
MANUAL SOBRE LA JUSTICIABILIDAD
DEL DERECHO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN

PARA JUECES Y JUEZAS DE LATINOAMÉRICA

MANUAL SOBRE LA JUSTICIABILIDAD
DEL DERECHO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN

PARA JUECES Y JUEZAS DE LATINOAMÉRICA

UNACH | CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

UNACH | CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
JAIME VALLS ESPONDA, RECTOR

MANUAL SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN
ISBN: 978-607-8207-98-5
AUSTIN, TEXAS; 2013

BAJO LA COORDINACIÓN EDITORIAL DE:
CARLOS F. NATARÉN NANDAYAPA
MARCO ANTONIO BESARES ESCOBAR

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, sea cual fuere el medio, sin el consentimiento por escrito del editor.

CARLOS F. NATARÉN NANDAYAPA
MARCO ANTONIO BESARES ESCOBAR
COORDINADORES

UNACH | CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
PRÓLOGO	17
NOTA INTRODUCTORIA	19
CAPÍTULO PRIMERO	25
PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN	
<i>I. EL PRINCIPIO DE MÁXIMA DIVULGACIÓN</i>	<i>27</i>
<i>II. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD</i>	<i>31</i>
<i>III. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA</i>	<i>36</i>
<i>IV. EL PRINCIPIO DE BUENA FE</i>	<i>43</i>
<i>V. EL NUEVO PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA EN MÉXICO</i>	<i>48</i>
CAPÍTULO SEGUNDO	53
RÉGIMEN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN	
<i>I. LEGITIMACIÓN ACTIVA: LA PERSONA COMO TITULAR DEL DERECHO</i>	<i>55</i>

<i>II. LEGITIMACIÓN PASIVA: SUJETOS OBLIGADOS</i>	60
<i>III. OBJETO DEL DERECHO</i>	66
CAPÍTULO TERCERO	75
SISTEMA DE LIMITACIONES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN	
<i>I. ADMISIBILIDAD DE LAS LIMITACIONES</i>	77
<i>II. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LAS LIMITACIONES</i>	80
<i>III. CONSAGRACIÓN LEGAL DE LAS EXCEPCIONES</i>	81
<i>IV. OBJETIVOS LEGÍTIMOS BAJO LA CONVENCIÓN</i>	85
<i>V. NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y CARÁCTER TEM- PORAL DE LAS LIMITACIONES</i>	87
<i>VI. DEBER DE JUSTIFICAR CON CLARIDAD Y POR ESCRI- TO LAS RESPUESTAS NEGATIVAS A LAS PETICIONES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN</i>	91
<i>VII. INFORMACIÓN RESERVADA O SECRETA</i>	93
<i>VIII. DATOS PERSONALES Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN</i>	101
CAPÍTULO CUARTO	117
APLICACIONES ESPECÍFICAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN	
<i>I. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA IN- FORMACIÓN EN PODER DE ESTADO Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA</i>	119
<i>II. RESTRICCIÓN EN EL ACCESO A LAS FUENTES OFICIALES</i>	127

<i>DE INFORMACIÓN EN ACTOS O EVENTOS PÚBLICOS</i>	
<i>III. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS</i>	<i>134</i>
<i>IV. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y CREACIÓN Y CONSERVACIÓN DE ARCHIVOS POLICIALES</i>	<i>140</i>
<i>V. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LOS ARCHIVOS DE MEMORIA HISTÓRICA SOBRE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS</i>	<i>142</i>
1. Deber de permitir el acceso a los archivos en los cuales exista información relacionada con violaciones graves de derechos humanos.	<i>144</i>
2. Deber de crear y conservar archivos vinculados con graves violaciones de derechos humanos.	<i>146</i>
3. Deber de producir información vinculada con graves violaciones de derechos humanos.	<i>147</i>

PRESENTACIÓN

El derecho de acceso a la información pública está consagrado desde hace tiempo como un derecho humano en diversos instrumentos jurídicos internacionales globales y regionales. En sus alcances, más allá de ser un derecho humano, este derecho también es conocido como un “derecho puente”, es decir, que su ejercicio posibilita y brinda elementos para el ejercicio de otros derechos. Este manual refleja esa interconexión entre derechos y diversos temas, y por ende, la importancia de su comprensión y análisis en varias dimensiones.

Es necesario mencionar que el desarrollo de legislaciones nacionales que garanticen el derecho de acceso a la información pública es sin duda uno de los fenómenos legislativos de mayor impacto en América Latina y el Caribe en lo que va del milenio. Hoy día son ya 17 países los que cuentan con legislaciones específicas garantes de este derecho. Aunado a esto, la jurisprudencia local, nacional y regional ha tenido también un desarrollo y un impacto muy significativo en la materia, sentando precedentes y referentes de interpretación y resolución con una perspectiva pro derechos humanos.

Si bien el desarrollo del derecho de acceso a la información

(DAI) ha sido relativamente reciente y “vertiginoso”, su incorporación y la comprensión plena de sus alcances es una tarea que aún está en construcción y fortalecimiento. Mucho falta por hacer para lograr que el ejercicio de este derecho sea incorporado en la práctica por cada vez un mayor grupo de actores sociales que lo ejerzan activamente como demanda cotidiana. Pero también debe promoverse entonces el fortalecimiento de las capacidades no sólo sociales sino institucionales para responder a los desafíos que plantea la socialización y el ejercicio de este derecho.

Esto no sólo atañe directamente a los órganos garantes del mismo, donde los hay, encargados de velar por su defensa, sino sobre todo a aquellos a quienes corresponde la recepción de casos y la emisión de una sentencia determinada, como encargados de velar por la procuración de justicia en última instancia. En este sentido los jueces y funcionarios de los poderes judiciales son actores principales. Este manual tiene como propósito contribuir a los esfuerzos de éstos como herramienta de referencia, que esperamos sea de suma utilidad.

Este manual analiza y busca presentar un panorama del DAI en la región, dando cuenta de algunos de los hitos que han fortalecido su defensa a través de la revisión de aspectos clave en la materia en diversos casos y sentencias nacionales y regionales, vinculando y fundamentándolo con el andamiaje supranacional establecido en el Pacto de San José de Costa Rica y las recomendaciones y resoluciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así entonces, en el manual se abordan casos sobre defensa del derecho a la información en temas ambientales, de violaciones

graves a los derechos humanos, de límites de la confidencialidad y la seguridad nacional, de defensa del secreto periodístico y su derecho a acceder a la información pública, o del derecho de acceso a la información como requisito para la participación y derecho a la consulta de los pueblos indígenas o para la participación en el ámbito electoral, entre otros.

Este documento no sólo es variado en cuanto a los temas y aproximaciones del DAI, sino que variado es también en los Estados involucrados en los casos y jurisprudencia presentada, recorriendo parte de nuestro continente con casos de Canadá, México, Guatemala, Colombia, Ecuador, Brasil, Uruguay y Chile.

El tener este manual impreso representa la finalización de una etapa, que a la vez, como suele suceder, será el principio de otra fase, la de su vida útil, la de llegar a los actores para los que fue pensado, los miembros del poder judicial, en primera instancia, aunque no de manera excluyente del resto de la cada vez más amplia comunidad alrededor del DAI en nuestra región. Esperamos que este manual cumpla sus cometidos y contribuya a fortalecer la promoción, ejercicio y defensa del derecho de acceso a la información en particular y de los derechos humanos en general.

Por último es necesario destacar, reconocer y agradecer el concurso de los esfuerzos de los actores involucrados para su realización. Al Juez Daniel Urrutia y a la Red Iberoamericana de Jueces, RIJ, por haber creído en la pertinencia de esta herramienta, por habernos compartido la experiencia de la RIJ en manuales de justiciabilidad de derechos y habernos permitido sumar en el mismo sentido y tratar de aportar con este material nuestro granito de are-

na, y por su siempre grato apoyo y compromiso con la defensa de los derechos humanos.

Al doctor Carlos Natarén por haber aceptado solidaria y visionariamente la carga de realizar la investigación y por haber desarrollado un texto a la altura del tema y los procesos en cuestión; a su profesional equipo de colaboradores del Centro de Investigaciones Jurídicas de la UNACH por el gran esfuerzo de investigación, análisis, síntesis y exposición los temas y casos presentados en este manual. A la Universidad Autónoma Chiapas, UNACH, por haber ido más allá de la investigación y hacer posible la publicación que los y las lectoras tienen en sus manos.

Y desde luego valoramos y estamos agradecidos con dos reconocidos e incansables defensores del DAI en la región. Moisés Sánchez por su dedicada revisión y aportes sustantivos para el enriquecimiento del texto y su orientación. Así como Juan Pablo Olmedo por colaborar con el texto inicial y la claridad al plantear la importancia de un material tal para el desarrollo e implementación del DAI en la región a través de los jueces como actores centrales.

Para finalizar, destacamos que la investigación que sustenta este manual se inscribe dentro de los trabajos del Colectivo por la Transparencia, teniendo a Cultura Ecológica como responsable del proyecto en su concepción y desarrollo, agradecemos la confianza de tal encargo. El Colectivo por la Transparencia es coalición mexicana de OSCs dedicada a la promoción y defensa del derecho de acceso a la información. Esta investigación fue financiada por la *Open Society Foundations*, a quienes reconocemos y agradecemos el apoyo.

Gracias en fin a todas las personas e instituciones que contribuyeron con la presente publicación por habernos también permitido el privilegio de colaborar con ustedes.

Tomás Severino
Cultura Ecológica
Colectivo por la Transparencia

El Colectivo por la Transparencia es una coalición de organizaciones que defienden y promueven el derecho de acceso a la información, está integrado por: Alianza Cívica; Artículo 19; Centro Mexicano de Derecho Ambiental; Ciudadanos en Medios, Democracia e información; Ciudadanos por Municipios más Transparentes; Cultura Ecológica; DECA Equipo Pueblo; Fundar Centro de Investigación y Análisis; Gente Diversa Baja California; GESOC Gestión y Cooperación Social; Iniciativa Sinaloa Centro de Ciudadano de Investigación; ONG Contraloría Ciudadana para la Rendición de Cuentas; Presencia Ciudadana Mexicana y Sonora Ciudadana. www.colectivoporlatransparencia.org

PRÓLOGO

Felicitar a la Red Iberoamericana de Jueces y a la ONG Cultura Ecológica de México, por la elaboración de este Manual sobre Acceso a la Información Pública.

El documento da cuenta de una síntesis evolutiva del derecho de acceso a la información en nuestra región y rescata los principales precedentes logrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional de países de la región.

Además de los contenidos propios referidos a su naturaleza de derecho fundamental, el manual avanza en novedosas áreas complementarias como son el derecho a la participación y la consulta a los pueblos originarios, la situación de los archivos judiciales y las violaciones a los derechos humanos; esferas en las cuales el aporte del derecho internacional de los derechos humanos debe concretizarse en el ámbito local vía reformas legislativas y perfeccionamientos institucionales que puedan servir de mejores prácticas y que puedan ser incorporados en versiones futuras del documento. Como documento de trabajo, el aporte del manual se encuentra en sus destinatarios. Durante los últimos años, el esfuerzo de la comunidad interesada en el derecho de acceso a la información pública

se ha centrado en el Poder Ejecutivo y abogado por la dictación de legislación. Hoy, con satisfacción, encontramos que gran parte de los países de nuestra región cuentan con legislación y, en algunos casos, con instancias institucionales de control de su ejercicio.

Es, en la implementación del derecho de acceso a la información pública, donde el rol de la judicatura adquiere la mayor relevancia.

El respeto a los derechos humanos frente a los abusos del poder público y privado, encuentra en los jueces al último baluarte de protección institucional de los derechos de la persona humana. Su independencia y autonomía decisional representa uno de los mayores logros del sistema democrático, en los términos que hoy día lo entiende la comunidad internacional de sociedades abiertas.

La tradición de secreto que impregna la cultura de la gestión pública en la región, se extiende por cierto a la judicatura. Es por ello, que instancias de capacitación y constante perfeccionamiento de los integrantes del Poder Judicial son de la mayor relevancia. Este manual, al igual que otros documentos de similar naturaleza, están destinados, atendida su autoría, a constituirse en lectura obligada de la Magistratura en el Continente Americano.

Juan Pablo Olmedo

NOTA INTRODUCTORIA

A finales del año de 2012 nuestro apreciado colega y amigo, el juez Daniel Urrutia Labreaux, enterado de las circunstancias y objetivos de la creación del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas (CIJ-UNACH), nos propuso que asumiéramos el desafío de elaborar un manual que, en la línea de las anteriores publicaciones de la Red Iberoamericana de Jueces, presentara el contenido esencial del derecho de acceso a la información y su tratamiento jurisdiccional en América Latina, sin que ello implicara un texto extenso.

Ahora bien, este reto así planteado coincidía con las finalidades propias de la, por entonces, reciente creación del CIJ. Esta nueva dependencia universitaria está dirigida a la creación de conocimiento jurídico que, a partir del estudio de los problemas sociales, colabore en su solución efectiva. Con la creación de este centro, la gestión del rector de la Universidad Autónoma de Chiapas, Jaime Valls Esponda, se planteó el objetivo de dar un nuevo impulso a la investigación jurídica en el sureste mexicano e incidir en el desarrollo de políticas públicas que fortalezcan el Estado de derecho.

Así pues, la propuesta nos interesó mucho, por lo que entra-

mos en contacto con Tomás Severino y con su equipo en Cultura Ecológica y el desarrollo de este manual comenzó.

Desde las primeras reuniones de trabajo para organizar esta obra, al equipo de investigación nos quedó claro que el punto de partida para su elaboración deberían ser los excelentes trabajos de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2010), para de esta manera aprovechar el camino andado y colaborar en su avance.

La segunda cuestión que hubo que resolverse fue la del tratamiento de la jurisprudencia. Fue evidente que necesitábamos recopilar el texto completo de resoluciones judiciales de varios ordenamientos jurídicos, de todo lo largo y ancho del continente Americano y en un tiempo muy breve. Obtener estas resoluciones, que son base para el desarrollo del manual, no hubiera sido viable sin la ayuda de diversos integrantes de la Red Iberoamericana de Jueces con quienes estamos muy agradecidos.

Al respecto, debemos hacer la aclaración que, para mantenernos dentro de los límites a la extensión máxima que se nos había planteado, esta recopilación jurisprudencial no forma parte de la versión impresa de la obra, pero la consideramos de mucha utilidad para quien desee aproximarse con mayor detalle a este apasionante tema, razón por la cual la recopilación se incorpora, como anexo documental, a la versión de libro electrónico de esta obra.

