos Enrique Araujo Etherski, licenciado en administración de empresas, de este domicilio; Roberto Enrique Rubio Fabián, economista, del domicilio de Antiguo Cuscatlán; y René Fortín Magaña, abogado, de este domicilio, para que se declare la inconstitucionalidad de los *arts. 29, 63 inc. 4° parte final, 73 y 75 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información* (en adelante RELAI), emitido por Decreto Ejecutivo n° 136, de 1-IX-2011, publicado en el Diario Oficial n° 163, tomo 392, de 2-IX-2011, por la supuesta vulneración a lo establecido en los arts. 86 inc. 1°, 131 ord. 5° y 168 ord. 14° de la Constitución (Cn., en lo sucesivo).

Las disposiciones reglamentarias propuestas como objeto de control prescriben lo siguiente:

“Causales de reserva

Art. 29. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley, son causales de reserva las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:
 - a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un delito o actos ilícitos, o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales, esto es, entre otros, aquéllos destinados a respaldar la posición del Ente Obligado ante una controversia de carácter jurídico.
 - b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sea adoptadas. Se entiende por antecedentes todos aquéllos que informan la adopción de una resolución, medida o política y por deliberaciones, las consideraciones formuladas para la adopción de las mismas que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios.
2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la Seguridad Nacional y/o la Seguridad Política.
3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

En la calificación de estas causales, el Ente Obligado podrá hacer las consultas necesarias a los demás Entes Obligados para determinar su ocurrencia, para el caso de toda aquella documentación o información que se encuentre compartida con otros Entes Obligados”.

“Convocatoria a la elección de las Ternas

Art. 63 inc. 4°. El titular de cada Entidad Convocante nombrará una comisión formada por al menos cinco empleados de la institución, en adelante denominada como la “Comisión de la Entidad Convocante”, que será la encargada de la planificación, organización y ejecución de la asamblea para la elección de las ternas. El procedimiento para dicho nombramiento deberá estar regulado en el instructivo del que habla el Art. 75 del presente Reglamento”.

“Elección de comisionados

Art. 73. El Presidente de la República contará con treinta días previos al inicio de funciones de los comisionados, para hacer la elección de los miembros propietarios y suplentes. En caso que a criterio del Presidente de la República ninguno de los candidatos de las ternas propuestas, ya sea propietarios o suplentes, es apto para ocupar el cargo de comisionado, se volverá a realizar la elección de la terna correspondiente en base a lo estipulado en los artículos

anteriores y en la Ley. En este caso, únicamente se realizará el proceso de elección para las ternas presentadas al Presidente que no cumplan con los requisitos estipulados.

Tal y como lo dispone el Art. 53 de la Ley, si por cualquier motivo se atrasare la elección de los Comisionados, continuarán en el cargo de los titulares del período anterior, hasta que se elijan a los nuevos Comisionados”.

“Instructivos de las Entidades Convocantes

Art. 75. Cada Entidad convocante elaborará un instructivo interno donde establecerá los mecanismos por medio de los cuales dará cumplimiento a lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Dicho instructivo será elaborado en coordinación con la Subsecretaría de Transparencia y Anticorrupción de la Secretaría para Asuntos Estratégicos y en ningún caso podrá enervar derechos fundamentales previstos a favor de las personas por la ley y el presente Reglamento”.

I. 1. De acuerdo con los actores, los arts. 29 y 73 del RELAI infringen el contenido normativo de los arts. 86 inc. 1°, 131 ord. 5° y 168 ord. 14° Cn. (principio de legalidad y división de poderes, competencia legislativa de la Asamblea y límites de la potestad reglamentaria del Presidente de la República); y los arts. 63 inc. 4° parte final y 75 RELAI contradicen específicamente el art. 86 inc. 1° parte final (principio de indelegabilidad de las atribuciones de los órganos del gobierno). El detalle de los motivos de inconstitucionalidad es el siguiente:

A. En relación con el art. 29 RELAI, los demandantes manifestaron que dicha disposición crea una categoría de información reservada que no existe en la Ley de Acceso a la Información, de manera que “información que la Ley declara pública puede volverse reservada por virtud del reglamento”. Sostuvieron que de esta forma el art. 29 RELAI excede las regulaciones de la Ley de Acceso a la Información Pública (en adelante, LAI) respecto de materias de información reservadas, dado que dicho cuerpo normativo determina con puntualidad qué tipo de información estará sujeta a reserva, por ejemplo, los arts. 6 letras a, b y e y 19 LAI, mientras que la disposición reglamentaria modifica las materias reservadas.

B. Por su parte, el art. 73 RELAI confiere al Presidente de la República facultades y atribuciones que no le han sido reconocidas por la ley, sino que han sido auto-atribuidas mediante el reglamento citado. La disposición mencionada faculta al Presidente de la República para que, en caso de considerar que ninguno de los candidatos de las ternas propuestas es apto para ocupar el cargo de comisionado, pueda realizar nuevamente la elección de la terna correspondiente.

