

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

Argentina, Buenos Aires a 3 de abril de 2006.

DICTAMEN

H. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
P R E S E N T E.

El que suscribe, perito propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante Ustedes, con el debido respeto comparezco y expongo el desahogo de los puntos sobre los que reside el siguiente dictamen, al tenor de los siguientes rubros:

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El caso:

1. Fundación Terram envió una carta al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras el 6 de mayo de 1998, solicitando acceso a información en poder del Estado en relación con las obligaciones del Comité respecto de Forestal Trillium y el proyecto Río Cóndor, lo anterior para medir los factores comerciales del proyecto, medir su impacto en el medio ambiente y brindar oportunidad de supervisión ciudadana a las mediadas gubernamentales para su desarrollo.

2. De siete preguntas tres dejaron de contestarse sin la emisión de una negativa formal fundada y motivada por parte de la autoridad.

3. Los solicitantes agotaron las instancias internas en las que se decretaron inadmisibles los escritos mediante los cuales pedían se les restituyera el derecho de acceso violado.

4. Agotado el procedimiento interno acudieron a la vía internacional ante la Comisión Interamericana a hacer valer el Artículo 13 de la Convención Americana,

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

quien una vez revisado el estado del caso sostuvo que el Estado Chileno no garantizó el derecho de las víctimas al acceso a la información por que un organismo del Estado negó acceso a información sin demostrar que la misma estaba comprendida por una de las excepciones legítimas a la norma general de divulgación previstas en el artículo 13. Además, que el Estado no contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información en forma efectiva en el momento que se produjeron los hechos que dieron lugar a esta petición. Por último la Comisión argumenta que la legislación chilena, en su estado actual, tampoco garantiza la observancia efectiva del derecho al acceso a la información. Por tanto, la Comisión solicitó que la Corte dictamine que el Estado violó las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

La rendición del peritaje se basa en los siguientes aspectos:

1. La incidencia del acceso a la información en una democracia.
2. Perspectiva comparativa sobre cómo algunos países, incluido México, han venido resolviendo la cuestión.

B. ANTECEDENTES.

A fin de evitar reiteraciones innecesarias se plantean los principales rubros que motivan el presente Dictamen:

1. El 8 de julio de 2005 la Comisión Interamericana presentó escrito de demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cual propuso tres testigos y un perito.

2. El 28 de septiembre de 2005 el representante de las presuntas víctimas presentó el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

3. El 2 de diciembre de 2005 el Estado de Chile presentó su escrito de contestación de demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumento.

4. El 7 de febrero de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió resolución en el Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile.

5. En el considerando 8. de la resolución referida en el punto anterior la Corte determinó: “ Que es necesario asegurar tanto el conocimiento de la verdad y la más amplia presentación de hechos y argumentos por las partes, en todo lo que sea pertinente para la solución de las cuestiones controvertidas, garantizando a éstas el derecho a la defensa de sus respectivas posiciones, como la posibilidad de atender adecuadamente los casos sujetos a la consideración de la Corte, cuyo número ha crecido considerablemente y se incrementa de manera constante”

6. En el considerando 18. se establece: “Que de acuerdo con el objeto de las declaraciones de los testigos y de los dictámenes de los peritos, propuestos por la Comisión, por el representante y por el Estado, en sus respectivos escritos, y que no serán rendidos mediante affidávit...la comparecencia ante este Tribunal de los señores Marcel Claude Reyes y Eduardo Jorge Moyano Berríos en calidad de testigos, y de los señores Roberto Mayorga Lorca, Carlos Carmona Santander y Ernesto Villanueva en calidad de peritos, puede contribuir a la determinación, por parte de la Corte, de los hechos en el presente caso, por lo que es pertinente recibir dichos testimonios y peritajes en la audiencia pública respectiva...”

7. En el apartado donde resuelve en el rubro de peritos se determina:

A) Propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

1. Ernesto Villanueva, quien rendirá peritaje sobre “la incidencia del acceso a la información en una democracia... y una perspectiva comparativa sobre cómo algunos países han venido resolviendo la cuestión “

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

C. CONSIDERANDOS.

A efecto de desahogar en el orden señalado los puntos de referencia en el planteamiento del problema se dividen en dos apartados en los cuales se acotara desde la doctrina y la base legislativa la forma en que se entiende el derecho de acceso a la información como presupuesto en la democracia y la manera que en el derecho comparado se han regulado las obligaciones de oficio y las excepciones haciendo una vinculación con el caso chileno que motiva la intervención de la Corte Interamericana:

Primero.- La incidencia del acceso a la información en una democracia.

Para revisar la relación entre el acceso a la información y democracia es menester hacer algunas precisiones terminológicas para determinar los alcances que de ellas se pretende hacer en este dictamen.