El manual se organiza en cuatro capítulos. El primero: “Principios rectores del derecho de acceso a la información” quedó bajo la responsabilidad de Marco Antonio Besares Escobar y de Pedro Sergio Becerra Toledo. El segundo capítulo: “Régimen del derecho de acceso a la información”, fue asignado a Manuel Corado de Paz

y a quien esto escribe. El capítulo tercero: “Sistema de limitaciones del derecho de acceso a la información” fue elaborado por Alejandro Herrán Aguirre y, finalmente, Omar David Jiménez Ojeda, se encargó de los trabajos del cuarto capítulo: “Aplicaciones específicas del derecho de acceso a la información”. En todos los casos, se ha buscado privilegiar la claridad y concisión en el abordaje de los temas y esperamos que en el proceso no se haya sacrificado el detalle necesario en estos temas tan trascendentes.

Finalmente, deseamos concluir que el desarrollo del Derecho de Acceso a la Información en nuestro continente solamente está iniciando. Estamos seguros que los juzgadores encontrarán que este derecho es reclamado de una forma más frecuente en sus tribunales en tanto que, la batalla por construir un Estado Constitucional y Democrático de Derecho que vaya del papel a la realidad, pasa ahora por los tribunales.

Los Derechos Humanos tienen un indudable contenido axiológico, sin embargo, deben también tener una dimensión de derecho público subjetivo *strictu sensu*, dimensión en la que el Estado tiene una obligación con un contenido real y exigible por cada ciudadano. El juez latinoamericano en el Siglo XXI tendrá en muchos casos la responsabilidad de dar un contenido concreto al Derecho Humano de Acceso a la Información y confiamos que a través de sus decisiones se construya una sociedad más igualitaria y más justa. Este manual aspira a colaborar en su labor.

Carlos F. Natarén Nandayapa
Coordinador General del CIJ UNACH

MANUAL SOBRE LA JUSTICIABILIDAD
DEL DERECHO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN

PARA JUECES Y JUEZAS DE LATINOAMÉRICA

UNACH | CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

CAPÍTULO PRIMERO
PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

1.- EL PRINCIPIO DE MÁXIMA DIVULGACIÓN.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” suscrito el 22 de noviembre de 1969, el principio de máxima divulgación se encuentra reconocido de manera muy general en el artículo 13 que señala en el numeral 1:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

No obstante, fue hasta el 19 de septiembre de 2006 que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó jurisprudencia

al fallar contra el Estado de Chile en el *Caso Claude Reyes y otros*¹, cuyo origen se debió por la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras de entregar información ambiental.

En esta sentencia se reconoce por primera vez el derecho de acceso a la información pública, como un derecho humano fundamental y componente esencial del fortalecimiento democrático. Esta resolución viene a darle más visibilidad y consistencia a la libertad de expresión y de información establecido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el *Caso Claude Reyes y otros* la Corte Interamericana no sólo obligó al Estado chileno a resarcir a las víctimas en este caso, sino que obligó a las autoridades a cumplir con tres medidas concretas. A fin de cuentas, como ha sido habitual en los últimos años, el máximo tribunal del continente entiende la necesidad de que los casos y sus decisiones tengan repercusión social, ayuden a transformar situaciones sociales e institucionales. Las tres medidas son: la creación de un estatuto legal para garantizar el acceso a la información pública, la rectificación de las prácticas estatales de secreto y el establecimiento de programas de educación permanente de funcionarios públicos en todos los niveles de la administración.²

Los hechos expuestos por la comisión en la demanda habrían ocurrido entre mayo y agosto de 1998 y se refieren a la negativa del Estado de brindar a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián

¹ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

² *Idem*.

Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, que era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile y podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile.

La Comisión demostró que tal negativa se dio sin que el Estado argumentara una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena, y no otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al acceso a la información, además no aseguró los derechos al acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública.

El citado artículo 13, y eso lo ha enfatizado la Corte en diferentes momentos, le garantiza a los seres humanos no sólo el derecho de expresarse, de dar a conocer su propio pensamiento, sino que también comprende el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

En este contexto, para el Sistema Interamericano, el acceso a la información pública debe estar regido por el principio de máxima divulgación, lo implica que el Estado tiene la obligación de hacer pública toda la información en su poder como principio general, salvo con las excepciones que además deben estar debidamente justificadas. Con ello, se establece que siempre debe prevalecer el interés público en conocer la información y sólo podrá negarse en los casos en que se puedan vulnerar los derechos de terceros o que exista

un peligro o amenaza a la seguridad³.

Quizá el aspecto más relevante del *Caso Claude Reyes y otros* fue que la Corte condenó la ausencia en el estado chileno de mecanismos para garantizar a los ciudadanos el derecho de acceder a la información, en el momento en que se produjo el hecho que originó el caso.

En su argumentación, la Corte hizo referencia a varias declaraciones políticas surgidas en el seno de la Organización de Estados Americanos y en documentos refrendados por las cumbres de jefes de Estado y de Gobierno del continente americano.

Esto tiene una gran importancia ya que han sido precisamente las autoridades gubernamentales quienes se han comprometido con garantizar administraciones transparentes, por lo que para alcanzar dicho propósito es necesario que los ciudadanos cuenten con instrumentos legales para estar informados.

2.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que:

³ El artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa:

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; 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 expresión⁴.

Por su parte el artículo 19 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección⁵.

En este mismo sentido se encuentra el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ya hemos analizado con anterioridad y el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece un contenido similar a los anteriores:

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

⁴ Texto íntegro en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> consultado el 13 de marzo de 2013, formato HTML.

⁵ Texto íntegro en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> consultado el 13 de marzo de 2013, formato HTML.

haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa⁶.

Por su parte Kant considerado como el padre de la idea moderna de publicidad en su obra *La paz perpetua* considera que la publicidad es el criterio de justicia de las normas que pretendemos aplicar o imponer al señalar “son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”⁷.

Es pues esta idea del concepto de publicidad lo que pone a prueba a un estado que se precie de ser democrático.

A su vez Norberto Bobbio expresa que la publicidad es también un medio de control por parte de la ciudadanía al señalar:

De esta manera de plantear el problema deriva que la obligación de la publicidad de los actos gubernamentales es importante no solo, como se dice, para permitir al ciudadano conocer las acciones de quien detenta el poder y en consecuencia de controlarlas, sino también porque la publicidad es en sí misma una forma de control, es un expediente que permite distinguir lo que es lícito de lo que es ilícito⁸.

⁶ Texto íntegro en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/Convention_SPA.pdf consultado el 13 de marzo de 2013, formato PDF.

⁷ Kant, Emmanuel, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985 p. 62.

⁸ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, F.C.E., 1989, p. 23.

En la sentencia No. C-038/96 del *Caso Salah Argüello y otros* de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, de fecha 5 de febrero de 1996 se establece que:

La publicidad como principio constitucional que informa el ejercicio del poder público, se respeta cuando se logra mantener como regla general y siempre que la excepción, contenida en la ley, sea razonable y ajustada a un fin constitucionalmente admisible. La medida exceptiva de la publicidad, igualmente, deberá analizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que ella afecta, según se ha anotado, un conjunto de derechos fundamentales.

Una norma o acción gubernamental que no soporta el criterio de la publicidad sólo puede calificarse de injusta.

El principio de publicidad toma gran relevancia sobre todo en el contexto actual en donde en varios países de Latinoamérica se está planteando el tema de recuperar la memoria histórica sobre los desapariciones y ejecuciones extrajudiciales, un ejemplo de ello es el caso que llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C Número 101, párrafo 175.

En este caso, la Corte Interamericana comprobó que el Ministerio de Defensa del gobierno de Guatemala negó proporcionar información sobre el funcionamiento y la estructura del Estado Mayor Presidencial para que el Ministerio Público y los jueces pudieran investigar el caso sobre la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang, invocando el secreto de Estado, al respecto el artículo 30 de

la Constitución de la República de Guatemala establece la publicidad de los actos administrativos.

Todos los actos administrativos son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos particulares bajo garantía de confidencia.

No obstante, la resolución de la Corte Interamericana sobre este caso estableció que:

En caso de violaciones a los derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por la autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación de procesos pendientes.

Esta sentencia es paradigmática porque de alguna manera abre la puerta para que en los casos de violación de derechos humanos se pondere al principio de publicidad sobre el secreto de Estado.

Como bien lo señala Ernesto Garzón Valdés:

La delimitación pública de lo justo y de lo injusto, de lo permitido y lo prohibido, es el fundamento de la seguridad jurídica, ya que es ella la que permite a los ciudadanos prever las consecuencias deónticas de sus acciones. Por ello,

nada más peligroso para la existencia del Estado de derecho, que la reducción de la publicidad de las medidas gubernamentales, sea dificultando el acceso a la información, sea mediante la práctica de la sanción de medidas secretas o de conocimiento reservado a un grupo de iniciados, tal como suele suceder en los regímenes totalitarios⁹.

El principio de publicidad de la información gubernamental no es absoluto, como cualquier otro derecho fundamental admite excepciones. No obstante, esa restricción está sujeta a diversas condiciones.

Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención Americana permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

La Corte IDH ha manifestado que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de publicidad, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.

En ese sentido es también importante señalar que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la

⁹ Garzón Valdés, Ernesto. *Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas*. Doxa. N. 14 (1993). Universidad de Alicante, España, p. 77.

observancia de los requisitos para establecerla tiene como resultado que la autoridad actué de manera discrecional y arbitraria en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y vulnerando derechos fundamentales.

Por ello, es prioritario que la legislación que regule las limitaciones al acceso a la información bajo control gubernamental debe cumplir con los estándares internacionales que establecen que sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención, lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.¹⁰

3.- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la fracción V del segundo párrafo del artículo 6° establece que “los sujetos obligados publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos” y en la fracción VII del citado artículo establece que “las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas y morales”¹¹.

En México la promulgación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, fue pu-

¹⁰ *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, op. cit.*, nota 1.

¹¹ Consultada en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/> el 2 de abril de 2013, formato HTML.

blicada el 11 de junio de 2002. Esta ley, al momento de ser promulgada no tenía instaurados los instrumentos necesarios para hacer valer su eficacia, ya que de acuerdo al artículo segundo transitorio de dicho ordenamiento, debió transcurrir el término de un año para poner a disposición del público toda aquella información que no fuese clasificada como reservada o confidencial.

Por lo que al siguiente año se presentaron las primeras solicitudes y posteriormente aparecieron las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a su aplicación. En este sentido, resalta la siguiente tesis que hace referencia no sólo al derecho de buscar, acceder y recibir información, sino también de difundirla:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. NO AFECTA EL INTERÉS JURÍDICO DEL TITULAR DE LA INFORMACIÓN, LA RESOLUCIÓN DEL INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL QUE OBLIGA AL DE PROTECCIÓN Y AHORRO BANCARIO A PROPORCIONAR INFORMACIÓN A UN GOBERNADO, PREVIA ELIMINACIÓN DE LOS DATOS RESERVADOS, CONFIDENCIALES O CLASIFICADOS. El artículo 6º. de la Constitución Federal establece que el derecho a la información será garantizado por el Estado, sin que esto signifique un perjuicio para las entidades públicas o privadas porque el acceso a la información no sólo obliga a proporcionarla o a exhibir la documentación que soliciten los gobernados sino también

a difundir la que no sea confidencial, reservada o clasificada, que es la orientación y contenido de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que reglamenta dicha disposición constitucional¹².

Es decir, en México, constitucionalmente se establece la obligación gubernamental de transparentar el ejercicio del gobierno, en todos sus aspectos, excepto en aquellos casos en que la ley establece que la información sea reservada o especial, para ello se establece como instrumento principal el internet y obliga a las instituciones públicas a hacer uso de esta herramienta para cumplir con su obligación constitucional.

El principio de transparencia constituye una extensión del principio de publicidad el cual supone una posición activa de la administración, mientras que la transparencia se enfoca en permitir que el poder público y su accionar se encuentren a la vista de todos, sin velos ni secretos, en una situación tanto pasiva como activa.

Este principio se recoge también en la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo III numeral 5 estableciendo:

Los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 5) Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición

¹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXII, septiembre de 2005, Tesis aislada, I.4º.A. 499, p. 1584.

de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.¹³

Por su parte, la ley uruguaya 17.060 de 23/12/1998 sobre normas referidas al uso indebido del poder público (corrupción), dedica su capítulo III al control social prescribiendo en sus artículos 5º, 6º y 7º lo siguiente:

Artículo 5º.- Los organismos públicos darán amplia publicidad a sus adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios, de acuerdo a las pautas que fije el Poder Ejecutivo (o el órgano jerarca, en su caso) al reglamentar la presente ley.

Artículo 6º.- El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Junta, llevará a cabo periódicamente campañas de difusión en materia de transparencia pública y responsabilidad de los funcionarios públicos, así como sobre los delitos contra la Administración Pública y los mecanismos de control ciudadano.

Artículo 7º.- Los actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública pueden ser divulgados libremente, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada. En todo caso, bajo la responsabilidad a que hubiese lugar por derecho¹⁴.

¹³ Texto íntegro en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html> consultado el 5 de abril de 2013, formato HTML.

¹⁴ Texto íntegro en www.oas.org/juridico/spanish/ury_res22.doc consultado el 5 de

Aparece aquí la transparencia como instrumento de control que desalienta la corrupción. El secretismo, la cultura del secreto, contribuye al uso indebido del poder público y genera descreimiento en la comunidad y la pérdida de confianza.