En esa línea, los demandantes sostuvieron que la ley limita las facultades del Presidente de la República en la selección de los miembros del Instituto; sin embargo, el art. 73 RELAI establece que el Presidente podrá decidir si los candidatos propuestos son, según su criterio, aptos o no para ocupar el cargo de Comisionado, pudiendo rechazar a todos y exigir la remisión de una nueva terna. En virtud de la disposición impugnada, el Presidente de la República, puede exigir ternas cuantas veces lo desee, “...hasta que las entidades proponentes escojan a quien él tenga en mente para ocupar el cargo...”

C. Con respecto a los arts. 63 inc. 4º parte final y 75 RELAI, los actores sostienen que estas disposiciones contravienen el principio de indelegabilidad de funciones contenido en el art. 86 inc. 1º parte final Cn., porque delega a los jefes de las entidades convocantes la potestad de elaborar instructivos tendentes a delimitar el procedimiento a seguir por cada entidad convocante para nombrar una comisión encargada de planificar, organizar y ejecutar la asamblea para la elección de las ternas. El Presidente de la República estaría delegando que se emitan normas de carácter general y abstracto para cumplimiento de terceros, lo que equivale a una reglamentación y no a la regulación propia de un instructivo, que no puede contener normas que trasciendan la oficina en la cual ha sido emitido.

2. El Presidente de la República, en su informe de justificación de la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas sostuvo, primero, con respecto al art. 29 RELAI, que las causas de excepción al principio de publicidad de la información estarían agotadas en la ley “en caso que se hubiese dicho expresamente en la Ley que las únicas causas de reserva tendrían que provenir de su texto; sin embargo, lejos de eso, la Ley dejó claramente abierta la posibilidad que se introdujeran motivos específicos de reserva, tal cual se ha normado” en el reglamento. Además, que “la expresión ley no siempre hace referencia a la normativa secundaria derivada de la Asamblea Legislativa, sino a cualquier disposición impersonal y abstracta derivada de un ente con potestades normativas, como el Presidente de la República a través de la potestad reglamentaria”.

En segundo lugar, sobre el art. 73 RELAI dijo que con esta disposición “en ningún momento se está proscribiendo la posibilidad que se nombren o rechacen los Comisionados de las ternas enviadas por las instituciones respectivas, sino solo habilitándose el control, dentro del marco constitucional, de las personas que dichas instituciones propongan. Esto entonces, no supone ni contradecir la Ley, ni salirse de los límites y potestades que de ella se derivan y menos violentar el principio de legalidad”. El artículo en mención solo ha “introducido un mecanismo de regulación sobre la forma de proceder en la decisión y definición final del nombramiento de los Comisionados”, como un “control de idoneidad de las personas que se han propuesto en las ternas y por tanto, la decisión del Presidente de la República de devolver alguna de ellas es legítima y no contraviene ninguna de las anteriores disposiciones” constitucionales.

En tercer lugar, sobre los arts. 63 y 75 RELAI, el Presidente de la República argumentó que con este reglamento “se ha cumplido con lo previsto en el art. 109 de la Ley de Acceso a la Información Pública, siendo que los instructivos son herramientas de las que se pueden valer las instituciones siempre que no regulen ni limiten derechos fundamentales, como en el presente caso.” Además dijo que “esto es conforme con la propia jurisprudencia de ese Tribunal que ha señalado desde antaño la posibilidad que un

sistema normativo se auxilie de herramientas impersonales y abstractas que no necesariamente forman parte del sistema de fuentes, para regular aspectos administrativos en el ejercicio de las potestades administrativas y ejecutivas de las instituciones públicas.” Y finalmente sostuvo que “los instructivos a que se refiere el Reglamento son básicamente para regular aspectos de índole administrativa y organizativa de las Asambleas” “y ello no es extensivo o no se entiende que lo sea, a la siquiera posibilidad que en su virtud se afecten derechos fundamentales”.

3. El Fiscal General de la República opinó únicamente sobre los arts. 29 y 73 RELAI. Sobre el primero dijo que “del texto” de ese artículo “se encuentra que existen disposiciones que no están reguladas en la Ley”, por lo que “su disposición en el Reglamento es un exceso de la facultad del señor Presidente de la República”, pues “existen temas y conceptos que no están contemplados en la Ley” “y por lo tanto sí vulnera en esos preceptos al art. 168 N° 14 y 131 N° 5° Cn.” Sobre el art. 73 RELAI, el Fiscal expresó que “esta disposición no la contempla la Ley” “por lo tanto, esta disposición no debió establecerse en el Reglamento, porque vulnera el principio de reserva de ley”; y que el art. 53 LAI “le otorga [al Presidente de la República] la facultad de elegir a los miembros propietarios y suplentes, en un plazo de treinta días; no dice que le deja facultad discrecional para hacerlo, tal y como lo establece el Reglamento.” Con base en lo anterior, el Fiscal pidió que se pronunciara sentencia estimatoria respecto a los artículos mencionados.