La palabra democracia significa literalmente, poder (kratos) del pueblo (demos) para Norberto Bobbio las definiciones de democracia tienden a resolverse y agotarse según los autores de reglas del juego; como también han sido llamadas, de “universales de procedimiento”. Entre ellos: 1) el máximo órgano político, a quien está asignada la función legislativa, debe estar compuesto por miembros elegidos directa o indirectamente, por el pueblo; 2) junto al supremo órgano legislativo deben existir otras instituciones con dirigentes elegidos, como los entes de la administración local o el jefe del estado; 3) electores deben ser todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, de religión, de ingresos, y posiblemente también de sexo; 4) todos los electores deben tener igual voto; 5) todos los electores deben ser libres de votar según su propia opinión formada lo más libremente posible, es decir en una libre contienda de grupos políticos que compiten por formar la representación nacional; 6) deben ser libres también en el sentido de que deben estar en condiciones de

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

tener alternativas reales; 7) tanto para las elecciones de los representantes como para las decisiones del supremo órgano político vale el principio de la mayoría numérica; 8) ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, de manera particular el derecho de convertirse, en igualdad de condiciones, en mayoría; 9) el órgano de gobierno debe gozar de la confianza del parlamento o bien del jefe del poder ejecutivo a su vez elegido por el pueblo...

Todas estas reglas establecen cómo se debe llegar a la decisión política y no qué se debe decidir.¹

Destaca el punto 5) en donde la opinión formada lo más libremente posible no se logra sin el debido acceso a la información, se puede anticipar la conclusión de que sin el acceso a la información, aún contando con el resto de las reglas citadas las mismas no se puede alcanzar una democracia plena basada en las decisiones que sin información dejan de serlo.

Como se acotó en la presentación del caso, lo que origina la solicitud de la información por parte de las víctimas es el requerirla para medir los factores comerciales del proyecto, medir su impacto en el medio ambiente y brindar oportunidad de supervisión ciudadana a las mediadas gubernamentales para su desarrollo. Lo anterior concuerda con la regla 5 que plantea Bobbio en la que los electores son libres de votar con base en su opinión formada gracias a la información.

En la medida en que los particulares puedan acceder a la información, que tienen derecho de conocer las democracias emergentes se vendrán consolidando gracias a la actividad de apertura y seguimiento de las negativas de acceso a la información que en principio, siendo la regla y no la excepción, debe ser pública.

¹ *Diccionario de Política*. A-j, bajo la dirección de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Grantranco. Siglo XXI 13ª ed. México, 2002. p. 449-450.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

Para Robert A. Dahl los componentes requeridos en una democracia² son:

- 1) Fuentes alternativas de información.
- 2) Cargos públicos electos.
- 3) Elecciones libres, imparciales y frecuentes.
- 4) Libertad de Expresión.
- 5) Autonomía de las Asociaciones.
- 6) Ciudadanía inclusiva.

En el rubro 1) destacan las fuentes alternativas de información, en la medida en que se cuente no sólo con acceso a la información *per se* sino acompañada de instrumentos que permitan hacer operativo este derecho es que se podrán complementar como un todo necesario los elementos mínimos para la configuración de la democracia.

Pero si los orígenes de la libertad de expresión se remontan al siglo XVIII,³ la libertad de información es relativamente nueva ya que su registro de reconocimiento legal data del 10 de diciembre de 1948, en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴, que establece: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión y de opinión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”*

² Dahl, Robert A. La democracia. Una guía para los ciudadanos, Traducción de Fernando Vallespín. Madrid, Taurus, 1999. 246 p.

³ La libertad de expresión encuentra tutela legal por vez primera en el artículo 10 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que decía: “Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun religiosas, con tal que su manifestación no trastorne el orden público establecido por la ley.”

⁴ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

Más tarde, el 16 de diciembre de 1966, esta libertad es ratificada en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵, al disponer:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de actividades públicas y sin consideración de fronteras...

En los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se advierte en principio que el bien jurídicamente protegido no sólo es la libertad de expresión, sino la libertad de recibir, investigar y difundir información por cualquier medio de expresión; es decir, se trata de brindar fundamento legal a lo que se conoce genéricamente como libertad de información.

El hecho de que la libertad de información no se tutele legalmente sino hasta 1948 tiene una explicación que ofrece un interesante estudio de la UNESCO:

Mientras la comunicación interpersonal fue la única forma de comunicación humana, el derecho a la libertad de opinión era el único derecho a la comunicación. Más adelante, con la invención de la imprenta se añadió el derecho de expresión. Y más tarde aún, a medida que se desarrollaban los grandes medios de comunicación, el derecho a buscar, recibir e impartir información pasó a ser la preocupación principal. Desde este punto de vista, el orden de los derechos específicos enumerados en el art. 19 (de la Declaración Universal), traza una progresión histórica: opinión, expresión, información.⁶

Así, la frase libertad de información puede entenderse como el derecho de todo individuo a recibir, investigar y transmitir hechos dotados de trascendencia pública a través de los medios de comunicación social. Si bien es cierto que el sujeto activo de esta libertad puede ser, en estricto sentido, cualquier individuo,

⁵ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. México ratificó el tratado el 23 de marzo de 1981.

⁶ Informe UNESCO 19 c/93, 16 de agosto de 1976.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

también lo es que generalmente se delega en los periodistas, quienes encuentran en esta libertad el fundamento más importante para el ejercicio de su profesión.

De manera correlativa, el sujeto pasivo de la libertad de información es la colectividad, el individuo que se pretende proteger para que *“pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos”*.⁷ Como en todos los derechos fundamentales, el ejercicio de esta libertad demanda del Estado, en principio, un deber de abstención. Sin embargo, en ocasiones, y a efecto de que se cumplía eficazmente el derecho contenido en la libertad de información, el Estado asume deberes de prestación.