En este mismo sentido, el Sistema Interamericano de conformidad con la resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10) aprobada en la cuarta sesión plenaria del 8 de junio de 2010, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, a través de la cual acoge una Ley modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, en su artículo 11 señala que las clases de información clave sujetas a diseminación de manera proactiva (transparencia activa) por una autoridad pública son las siguientes:

- a) la descripción de su estructura orgánica, de sus funciones y deberes, de la ubicación de sus departamentos y organismos, de sus horas de atención al público y de los nombres de sus funcionarios;
- b) las calificaciones y salarios de los altos funcionarios;
- c) todo mecanismo interno y externo de supervisión, de reportes y de monitoreo de la autoridad pública, incluyendo sus planes estratégicos, códigos de gobernabilidad empresarial y principales indicadores de desempeño, incluidos los informes de auditoría;
- d) su presupuesto y planes de gasto público del año fiscal en

abril de 2013, documento en línea.

curso y de años anteriores, y los informes anuales sobre la manera en que se ejecuta el presupuesto;

e) sus procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisiciones, contratos otorgados y datos para la ejecución y seguimiento del desempeño de contratos;

f) las escalas salariales, incluyendo todos los componentes y subcomponentes del salario total, correspondientes a todas las categorías de funcionarios y consultores que trabajan en la autoridad pública (actualizando la información en cada oportunidad en que se realicen reclasificaciones de puestos);

g) detalles pertinentes sobre todo servicio que brinde directamente al público, incluyendo normas, cartas y protocolos de atención al cliente;

h) todo mecanismo de presentación directa de solicitudes o denuncias a disposición del público en relación con acciones u omisiones de esa autoridad pública, junto con un resumen de toda solicitud, denuncia u otra acción directa de personas y la respuesta de ese órgano;

i) una descripción de las facultades y deberes de sus funcionarios principales, y los procedimientos que se siguen para tomar decisiones;

j) todas las leyes, reglamentos, resoluciones, políticas, lineamientos o manuales, u otros documentos que contengan interpretaciones, prácticas o precedentes sobre el desem-

peño del órgano en el cumplimiento de sus funciones que afectan al público en general;

k) todo mecanismo o procedimiento por medio del cual el público pueda presentar peticiones, o de alguna otra manera incidir en la formulación de la política o el ejercicio de las facultades de esa autoridad pública;

l) una guía sencilla que contenga información adecuada sobre sus sistemas de mantenimiento de documentos, los tipos y formas de información que obran en su poder, las categorías de información que publica y los procedimientos que deben seguirse para formular una solicitud de información y una apelación interna;

m) un registro de solicitudes y divulgaciones, de conformidad con el Artículo 18, que contenga una lista de las solicitudes recibidas y los documentos divulgados de conformidad con la presente Ley, los que deberán estar automáticamente disponibles, así como un registro de activos de información, de conformidad con el Artículo 17;

n) una lista completa de los subsidios otorgados por la autoridad pública;

o) aquella información que sea solicitada con frecuencia; y

p) cualquier información adicional que la autoridad pública

considere oportuno publicar”¹⁵.

Este principio de transparencia en esencia busca poner a disposición del ciudadano toda la información pública, sistematizada y de fácil acceso y evitar lo menos posible las solicitudes de información, los Estados pertenecientes a la OEA de conformidad con el artículo 8 de la citada Ley Modelo tienen la obligación de

adoptar y diseminar de manera amplia, incluyendo la publicación a través de su página de Internet, un esquema de publicación ... y el esquema de publicación deberá establecer: a) las clases de documentos que la autoridad publicará de manera proactiva; b) la forma en la cual publicará dichos documentos, además al adoptar un esquema de publicación, una autoridad pública deberá tomar en consideración el interés público: a) de permitir el acceso a la información que está en su posesión; y b) de divulgar información de manera proactiva a los efectos de minimizar la necesidad de que los individuos presenten solicitudes de información¹⁶.

4.- EL PRINCIPIO DE BUENA FE.

Para lograr de manera práctica el derecho de acceso a la información, resulta fundamental que los sujetos obligados actúen de buena fe, ello conlleva a que interpreten la ley de manera efectiva para que

¹⁵ Texto íntegro en http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf consultado el 2 de abril de 2013, formato PDF.

¹⁶ *Idem.*

se logren los fines perseguidos por este derecho, que aseguren la precisa aplicación del derecho, ofrezcan los instrumentos necesarios a los solicitantes, se promuevan una cultura de transparencia, contribuyan a transparentar la gestión pública, y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.

Por su parte la ley modelo citada con anterioridad establece en su artículo 7º:

Toda persona encargada de la interpretación de esta ley, o de cualquier otra legislación o instrumento normativo que pueda afectar al derecho a la información, deberá adoptar la interpretación razonable que garantice la mayor efectividad del derecho a la información.

Sobre el principio de buena fe, la Corte Interamericana manifestó la existencia de un consenso de los Estados que integran la OEA sobre la jerarquía del acceso a la información pública, así mismo, la necesidad de protección del derecho de acceso a la información pública ha sido objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA que ha instado a los Estados Miembros a que respeten y hagan respetar el acceso de todas las personas a la información pública y a promover la adopción de las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.

Dicha Asamblea General en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor trans-

parencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información¹⁷.

Al igual que el *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala* analizado con anterioridad, en el *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, el Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25 de dicho instrumento, por la afectación del derecho a buscar y a recibir información, así como del derecho a conocer la verdad de lo ocurrido.

En este sentido, el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales establecidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 13.1 de la misma por exceder el plazo razonable de la Acción Ordinaria, todo lo anterior en perjuicio de los familiares indicados en los párrafos 212, 213 y 225 de la presente sentencia, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 196 a 225 de la misma.

¹⁷ Asamblea General de la OEA, Resoluciones AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003; AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004, AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006, AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007, AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008, y AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009, todas ellas citadas en el *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, texto íntegro en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf consultado el 2 de abril de 2013.

En la resolución que nos ocupa, si bien los hechos que dan origen a la causa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos son referentes a la desaparición forzada de personas en el contexto de la denominada *Guerrilha do Araguaia* hechos que se presume ocurrieron entre los años 1972 y 1975.

Los alegatos que se refieren directamente a las desapariciones forzadas de las presuntas víctimas; la impunidad resultante de la inexistencia de una investigación y, por consiguiente del juzgamiento y sanción de los responsables de esos hechos; también se incluyen en dichos alegatos conceptos como la ineficacia de las medidas adoptadas para respetar, proteger y garantizar el derecho a la verdad y a la información. Lo anterior producto de la inexistencia de medios apropiados en el derecho interno de Brasil para la obtención de dicha información.

El Tribunal observa del expediente del caso ante la Comisión Interamericana que esta solicitó al Estado que indicara, de acuerdo con el artículo 34 de su Reglamento entonces vigente, los elementos de juicio que le permitieran verificar si se habían agotado los recursos de la jurisdicción interna. En respuesta a ese pedido Brasil señaló que: a) no se había agotado la Acción Ordinaria que estaba en etapa de conocimiento del proceso, y b) existía la posibilidad para los familiares de interponer un *habeas data* para obtener documentos e información de órganos públicos. Estos son los únicos planteamientos del Estado vinculados con excepciones preliminares que fueron presentados oportunamente.

Como marco jurídico de la demanda encontramos los numerales siguientes de la Convención la Interamericana para Prevenir y

Sancionar la Tortura los artículos 1.1, 2, 13, 8 y 25 de la Convención por las restricciones indebidas al derecho de acceso a la información; de los artículos 1.1, 8º, 13 y 25 de la Convención por la violación del derecho a la verdad, y del artículo 5 de la Convención por la violación de la integridad personal de los familiares de las presuntas víctimas desaparecidas.

En la sentencia se establece que el Estado debe continuar desarrollando las iniciativas de búsqueda, sistematización y publicación de toda la información sobre la *Guerrilha do Araguaia*, así como de la información relativa a violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar, garantizando el acceso a la misma¹⁸.

En materia de derechos humanos, no es suficiente, el respetar y garantizar aquellos considerados de primera generación por ser los más esenciales e inherentes a la persona (tales como la vida o la libertad); si bien en el siglo XXI hemos tenido grandes avances respecto a éstos, todavía hoy tenemos un gran rezago para la protección de derechos humanos como el derecho a buscar y a recibir información, así como del derecho a conocer la verdad.

Precisamente, en el caso que nos ocupa, si bien lo que se pretende es evitar que se den actos de desapariciones como los que se ha denunciado, para obtener dicho resultado, es necesario el esclarecimiento de los hechos y, por ende, que las partes y dependencias inmiscuidas en ellas aporten la información completa, veraz y oportuna. Aunado a lo anterior, en protección a los derechos de las

¹⁸ Párrafo 292 de la sentencia.

víctimas, si bien han sufrido una pérdida irreparable, por lo menos conozcan la verdad.

5.- EL NUEVO PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA EN MÉXICO.

Al momento de culminar la elaboración de este manual, en México, estaba en su etapa final el proceso legislativo (aprobación por parte de las legislaturas estatales) de una nueva reforma constitucional, la cual fue votada por todas las fuerzas políticas y que representa un avance fundamental en las acciones para transparentar el ejercicio de los recursos y amplia las facultades de la sociedad para exigir cuentas a los servidores públicos.¹⁹

En dicho proyecto de reforma se ratifica el principio de máxima publicidad como lo establece la Fracción I del Apartado A que a la letra dice:

Toda la información en posesión de cualquier autoridad,

¹⁹ Se plantea reformar las fracciones I, IV y V apartado A, y se adiciona una fracción VIII al artículo 6º.; se adicionan las fracciones XXIX-S y XXIX-T al artículo 73; se adiciona una fracción XII al artículo 76 y se recorre la subsecuente; se reforma la fracción XIX del artículo 89; se reforma el inciso I) de la fracción I y se adiciona el inciso h) a la fracción II del artículo 105; así también se propone reformar los párrafos primero y Segundo del artículo 110; los párrafos primero y quinto del artículo 111; se adiciona una fracción VIII al artículo 116; se adiciona un inciso ñ), recorriéndose los actuales incisos en su orden, a la fracción V, de la Base Primera del apartado C del artículo 122. El texto íntegro del Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de transparencia, se puede consultar en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/votos/20131126_trasp/minuta.pdf, formato PDF.

entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

Se trata de una reforma constitucional que busca lograr que todas las entidades y organismos que reciben recursos del erario público, sin excepción, puedan ser sujetos a transparencia y se fortalece el derecho de los ciudadanos a tener acceso a la información pública y datos personales.

Cabe mencionar que, de acuerdo al proyecto de reforma en la Fracción VIII Apartado A del artículo 6º, se crea un nuevo organismo autónomo garante y que para tal efecto se señala que “en su funcionamiento se regirá por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad”. Con esta reforma se busca fortalecer y ampliar la independencia y el margen de maniobra de este nuevo organismo garante a escala federal, para consolidarlo como el máximo organismo responsable de garantizar el derecho de acceso a la información.

Otras consideraciones a destacar en el proyecto de reforma es que se establece que las resoluciones del nuevo organismo ga-

rante serán vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados. Además de que dicho organismo no podrá conocer de la información relacionada con asuntos jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A su vez, se aumentará a siete el número de consejeros y que actualmente son cinco. El nombramiento de los nuevos consejeros del organismo garante estará a cargo de la Cámara de Senadores, previa consulta ciudadana y serán elegidos con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes en el pleno (en la actualidad el Ejecutivo Federal nombra a los consejeros y el Senado sólo tiene la facultad de objetar los nombramientos).

La designación de los nuevos consejeros, podrá ser objetada por el Presidente de la República en un plazo de 10 días hábiles. En caso de que el Presidente impugne el nombramiento, el Senado designará una nueva propuesta pero con una votación de las tres quintas partes de los miembros presentes. Si este segundo nombramiento fuera objetado, el Senado con la votación de las tres quintas partes de los miembros presentes designará al comisionado que ocupará la vacante respectiva y durará en ese puesto siete años sin posibilidad de reelección.

Es importante mencionar también, que el nuevo organismo garante contará con un Consejo Consultivo integrado por 10 personas que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes en el Senado.

Otro dato a destacar de la nueva reforma es que el nuevo organismo tendrá facultades para ejercer acciones de inconstitucionalidad contra leyes federales, estatales y del Distrito Federal, así

como tratados internacionales celebrados por México, que vulneren el derecho a la información pública y protección de datos personales. Se contempla además, incorporar a la Constitución a los organismos estatales encargados del acceso a la información y protección de datos personales. Además de contar con autonomía y convertirse en institutos especializados, imparciales y colegiados.

Una vez que dicha reforma constitucional haya sido aprobada por la legislaturas estatales y entre en vigor después de su publicación por el ejecutivo federal, el Congreso de la Unión tiene el plazo de un año contado a partir de la fecha de dicha publicación para que expida la Ley General del Artículo 6º, así como las reformas que correspondan a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y a la Ley Federal de Datos Personales en Posesión de Particulares y lo demás ordenamientos necesarios, esto de conformidad con lo establecido en el segundo artículo transitorio de dicho proyecto. Este mismo plazo se establece también para las legislaturas de los estados y la Asamblea del Distrito Federal. Asimismo, en los mismos artículos transitorios se establece el procedimiento de transición del anterior organismo al nuevo órgano garante.

CAPÍTULO SEGUNDO
RÉGIMEN DEL DERECHO DE ACCESO A
LA INFORMACIÓN

CAPÍTULO SEGUNDO

RÉGIMEN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA: LA PERSONA COMO TITULAR DEL DERECHO

La legitimación activa es la atribución que confiere la ley a un sujeto para asumir la figura de actor y titular de un derecho²⁰. Ahora bien, tratándose del derecho de acceso a la información éste puede ser cualquier persona, es decir, cualquier sujeto de derechos y obligaciones, debido a su carácter universal²¹.

Sobre este tema, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos refiere que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; derecho que incluye el no

²⁰ Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie doctrina jurídica, número 165, p. LIV.

²¹ Para un efectivo funcionamiento de un sistema de acceso a la información, es óptimo que las personas que solicitan la información otorguen su nombre, una dirección a donde debe responder el Estado, así como que detallen con claridad la información que se solicita.

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.

Por su parte, el artículo 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Siguiendo la misma tesitura, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), dispone que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión que tiene toda persona comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección; y que éste debe ejercerse sin estar sujeto a previa censura, lo cual no es óbice para considerar responsabilidades ulteriores para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*²², estableció

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006*, párr. 77, consultado el 10 de abril de 2013, formato PDF, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

que el artículo 13 del Pacto de San José, al señalar de forma expresa la libertad de buscar y recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de dicho pacto.

Consecuentemente, el artículo referido ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por dicho pacto el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.

Cabe señalar que dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.

Además, es menester referir que su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta la haga circular en la sociedad de manera que ésta pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.

Sobre este punto, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dispone que toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y

difundir información y opiniones libremente en los términos que dispone el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, refiere que todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, ya sea por raza, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Así pues, el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos.

En este tenor, el Comité Jurídico Interamericano, en el principio 1 de su resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), relativa a los principios sobre el derecho de acceso a la información²³, determinó que:

El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcionales al interés que los justifica.

Sobre el particular, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información²⁴ establece que toda persona que solicite in-

²³ Comité Jurídico Interamericano, *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, consultado el 11 de abril de 2013, formato PDF, disponible en: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf

²⁴ Véase punto 5 del artículo I de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la

formación a cualquier autoridad pública tendrá derecho a ser informada si los documentos que contienen la información solicitada, o de los que se pueda derivar dicha información, obran o no en poder de la autoridad pública; si dichos documentos obran en poder de la autoridad pública que recibió la solicitud, a que se le comuniquen dicha información en forma expedita; si dichos documentos no se le entregan al solicitante, a apelar la no entrega de la información; a realizar solicitudes de información en forma anónima; a solicitar información sin tener que justificar las razones por las cuales se solicita la información; a ser libre de cualquier discriminación que pueda basarse en la naturaleza de la solicitud; y a obtener la información en forma gratuita o con un costo que no exceda el costo de reproducción de los documentos.