II. Expuestos los motivos de inconstitucionalidad planteados por los actores, los argumentos del Presidente de la República y la opinión del Fiscal General de la República, para fundamentar esta decisión se hará: (III) una aproximación inicial al derecho de acceso a la información pública y sus excepciones; (IV) un repaso sintético de los criterios jurisprudenciales sobre los límites de la potestad reglamentaria; y (V) una breve acotación sobre el principio de indelegabilidad de funciones, en relación con otras manifestaciones de la potestad normativa de la Administración. Luego (VI) se analizarán los tres motivos de inconstitucionalidad expuestos por los demandantes y se pronunciará el fallo correspondiente.

III. 1. El punto de partida para aproximarse al derecho de acceso a la información debe ser su condición indiscutible de derecho fundamental, anclada en el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión (art. 6 Cn.), que tiene como presupuesto el derecho de investigar o buscar y recibir informaciones de toda índole, *pública o privada*, que tengan interés público (Sentencia de 24-IX-2010, Inc. 91-2007); y en el principio democrático del Estado de Derecho o República como forma de Estado (art. 85 Cn.), que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la transparencia y la publicidad en la Administración, así como la rendición de cuentas sobre el destino de los

recursos y fondos públicos (Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010). De esa condición de derecho fundamental se derivan, entre otras consecuencias: 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. De sus posibles manifestaciones, aquí interesa referirse al derecho de acceso a la información *pública*.

2. El derecho de acceso a la información pública consiste en la facultad de solicitar o requerir la información bajo control o en poder del Estado, con el deber correlativo de este de garantizar su entrega oportuna o fundamentar la imposibilidad de acceso, con base en una causa prevista por la ley y compatible con la Constitución. Toda persona, como integrante de la Comunidad titular del poder soberano, tiene el derecho a conocer la manera en la que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan y de ello deriva el derecho de acceso a la información. Además, la información pertenece a las personas, no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno. Los servidores públicos disponen de la información precisamente en su calidad de delegados del pueblo o representantes de los ciudadanos.

El carácter de derecho fundamental del acceso a la información propicia el afianzamiento de democracias transparentes y efectivas, facilita la rendición de cuentas y genera un debate público permanente, sólido e informado. Desde esta perspectiva, el acceso a la información prepara a las personas para asumir un papel activo en el gobierno, mediante la construcción de una opinión individual y colectiva fundada sobre los asuntos públicos, lo que les permite una participación política mejor orientada, deliberante y responsable, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. En dicho sentido, este nivel de contraloría ciudadana incentiva a los gobiernos a utilizar los recursos estatales efectivamente para el bien colectivo y reduce los espacios para la corrupción.

Por todo ello se ha descrito a la información como “oxígeno de la democracia”, en cuanto esta consiste en el ejercicio del poder *en público* y con la participación efectiva de las personas en la toma de decisiones que les afecten; pues bien, esa participación ciudadana depende de la información con la que se cuente. Asimismo, el acceso a la información es un elemento básico del entramado institucional dirigido a mejorar la asignación de los recursos del mercado y de los servicios públicos estatales. En armonía con estos fundamentos, la información es un concepto extensivo, que incluye una gama lo más amplia posible de los materiales de donde surge la información que tiene el Estado, sin reducirla a materiales escritos.

3. Sin embargo, el acceso a la información pública puede estar sometido a ciertas

excepciones, ya que existen objetivos estatales legítimos, valores o bienes jurídicos igualmente relevantes que podrían verse perjudicados por la publicación de información especialmente delicada. La definición de estos intereses en tensión plantea un desafío muy complejo y por ello las causas de restricción al derecho en análisis, que permiten negar la información solicitada, deben estar previstas en una ley formal que además sea previa, escrita y estricta, con fundamento en el principio de máxima divulgación. En efecto, la reserva de información y la consecuente negación del acceso a ella es una limitación al ejercicio de este derecho y, como tal, debe ser debatida y aprobada por los representantes de quienes serán afectados por ella, en un procedimiento que precisamente se caracteriza por ser público y transparente. La necesidad de una ley formal contribuye a la seguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho y respecto a las facultades del Estado para restringirlo, de modo que prohíbe la creación arbitraria de barreras al acceso informativo mediante decisiones estatales distintas a las leyes emitidas por el Legislativo.