En el caso que nos ocupa destaca la abstención del Estado chileno de emitir una respuesta de acuerdo, en ese entonces por falta de instrumento legal interno, con los estándares internacionales que si contemplan los casos en que válidamente y solo como excepción, se debe negar o entregar parcialmente la información de tal suerte que en ningún momento se presentó un vacío legal que restringiera la calidad jurídica de la respuesta de la autoridad.

Cabe hacer notar que a partir de su reconocimiento internacional en 1948, la libertad de información presenta las siguientes características:

a) La información es una función pública.⁸ Esto significa que la información deja de ser sólo un derecho público subjetivo para transformarse en un derecho-deber de los periodistas en la medida en que nadie debe informar si no es para satisfacer el derecho de los individuos a recibir información veraz, completa y objetiva. De esta manera, la concepción decimonónica de la información que oponía al ejercicio de la difusión informativa el respeto al derecho a la privacidad, la moral y la seguridad del Estado como únicos límites, se convierte ahora en un instrumento para satisfacer el derecho del público a la información.

⁷ STC 159/1986, del 31 de diciembre.

⁸ Cfr. Carlos SORIA, *La hora de la ética informativa*, Barcelona, Mitre, 1991, p. 14.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

b) La información se transforma en una garantía supranacional.⁹ De esta manera, el derecho a recibir y emitir información encuentra protección frente a los intentos estatales por suprimir o restringir indebidamente el alcance de esta libertad fundamental de todos los individuos.

c) La información es también un objeto plural, pues para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos de la vida pública es necesario que conozca versiones distintas y, en no pocas ocasiones, contrapuestas, acerca de un mismo hecho de trascendencia pública, razón por la cual la libertad de información es al mismo tiempo libertad de controversia política, cuya esencia forma parte de toda sociedad que se identifica con la democracia.

Y es que como bien señala Umberto Cerroni “[...] la capacidad de autogobierno, control recíproco e iniciativa que expresa la democracia, es el único instrumento con que resulta posible impedir que el hombre sucumba bajo el peso del maquinismo, del tecnicismo, de la especialización, aunque poniendo al alcance de todos la máquina, la técnica y el adiestramiento profesional. En su más vasta acepción, la democracia es la única esperanza de convertir nuestro planeta en una comunidad humana”.¹⁰

Jorge Carpizo y el suscrito¹¹ hemos sostenido que el derecho a la información (en su sentido amplio), de acuerdo con el artículo 19 de la Declaración

⁹ Hay que tomar en cuenta lo previsto en el art. 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, que establece: “Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los hechos denunciados en el Pacto.”

¹⁰ *La libertad de los modernos*, Martínez Roca, Barcelona, 1968, p. 236.

¹¹ Carpizo, Jorge y Ernesto Villanueva “El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México” en Valadés, Diego y Rodrigo Gutiérrez Rivas. *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 2001 pp.71-102

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

Universal de los Derechos Humanos es la garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, a informar y a ser informada.

De la definición apuntada se desprenden los tres aspectos más importantes que comprende dicho derecho fundamental:

- a) El derecho a atraerse información incluye las facultades de i) acceso a los archivos, registros y documentos públicos y, ii) la decisión de que medio se lee, se escucha o se contempla.
- b) El derecho a informar incluye las i) libertades de expresión y de imprenta y, ii) el de constitución de sociedades y empresas informativas.
- c) El derecho a ser informado incluye las facultades de i) recibir información objetiva y oportuna, ii) la cual debe ser completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias y, iii) con carácter universal, o sea, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna.¹²

La información debe entenderse en un sentido amplio que comprende los procedimientos –acopiar, almacenar, tratar, difundir, recibir-; así como los tipos – hechos, noticias, datos, opiniones, ideas- ; y sus diversas funciones.¹³

El derecho a la información emplea los más diversos espacios, instrumentos y tecnologías para la transmisión de hechos e ideas. Algún medio puede presentar peculiaridades propias pero las instituciones del derecho a la información son las mismas para todos ellos, aunque acomodándose a sus características.

¹² Escobar de la Serna, Luis. *Manual de derecho de la información*. Dykinson. Madrid 1997; pp. 54-60 y 380-381. López Ayllón, Sergio. *El derecho a la información*. Miguel Angel Porrúa, librero-editor. México 1984; pp. 160-161. Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1998; pp. 34-36.

¹³ López Ayllón, Sergio, *Op cit*, p. 176.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

Del propio artículo 19 se desprende con toda claridad que el derecho a la información es un derecho de doble vía en virtud de que incluye, y en forma muy importante, al receptor de la información; es decir, al sujeto pasivo, a quien la percibe y quien -ya sea una persona, un grupo de ellas, una colectividad o la sociedad- tiene la facultad de recibir información objetiva e imparcial.