En Chile, a efecto de determinar al sujeto activo tratándose del derecho de acceso a la información, es menester remitirnos al artículo 10 de la Ley número 20.285 sobre acceso a la información pública, el cual dispone que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

Información, relativo al alcance y finalidad, consultado el 29 de mayo de 2013, en http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf, formato PDF.

En México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 6º, establece que el derecho a la información será garantizado por el Estado y que toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, y que para tal efecto se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos.

Por su parte, la Ley Federal de Transferencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002, y cuya última reforma fue publicada el 08 de junio de 2012, dispone que toda la información gubernamental es pública y los particulares tendrán acceso a la misma.

Así pues, el titular del derecho de acceso a la información es el sujeto activo en esta relación y se encuentra representado, atendiendo al consenso nacional e internacional, por toda persona.

En otras palabras, cualquiera, sin importar sus características, puede solicitar a una autoridad el acceso a la información que dispone y maneja, teniendo además el derecho de divulgar dicha información a efecto de que la sociedad tenga conocimiento de la misma, pueda acceder a ella y, en su caso, la valore.

II. LEGITIMACIÓN PASIVA: SUJETOS OBLIGADOS

El sujeto pasivo de la relación derivada del ejercicio del derecho de acceso a la información es el ente gubernamental obligado a proporcionar esta información a toda persona que ejerza este derecho.

Lo anterior implica que el derecho de acceso a la información genera obligaciones para todas las autoridades públicas cualquiera que sea el poder al cual pertenecen, así como para los órganos autónomos, de todos los niveles de gobierno.

Además, este derecho obliga a quienes desempeñan funciones de carácter público, presten servicios de esta naturaleza o ejerzan, a nombre del Estado, recursos públicos.

Sobre el particular, el Comité Jurídico Interamericano, en el principio 2 de su resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), relativa a los principios sobre el derecho de acceso a la información²⁵, resolvió que este derecho se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas.

En referencia a lo anterior, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información²⁶ establece la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública y, en lo tocante a su aplicación, refiere que ésta obliga a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental

²⁵ Comité Jurídico Interamericano, *op. cit.*, nota 25.

²⁶ Véase puntos 2 y 3 del artículo I de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, relativo al alcance y finalidad, consultado el 29 de mayo de 2013, en http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf, formato PDF.

interna (central o federal, regional, provincial o municipal); se aplica también a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes y se aplica asimismo a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos²⁷ sustanciales (directa o indirectamente), o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados.

En Colombia, el artículo 74 de su Constitución Política dispone que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley, de lo cual se puede desprender que los sujetos obligados son las entidades públicas.

Por su parte, en Chile, el artículo 10 de la Ley número 20.285 sobre acceso a la información pública, al establecer que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley, determina que el sujeto pasivo de la relación derivada del ejercicio del derecho de acceso a la información es cualquier órgano de la administración del Estado, fuerzas armadas y municipalidades.

En el caso de México, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en su artículo 3º, fracción XIV, dispone:

²⁷ Es menester señalar que el término “beneficios públicos” no comprende, de manera necesaria, todo beneficio financiero recibido del gobierno.

Artículo 3. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

... XIV. Sujetos obligados:

- a) El Poder Ejecutivo Federal, la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República;
- b) El Poder Legislativo Federal, integrado por la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores, la Comisión Permanente y cualquiera de sus órganos;
- c) El Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal;
- d) Los órganos constitucionales autónomos;
- e) Los tribunales administrativos federales, y
- f) Cualquier otro órgano federal.

Así pues, en principio, los sujetos obligados designados en el derecho de acceso a la información pública en México, son los tres poderes públicos tradicionales: legislativo, ejecutivo y judicial, así como los órganos públicos autónomos²⁸.

Sin embargo, cabe referir que la regulación de los sujetos obligados en el ámbito federal reviste dos modalidades, a saber: una directa y otra indirecta. La forma directa regula como sujeto obligado sólo al Poder Ejecutivo. Por su parte, la forma indirecta regula

²⁸ Araujo Carranza, Ernesto, *El derecho a la información y la protección de datos personales en México*, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 165.

como tales al Poder Legislativo y al Poder Judicial, los órganos constitucionales autónomos y los tribunales administrativos.

Lo anterior de acuerdo con el artículo 61 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, el cual dispone que el Poder Legislativo Federal, a través de la Cámara de Senadores, la Cámara de Diputados, la Comisión Permanente y la Auditoría Superior de la Federación; el Poder Judicial de la Federación a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Consejo de la Judicatura Federal y de la Comisión de Administración del Tribunal Federal Electoral; los órganos constitucionales autónomos y los tribunales administrativos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán mediante reglamentos o acuerdos de carácter general, los órganos, criterios y procedimientos institucionales para proporcionar a los particulares el acceso a la información, de conformidad con los principios y plazos establecidos en dicha Ley.

Así, siguiendo a Ernesto Araujo Carranza²⁹, podemos señalar que esta circunstancia trae como consecuencia una desigualdad en la regulación de los sujetos obligados en materia de acceso a la información, toda vez que solamente se regula como tal, de forma directa, al Poder Ejecutivo, mientras que el resto goza de un autocontrol.

Sobre el particular, es menester hacer mención del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Anticorrupción y Participación Ciudadana; de Gobernación, y de Estudios Legislativos, Primera, a la Minuta con Proyecto de Decreto por

²⁹ *Ibidem*, p. 166.

el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Transparencia³⁰, toda vez que entre los objetivos de dicho Decreto se encuentra definir a los sujetos obligados al principio de máxima publicidad de toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo federal, estatal o municipal.

En esta tesisura, la Minuta aprobada es del tenor siguiente:

...Artículo 6o. ... A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se registrarán por los siguientes principios y bases: I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive

³⁰ Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Anticorrupción y Participación Ciudadana; de Gobernación, y de Estudios Legislativos, Primera, Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Transparencia, consultado el 06 de enero de 2014, en http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2013-11-14-1/assets/documentos/DIC_REFORMA_CONSTITUCIONAL_TRANSPARENCIA.pdf, formato PDF.

del ejercicio de facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información...

En conclusión, con el desarrollo internacional del derecho de acceso a la información se ha ampliado su alcance también en materia de sujetos obligados (sujetos pasivos), a entregar información, ante la certeza de que existe información de interés público en poder no solamente de entidades puramente estatales, la cual debería ser accesible a las personas.

Así, tanto en el ámbito jurídico nacional como en el internacional, existe una aspiración en el sentido de que, tratándose del derecho de acceso a la información, los sujetos obligados sean todos los órganos y poderes del Estado, sin embargo, los desafíos para incluir a los Poderes Legislativo y Judicial son muchos aún, ahora bien, al tratarse de órganos y poderes del Estado, es menester que se encuentren legitimados pasivamente las personas que desempeñan cargos públicos o, en su caso, que presten un servicio de esta naturaleza.

III. OBJETO DEL DERECHO

El objeto del derecho de acceso a la información es, precisamente, la información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o que está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de

dichos servicios o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones³¹.

Sobre este punto, el Comité Jurídico Interamericano, en el principio 3 de su resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), relativa a los principios sobre el derecho de acceso a la información³², determinó que el derecho de acceso a la información se refiere a toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio.

Al respecto la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información³³ determina las clases de información clave sujetas a diseminación de manera proactiva por una autoridad pública, siendo las siguientes:

- a) la descripción de su estructura orgánica, de sus funciones y deberes, de la ubicación de sus departamentos y organismos, de sus horas de atención al público y de los nombres de sus funcionarios;
- b) las calificaciones y salarios de los altos funcionarios;

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, segunda edición, consultado el 11 de abril de 2013, formato PDF, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expression/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%202da%20edicion.pdf>

³² Comité Jurídico Interamericano, *op. cit.*, nota 25.

³³ Véase punto 12 del artículo II de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, relativo al alcance y finalidad, consultado el 29 de mayo de 2013, en http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf, formato PDF.

- c) todo mecanismo interno y externo de supervisión, de reportes y de monitoreo de la autoridad pública, incluyendo sus planes estratégicos, códigos de gobernabilidad empresarial y principales indicadores de desempeño, incluidos los informes de auditoría;
- d) su presupuesto y planes de gasto público del año fiscal en curso y de años anteriores, y los informes anuales sobre la manera en que se ejecuta el presupuesto;
- e) sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones, contratos otorgados y datos para la ejecución y seguimiento del desempeño de contratos;
- f) las escalas salariales, incluyendo todos los componentes y subcomponentes del salario total, correspondientes a todas las categorías de funcionarios y consultores que trabajan en la autoridad pública (actualizando la información en cada oportunidad que se realicen reclasificaciones de puestos);
- g) detalles pertinentes sobre todo servicio que brinde directamente al público, incluyendo normas, cartas y protocolos de atención al cliente;
- h) todo mecanismo de presentación directa de solicitudes o denuncias a disposición del público en relación con acciones u omisiones de esa autoridad pública, junto con un resumen de toda solicitud, denuncia u otra acción directa de personas y la respuesta de ese órgano;

i) una descripción de las facultades y deberes de sus funcionarios principales, y los procedimientos que se siguen para tomar decisiones;

j) todas las leyes, reglamentos, resoluciones, políticas, lineamientos o manuales, u otros documentos que contengan interpretaciones, prácticas o precedentes sobre el desempeño del órgano en el cumplimiento de sus funciones que afectan al público en general;

k) todo mecanismo o procedimiento por medio del cual el público pueda presentar peticiones, o de alguna otra manera incidir en la formulación de la política o el ejercicio de las facultades de esa autoridad pública;

l) una guía sencilla que contenga información adecuada sobre sus sistemas de mantenimiento de documentos, los tipos y formas de información que obran en su poder, las categorías de información que publica y los procedimientos que deben seguirse para formular una solicitud de información y una apelación interna;

m) un Registro de Solicitudes y divulgaciones, de conformidad con el Artículo 18, que contenga una lista de las solicitudes recibidas y los documentos divulgados de conformidad con dicha Ley, los que deberán estar automáticamente disponibles, así como un Registro de Activos de Información, de conformidad con el Artículo 17 del citado ordenamiento;

- n) una lista completa de los subsidios otorgados por la autoridad pública;
- o) aquella información que sea solicitada con frecuencia; y
- p) cualquier información adicional que la autoridad pública considere oportuno publicar.

En Colombia, el artículo 74 de su Constitución Política, al disponer que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley, determina que el objeto del derecho de acceso a la información son los documentos públicos, entendidos éstos como los otorgados por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha entendido que este precepto protege el acceso a la información pública sin importar cuál es su aporte³⁴.

Sobre el particular, Alexei Julio Estrada³⁵ señala que:

el objeto del derecho es la información, no exclusivamente los documentos públicos. El objeto protegido por lo tanto es amplio pues la palabra información abarca los procedimientos -copiar, almacenar, tratar, difundir, recibir- así como los tipos- hechos, noticias, datos, opiniones, ideas-;

³⁴ Julio Estrada, Alexei, *El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico colombiano*, consultado el 12 de abril de 2013, formato PDF disponible en <http://www.flip.org.co/resources/documents/58e74a14e5da96bf-60324540d020cedb.pdf>

³⁵ *Ídem*.

y sus diversas funciones; al igual que los actos considerados como oficiales, correspondencia, memoranda, libros, planos, mapas, dibujos, fotografías, registros filmicos, microfilms, grabaciones, videos y cualquier otro.

La Ley número 20.285 sobre acceso a la información pública, establece que el acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

Actualmente, en México, el artículo 6º, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos refiere que el objeto del derecho de acceso a la información consiste en toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, sin embargo, es necesario seguir de cerca la posible reforma constitucional de acuerdo con lo señalado en el apartado de la legitimación pasiva.

Por su parte, en México, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental³⁶ refiere que tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

³⁶ Véase artículo 1º de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002. Última reforma publicada el 08 de junio de 2012.

A su vez, Ernesto Villanueva³⁷ considera que el derecho de acceso a la información pública tiene como objeto primordial el derecho de las personas a mejorar su calidad de vida, al existir distintos derechos subsidiarios cuya interrelación permite que los flujos de la información puedan convertirse en herramientas para una toma informada de decisiones.

³⁷ Cfr. Villanueva, Ernesto, *op. cit.*, p. XXIX.

CAPÍTULO TERCERO
SISTEMA DE LIMITACIONES DEL DERECHO
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Nota

A lo largo de este capítulo, en los casos que así lo requieran, en las notas al pie, se utilizan los seis números de referencia IUS de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos.

CAPÍTULO TERCERO

SISTEMA DE LIMITACIONES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

I. ADMISIBILIDAD DE LAS LIMITACIONES

Así como los derechos subjetivos que poseen los ciudadanos no existen en un mundo absoluto y total, el derecho de acceso a la información encuentra diversas limitaciones, las cuales pueden provenir de consideraciones muy variadas que pueden ser razonables y, en algunos casos, necesarias. Sin embargo tales limitaciones deben cumplir con requisitos mínimos si es que servirán sus propósitos específicos y no se convertirán en herramientas de la impunidad. Al respecto el artículo 13.2 de la convención americana determina dichos requisitos de forma específica y son:

- a) Condición de carácter excepcional.
- b) Consagración legal.
- c) Legitimidad.
- d) Necesidad y proporcionalidad.

Para ser más específicos el principio cuatro de la declaración de principios dispone:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

Por lo tanto queda claro que es responsabilidad de los Estados el cumplir con dichos requisitos, es decir, se desean reservar el acceso a información sobre cualquier tema, la decisión de la reserva deberá cumplir los requisitos mencionados y aún más, en caso de controversia es el Estado mismo quien tiene que justificar la negativa emitida, así lo estableció la resolución del Comité Jurídico Interamericano.³⁸

La Corte Interamericana sostiene como criterio que establecer restricciones al derecho de acceso a la información en poder del Estado por práctica de autoridades sin cumplir con los requisitos mencionados permite arbitrariedades, creando un ambiente en el cual las actividades de los funcionarios pueden favorecer la oscuridad y la impunidad. El efecto general es obvio, en tal ambiente no existe seguridad jurídica para los ciudadanos y oscuridad de la

³⁸ CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, 7 de agosto de 2008. Resolutivo 7, formato PDF, disponible en: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf

actuación del Estado no conocerá límites. Todas estas consideraciones son obviamente antidemocráticas y violentan los principios consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre. De tal forma que dentro del marco de acción ya establecido el Estado debe cumplir con las limitantes en la forma en que se expresan por la convención para cumplir con los principios del derecho de acceso a la información y los derechos que gozan los ciudadanos.

Un ejemplo ilustrativo de lo anterior lo encontramos en la tesis aislada que emite la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁹ con el rubro:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.