IV. 1. En relación con lo anterior, es importante aceptar que la ley necesita con frecuencia de colaboración reglamentaria. Al respecto, la potestad reglamentaria ha sido reconocida como un medio indispensable para el cumplimiento de los fines de la Administración y como una exigencia inevitable ante la complejidad creciente de la dinámica social, a la que se responde mejor con la habitualidad, rapidez y continuidad de la producción reglamentaria. La potestad reglamentaria es un poder de producción normativa, es decir, un poder para producir o crear disposiciones jurídicas abstractas y generales que vinculan a sus destinatarios y que tienen como fin el desarrollo de leyes o la creación de la estructura interna de un órgano estatal o un ente público (Sentencia de 25-VI-2009, Inc. 26-2008).

Dentro de sus distintas manifestaciones es pertinente referirse al *reglamento de ejecución*, que se dicta para detallar los aspectos accesorios y los medios técnicos que posibilitan la aplicación de una ley. Este tipo de reglamento puede y debe desarrollar los contenidos de la ley mediante disposiciones acordes con ella, siempre que no contradigan su texto y su finalidad. Es decir, *cumple una función normativa complementaria, al interpretar el alcance o precisar las formas de aplicación de las disposiciones legales; derivar o constatar la habilitación legal de competencias inherentes o implícitas; disciplinar cuestiones técnicas o intensamente variables; definir medidas de escasa o nula incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos; o concretar principios generales del derecho*, entre otros contenidos posibles, ya que las formas que adopta la colaboración normativa entre la ley y el reglamento son múltiples y heterogéneas (Inc. 26-2008, ya citada).

2. Por supuesto, junto con sus alcances, el reglamento de ejecución tiene *límites*, entre los cuales se encuentra uno común a todo tipo de reglamento, pues deriva de la

distribución de poderes normativos que realiza la propia Constitución. Se trata de la reserva de ley, como garantía institucional y como técnica de distribución de potestades reguladoras a favor de la Asamblea Legislativa, en relación con ciertos ámbitos de especial interés para los ciudadanos. Esta preferencia hacia la Ley surge de los principios que rigen la integración y el funcionamiento de dicho órgano, es decir, la democracia, el pluralismo, la contradicción, el libre debate y la publicidad, que le proporcionan una legitimación reforzada respecto de los demás órganos estatales y entes públicos con potestades normativas. En una manifestación más precisa, la reserva de ley implica, en principio, la prohibición de que órganos distintos a la Asamblea produzcan normas sobre la materia reservada (Sentencia de 21-IX-2012, Inc. 60-2005).

3. Una de esas materias vedadas al reglamento es la limitación de los derechos fundamentales y por ello se ha aclarado que los reglamentos sólo poseen facultad para *regular* derechos fundamentales, mientras que una *limitación* o restricción a derechos sólo puede efectuarse por una ley en sentido formal (Sentencia de 27-III-2001, Inc. 22-97). La *regulación o configuración* es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales, es decir, disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos y la estructuración de sus garantías (Inc. 26-2008, ya citada). Por otra parte, la *limitación o restricción* de un derecho implica la modificación de su objeto o sujetos de forma que impide o dificulta el ejercicio de las acciones, propiedades o situaciones habilitadas por el derecho afectado (Inc. 60-2005, ya citada).

4. También existen otros límites que la jurisprudencia ha derivado de la subordinación –técnica y jerárquica– del reglamento de ejecución a la ley, en el sentido de que: a) el reglamento no se puede emitir más que para *facilitar* y *asegurar* la aplicación de la ley; b) dicho reglamento no puede entrar en contradicción con los preceptos de la ley; y c) el reglamento no puede suplir a la ley allí donde ésta no existe, aunque el Presidente de la República considere necesario regular un cierto contenido (Inc. 16-95, ya citada). Esto último, en armonía con la función de colaboración normativa antes expuesta, solo impide la creación reglamentaria de contenidos carentes de alguna cobertura legal o cuya necesidad no pueda fundarse, así sea implícitamente, en la función de facilitación de la ley que se desarrolla.

Lo anterior significa que, además de la reserva de ley, cuando se trata de reglamentos de ejecución la potestad reglamentaria está limitada por la vinculación instrumental o técnica del reglamento a la ley. La razonabilidad técnica del reglamento ejecutivo en relación con la ley significa que debe existir una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que diseña el reglamento para lograrlos, de modo que pueda aceptarse que los últimos están objetivamente dirigidos a facilitar o

favorecer la consecución de los primeros (Sentencia de 15-III-2002, Inc. 30-96). Para verificar el respeto de dicha limitación es necesario determinar: a) la finalidad tanto de las disposiciones legales objeto de desarrollo, como de las reglamentarias en juego; b) la compatibilidad entre los fines de ambas; y c) la medida en que el contenido de la disposición reglamentaria impugnada facilita o asegura la implementación de la finalidad de la ley.