Así lo ha entendido acertadamente la Corte Constitucional de Colombia, cuya sala quinta de revisión asentó:

... el derecho a la información es de doble vía, característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cobija únicamente a quien informa (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujetos pasivos), quienes pueden y deben reclamar de aquél, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de la información. Esta debe ser, siguiendo el mandato de la misma norma que reconoce el derecho “veraz e imparcial”. Significa ello que no se tiene simplemente un derecho a informar, pues el Constituyente ha calificado ese derecho definiendo cual es el tipo de información que protege. Vale decir, la que se suministra desbordando los enunciados límites -que son implícitos y esenciales al derecho garantizado- realiza antivalores (falsedad, parcialidad) y, por ende, no goza de protección jurídica; al contrario, tiene que ser sancionada y rechazada porque así lo impone un recto entendimiento de la preceptiva constitucional.¹⁴

El derecho de acceso a la información pública sería entonces un círculo más pequeño que formaría parte del círculo amplio del derecho a la información. Y este derecho estaría compuesto por las distintas normas jurídicas que hacen posible examinar de la mejor manera los registros y datos públicos o en posesión de los órganos del Estado, de acuerdo a la ley.

Con la anterior podemos destacar la importancia de la elaboración de leyes que garanticen no sólo la transparencia sino sobre todo el derecho de acceso a la

¹⁴ Véase Nogueira Alcalá, Humberto. “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos” en *Derecho a la información y derechos humanos*. Jorge Carpizo y Miguel Carbonell (coordinadores). México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; pp. 21-23 y Villanueva, Ernesto. *Derecho mexicano de la información*. México, Oxford University Press. 2000; pp. 41-46.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

información Las ventajas de la utilización de esta ley son múltiples, entre las principales podemos citar las siguientes:

1) Fomentar el principio de seguridad jurídica y de legitimidad democrática del Estado de Derecho al dar a conocer las reglas del juego y ajustar conductas a pautas razonables y previsibles;

2) Ejercer el escrutinio activo de los gobernados sobre las actividades de los servidores públicos y de las empresas privadas que operan bajo concesión pública;

3) Promover que tanto los ciudadanos como las autoridades se encuentren en mejores condiciones para la toma de decisiones;

4) Reducir el rumor y alentar las noticias confirmadas;

5) Un acceso equitativo con igualdad de oportunidades para participar en las más diversas actividades de la vida nacional;

6) Democratizar los espacios de la vida pública que pasa de una organización jerárquica a una organización con dosis importantes de interactividad y elimina el sistema de información privilegiada

Lo anterior por lo que respecta a la relación entre acceso a la información y democracia; sin embargo para complementar la eficacia de las legislaciones es necesario garantizar a través de las instituciones y los procedimientos ágiles y sencillos el ejercicio pleno de este derecho.

En lo que respecta al caso, es de hacer notar los tiempos que ha tenido que agotar sin que a la fecha cuente con la totalidad de la información requerida o por lo menos con el instrumento legal adecuado en el que se plasmen los fundamentos y argumentos que avalen la restricción al acceso. Información que se deja de entregar con oportunidad es información que va perdiendo el valor que en sí misma encierra al tenerla en el momento.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

La existencia de una autoridad reguladora independiente constituye otra de las piedras angulares para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública. Esta institución es deseable en las democracias consolidadas, pero es imprescindible contar con un organismo, al menos, de promoción y socialización en democracias emergentes donde la credibilidad en las instituciones legales tradicionales se encuentra en proceso de construcción. La autoridad reguladora independiente ofrece las siguientes ventajas, a saber:

a) La existencia de una autoridad reguladora independiente permite fomentar la imparcialidad en el desempeño de sus funciones y eliminar el conflicto de intereses que existe cuando la Ley establece un órgano dependiente directamente de uno de los poderes sujetos al ámbito de aplicación de la Ley en cuestión, particularmente cuando se trata de determinar si una información pública determinada actualiza o no alguna de las hipótesis normativas de la excepción al derecho de acceso a la información pública;

b) Desde la perspectiva de los gobernados, la autoridad reguladora independiente representa una instancia gratuita, expedita y eficaz para dirimir conflictos en materia de acceso a la información si se le compara con la alternativa única de la autoridad jurisdiccional, la cual – particularmente en las democracias emergentes- es lenta, costosa y en muchas ocasiones ineficaz en perjuicio de la sociedad toda;

c) Sólo una autoridad reguladora independiente puede ofrecer un programa intensivo de educación y capacitación para los gobernados con el fin de que haya el mejor aprovechamiento posible del derecho de acceso a la información pública, habida cuenta que la sola expedición de la Ley en la materia no garantiza que tenga en los hechos un efecto igualador o democrático; y

d) La autoridad reguladora independiente se encuentra en condiciones de evaluar año con año las fortalezas y debilidades de la Ley de Acceso a la

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

Información Pública, teniendo la posibilidad de conducir foros o estudios conducentes a reformas legales que mejoren, en el interés público, aquellos aspectos que no estén suficientemente claros o requieran ajustarse a los estándares democráticos internacionales actuales en la materia.

En el caso Chileno la ausencia de una autoridad especializada independiente que atienda los casos referentes a la protección del derecho de acceso a la información viene a impactar en el detrimento del ejercicio pleno de este derecho, como se observa en las constancias que integran el expediente, las víctimas acudieron ante las instancias que su legislación interna les permite y el resultado fue la negativa de entrar al estudio del caso aduciendo cuestiones de forma. En la medida en que se cuente con Órganos Garantes en la materia se propiciará un acceso pronto y expedito a las respuestas que por ley correspondan de acuerdo al caso concreto.

Otro aspecto relevante en las legislaciones en materia de acceso a la información es la inserción del Principio de la prueba de daño.