La tesis presenta un estudio sobre la factibilidad legal que establece las limitaciones al derecho de acceso a la información, estableciendo que:

El citado precepto, al remitir a diversas normas ordinarias que establezcan restricciones a la información, no viola la garantía de acceso a la información contenida en el artículo 6º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque es jurídicamente adecuado que en las leyes

³⁹ Referencia IUS 169772, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 733.

reguladoras de cada materia, el legislador federal o local establezca las restricciones correspondientes y clasifique a determinados datos como confidenciales o reservados, con la condición de que tales límites atiendan a intereses públicos o de los particulares y encuentren justificación racional en función del bien jurídico a proteger.

II. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LAS LIMITACIONES

El principio de máxima divulgación es el eje fundamental de actuación del Estado sobre el acceso a la información, como se comentó en apartados anteriores tal principio debe gobernar todas las decisiones y actividades de los organismos del Estado. Cuando por necesidad real y en cumplimiento a objetivos legítimos el Estado decida limitar el acceso a la información, esta limitación debe ser por naturaleza misma excepcional, nunca podrá ser la forma general de actuación y los funcionarios encargados de realizar las reservas deberán siempre fundamentar y motivar adecuadamente las razones de la limitación, cumpliendo los requisitos antes mencionados. El órgano jurisdiccional que deba resolver sobre asuntos relacionados con la limitación de acceso a la información, así como la autoridad que realice la reserva, deberán siempre interpretar las consideraciones de forma restrictiva, de tal manera que siempre opere el principio de máxima divulgación, la información que habrá de reservarse deberá ser la menor posible y resolver siempre en favor del acceso.

III. CONSAGRACIÓN LEGAL DE LAS EXCEPCIONES

Como se ha mencionado, las limitaciones del derecho de acceso a la información deben contar con el requisito de legitimidad, por lo que deben formar parte del marco legislativo del Estado. Esta consideración es especialmente importante ya que las actividades de los funcionarios públicos deben siempre estar apegadas a las facultades y atribuciones que la leyes les permiten, en relación con el acceso a la información, y otras consideraciones para el caso, el principio de máxima publicidad requiere que para que el Estado pueda, legítimamente, limitar o reservar el acceso a información, fundamente sus razones en disposiciones legales vigentes.

El criterio de la Corte Interamericana establece que las leyes que limiten el derecho de acceso a la información deben tener el carácter de ser de “interés general” como parte de un Estado democrático. Por su importancia como uno de los requisitos esenciales en las limitaciones del acceso a la información es necesario definir que debe entenderse por ley de interés general, en referencia la Corte Interamericana ha definido la expresión “leyes” para distinguirla de norma jurídica y establecerla como actos normativos generales emitidos por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, según los procedimientos establecidos en la Constitución.⁴⁰

La definición es específica en cuanto al tipo de normatividades que deben considerarse como leyes, al elevar el rango al de or-

⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre del 2006, serie C No. 151, párr. 89.

denamientos creados constitucionalmente establece un marco legal general, especialmente cuando se considera que la definición incluye la mención sobre la elección democrática del órgano legislativo. Al ceñir la definición de ley al proceso legislativo constitucional se logra establecer un candado que evite que las limitaciones puedan ser arbitrariamente creadas por órganos con capacidades legislativas inferiores ampliando la protección y dificultando el establecimiento de las limitaciones. De tal forma que todo lo anterior se cumpla con lo establecido por los Principios de Acceso a la Información al lograr que las excepciones sean establecidas por la ley, claras y limitadas.

Al respecto es interesante el análisis de la Jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)⁴¹ con el rubro:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. TRATÁNDOSE DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO NO PUEDE ALEGARSE SU VULNERACIÓN RESPECTO DE QUIENES INTEGRAN EL CONGRESO LOCAL.

La Jurisprudencia reconoce como derecho fundamental el acceso a la información, sin embargo, establece que tal derecho corresponde únicamente a los ciudadanos en lo particular y que no puede aplicarse o trasladarse a la actividad legislativa. En la práctica, los diputados no pueden alegar tal derecho para “acceder” a la información relativa a los asuntos ventilados en el mismo órgano

⁴¹ Referencia IUS 160578, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t.1, diciembre de 2011, p. 431.

legislativo al que pertenecen, ya que “es evidente que es el procedimiento de creación de normas el que asegura a los legisladores el conocimiento de las iniciativas legales planteadas y garantiza -a través del marco constitucional y, en su caso, legal- la participación de las mayorías y minorías en el proceso de discusión y votación”. La resolución cobra su importancia de varias partes, 1) establece una clara distinción entre los ciudadanos particulares como sujetos legítimos para hacer valer el derecho de acceso a la información y las autoridades, en este caso legislativas pero como también se verá más adelante, la autoridad judicial también está separada de tal derecho. De tal manera que el legislador tiene que ceñirse al marco de actuación legal que establece la actividad de los congresos y se le niega de forma total el recurso al derecho de acceso a la información para controvertir algún acto de naturaleza legislativa, en tal caso serán los mecanismos y recursos que establezca la ley para el caso específico a los cuales tendrá que acceder el legislador. Es una distinción importante y que pone de manifiesto que aunque el derecho de acceso a la información es general pueden encontrarse excepciones al mismo, es notable que la presente jurisprudencia sólo se refiere al sujeto como legislador que busca acceso a información ventilada en el seno de la legislatura a la cual pertenece, de acuerdo al principio de excepción el mismo legislador conserva su derecho de acceso a la información en otros rubros, especialmente si la autoridad que la posee es otra distinta de la legislatura a la que pertenece. Queda claro entonces que la excepción no se aplica por ser el ciudadano un legislador, ya que este hecho por sí mismo no le niega el acceso al derecho a la información, sino que pretende hacer valer el derecho

como legislador respecto de información que se ha manejado dentro de la legislatura a la que pertenece, confirmando por lo tanto el carácter excepcional de la disposición.

Por otro lado es interesante el análisis de la tesis aislada que emite el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito⁴² (México) con el rubro:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS ARTÍCULOS 1º, 2º Y 6º DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO DEBEN INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE PERMITIR AL GOBERNADO QUE A SU ARBITRIO SOLICITE COPIA DE DOCUMENTOS QUE NO OBREN EN LOS EXPEDIENTES DE LOS SUJETOS OBLIGADOS, O SEAN DISTINTOS A LOS DE SU PETICIÓN INICIAL.

En lo específico la tesis establece que aunque la normatividad en materia de transparencia y acceso a la información el derecho de acceso se le atribuye de forma general a cualquier persona y que tiene como finalidad “proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal y cualquier otra entidad federal”, además de establecer los principios de máxima publicidad y de disponibilidad de la información. La legislación no puede “interpretarse en el sentido de permi-

⁴² Referencia IUS 167607, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX, marzo de 2009, p. 2887.

tir al gobernado que a su arbitrio solicite copia de documentos que no obren en los expedientes de los sujetos obligados o sean distintos a los de su petición inicial”. De tal forma que las “dependencias y entidades sólo estarán obligadas a entregar los documentos que se encuentren en sus archivos -los solicitados- y que la obligación de acceso a la información se dará por cumplida cuando se pongan a disposición del solicitante para consulta en el sitio donde se encuentren”. En efecto, el particular debe solicitar la información a la autoridad que la posee, en caso de no ser así a la que se le hizo solicitud de información que no está bajo su poder no tiene obligación de entregarla, este principio no hace nulo al de respuesta, en caso de recibir la solicitud de información la autoridad conserva la obligación de dar respuesta oportuna y clara, fundamentada y motivada en la que explique que no da acceso a la información solicitada por no encontrarse ésta bajo su poder. Además se establece un principio de especificidad en la solicitud de la información, ya que se determina que la autoridad sólo está obligada a entregar la información que se solicitó originalmente.

IV. OBJETIVOS LEGÍTIMOS BAJO LA CONVENCIÓN

Además del requisito de legitimidad, para crear limitaciones al acceso a la información, las leyes que establezcan las excepciones deberán hacerlo bajo el amparo de alguno de los objetivos permitidos por la Convención Americana, la cual en el artículo 13.2 indica cuáles son: asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la

moral públicas. Es importante que el marco legal incluya definiciones claras y funcionales de cada uno de estos conceptos.

Como ejemplo vale la pena analizar la tesis aislada que emite la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴³ con el rubro:

VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN. EL ARTÍCULO 121 DE LA LEY RELATIVA, AL CONSIDERAR CONFIDENCIALES LOS DATOS OBTENIDOS POR LOS INSPECTORES DE LA SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.

La ley citada en el rubro restringe el acceso a la información que surja de la actividad de los inspectores, concesionarios, permisionarios, etcétera. Para que tal limitante sea legítima y válida debe cumplir con los requisitos mencionados en el presente manual. En primer momento se puede apreciar sin dificultad el carácter expreso del precepto así como su inclusión en una “ley” conforme es definida. Pero como ya se dijo, para que la información pueda ser declarada como reservada debe proteger un interés público legítimo cuyo daño sea mayor que el beneficio general de la divulgación de la información. En la tesis en comento se establece que “la connotación de confidencialidad otorgada por el legislador a la información enunciada atiende a razones de seguridad nacional y de interés

⁴³ Referencia IUS 169767, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 734.

público, para evitar el uso indebido que pueda dársele, en relación con áreas prioritarias para el Estado mexicano”. Sin embargo la sola declaración de seguridad nacional no es suficiente para su reserva, al tal efecto se establece cuáles son las razones que amparan tal determinación, en el caso “el propósito de garantizar la prestación óptima de servicios públicos de carácter federal [...], y evitar que el mal uso de la información poseída por aquellas empresas lesione los intereses del público usuario o ponga en riesgo la seguridad de las personas”. Por lo que se puede apreciar que la determinación de seguridad nacional hecha sobre la información tiene como objeto proteger la integridad física de los particulares que hacen uso cotidiano de las vías de comunicación. Ante la Suprema Corte de Justicia las razones expuestas fueron tales que justificaron la creación de la excepción respecto del derecho de acceso a la información.

V. NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y CARÁCTER TEMPORAL DE LAS LIMITACIONES

Como se dijo al inicio del presente capítulo, en una sociedad democrática es necesario limitar los derechos subjetivos, para cumplir con los intereses de terceros o de las necesidades de ellos o del Estado; en el caso específico de la libertad de pensamiento y expresión, derecho del cual deriva el derecho de acceso a la información, la necesidad surge para satisfacer el interés público imperativo. Sin embargo las limitaciones deben ser elegidas de acuerdo a su escala de restricción procurando siempre escoger aquella limitación con las menores restricciones. La restricción debe satisfacer una serie de condicionantes que son:

- Ser conducente para alcanzar su logro.
- Ser proporcional al interés que la justifica.
- Interferir en la menor medida posible en el ejercicio efectivo del derecho.

En el caso de la proporcionalidad, la CIDH ha establecido que cualquier restricción en el acceso a la información debe superar una prueba de proporcionalidad en tres pasos: (a) debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican; (b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza con causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo; y (c) debe demostrarse que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información. Es muy importante notar que las excepciones contenidas en el marco legal deben ser siempre temporales, en cumplimiento al principio de máxima divulgación no es posible limitar el acceso a información de manera permanente, ello atenta contra los principios democráticos y de los derechos humanos, el plazo para el cual tengan validez las excepciones siempre será temporal y estará dictaminado por la naturaleza de la excepción, ya sea durante la duración del riesgo público y objetivo que su divulgación pudiera causar o alguno otro de los previstos por la Convención Americana.

En la especie es apropiado comentar el ejemplo que se desprende de la tesis aislada administrativa que emitió el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (D.F. México)⁴⁴ con el rubro:

⁴⁴ Referencia IUS 165392, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t.

SECRETO INDUSTRIAL. EL HECHO DE QUE LAS SALAS DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CLASIFIQUEN COMO INFORMACIÓN RESERVADA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LA QUE TENGA AQUEL CARÁCTER Y, POR ENDE, NO PERMITAN A LAS PARTES O A TERCEROS EL ACCESO A ESOS DOCUMENTOS, AUN CUANDO SEAN PARTE DE LAS CONSTANCIAS DEL PROCEDIMIENTO, NO VIOLA EL DERECHO A LA INFORMACIÓN TUTELADO POR EL ARTÍCULO 6º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Al respecto la tesis establece que la clasificación de reserva que las autoridades judiciales hagan de información que tiene el carácter de secreto industrial dentro del juicio, para restringir el acceso a ella y preservar su confidencialidad y proteger contra la competencia desleal; y que por tanto “no permitir a las partes o a terceros el acceso a esos documentos, aun cuando sean parte de las constancias del procedimiento, no viola el derecho a la información”. De tal forma que las partes no pueden alegar la violación de su derecho de acceso a la información contra la negativa del Juez de darles acceso a aquella información considerada secreto industrial que forme parte de las constancias del juicio que se desarrolla. Esta determinación toca varios de los conceptos y directrices que gobiernan las limitantes del derecho de acceso a la información.

En primer lugar se establece que la reserva de información bajo el concepto de secreto industrial, ya sea dentro o fuera de la actividad jurisdiccional es procedente de acuerdo a la legislación aplicable en la materia, tal clasificación constituye en sí misma una limitante al derecho de acceso a la información. Tal clasificación de cumplir con los criterios mencionados en el presente apartado, buscando que la protección sea conducente para su titular para alcanzar su logro, en cual en lo específico es la explotación única de secreto industrial de acuerdo con la legislación aplicable y la proporcionalidad para tal fin. Pero como se puede apreciar la clasificación de información como secreto industrial se basa en un marco normativo específico el cual, a pesar de que representa un límite al derecho de acceso a la información, no forma parte del marco normativo del mismo derecho. De tal forma que las leyes u ordenamientos que sirvan de base para determinar que alguna información sea clasificada como secreto industrial deberán observar los criterios mencionados incluyendo el de temporalidad.

En lo específico la tesis señala que la información que por su naturaleza, en ese caso secreto industrial, que se encuentra en una de las limitantes del derecho de acceso a la información, deberá ser protegida por el juzgador durante el desarrollo del juicio.

Para mayor precisión se menciona la tesis aislada que emite la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴⁵ (México) con el rubro:

⁴⁵ Referencia IUS 175731, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 650.

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS ARTÍCULOS 2º., 7º., 13, 14, 18, 19 Y 43 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTES EN 2004, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.

El criterio de la sala da certeza plena a la facultad que tienen los particulares de determinar que cierta información suya en poder del Estado sea mantenida fuera del conocimiento público y que tal determinación no viola la garantía de legalidad y seguridad jurídica, al respecto el texto de tesis dice:

Los citados preceptos, al establecer la facultad de los particulares titulares de la información que obra en poder de las autoridades para delimitar o determinar la parte que puede ser de conocimiento público, con el objeto de no poner en riesgo información relativa a secretos industriales o aspectos técnicos, entre otros y evitar con ello que se les perjudique en el desarrollo de su actividad y fin, no violan las garantías de legalidad y seguridad jurídica contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

VI. DEBER DE JUSTIFICAR CON CLARIDAD Y POR ESCRITO LAS RESPUESTAS NEGATIVAS A LAS PETICIONES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.