V. 1. Por otra parte, esta Sala ha determinado que el art. 86 inc. 1° parte final Cn. establece el principio de indelegabilidad de las atribuciones de los órganos del Gobierno, con base en que cada uno de ellos está investido de un conjunto de atribuciones constitucionales y legales que deben ser ejercidas en forma independiente, para evitar la concentración del poder y garantizar el respeto a los derechos de las personas. Esto significa que el conjunto de las atribuciones jurídico-políticas y jurídico-administrativas comprendidas en la competencia de cada órgano es –en principio– improrrogable, es decir, no puede ser transferido por su titular a un órgano distinto. (Sentencia de 19-IV-2005, Inc. 46-2003). De lo contrario, la posibilidad de delegación podría soslayar la distribución de poder pretendida por el reparto constitucional de las competencias de cada órgano.

Sin embargo, también se ha reconocido que entre unidades administrativas de un mismo órgano, o entre un órgano del Gobierno y un ente descentralizado, la delegación puede operar como un medio técnico para optimizar el desempeño de la Administración Pública, en términos de eficiencia y eficacia (Sentencia de 20-I-2009, Inc. 84-2006). En tales casos, se trata de la aplicación de un principio de distribución y especialización de funciones o labores que, junto con otros beneficios, favorece la gestión técnica de los asuntos, desconcentra su atención por los niveles superiores de cada órgano y reduce los tiempos de respuesta de la Administración. La condición de validez de esa delegación es que esté prevista en una disposición con el mismo rango que la que ha otorgado la competencia delegada, esto es, una ley en sentido formal (Sentencia de 14-XII-2011, Amparo 517-2009).

2. Asimismo, en relación con las potestades normativas o reguladoras se ha admitido que, al lado de la potestad del Presidente de la República de decretar reglamentos ejecutivos –art. 168 ord. 14° Cn.–, cabe el despliegue de potestades normativas por parte de otros funcionarios del Órgano Ejecutivo, quienes limitadamente dentro de su estricto ámbito de competencia y con mayor nivel de concreción que el de los reglamentos ejecutivos –un nivel casi aplicativo–, pueden prestar colaboración a estos o a la ley, a través de la emisión de decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones de organización interna (Sentencia de 31-VII-2009, Inc. 78-2006). Sobre esto conviene enfatizar que, como ya se indica en el precedente citado, la potestad reguladora subordinada a la reglamentación ejecutiva de una ley tiene un ámbito específico de eficacia personal, que es el de la

organización interna o la ordenación de las actividades o funciones de los servidores de la Administración Pública.

Este criterio de la eficacia personal interna de los instrumentos normativos subordinados al reglamento tiene importancia respecto a la posibilidad de transferir o delegar la competencia reglamentaria a ese tipo de fuentes normativas, aunque sea dentro del propio Órgano Ejecutivo. Como ya se dijo, el reglamento de ejecución sí está destinado a los particulares, precisamente porque su objeto es desarrollar y facilitar la aplicación de una ley de carácter general. Además, en ese tipo de reglamentos, el alcance de su colaboración normativa con la ley y su consiguiente eficacia personal externa se basan en la legitimidad política directa del Presidente de la República, mientras que *los instructivos, instrucciones o circulares se fundan en el poder jerárquico, de mando o de supervisión que tiene un funcionario sobre el servicio que administra. De las significativas diferencias de fundamento y alcance de esos tipos de fuentes se deriva que el reglamento no puede remitir su función de desarrollo o instrumentación técnica de la ley a un instructivo, que por definición carece de eficacia directa sobre los particulares.*

VI. Para efectuar el análisis de los motivos de inconstitucionalidad planteados, este considerando se estructura de la forma siguiente: (1) primero se examinará el alegato relativo a la inconstitucionalidad del art. 29 RELAI, por la supuesta violación a los principios de legalidad, de la competencia normadora de la Asamblea Legislativa y de los límites de la potestad reglamentaria (arts. 86 inc. 1°, 131 ord. 5° y 168 ord. 14° Cn.). (2) Luego se procederá al análisis de la supuesta inconstitucionalidad del art. 73 RELAI, también respecto a los parámetros de control antes mencionados. (3) Finalmente se determinará si los argumentos sobre la inconstitucionalidad de los art. 63 inc. 4° parte final y 75 RELAI deben ser estimados.

1. La jurisprudencia reseñada es consistente en la idea de que el reglamento no puede regular lo que la ley debe. Es decir que, la opción constitucional de reservar la regulación de ciertas materias a la ley formal constituye un límite infranqueable para el ejercicio de la potestad reglamentaria. El reglamento que incorpora disposiciones que solo la ley formal debe contener excede su campo de acción normativa e invade el espacio de regulación que corresponde al Legislativo. En consecuencia, una de las vías para establecer si un reglamento cumple con el principio de separación e independencia de poderes (art. 86 inc. 1° Cn.) –específicamente en el ejercicio de poderes normativos– es la calificación del contenido de la disposición reglamentaria impugnada, pues si este corresponde a una materia reservada a la ley formal quedará claro que el reglamento ha excedido su función (art. 168 ord. 14° Cn.) y ha invadido la competencia normativa de la Asamblea Legislativa (art. 131 ord. 5° Cn.).