Es verdad que, de entrada, no existen derechos absolutos, sino relativos. No obstante, el uso de conceptos jurídicos indeterminados para el rubro de excepciones al derecho de acceso a la información pública, particularmente en las democracias en desarrollo donde la cultura de la secrecía se encuentra arraigada, constituye una salida legal para clasificar información como reservada, bajo una perspectiva voluntarista de la autoridad encargada de clasificar tal información.

El principio de la prueba de daño tiene como propósito acotar al máximo las posibilidades del ejercicio discrecional de la clasificación informativa y, por ende, ofrecer mayores garantías al derecho de acceso a la información pública a favor de las personas. Y es que con este principio el clasificador debe demostrar razonablemente que se reúnen los elementos de la hipótesis normativa que impide el acceso a la información pública caso por caso.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

En México, la Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa incluye el principio de la prueba de daño en su articulado en los términos siguientes:

Artículo 21. El acuerdo que clasifique información como reservada deberá demostrar que:

I. La información encuadra legítimamente en alguna de las hipótesis de excepción previstas en la presente Ley. La información encuadra legítimamente en alguna de las hipótesis de excepción previstas en la presente Ley.

II. La liberación de la información de referencia puede amenazar efectivamente el interés protegido por la Ley.

III. El daño que puede producirse con la liberación de la información es mayor que el interés público de conocer la información de referencia.

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental no prescribe nada sobre este rubro, lo ha hecho sin embargo, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, a nivel de lineamientos.

Con la aplicación de la Prueba de Daño se exige un mayor uso de la argumentación por parte de la autoridad en los casos en que se pretenda restringir el acceso, lo anterior acota las tendencias a la discrecionalidad en el acceso a la información.

Para cerrar esta primera parte del dictamen se puede concluir y se concluye que la información que solicitaron las víctimas entra dentro del mínimo de requerimiento que válidamente se puede formular a las autoridades en las sociedades democráticas.

Como certeramente señala Derrida:²

Lo secreto es lo irreductible al terreno de lo público --a pesar de que no lo llamo privado-- e irreductible a la publicidad y a la politización, pero al mismo tiempo, este secreto está en la base de lo que del terreno de lo

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

público y del dominio de la política puede permanecer y permanece abierto.

15

Segundo.- Perspectiva comparativa sobre cómo algunos países, incluido México, han venido resolviendo la cuestión.

Ahora bien, de acuerdo a los datos que constan en el expediente se desprende que la solicitud de información de las víctimas en cuanto al contenido, entra en el catálogo de la información que de oficio debe difundir la autoridad.

Para validar lo afirmado en el párrafo anterior se citan a manera de ejemplo los países y leyes que contienen la obligación de esa presentación de la información sin que sea necesario el que alguien la requiera vía solicitud. De los casos en que se infiere y se puede aplica como analogía, destacan:

Albania

Artículo 8 de su ley en la materia establece:

Official documents available without a public request

Public authorities shall make available to the public in sufficient quantity and appropriate formats, official documents which facilitate the information of public on their activity, such as:

(...)

- statements on methods and procedures by which its functions are channeled and determined.

Article 9

- final decisions on a given case, including concurring and dissenting opinions as well as orders implementing them;
- administrative staff manuals and instructions to staff that affect a member of the public;.
- copies of data that have been given priory to at least one member of the public, regardless of their format and which the public authority estimates that it will be important for other persons;

¹⁵ 2 Derrida, J. "Notas sobre desconstrucción y pragmatismo," pp.151-170 en C. Mouffe (comp.) *Desconstrucción y Pragmatismo* (Buenos Aires, Barcelona y México: Espacios del Saber 4, Paidós, 1998), p.157.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

Colombia

Ley 57 de 1985 (Julio 5)

Artículos 1, 2 y 5

ARTICULO 1º.-La Nación, los Departamentos y los Municipios incluirán en sus respectivos Diarios, Gacetas o Boletines oficiales todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos.

ARTICULO 2º.-En el Diario Oficial, cuya dirección corresponda al Ministerio de Gobierno, deberán publicarse:

(...)

d) Los contratos en que sean parte la Nación o sus entidades descentralizadas, cuando dicha formalidad sea ordenada por la ley que los regula;

...

f) Los actos de naturaleza similar a la señalada en el literal anterior que expidan otras autoridades por delegación que hayan recibido o por autorización legal; y

g) Los demás actos que señalen las disposiciones vigentes y la presente Ley.

ARTICULO 5º.-En cada uno de los Departamentos se editará un Boletín o Gaceta Oficial que incluirá los siguientes documentos:

(...)

f) Los actos de la Gobernación, de las Secretarías del Despacho y de las Juntas Directivas y Gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tengan alcance e interés generales;

g) Los actos de naturaleza similar a la señalada en el literal anterior que expidan otras autoridades departamentales por delegación que hayan recibido o por autorización legal u ordenanza; y

h) Los demás que conforme a la ley, a las Ordenanzas o a sus respectivos reglamentos, deban publicarse.

Ecuador

Art. 7.- Difusión de la Información Pública.

(...)

i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones;

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución;

(...)

s) Los organismos seccionales, informarán oportunamente a la ciudadanía de las resoluciones que adoptaren, mediante la publicación de las actas de las respectivas sesiones de estos cuerpos colegiados, así como sus planes de desarrollo local; y,

(...)