De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta el momento, el Estado puede limitar el acceso a la información que tiene en su poder,

siempre y cuando lo haga cumpliendo los requisitos establecidos en la Convención Americana, que estos requisitos se encuentren contemplados en la legislación del Estado mismo y que la forma de limitación sea excepcional cumpliendo siempre con el principio de máxima divulgación, y finalmente, que la limitación este fundamentada en uno de los conceptos establecidos por la misma Convención. En tal caso al ciudadano que haga una solicitud de acceso y se le vaya a negar la misma por las consideraciones antes expuestas deberá recibir respuesta por escrito, la cual deberá ser clara y precisa y deberá darle a conocer las razones por las que se le negó el acceso. Tales explicaciones deberán estar basadas en los fundamentos jurídicos y racionales detrás de la decisión de negar el acceso. En este sentido es notable comentar que la negativa de acceso a la información constituye un acto de autoridad y como tal, desde su naturaleza misma, debe estar debidamente fundado y motivado, en la doctrina jurídica existen muchos comentarios respecto de qué debe entenderse por fundamentación y motivación por parte de las autoridades para poder realizar actos que sean legítimos. Por otro lado, la doctrina así, como la jurisprudencia de la Corte interamericana consideran las respuestas negativas al acceso a la información que carecen de fundamentación y motivación violan el derecho al debido proceso y la seguridad jurídica de los ciudadanos. Queda claro entonces que dentro de la carga de responsabilidades del Estado la de fundamentar y motivar sus decisiones siempre será un elemento fundamental en su actuación, incluyendo como ya se comentó las negativas de acceso a la información.

VII. INFORMACIÓN RESERVADA O SECRETA

En materia de acceso a la información es muy importante considerar que para que un Estado pueda considerar información como reservada o secreta y así negar a los particulares su acceso debe cumplirse con todos los requisitos que se han expuesto hasta el momento, de lo contrario se favorece la creación de un ambiente de oscuridad y arbitrariedad. Para ser claros en los requisitos que los Estados deberán cumplir para poder clasificar información como reservada o secreta se emitió una Declaración en 2004 por parte de la ONU, OEA y la OSCE, en la que expusieron una síntesis de los requisitos que las limitaciones deberán cumplir. Los requisitos contenidos en la síntesis son los mismos que hasta el momento se han expuesto, de tal forma que un funcionario del Estado tiene una serie de requisitos que debe cumplir para poder reservar la información. Primeramente, la excepción deberá estar basada en las contenidas en la Convención Americana y deberá basarse en la protección de intereses ya sean públicos o privados y que el daño a dichos intereses sea mayor que el posible daño que el interés público sufra por la reserva de información; además la autoridad deberá demostrar la existencia del régimen de excepción y su legalidad con adecuada fundamentación y motivación; y, los particulares deberán tener un medio de impugnación o apelación independiente ante quien puedan inconformarse por la negativa de acceso, dicho órgano o institución deberá tener facultades de investigación y de resolución para poder resolver las controversias que se susciten por el acceso a la información reservada o secreta. De igual forma, la síntesis

menciona la importancia del establecimiento en el marco legal de sanciones para los funcionarios que de forma deliberada e indebida impidan el acceso a la información, lo anterior deberá sumarse a medidas generales de comunicación y sensibilización para fomentar la transparencia y la educación del público en general respecto sobre sus derechos de acceso a la información⁴⁶. Por otro lado, el establecimiento de limitaciones al régimen de acceso a la información no viola el derecho de acceso ni el de máxima publicidad siempre que se cumpla con los criterios que se han mencionado.

La Declaración Conjunta examina también el papel del secreto dentro de la legislación del Estado, en general, manifiesta la importancia que reviste favorecer legislación que limite las prácticas secretas y la confidencialidad. En temas relacionados menciona la importancia de los periodistas y su participación en los procesos de investigación que permitan exponer información reservada o secreta que fue restringida de forma indebida. Se llega a considerar que puede ser el caso en que cierta información sea divulgada o filtrada por individuos sin responsabilidad si la importancia de la información es tal que justifique su divulgación, como limitante a lo anterior establece claramente que el filtrador o periodista no puede haberse hecho de la información de forma ilegal o fraudulenta, estas son consideraciones legales muy complicadas. La Declaración indi-

⁴⁶ Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), y el relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión (2004), disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp, formato HTML.

ca claramente que el establecimiento legítimo de información como secreta por razones de seguridad nacional es posible, pero siempre deberá especificarse cuáles son los criterios que deben utilizarse para considerar tal información secreta y así evitar el abuso del concepto por parte de las autoridades. Para ello los límites de tiempo que y los mecanismos de impugnación antes mencionados toman gran importancia, ya que en ellos se encuentra el balance a las actividades del Estado.

Al respecto es relevante la tesis jurisprudencial que emite el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴⁷ que por su relevancia se transcribe a continuación:

INFORMACIÓN RESERVADA. EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE SU DIVULGACIÓN. En términos de las fracciones IV y VI del artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, tanto los expedientes judiciales que no hayan causado estado, como las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, mientras no sea adoptada la decisión definitiva, constituyen información reservada. No obstante la imposibilidad de acceder a dicha información no puede considerarse como una regla absoluta, porque en aquellos supuestos en los cuales su difusión producirá mayores beneficios para la sociedad que los daños que pudieran provocarse con su divulgación, debe hacerse una excepción a la

⁴⁷ Referencia IUS 170722, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 991.

regla general, privilegiando la transparencia y difusión de la información respectiva. PLENO Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. Unanimidad de nueve votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Impedido: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarías: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot y María Estela Ferrer Mac-Gregor Poisot.

La Corte Interamericana se pronunció por primera vez de forma específica sobre el tema de la información reservada o secreta en el año 2003 en el *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*⁴⁸:

En el cual la muerte de Myrna Mack Chang, fue considerada una ejecución extrajudicial ordenando al Estado investigar efectivamente los hechos del caso, así como realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y como el pago de indemnizaciones y costas y gastos. [En el caso], el Ministerio de la Defensa Nacional se negó a entregar documentos sobre la organización y funcionamiento del Estado Mayor Presidencial argumentando la reserva de la información basándose en el secreto de Estado como se contiene en el artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al efecto, la Corte Interamericana sostuvo el criterio de que en casos sobre la violación de derechos humanos las autoridades estatales no pueden

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia del 25 de noviembre del 2003. Serie C No. 101, párrs. 180 a 182.

ampararse en el secreto de Estado. En la sentencia la Corte Interamericana utiliza las consideraciones de la CIDH mencionando que los poderes públicos no pueden utilizar el secreto de Estado para evitar la investigación de delitos de servidores públicos, ya que al hacerlo se puede privilegiar la “clandestinidad del ejecutivo”, además de indicar que no es posible que el mismo organismo al que se investiga penalmente le corresponda la calificación de la información y su respectiva reserva. La relevancia de la sentencia Myrna Mack es evidente, establece el precedente sobre las limitaciones que la reserva de información encuentra así como los requisitos que tal reserva debe cumplir para evitar la impunidad o la arbitrariedad de las autoridades.

Acerca de la información clasificada como secreta o reservada es relevante la tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito (Puebla, México)⁴⁹ con el rubro:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO DE PUEBLA. LA LIMITANTE PARA ACCEDER A LA INFORMACIÓN CLASIFICADA COMO RESERVADA EN TÉRMINOS DE LA LEY RELATIVA ES INAPLICABLE RESPECTO DE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN QUE CONOCEN DEL JUICIO DE AMPARO.

⁴⁹ Referencia IUS 160473, *Semanario Oficial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre 2011, t. 5, p. 3889.

Específicamente, la tesis aclara que “cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación que conocen del juicio de garantías requieran la documentación necesaria para resolver la controversia [...], las autoridades que con motivo de su función la tengan en su poder están obligadas a proporcionarla en términos de los artículos 78 y 149 de la Ley de Amparo”. Si la información ha sido clasificada como reservada o secreta dicha clasificación es inoperante ya que “ello constituye una limitante al derecho de los gobernados a solicitar información, mas no a la facultad de una autoridad jurisdiccional para requerirla”. El caso representa adecuadamente el papel que la información reservada o secreta juega dentro del régimen de protección del derecho a la información, ya que asegura al quejoso la inclusión de toda la información que sea relevante para el juicio de garantías, lo cual no supone una violación a la protección del derecho a la información.

La tesis especifica la definición de información reservada o secreta y delimita su alcance y protección pero no se manifiesta respecto si se le permitirá al quejoso el acceso a la información clasificada como reservada o secreta. Respecto de este tema es importante mencionar otra tesis asilada del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito⁵⁰ cuyo rubro dice:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN
PÚBLICA DEL ESTADO DE PUEBLA. CUANDO
LAS AUTORIDADES OBLIGADAS A PROPORCIO-

⁵⁰ Referencia IUS 160474, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, t. 5, p. 3888.

NAR INFORMACIÓN QUE ESTIMEN RESERVADA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY RELATIVA MANIFIESTEN AL JUEZ DE AMPARO SU OPOSICIÓN A QUE SE DIVULGUE, UNA VEZ QUE ÉSTE LA TENGA EN SU PODER DEBERÁ PRONUNCIARSE FUNDADA Y MOTIVADAMENTE ACERCA DE LO CORRECTO DE DICHA CLASIFICACIÓN Y, EN SU CASO, DEL ACCESO A AQUÉLLA POR EL QUEJOSO, O BIEN, DICTAR LAS MEDIDAS PARA LA CONSERVACIÓN DE TAL RESERVA.

La resolución es muy importante ya que establece tres criterios fundamentales para el juicio de amparo cuando este se relaciona con información que ha sido clasificada como secreta o relevante, 1) establece que “los Jueces de Distrito gozan de discrecionalidad en la guarda, custodia y difusión de las pruebas aportadas al juicio. Consecuentemente, cuando las autoridades obligadas a proporcionar información que [...] estimen reservada, [...] manifiesten al Juez de Distrito su oposición a que se divulgue, una vez que éste la tenga en su poder tendrá que pronunciarse, también fundada y motivadamente, acerca de lo correcto de dicha clasificación”, de tal forma que la tesis establece claramente que el Juez de Distrito tiene la capacidad y obligación de calificar la clasificación de secreta o relevante que la autoridad ha hecho de la información, emitiendo un pronunciamiento que deberá estar adecuadamente fundado y motivado; 2) corresponde al Juez de Distrito determinar si permitirá al quejoso el acceso a la información, esta determinación es de suma importancia y deberá basarse en la calificación que el juez ha hecho

sobre la correcta clasificación de la información, en la determinación que habrá de hacer el juzgador sobre el acceso que el quejoso tendrá a la información deberá apegarse a los criterios y bases que se exponen en el presente manual; 3) en caso de que el juzgador estime correcta la clasificación de secreta o relevante hecha por la autoridad deberá pronunciarse respecto “de las medidas que deben adoptarse para la conservación de tal reserva”, al establecer la clasificación de la información como correcta el juez adopta la responsabilidad de proteger y conservar la reserva de dicha información, dictando las medidas que considere apropiadas para garantizar la reserva y evitar la lesión de intereses públicos o privados mediante su divulgación. En este sentido, como calificador del actuar de la autoridad el Juez de Distrito se convierte en obligado y garante de proteger tanto los derechos de los particulares respecto del acceso a la información en poder del Estado así como de los intereses públicos legítimos que pudieran ser vulnerados con la divulgación de la información.

Por otro lado, y en consonancia con el principio de máxima publicidad, resulta interesante lo expuesto en la tesis aislada que emite el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito⁵¹ (D.F. México) con el rubro:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. CONFORME AL ARTÍCULO 7º., FRACCIÓN XII, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, LA INFORMACIÓN SOBRE LA CONCE-

⁵¹ Referencia IUS 171000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 3343.

SIÓN DE UN AEROPUERTO IMPLICA EL ACCESO AL PROGRAMA MAESTRO DE DESARROLLO CORRESPONDIENTE, AL FORMAR PARTE DEL TÍTULO RESPECTIVO, CON EXCEPCIÓN DE AQUELLO QUE SEA RESERVADO O CONFIDENCIAL

La tesis aclara que de acuerdo a la ley en la materia “el programa maestro de desarrollo forma parte del título de concesión de un aeropuerto” y que la información relacionada con concesiones es pública, por lo tanto “debe otorgarse acceso a dicho programa a través de una versión pública, en donde sólo se suprima la información que tenga el carácter de reservada o confidencial”. En el caso particular se determina que la información respecto del programa maestro de desarrollo deberá ser considerada pública, sin embargo, dada la naturaleza estratégica y la importancia de la misma deberá establecerse qué parte de dicha información será considerada reservada bajo los supuestos mencionados anteriormente, de tal forma que los particulares tengan acceso a toda aquella información que no sea clasificada como reservada.

VIII. DATOS PERSONALES Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Como derecho subjetivo los ciudadanos cuentan también con derechos que protegen su privacidad y su información personal, como se comentó al inicio de este capítulo las limitaciones al derecho al acceso a la información pueden encontrarse cuando chocan con otros

derechos subjetivos de las personas. El principal lugar de confluencia es donde se encuentran el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales. Respecto al derecho a la intimidad es relevante la tesis aislada que emite el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito⁵² (México), con el rubro: “DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA INFORMACIÓN”, la cual por su importancia se transcribe a continuación:

Dentro del derecho a la intimidad, se encuentra el derecho a la intimidad de la información, que es aquel derecho que permite a toda persona no difundir información de carácter personal o profesional, vinculada con su vida privada. Tal derecho pierde su vigencia en el momento en que el titular del mismo otorga su consentimiento para que se divulgue la información.

Por lo tanto, queda claro que cada individuo tiene el derecho a no difundir su información de carácter personal o profesional vinculada con su vida privada, este derecho es exclusivo del titular quien podrá y deberá dar su consentimiento para la divulgación de su información. Al respecto el principio 3 de la Declaración de principios establece que las personas tienen el derecho de acceder a la información respecto de ellos mismos así como para actualizarla en el caso en que fuera necesario. Para mayor precisión se comenta la siguiente tesis aislada que emite el Tercer Tribunal Colegiado del

⁵² Referencia IUS 168945, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1253

Décimo Tercer Circuito⁵³ (México) con el rubro:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS PERSONALES SÓLO CONSTITUYE UN DERECHO PARA LAS PERSONAS FÍSICAS MAS NO DE LAS MORALES (AUTORIDADES RESPONSABLES).