En el art. 29 RELAI efectivamente se añaden, a los casos de información reservada

previstos en el art. 19 LAI, otras “causales de reserva”: la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, la seguridad nacional, la seguridad política y el interés nacional. Esta constatación resulta de la simple comparación entre ambas disposiciones y así lo admite también el informe de la autoridad demandada. No es necesario descifrar el alcance de estas expresiones, todas sin duda indeterminadas, porque basta con reconocer su función. Como se advirtió en el considerando III, los supuestos de información reservada operan como razones para impedir el acceso de las personas a la información pública o, en otras palabras, para *limitar* el ejercicio de ese derecho fundamental.

Esta caracterización de los motivos de reserva agregados por vía reglamentaria es la clave para resolver el alegato de inconstitucionalidad planteado, pues como ya se dijo, las limitaciones a los derechos fundamentales configuran un caso típico de materia sujeta a la actividad reguladora de la Asamblea Legislativa mediante ley formal. La tesis de la autoridad demandada –que al no decirse expresamente en la ley que las únicas causas de reserva tenían que provenir de su texto, se entiende que la ley dejó claramente abierta la posibilidad de introducir motivos específicos de reserva– es una comprensión invertida de la relación entre ley y reglamento en materia de limitaciones a derechos fundamentales. Al regular estos derechos, son las excepciones a su ejercicio las que necesitan previsión legal expresa, no la prohibición para la creación reglamentaria de otras limitaciones. Ningún reglamento o instrumento normativo distinto a la ley formal puede crear o imponer limitaciones al derecho de acceso a la información.

En armonía con este régimen constitucional de las limitaciones a los derechos fundamentales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia de 19-IX-2006, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párrafo 89, al referirse a las leyes que limitan el derecho de acceso a la información pública, dijo que: “no es posible interpretar la expresión leyes [...] como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.” De igual modo, ese mismo tribunal aclaró que: “la expresión “leyes” [...] no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado” (*La palabra “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986).

Con base en lo anterior, en vista de que la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, la seguridad nacional, la seguridad política y el interés nacional limitan el derecho de acceso a la información pública sin estar comprendidas en

una ley formal, la disposición reglamentaria que establece en forma originaria o innovadora dichas causas de reserva excede el ámbito reglamentario e invade la competencia normativa del Legislativo y por ello *se debe declarar su inconstitucionalidad*. Y dado que esta Sala ha reconocido la procedencia de una extensión de la inconstitucionalidad a otras disposiciones, cuando estas tengan una dependencia lógica con los artículos impugnados, en cuanto se limitan a aplicarlos o concretarlos y pierden su objeto o sentido sin ellos (ej. Sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002), en este caso se observa que dentro de las definiciones que el art. 2 RELAI prescribe se incluyen las de “Seguridad nacional” y “Seguridad política”, con el único propósito de favorecer la aplicación de las causas de reserva inconstitucionales, razón por la cual *esta declaratoria se extenderá por conexión a dichas definiciones*.

2. Siguiendo el esquema de análisis planteado en el párrafo final del considerando IV, se tiene que la finalidad del procedimiento para la elección de los comisionados del Instituto de Acceso a la Información Pública (art. 53 LAI) es distribuir o desconcentrar el poder político inherente a la selección y nombramiento de esos funcionarios, mediante el diseño de un método participativo en el que diversos actores sociales, con la formulación de ternas de candidatos, acotan o condicionan los márgenes de elección del Presidente de la República. Con ello se intenta una apertura hacia la participación directa de la sociedad civil en la conformación de instituciones fundamentales para el control ciudadano del ejercicio del poder, se amplían los espacios de decisión pública en los que se integra la voluntad social y se dota de una nueva y adicional función a la soberanía popular. Así, el poder de elección de un funcionario público se transforma de un poder único a un poder compartido, de un poder amplio a un poder limitado y del poder de elegir libremente al poder de nombrar entre los elegidos por los sectores sociales que la ley reconoce.

Por su parte, según el informe del Presidente de la República, el art. 73 RELAI tiene como fin establecer un mecanismo de control de la idoneidad de las personas propuestas en las ternas de los sectores sociales, en ejercicio de su competencia para reglamentar la forma de proceder en la decisión y definición final del nombramiento de los comisionados. Sin embargo, dicho informe omite aclarar cómo se considera que tal “mecanismo de control de idoneidad” facilita o asegura la aplicación de la ley, pues es claro que la elección de una de las tres personas propuestas ya supone, precisamente, ese “control de idoneidad”. De cualquier modo, aunque la finalidad que se atribuye a la disposición reglamentaria no parece en principio incompatible con los fines de la ley, será necesario verificar si el contenido normativo de aquella cumple la función instrumental de facilitación o favorecimiento de dichos fines y su aplicación.