La información deberá ser publicada, organizándola por temas, items, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.

México

CAPITULO II OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA

Artículo 7. Con excepción de la información reservada o confidencial prevista en esta Ley, los sujetos obligados deberán poner a disposición del público y actualizar, en los términos del Reglamento y los lineamientos que expida el Instituto o la instancia equivalente a que se refiere el Artículo 61, entre otra, la información siguiente:

(...)

XI. Las concesiones, permisos o autorizaciones otorgados, especificando los titulares de aquéllos;

XII. Las contrataciones que se hayan celebrado en términos de la legislación aplicable detallando por cada contrato:

- a. Las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y los servicios contratados; en el caso de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico;
- b. El monto;
- c. El nombre del proveedor, contratista o de la persona física o moral con quienes se haya celebrado el contrato, y
- d. Los plazos de cumplimiento de los contratos;

XVI. Cualquier otra información que sea de utilidad o se considere relevante, además de la que con base a la información estadística, responda a las preguntas hechas con más frecuencia por el público.

La información a que se refiere este Artículo deberá publicarse de tal forma que facilite su uso y comprensión por las personas, y que permita asegurar su calidad, veracidad, oportunidad y confiabilidad. Las dependencias y entidades deberán atender las recomendaciones que al respecto expida el Instituto.

Artículo 12. Los sujetos obligados deberán hacer pública toda aquella información relativa a los montos y las personas a quienes entreguen, por cualquier motivo, recursos públicos, así como los informes que dichas personas les entreguen sobre el uso y destino de dichos recursos.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

Amerita señalar que en el caso de México no sólo se establece la obligación de la publicidad de la información si no que también se determinan los principales rubros que deberá contener la referida información a la que se le da publicidad.

Perú

Artículo 22º.- Información que deben publicar todas las Entidades de la Administración Pública Toda Entidad de la Administración Pública publicará, trimestralmente, lo siguiente:

(...)

2. Los proyectos de inversión pública en ejecución, especificando: el presupuesto total de proyecto, el presupuesto del período correspondiente y su nivel de ejecución y el presupuesto acumulado.

(...)

4. Información contenida en el Registro de procesos de selección de contrataciones y adquisiciones, especificando: los valores referenciales, nombres de contratistas, montos de los contratos, penalidades y sanciones y costo final, de ser el caso.

5. Los progresos realizados en los indicadores de desempeño establecidos en los planes estratégicos institucionales o en los indicadores que les serán aplicados, en el caso de entidades que hayan suscrito Convenios de Gestión.

Las Entidades de la Administración Pública están en la obligación de remitir la referida información al Ministerio de Economía y Finanzas, para que éste la incluya en su portal de internet, dentro de los cinco (5) días calendario siguiente a su publicación.

Artículo 23º.- Información que debe publicar el Ministerio de Economía y Finanzas

El Ministerio de Economía y Finanzas publicará, adicionalmente a lo establecido en el artículo anterior, la siguiente información

(...)

6. Información sobre los proyectos de inversión pública cuyos estudios o ejecución hubiesen demandado recursos iguales o superiores a mil doscientas (1,200) Unidades Impositivas Tributarias, trimestralmente, incluyendo: el presupuesto total del proyecto, el presupuesto ejecutado acumulado y presupuesto ejecutado anual.

Artículo 26º.- Información que debe publicar el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) El CONSUCODE publicará, trimestralmente, información de las adquisiciones y contrataciones realizadas por las Entidades de la Administración Pública, cuyo valor referencial

Dictamen
Dr. Ernesto Villanueva

haya sido igual o superior a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias. Para tal fin, la información deberá estar desagregada por Pliego, cuando sea aplicable, detallando: el número del proceso, el valor referencial, el proveedor o contratista, el monto del contrato, las valorizaciones aprobadas, de ser el caso, el plazo contractual, el plazo efectivo de ejecución, y el costo final.

Con la muestra aleatoria que se presenta se destaca que a la luz del caso de la solicitud de información del Estado de Chile de haberse realizado en cualquiera de los países antes mencionados, la información de inicio ya estaría a disposición de los solicitantes y en el peor de los casos se debe entregar en la forma y términos como aparece como parte de la lógica de transparencia.

A mayor abundamiento y para que la Corte cuente con datos referentes a cómo se restringe el acceso en otros países tenemos de manera representativa los siguientes países en donde, suponiendo sin conceder la información no esté decretada de oficio no impide que, de acuerdo a las limitantes legales, se entregue previa solicitud por no estar contenida dentro de los casos de excepción:

ANTIGUA Y BARBUDA

Freedom of Information Act, 2004. Sección 27 a 33

Excepción o Limitantes:

- Documentos e información sobre procedimientos legales o jurídicos.
- Documentos e información relacionada con la salud y seguridad pública.
- Secretos comerciales, industriales.
- Documentos e información relacionada para el cumplimiento de la ley.

Aspectos relevantes:

- Establece el principio de prueba de daño.
- Establece órgano garante.
- Establece vías de impugnación.

**DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA**

- Establece las versiones públicas.

AUSTRALIA

Freedom of information Act 1982. Parte IV.