La tesis en comento hace referencia a la facultad que tienen las partes en un juicio de indicar la clasificación de su información en la publicación que se haga de las sentencias por parte de la autoridad y que éste derecho asiste únicamente a las personas físicas:

Pues así lo señala la fracción II del artículo 3° de la ley mencionada, al indicar que por aquéllos debe entenderse la información concerniente a una persona física identificada o identificable, excluyendo así a las personas morales, entre las que se encuentran las autoridades responsables.

Es relevante notar que dentro de las personas morales se incluyen a todas las autoridades responsables quienes no podrán gozar de la limitación o clasificación de su información.

En relación con la información personal y el consentimiento de su divulgación es oportuno comentar la tesis aislada que emite el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer

⁵³ Referencia IUS 176077, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, enero de 2006, p. 2518.

Circuito (D. F. México)⁵⁴ con el rubro:

LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL PARTICULAR TITULAR DE LA INFORMACIÓN A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA ES INNECESARIO CUANDO EL COMITÉ DE INFORMACIÓN RESPECTIVO REVOCA EL CARÁCTER CONFIDENCIAL DE DETERMINADOS DOCUMENTOS MOTIVO DE UNA PETICIÓN, CLASIFICADOS ASÍ POR EL TITULAR DE UNA DEPENDENCIA O ENTIDAD.

La tesis en comento menciona el procedimiento de solicitud de acceso a información y cuando ésta ha sido clasificada por la autoridad ésta debe enviar la información junto con un informe donde fundamente y motive la clasificación a un comité o al órgano respectivo para que éste confirme, modifique o revoque la clasificación hecha por la autoridad. En consonancia con el principio de máxima publicidad el régimen de reserva debe ser uno de excepción así que el estudio que se haga de la calificación de la autoridad deberá cumplir con el mencionado principio. La relevancia estriba en que si el comité u órgano determine modificar o revocar la clasificación de la información “no es indispensable que medie el consentimiento expreso del particular titular de la información a que se refiere la última parte del artículo 19 de la propia ley, pues en este

⁵⁴ Referencia IUS 170999, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 3344

caso ya no tiene la clasificación de confidencial”, de tal forma que al determinarse que la información solicitada no es confidencia no es necesario que medie el consentimiento de titular de la misma. De esta forma se busca cumplir con el principio de máxima publicidad y al mismo tiempo valorar el interés del particular que es titular de la información.

Muy cercana relación con la tesis arriba comentada guarda la que emite el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito⁵⁵ (D.F. México) con el rubro:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. NO AFECTA EL INTERÉS JURÍDICO DEL TITULAR DE LA INFORMACIÓN, LA RESOLUCIÓN DEL INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL QUE OBLIGA AL DE PROTECCIÓN Y AHORRO BANCARIO A PROPORCIONAR INFORMACIÓN A UN GOBERNADO, PREVIA ELIMINACIÓN DE LOS DATOS RESERVADOS, CONFIDENCIALES O CLASIFICADOS.

El objeto de la tesis en comento es establecer que la autoridad al “proporcionar información, previa eliminación de los datos considerados como reservados, confidenciales o clasificados, no afecta los intereses jurídicos del titular de la información, aun cuando no hubiese dado su consentimiento”, por lo que debe “sobreseerse en

⁵⁵ Referencia IUS 177116, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1584.

el juicio de garantías que intenta, con fundamento en la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 74, fracción III, de la propia ley de la materia”. Lo anterior es muy relevante en el contexto de la información personal y derecho a la privacidad, el criterio del Tribunal deja en claro que al eliminarse la parte protegida de la información el resto podrá ser difundida sin requerir el consentimiento del titular, lo anterior es además, acorde al principio de máxima publicidad y derecho a la privacidad.

Para mayor claridad se cita el rubro de la tesis aislada que emite el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito⁵⁶ el cual dice:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. RESULTA INEFICAZ LA OPOSICIÓN A LA INCLUSIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA PUBLICIDAD DE LOS ASUNTOS DEL CONOCIMIENTO DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, CUANDO AQUÉLLOS NO REVISTAN LA CARACTERÍSTICA DE RESERVADOS, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 13, FRACCIÓN IV, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA.

El Tribunal establece de forma clara que los particulares sólo pueden solicitar la reserva de información personal que cumpla con lo mencionado en la ley relativa, es decir:

⁵⁶ Referencia IUS 17827, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, Mayo de 2005, p. 1585.

Aquella relativa a una persona física, identificada o identificable, la concerniente a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad.

De esta manera los criterios de la Suprema Corte y los de Tribunales Colegiados son concordantes y mantienen una única postura unificada que coincide con el principio de máxima publicidad y de restricción por excepción.

Es importante distinguir que el derecho que una persona tiene a acceder a su información privado es distinto del acceso a la información, al respecto la doctrina y algunas legislaciones consideran que el derecho de los individuos a acceder a su propia información es uno básico contenido en las garantías y derechos fundamentales. A éste derecho se le ha llamado *habeas data*, y en algunas legislaciones existen acciones jurisdiccionales para ejercitar el derecho que reciben ese nombre. En este caso el derecho subjetivo es directo y personal, el actor es el titular del derecho y por lo tanto es el titular de la información, para realizar la acción se requiere ser el titular de la información o tener interés en la misma. Distintas jurisdicciones han resuelto de forma diversa las distinciones entre el titular del derecho y el interés legítimo para obtener acceso a la información. La distinción entre el *habeas data* y el acceso a la información se vuelve

clara cuando se considera que para el derecho ejercitar el derecho de acceso a la información no se requiere titularidad de la misma o interés de tipo alguno, la información que se solicita es, por su naturaleza, pública, por lo que cualquier persona puede tener acceso a ella.

Respecto al *habeas data*, la CIDH estableció⁵⁷ que además del derecho de acceder a información en poder del Estado, las personas tienen el derecho a acceder a información sobre sí mismas, cuando esta está en posesión del gobierno, como ya se mencionó este derecho incluye la posibilidad de su modificación o eliminación por parte del titular, reiterando que el derecho al *habeas data* se basa en las siguientes premisas:

1. El derecho de cada persona a no ser perturbada en su privacidad.
2. El derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma contenida en bases de datos públicas y privadas, para modificar, anular o rectificar información sobre sí mismo por tratarse de datos sensibles, falsos, tendencioso o discriminatorios.
3. El derecho de las personas a utilizar la acción de *habeas data* como mecanismo para acceder a la evidencia que requiere en un proceso judicial;

⁵⁷ CIDH. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos 2002*. Cap. III. Sección E, “Derecho a la libertad de expresión”. Disponible en <http://www.cidh.org/terrorism/span/indice.htm>

4. El derecho de las personas a utilizar la acción de *habeas data* como mecanismo de fiscalización.

La estrecha relación que la información personal en posesión del Estado y el derecho de acceso a la información resulta en consideraciones que pueden resultar en problemáticas complicadas, en los ejemplos de jurisprudencia contenidos en el presente capítulo y los demás de la presente obra -que pueden ser consultados en los anexos- se incluyen algunos que resuelven situaciones específicas.

Al respecto es aplicable y se comenta la tesis aislada que emite el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito⁵⁸, con el rubro:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. AL RESOLVER LA OPOSICIÓN DEL TERCERO INTERESADO A UNA SOLICITUD DE ACCESO A SUS DATOS PERSONALES, LA AUTORIDAD DEBE EXPLICAR, DE CONSIDERARLA FUNDADA, POR QUÉ ESTIMA QUE LA DIFUSIÓN DE ÉSTOS DAÑA INNECESARIAMENTE A LA PERSONA O, EN CASO CONTRARIO, CUÁLES SON LOS BENEFICIOS QUE CON ELLO SE GENERAN AL INTERÉS PÚBLICO.

En lo específico, la tesis establece que de acuerdo al marco legal aplicable se advierte que los titulares de información personal

⁵⁸ Referencia IUS 165652, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t, XXX, diciembre de 2009, p. 1658

en posesión del estado pueden oponerse (en su carácter de tercero interesado) a su divulgación ante la solicitud de alguna persona, lo anterior para cumplir con la garantía de audiencia que el dueño de la información tiene. Sin embargo se establece en el marco normativo que el tercero interesado debe demostrar que la divulgación de la información le genera un daño. La tesis establece que al resolver sobre la oposición la autoridad:

Debe explicar, de considerarla fundada, por qué estima que la difusión de éstos daña innecesariamente a la persona, lo cual justificaría clasificar la información como reservada o confidencial o, en caso contrario, cuáles son los beneficios que con ello se generan al interés público para que ciertos datos sean difundidos a pesar de la afectación a los secretos tutelados.

De tal forma que recae en la autoridad determinar con base en lo demostrado por el dueño de la información si su divulgación genera un daño tal que justifique su reserva o si el interés público justifica dicho daño. Queda claro que aunque el particular tiene el derecho a que se proteja su información personal cuando ésta está en manos del Estado y tiene también el derecho de audiencia para justificar y demostrar el daño que puede percibir en caso de que la información sea entregada a alguien que la solicite, que la autoridad cuenta con la atribución de determinar, siguiendo siempre los criterios que se han mencionado (proporcionalidad, temporalidad, régimen de excepción, etc.) si se divulga o no la información solicitada. No sobra mencionar que en su terminación la autoridad deberá

justificar plenamente su decisión con la adecuada fundamentación y apegándose siempre a los principios que consagra el derecho de acceso a la información.

En relación con la información de partes que se encuentran en juicio es muy interesante la tesis aislada que emite el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito⁵⁹ (Nuevo León, México) con el rubro:

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA TRATÁNDOSE DE EXPEDIENTES JUDICIALES. SUS AL-CANCES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).

El origen de la resolución se encuentra en la reforma al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, que ordena se de permitan las copias o testimonios de documentos que existan en los archivos o expedientes a toda persona que los solicite:

Con excepción de los casos en que la Ley de Acceso a la Información Pública obligue a la autoridad a negar el acceso público a la información, en los cuales sólo las partes legitimadas o quienes ellas autoricen podrán consultar y obtener copias de los expedientes.

De forma efectiva el ordenamiento convierte en pública casi toda la información de los juzgados salvo por aquella que la misma

⁵⁹ Referencia IUS 173966, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 1017.

Ley de Acceso restringe. De acuerdo a la interpretación del Tribunal Colegiado el acceso se restringirá únicamente “[en] asuntos de naturaleza familiar, procesos penales por delitos sexuales, contra la libertad o contra la familia y aquellos en los cuales la víctima sea menor de edad o incapaz”. Es notable que tanto la disposición procesal como la interpretación del Tribunal buscan satisfacer los principios de máxima publicidad y de excepción, aunque como es obvio fue necesario que el criterio del Tribunal delimitara los alcances específicos de la reforma al Código de Procedimientos Civiles. Tampoco sobra comentar que de acuerdo al texto de la reforma el solicitante de la información no requiere acreditar interés jurídico ni indicar el uso que se le dará a la misma, si la información no está incluida en la lista de excepción antes mencionada el juzgado o Tribunal requerido deberá dar respuesta afirmativa a la solicitud.

Acerca de la participación de la Suprema Corte de Justicia es interesante la siguiente tesis aislada que emite la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁶⁰ (México) con el rubro:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS CRITERIOS EN LA MATERIA QUE CONSIDERAN DETERMINADA INFORMACIÓN COMO RESERVADA, NO SON APLICABLES TRATÁNDOSE DE PRUEBAS SOLICITADAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL CONSEJO DE LA JUDICATU-

⁶⁰ Referencia IUS 173975, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, octubre de 2006, p. 284.

RA FEDERAL EN EL TRÁMITE DEL RECURSO DE REVISIÓN ADMINISTRATIVA DERIVADO DE UN CONCURSO PARA LA DESIGNACIÓN DE JUECES O MAGISTRADOS.

El criterio de la Primera Sala coincide con otras resoluciones de Sala o del Pleno que ya se han comentado al exponer que el carácter de reserva o secreto que la información ha recibido de parte de alguna autoridad, en este caso, el Consejo de la Judicatura Federal, aplica únicamente a los particulares ya que “es evidente que dichos criterios no son aplicables cuando se trata de información solicitada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el ejercicio de sus competencias constitucionales”. De forma reiterada la corte ha manifestado que las limitantes al derecho de acceso a la información y más específicamente, la reserva o secreto de la misma, no es aplicable a la Suprema Corte cuando para realizar sus funciones constitucionales requiere dicha información.

Para mayor certeza se transcribe el rubro de la tesis aislada que emite la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁶¹ (México) que a la letra dice:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS CRITERIOS EN LA MATERIA QUE CONSIDERAN DETERMINADA INFORMACIÓN COMO RESERVADA, NO SON APLICABLES CUANDO ES SOLICITADA POR LA

⁶¹ Referencia IUS 173976, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, octubre de 2006, p. 283.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS CONS-
TITUCIONALES.

Respecto de la información laboral de un servidor público se menciona el caso *Canadá (Comisionado de Información) Vs. Canadá (Comisionado de la Real Policía Canadiense)*.⁶² En el cual el Comisionado de la Real Policía Canadiense respondió negativamente la solicitud de un particular respecto del historial laboral de cuatro de sus oficiales, argumentando que los registros contenían “información personal” como la define la ley canadiense de la materia. La resolución emitida por la Suprema Corte de Canadá estableció que aunque la información solicitada sí debía ser considerada como “información personal” de acuerdo a la definición de la ley los sujetos titulares no eran particulares, sino servidores públicos, de tal manera que la información objetiva de su historial constituía información pública. La corte distinguió la información objetiva como los puestos ocupados, su duración, los ascensos recibidos y la fecha de los mismos, de la información personal del servidor público como ente privado, como su evaluación de servicio. En la resolución la Corte ordenó al Comisionado de la Real Policía Montada Canadiense que entregara al solicitante toda la información relativa al desempeño objetivo de los servidores públicos.

La resolución es muy relevante ya que establece un criterio de análisis para tratar de discernir la información personal de la pública

⁶² Supreme Court Judgments, *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, caso número 28601, marzo 6 de 2003, Neutral Citation 2003 SCC 8, reporte [2003] 1 SCR 66.

de un particular que se desempeña como servidor público, el análisis hace un balance de cada uno de estos principios que en el caso se contraponen, el de máxima publicidad de información en posesión del Estado y el de privacidad de la información personal. La corte adopta como criterio que el particular que entra al servicio público pierde cierta protección de su información personal, en específico aquella que se relaciona directamente con su actividad objetiva como servidor público.

CAPÍTULO CUARTO
APLICACIONES ESPECÍFICAS DEL DERECHO DE ACCESO A
LA INFORMACIÓN

CAPÍTULO CUARTO

APLICACIONES ESPECÍFICAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

I. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN PODER DE ESTADO Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONVENCION AMERICANA.