Al respecto, la interpretación del art. 73 RELAI muestra que su contenido normativo: a) carece de un límite sobre las veces que puede utilizarse la potestad de rechazo o devolución de una terna; b) no restringe el alcance de ese rechazo, que puede ser parcial o total –ante las ternas de los 5 sectores proponentes o solo de alguno de estos–; c) puede aplicarse tanto al procedimiento de elección inicial de los comisionados como a los de su renovación periódica; d) tiene como único fundamento del rechazo el criterio –personal y subjetivo– del Presidente de la República, sin parámetros objetivos y controlables de justificación; y e) desactiva de facto el límite temporal que tiene el Presidente de la República para hacer el nombramiento, mediante la consecuente reposición de las elecciones y de las ternas rechazadas, ya que entonces el plazo transcurrirá únicamente a partir del recibo de una terna en la que, a criterio del Presidente de la República, alguno de los candidatos sea considerado apto para ocupar el cargo de comisionado.

Sobre esto último el Presidente de la República sostuvo que la propia LAI –en el art. 53 inc. penúltimo– prevé supuestos de incumplimiento del plazo de elección de nuevos comisionados, al regular la prórroga del período de los anteriores. Este argumento es inaceptable, porque la posibilidad legal de prórroga del desempeño de los comisionados cesantes no justifica la incorporación reglamentaria de supuestos que posterguen en el tiempo el nombramiento de los sustitutos. La prórroga citada tiene una patente orientación excepcional: fijado un plazo legal, su cumplimiento debe ser la regla y el atraso, una excepción. “Cualquier motivo” de atraso no es el que la Administración prefiera o provoque, sino el que ocurra fuera del control (por fuerza mayor o caso fortuito) de quien está vinculado al plazo. Además, como se ha dicho, la disposición reglamentaria comprende el procedimiento para la integración inicial del Instituto, cuando la prórroga del período de los comisionados cesantes es imposible y la disposición legal invocada se refiere a un supuesto distinto.

Todos estos elementos indican que la potestad de rechazo o devolución de una terna altera el diseño político o la distribución de poder contenida en el procedimiento legal de elección de los comisionados, al interferir con el nivel de participación e influencia ciudadana que la ley procura. Según la ley, el “control de idoneidad” del Presidente de la República se circunscribe o se ejerce únicamente respecto a la terna definida por los sectores sociales electores, que de esta manera condicionan o acotan el poder de elección del Presidente de la República. La potestad presidencial de rechazo o devolución de las ternas prevista en la disposición impugnada incide negativamente en o busca revertir el control ciudadano sobre el Presidente de la República, que persigue la ley. Por lo anterior, *el art. 73 RELAI infringe el vínculo de razonabilidad técnica que se exige en el art. 168 ord. 14° Cn. y así se declarará en esta sentencia, pues en lugar de facilitar la aplicación*

de la ley dificulta o entorpece la consecución de sus fines.

Determinada la inconstitucionalidad del art. 73 RELAI por este motivo es innecesario analizar los demás alegatos de inconstitucionalidad expuestos por los demandantes contra esta disposición y por esto se sobreseerá respecto de ellos.

3. Finalmente, tomando en cuenta la diferenciación entre reglamento e instructivo, según su fundamento, finalidad y alcance (considerando V), la clave para determinar si la remisión a un instructivo configura una delegación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República está en los términos de ese reenvío normativo. En otras palabras, si el objeto del instructivo es la ordenación de tareas, funciones o actuaciones del personal de la Administración, así como la disposición logística u operativa de sus recursos materiales y personales no existirá delegación. Pero si el objeto del instructivo se destina a la regulación complementaria de la ley, la definición de las atribuciones administrativas para su aplicación y la forma en que los particulares serán condicionados por su ejercicio, sí existirá delegación y por tanto inconstitucionalidad por infracción al art. 86 inc. 1° parte final Cn.

Todo instructivo, en la medida que define la actuación del personal de la Administración, puede tener una incidencia mediata sobre la atención y el servicio que reciben las personas, pero no puede convertir a estas en sujetos pasivos directos de sus disposiciones. En el presente caso, hay que advertir que el art. 63 inc. 4° parte final RELAI remite al instructivo el procedimiento que seguirá el titular de la entidad convocante para nombrar a los empleados de la institución que integrarán la comisión encargada de gestionar la asamblea respectiva para la elección de las ternas. De modo que *esta disposición se refiere en efecto a actuaciones de carácter interno, que no trascienden en forma directa sobre la conducta de los particulares, por lo que se desestimará la pretensión en este punto.*