Excepción o Limitantes:

- Documentos que atenten contra: Seguridad nacional, defensa o relaciones internacionales, economía nacional.
- Documentos que contengan información relativa a decisiones o deliberaciones del Consejo de Ministros o agencias hasta que se conviertan en documentos oficiales serán publicados.

Aspectos relevantes:

- Establece el principio de prueba de daño.
- El *ombudsman* es el órgano garante.
- Establece vías de impugnación.
- No establece versiones públicas.

CROACIA

The Act on the Right of Access to Information. Artículo 8

Excepción o Limitantes:

- Información clasificada como secreto de estado, militar, oficial, profesional o económica.

Aspectos relevantes:

- Establece el principio de prueba de daño.
- Establece vías de impugnación.
- No cuenta con un órgano garante.

**DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA**

- No establece versiones públicas.

DINAMARCA

The Danish Access to Public Administration Files Act. Sección 10

Excepción o Limitantes:

- Documentos de las reuniones del Consejo de Estado; minutas de las reuniones de los ministros y documentos para la preparación de esas reuniones.
- Correspondencia entre los ministros relacionada con la iniciativa de leyes.
- Documentos elaborados para la adopción de propuestas de la Comunidad Europea de conformidad con los lineamientos de la Unión Europea.
- Información obtenida con fines estadísticos y científicos.
- Documentos y correspondencia relacionada con procedimientos o deliberaciones judiciales.

Aspectos relevantes:

- No establece el principio de prueba de daño.
- Establece vías de impugnación.
- No cuenta con un órgano garante.
- Establece las versiones públicas.

ECUADOR

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 17 y 18

Excepción o Limitantes:

- Documentos clasificados como reservados por razones de defensa nacional.
- Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.

**DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA**

Aspectos relevantes:

- Establece el principio de prueba de daño.
- La Defensoría del Pueblo es el órgano garante.
- Establece vías de impugnación.
- No establece versiones públicas.

INDIA

The Right to Information Act, 2005 (No. 22 Of 2005). Sección 8

Excepción o Limitantes:

- Información que ponga en riesgo la soberanía e integridad de India, seguridad, economía, relaciones internacionales.
 - Información que este prohibida su publicación por orden judicial.
- Información relacionada con los privilegios de las legislaturas estatales y el Parlamento.
- Secretos comerciales y propiedad intelectual.
 - Información suministrada al gobierno como confidencial.
 - Documentos que contengan información relativa a decisiones o deliberaciones del Consejo de Ministros.

Aspectos relevantes:

- Establece el principio de prueba de daño.
- Establece al órgano garante.
- Establece vías de impugnación.
- Establece versiones públicas.

REPÚBLICA CHECA

Law on Free Access to Information .Sección 7 al 11

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

Excepción o Limitantes:

- Cuando las legislaciones establezcan la información como secreto. Secretos financieros, comerciales.
- Información suministrada al gobierno como confidencial.
- Documentos que contengan información relativa a decisiones o deliberaciones.

Aspectos relevantes:

- No establece el principio de prueba de daño.
- No establece órgano garante.
- Establece vías de impugnación.
- No establece versiones públicas.

MÉXICO

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
Artículos 13 y 14

Excepción o Limitantes:

- Información que por su difusión pueda comprometer: la seguridad y defensa nacional, relaciones internacionales, expedientes judiciales o procedimientos administrativos, estabilidad financiera,
- Formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada.

Aspectos relevantes:

- Establece el principio de prueba de daño.
- Establece órgano garante.
- Establece vías de impugnación.
- No establece versiones públicas. Aunque por criterio del Órgano Garante se utiliza.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

PERÚ

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N. 27806). Artículo 15

Excepción o Limitantes:

- Información que pueda atentar contra la seguridad nacional, relaciones internacionales, secreto bancario, tecnológico.
- Información interna de las entidades de la Administración Pública o de comunicaciones entre éstas que contengan consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno.
- Información de asesorías legales, investigaciones judiciales o administrativas, información que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país y cuya revelación puede entorpecerla

Aspectos relevantes:

- Establece el principio de prueba de daño.
- No establece órgano garante.
- Establece vías de impugnación.
- Establece versiones públicas.

SERBIA Y MONTENEGRO

Law on free Access to Information of Public Importante. Artículo 9

Excepción o Limitantes:

- Información que ponga en riesgo la vida, salud, seguridad y cualquier otro interés vital de la persona. Información que pueda intervenir en la persecución o prevención de crímenes.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

- Que en verdad ponga en riesgo la seguridad, defensa nacional, salud pública y relaciones internacionales.
- Las finanzas o economía nacional.
- Secretos comerciales y bancarios.

Aspectos relevantes:

- Establece el principio de prueba de daño.
- Establece al órgano garante.
- Establece vías de impugnación.
- Establece las versiones públicas.

SUECIA

Swedish Freedom of the Press Act .Capítulo 2. artículo 2

Excepción o Limitantes:

- Información que atente a la seguridad nacional, relaciones internacionales, las políticas públicas en el ramo de la economía y finanzas, con el control de supervisión de las actividades de las autoridades públicas, para prevenir crímenes y procedimientos judiciales.
- Protección a la integridad personal o calidad de vida, preservación de animales o plantas en peligro de extinción.

Aspectos relevantes:

- No establece el principio de prueba de daño.
- El ombudsman es el órgano garante.
- Establece vías de impugnación.
- No establece versiones públicas.

Como se aprecia la muestra identifica en las diversas latitudes del planeta la forma en que la autoridad válidamente puede y debe negar o restringir el acceso

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

a determinada información. Centrando lo anterior por analogía al caso que nos ocupa es clara la inexistencia de alguna causal que motive la negación del acceso que por omisión hizo la autoridad.

A mayor abundamiento podemos citar el caso de la legislación mexicana en donde ante el silencio de la autoridad la propia ley establece la sanción que viene de la tradición del Derecho Administrativo que es la figura de la Afirmativa Ficta, en la cual se da por la ficción jurídica que permite la ley dar por supuesto que si la autoridad no respondió en tiempo y forma el sentido de la respuesta viene en sentido afirmativo y el órgano garante solo debe avalar que efectivamente la información debe entregarse por no encontrarse en los supuestos de excepción y se cumple con el principio de prueba de daño.

Artículo 53. La falta de respuesta a una solicitud de acceso, en el plazo señalado en el Artículo 44, se entenderá resuelta en sentido positivo, por lo que la dependencia o entidad quedará obligada a darle acceso a la información en un periodo de tiempo no mayor a los 10 días hábiles, cubriendo todos los costos generados por la reproducción del material informativo, salvo que el Instituto determine que los documentos en cuestión son reservados o confidenciales.

A efecto de dar cabal cumplimiento a lo establecido en el párrafo primero de este Artículo, el Reglamento establecerá un procedimiento expedito para subsanar el incumplimiento de las dependencias y entidades de entregar la información. Para este efecto, los particulares podrán presentar la constancia a que se refiere el Artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo expedida por la unidad de enlace que corresponda, o bien bastará que presenten copia de la solicitud en la que conste la fecha de su presentación ante la dependencia o entidad. En este último caso, el procedimiento asegurará que éstas tengan la oportunidad de probar que respondieron en tiempo y forma al particular.

RESULTANDOS:

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

PRIMERO.- La incidencia del acceso a la información, como se agotó en los considerandos, es fundamental para la consolidación de la democracia, de tal suerte que sin el ejercicio pleno de este derecho la democracia como tal pierde sentido por no haber opiniones fundadas en información sobre la gestión y uso de los recursos públicos de los responsables de manejarlos.

SEGUNDO.- La Doctrina y las legislaciones nacionales e internacionales recogen la premisa anterior y la integran como parte elemental de las normas expedidas en la materia la exigencia de la máxima publicidad y la restricción de acceso como la excepción.

TERCERO.- El acceso debe estar garantizado con legislaciones que respondan a estándares internacionales mínimos que garanticen el ejercicio de este derecho, esto es, la sola emisión de una ley no garantiza el derecho de acceso si no viene acompañado de los mecanismos de la técnica jurídica que permitan hacer operativo el mismo.

CUARTO.- La celeridad en el acceso a la información es un requerimiento indispensable para que la información conserve la importancia que le da el sentido de oportunidad. En el caso que nos ocupa es un punto de atención a señalar por lo plazos y las fases que han tenido las víctimas que esperar y agotar respectivamente.

QUINTO.- Deben existir procedimientos pronto y expedito con la exigencia de la emisión de respuestas que no sólo fundamenten con la cita de los artículos aplicables sino además, en los casos que se responda con la negativa de acceso la motivación, esto es, los argumentos aplicables al caso se centren en la existencia de la disposición normativa que faculte a la negativa del acceso, que la liberación de esa información puede causar un daño y que el daño es mayor que el interés público por conocer el caso. Lo anterior es lo que se conoce en la doctrina como Prueba de Daño.

DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA

SEXTO.- En el Derecho Comparado se aprecia en una muestra representativa de leyes que el tipo de información solicitado en Chile configura dentro del catálogo de información de oficio que por ley está obligado a difundir el sujeto obligado.

SÉPTIMO.- De igual manera destaca en las legislaciones de diversas familias jurídicas que las excepciones que plasman de ninguna manera justifican, si se aplican por analogía, la omisión de la autoridad en el caso chileno de dar en tiempo y forma una respuesta a las víctimas.

CONCLUSIÓN GENERAL

Una vez analizados los aspectos a abordar en el presente dictamen, es de concluirse y se concluye:

1. Que dentro de lo que se concibe desde la doctrina y la legislación como democracia no se entiende si no lleva como parte el derecho de acceder a la información para saber como en el caso de las víctimas de este caso, el tipo de información a la que tiene derecho de acceder.
2. No se encontraron en las legislaciones internacionales referidas supuestos normativos que avalen la omisión de la autoridad de emitir oportuna respuesta a la solicitud de información de las víctimas.
3. Sin lo anterior deja de fortalecer la confianza en las instituciones lo que conlleva al desconocimiento por parte de los ciudadanos de las actuaciones de sus autoridades lo que se da en detrimento de la participación informada que es la base de la consolidación de la democracia.

**DICTAMEN
DR. ERNESTO VILLANUEVA**

Es válida la solicitud de información en los términos y alcances en que la presentaron las víctimas sin que hasta la fecha destaque en el derecho comparado algún supuesto que por analogía valide la restricción del tipo de información requerida y menos aún el silencio de la autoridad.

ATENTAMENTE

DR. ERNESTO VILLANUEVA VILLANUEVA