Por otro lado, el art. 75 RELAI remite al instructivo para que cada entidad convocante determine “los mecanismos por medio de los cuales dará cumplimiento a lo establecido en la ley y el presente reglamento”. Esta fórmula tiene una apertura o flexibilidad excesiva que claramente interfiere con el ámbito normativo propio de la potestad reglamentaria. Los “mecanismos” para “dar cumplimiento a lo establecido en la ley” son los medios o instrumentos –atribuciones administrativas y configuración de derechos incluidos– que el reglamento debe desarrollar para facilitar y asegurar la aplicación de la ley. Dentro de estos, la definición común de procedimientos, requisitos, plazos y demás condiciones para el registro, inscripción y exclusión de entidades electoras y candidatos; las formas de proceder ante los empates, votos nulos o el régimen de conducta durante las asambleas de elección y los medios de control de los particulares sobre las decisiones administrativas en cada uno de estos ámbitos, no pueden ser remitidos

a uno o más instructivos.

La configuración o regulación abstracta y general de los derechos, como una forma de colaboración normativa con la ley y, generalmente, como contracara de la definición de las atribuciones administrativas dotadas de cobertura legal, corresponde al reglamento y no al instructivo, ni a otras fuentes internas de la Administración. Además, la remisión reglamentaria a tantos instructivos como administraciones competentes en la materia, para que estas definan la forma en que aplicarán la ley, no solo delega indebidamente la potestad reglamentaria, sino que además genera un riesgo de dispersión e inconsistencia normativa que atenta contra la función instrumental de facilitar y asegurar la aplicación de la ley. Por estas razones *se debe declarar inconstitucional el art. 75 RELAI*.

Finalmente, es necesario realizar ciertas acotaciones sobre el alcance de esta decisión: Primero, en vista de la relación expresa que el art. 63 inc. 4º parte final RELAI establece con el art. 75 del mismo reglamento y de la expulsión del ordenamiento jurídico de esta última disposición por efecto de esta sentencia, deberá entenderse que el art. 63 citado remite a un instructivo específico para el asunto a que se refiere, sin perjuicio de que también regule otros aspectos *internos* de la Administración respectiva. Segundo, se aclara que el pronunciamiento sobre el art. 75 RELAI tiene efectos hacia el futuro, de modo que *esta sentencia no altera la validez de los procesos electorales realizados por las entidades convocantes antes del presente fallo*. Tercero, la inconstitucionalidad del art. 73 RELAI significa que *no existe fundamento normativo válido para que el Presidente de la República rechace las ternas de candidatos a comisionados escogidas por los sectores sociales electores*. De todo lo anterior se deriva que *cualquier omisión de cumplimiento del art. 53 inc. 8º (plazo de nombramiento de los comisionados por el Presidente de la República) aduciendo el art. 73 RELAI carece de base jurídica*, pues la disposición reglamentaria invocada como fundamento para dicha omisión es inconstitucional.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citada y en el artículo 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase que no existe la supuesta inconstitucionalidad del art. 63 inc. 4º parte final del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública*, en relación con el art. 86 inc. 1º parte final Cn. –principio de indelegabilidad de las atribuciones gubernamentales–, porque su remisión al instructivo se limita a un aspecto de organización interna que carece de eficacia directa sobre los particulares.

2. *Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 29 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública*, porque establece limitaciones al

derecho de acceso a la información que no están comprendidas en una ley formal y de esta forma viola los arts. 86 inc. 1º, 131 ord. 5º y 168 ord. 14º Cn.

3. *Declárase inconstitucional por conexión, de un modo general y obligatorio, el art. 2 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, en sus definiciones de “Seguridad Nacional” y “Seguridad Política”, porque ellas se limitan a concretar o facilitar la aplicación de restricciones al derecho de acceso a la información que no están comprendidas en una ley formal, lo que infringe los arts. 86 inc. 1º, 131 ord. 5º y 168 ord. 14º Cn.*

4. *Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 73 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, porque en lugar de facilitar la aplicación de la ley dificulta o entorpece la finalidad del procedimiento legal de elección de los comisionados, al atenuar o disminuir el control ciudadano pretendido por la ley, lo que contradice el art. 168 ord. 14º Cn.*

5. *Sobreséese la inconstitucionalidad del art. 73 RELAI con respecto a la supuesta infracción de los arts. 86 inc. 1º y 131 ord. 5º Cn., debido a que dicha disposición ya ha sido declarada inconstitucional.*

6. *Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 75 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, porque la regulación de los “mecanismos por medio de los cuales se dará cumplimiento a lo establecido en la ley” debe ser efectuada por el reglamento y la delegación de esta competencia a la emisión de instructivos viola el art. 86 inc. 1º parte final Cn.*

7. *Notifíquese la presente decisión a todos los sujetos procesales.*

8. *Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director del Diario Oficial. La no publicación de esta sentencia hará incurrir a los responsables en las sanciones legales correspondientes.*