El derecho de acceso a la información asume como regla general que toda información en poder de la autoridad es pública. En consecuencia la participación del Estado frente al acceso a la información tiene dos variables:

La primera, es la obligación de crear y garantizar condiciones para que los ciudadanos obtengan tanta información como deseen en el momento en que lo requieran y no se interrumpa el flujo constante de la misma. La segunda integra al conjunto de acciones administrativas que los órganos competentes de Estado deben poner en práctica, incluidos por supuesto su producción y procesamiento, para hacer asequible la información y documentación relacionadas con la gestión pública que sea del interés ciudadano.

Si lo anterior es realizado por el Estado y utilizado por la ciudadanía, entonces el derecho a la información es considerado tanto como un medio para el ejercicio de otros derechos, como un derecho en sí mismo

En la actualidad, el acceso a la información es un componente de las libertades de expresión y de información, constituye *per se* un instrumento indispensable para nutrir el debate público y formar desde la sociedad una masa crítica suficientemente informada, de forma tal que pueda incidir en los asuntos públicos. Si esto es cierto, entonces aquellas libertades son elementos indispensables de la democracia sustantiva.

Pero sin duda un aspecto importante en toda democracia es la participación política. Cuando este derecho y el acceso a la información se vinculan, el ciudadano está en aptitud de participar directamente en el tratamiento de los asuntos públicos que son de su interés. Para el abordaje del tema, es preciso referirnos al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en materia de derechos políticos, establece⁶³:

⁶³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prácticamente lo expresa de manera casi idéntica, el artículo 25 establece:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2º, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones pú-

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Las tres dimensiones del ejercicio de los derechos políticos, la participación en la gestión de los asuntos públicos, la participación en elecciones y el acceso a las funciones públicas, requieren de información suficiente y de calidad. Sobre el tema, en México el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación pronunció que:

Todos los mecanismos de la democracia participativa serían completamente vacuos y hasta peligrosos si desde el propio Estado no se asegurara un efectivo acceso a la información que permita formar, a nivel de cada ciudadano, un juicio informado acerca de aquellas cuestiones sobre las que per-

blicas de su país.

manentemente se le solicite su opinión⁶⁴.

Y es que a decir de algunos, “nada hay más peligroso para la democracia que ciudadanos desinformados.

Sin duda que una sociedad sin acceso a la información o que esta no sea oportuna y actualizada, estará impedida de ejercer sus derechos, concretamente el ejercicio libre de la participación política.

Sin embargo para el caso en que el ciudadano alegue que no le es asequible el ejercicio de este derecho en su Estado, la Convención establece que las personas bajo la jurisdicción del Estado deben tener acceso “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que las ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”⁶⁵. Quizás un caso emblemático junto al de *Claude Reyes y otros*, sea el de Jorge Castañeda Gutman vs los Estados Unidos Mexicanos, que constituye un referente del intento de consolidar una candidatura ciudadana o independiente que no encuentro acomodo en un sistema electoral de partidos políticos en México.

El Instituto Federal Electoral respondió a Jorge Castañeda Gutman el 5 de marzo de 2004 por conducto de la Dirección de Prerrogativas y Partidos Políticos, con fundamento en jurisprudencia

⁶⁴ Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano expediente: SUP-JDC-216/2004. Actor: Jorge Arturo Zárate Vite, autoridad responsable: Comisión del Consejo en materia de Transparencia y Acceso a la Información del Consejo General.

⁶⁵ Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

cia y, entre otros, en el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales que el derecho a ser postulado y ser votado para ocupar un cargo de elección popular a nivel federal, sólo puede ejercerse a través de alguno de los partidos políticos nacionales que cuenten con registro ante el Instituto Federal Electoral.

En contra de la anterior determinación Jorge Castañeda promovió juicio de amparo el que le fue sobreseído por la juez de distrito que conoció del asunto y confirmado en grado de revisión por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar que el asunto se trata de derechos sustantivos de carácter político, por virtud de un acto concreto de aplicación de un ordenamiento de materia electoral, en cuyo caso el juicio de amparo es improcedente, dado que a través de esta vía no pueden impugnarse leyes de contenido electoral por disposición expresa de la Ley de Amparo.

Ante la resolución definitiva de la SCJN, Castañeda decidió acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), responsabilizando al Estado mexicano de haber vulnerado en su perjuicio derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente el derecho a ser votado así como el acceso a medios jurisdiccionales eficaces para la protección de sus derechos políticos. Asimismo, solicitó la adopción de medidas cautelares a su favor.

El 21 de marzo de 2007, con fundamento en la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la demanda en contra de los Estados Unidos Mexicanos. En la demanda la Comisión solicitó a la Corte que declárese que:

México es responsable por la violación en perjuicio de Jorge Castañeda Gutman, de los derechos a la participación política, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial previstos en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos, y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2º de la Convención.

Los representantes solicitaron al Tribunal que declarará que México es responsable por la violación del derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana y de los artículos 1.1 y 2º de dicho tratado en perjuicio de Jorge Castañeda Gutman. Sostuvieron que su derecho a ser elegido fue al negarle el registro de su candidatura independiente al cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

El Estado argumentó que no ocurrió una violación a los derechos políticos del señor Castañeda Gutman por las siguientes razones:

I. Los derechos políticos no son absolutos, y pueden ser restringidos siempre que se observen los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática;

II. El monopolio de nominación de candidatos por los partidos políticos tiene fundamento en el derecho de los esta-

dos a dotarse de un sistema político propio, no es contrario al derecho internacional, y por ello no resultó necesario hacer una reserva sobre la postulación de candidaturas por partidos políticos ni al momento de ratificar la Convención ni posteriormente;

III. Deben distinguirse las limitaciones directas a los derechos políticos (como exclusiones por razones de género o étnicas) de las modalidades que los estados realizan para el ejercicio de los derechos políticos.

La Corte Interamericana entró en el análisis de los derechos políticos, bajo la siguiente estructura:

Derechos políticos en una sociedad democrática

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático del ciudadano⁶⁶.

El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.

⁶⁶ Sobre el concepto de ciudadanía un importante debate en la actualidad se desarrolla; filósofos y juristas como Habermas, Kymlicka, Ferrajoli, Zolo, Bovero y Vitale, entre otros han contribuido a construir un concepto integral.

Contenido de los derechos políticos

El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad:

- I. A la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos;
- II. A votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y
- III. Acceder a las funciones públicas de su país.

La Corte observó que la presunta víctima no argumentó ni demostró elemento alguno que permita concluir que el requisito de ser nominado por un partido político le impuso obstáculos concretos y específicos que significaron una restricción desproporcionada, gravosa o arbitraria a su derecho a ser votado. Por el contrario, el señor Castañeda Gutman incluso disponía de alternativas para ejercer su derecho a ser votado, tales como ingresar a un partido político e intentar por la vía de la democracia interna obtener la nominación y ser nominado por un partido; ser candidato externo de un partido; formar su propio partido y competir en condiciones de igualdad o, finalmente, formar una agrupación política nacional que celebre un acuerdo de participación con un partido político.

Con base en los anteriores argumentos, la Corte no consideró probado que el sistema de registro de candidaturas a cargo de

partidos políticos constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23.1.b de la Convención Americana y, por lo tanto, no constató una violación al artículo 23 de dicho tratado.

Pese a que el ciudadano Castañeda no obtuvo el resultado deseado al acudir ante la Corte⁶⁷, la aportación derivada de ella a la democracia no fue cosa menor. La Comisión solicitó a la Corte:

...que ordene al Estado mexicano que adopte, en forma prioritaria las reformas legislativas, administrativas y de otro orden que sean necesarias para asegurar que en el futuro exista un recurso para el control de la constitucionalidad de la legislación que afecta los derechos políticos.

En todo caso, la información es a la democracia un faro de luz para que la participación efectiva de los individuos en la toma de decisiones constituya un ejercicio real y de calidad.

II. RESTRICCIÓN EN EL ACCESO A LAS FUENTES OFICIALES DE INFORMACIÓN EN ACTOS O EVENTOS PÚBLICOS.

La condición necesaria para garantizar el ejercicio de otros derechos comunmente es la satisfacción del derecho de acceso a la in-

⁶⁷ Tampoco en el *Caso Claude Reyes y otros*, la Corte decretó la violación del derecho a la participación política, consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, alegado por los representantes de las víctimas. Sin embargo la Corte realizó un extenso análisis de los instrumentos, declaraciones y resoluciones que se encuentran en la materia.

formación. El acceso a la información es una condición toral para la construcción de ciudadanía. En América ha sido precisamente el nivel de activismo ciudadano lo que ha impulsado la apertura a las fuentes oficiales de información.

A la caída del Absolutismo y la creación de Estados liberales en Europa y Norteamérica, los ciudadanos se pueden definir por oposición a los súbditos. Los ciudadanos cuestionan, piden, demandan, por el contrario, los súbditos obedecen, aceptan y callan. No hace falta decir que las democracias exigen ciudadanos y ciudadanas militantes: el acceso a la información es en consecuencia una herramienta que se ajusta perfectamente a lo que se espera de los miembros de una sociedad democrática.

Aunque en principio se ha desarrollado aquí que la información en poder del Estado debe ser pública y asequible al ciudadano, existen diversas excepciones, en concreto con lo relativo a la publicidad de las fuentes oficiales, pues trata de salvaguardar determinada o específica información al conocimiento público. Esta restricción de la información puede obedecer a dos tipos de interés. El primero es general y guarda correspondencia con toda la sociedad y el segundo es particular, referido a cada uno de sus miembros.

El interés general opera como causa de justificación de una excepción al principio general de publicidad antes formulado, en tanto que trata de mantener fuera de la comunicación pública determinadas informaciones que de conocerse podrían dañar a la propia sociedad.

El interés particular de sus miembros se encuentra protegido cuando la información se refiere a un individuo en concreto, -datos

y hechos que afectan a la intimidad de la persona- y que se encuentran en poder del Estado. Existen supuestos en donde se conjugan ambos intereses, tal es el caso de las actuaciones judiciales, en donde al interés por la eficacia de la justicia -interés general- se le superpone y suma un interés particular de los involucrados en el caso que quieren mantenerse en el anonimato, de no ver reflejada su vida en los medios de comunicación.

Sin embargo a un sector importante de la sociedad le interesa conocer a cierta profundidad los límites de dichas restricciones. Los periodistas y los medios de comunicación figuran entre los primeros interesados en el debate sobre el acceso a la información, dado que la garantía de fuentes seguras es básica para la actuación y el respeto por el trabajo del periodista, que de esa forma puede llevar a cabo plenamente la investigación y difusión de las noticias que sean de interés de la población.

En América Latina, la agenda ciudadana ha posicionado el tema de la presunta violación del derecho de acceso a la información, pues esto a puesto de manifiesto las desproporcionadas restricciones impuestas a periodistas o comunicadores para impedirles el acceso a los actos o eventos públicos.

Estas acciones de los Estados ya ha sido objeto de pronunciamientos específicos de la Corte Interamericana, destacan los casos *Ríos y otros vs. Venezuela*, y *Perozo y otros vs. Venezuela*⁶⁸.

⁶⁸ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 375; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 346.

En dichos casos, la Corte Interamericana se pronunció con respecto a las acreditaciones o autorizaciones a los medios de prensa para la participación en eventos oficiales, que implican una posible restricción al ejercicio de la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, debe ser el Estado el que debe demostrar que su aplicación es legal, persigue un objetivo legítimo y es necesaria y proporcional en relación con el objetivo que pretende en una sociedad democrática. Entonces tenemos que para restringir dicho acceso a la información será el Estado quien demostrará que ha cumplido con los anteriores requisitos al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control.

En el *Caso Perozo y otros vs. Venezuela* se refieren a una serie de actos y omisiones, ocurridos entre octubre de 2001 y agosto de 2005, consistentes en declaraciones de funcionarios públicos del Gobierno Venezolano y actos de hostigamiento y agresiones físicas y verbales, así como obstaculizaciones a las labores periodísticas, cometidos por agentes estatales y particulares, en perjuicio de 44 personas vinculadas al canal de televisión Globovisión, entre periodistas, personal técnico asociado, empleados, directivos y accionistas, así como a algunas investigaciones y procedimientos penales abiertos o realizados a nivel interno en relación con esos hechos.

Al representar a los quejosos, la Comisión Interamericana alegó que por haber buscado, recibido y difundido información, las presuntas víctimas fueron sujetas a diversos ataques y que el Estado Venezolano no adoptó las medidas necesarias para prevenir los actos de hostigamiento, ni investigó y sancionó a los responsables con la debida diligencia. La Comisión solicitó a la Corte que declare que

el Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5° (Derecho a la Integridad Personal), 8° (Garantías Judiciales), 13 (Libertad de Pensamiento y Expresión) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de esas 44 presuntas víctimas⁶⁹. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado determinadas medidas de reparación y se reintegren las costas y gastos.

La Comisión alegó en su demanda que por lo menos en seis hechos los equipos periodísticos de Globovisión se vieron impedidos de acceder a fuentes oficiales de información y dar cobertura a ciertas noticias por los medios que consideraban pertinentes para difundirlas, lo que constituyeron restricciones indebidas, en perjuicio de los equipos periodísticos de Globovisión, en el sentido del artículo 13.1 de la Convención Americana. Respecto de esos mismos

⁶⁹ Las presuntas víctimas de este caso son: Aloys Emmanuel Marín Díaz, Ana Karina Villalba, Aymara Anahí Lorenzo Ferrigni, Beatriz Alicia Adrián García, Carla María Angola Rodríguez, Gabriela Margarita Perozo Cabrices, Gladys Rodríguez, Janeth del Rosario Carrasquilla Villasmil, Jhonny Donato Ficarella Martín, Jesús Rivero Bertorelli, José Vicente Antonetti Moreno, María Cristina Arenas Calejo, Martha Isabel Herminia Palma Troconis, Mayela León Rodríguez, Norberto Mazza, Yesenia Thais Balza Bolívar, Angel Mauricio Millán España, Carlos Arroyo, Carlos Quintero, Edgar Hernández, Efraín Antonio Henríquez Contreras, John Power, Jorge Manuel Paz Paz, José Gregorio Umbría Marín, Joshua Oscar Torres Ramos, Wilmer Jesús Escalona Arnal, Ademar David Dona López, Alfredo José Peña Isaya, Carlos José Tovar Pallen, Felipe Antonio Lugo Durán, Félix José Padilla Geromes, Miguel Ángel Calzadilla, Oscar Dávila Pérez, Ramón Darío Pacheco Villegas, Richard Alexis López Valle, Zullivan René Peña Hernández, José Rafael Natera Rodríguez, Oscar José Núñez Fuentes, Orlando Urdaneta, Claudia Rojas Zea, José Inciarte, Alberto Federico Ravell Arreaza, Guillermo Zuloaga Núñez y María Fernanda Flores Mayorca.

hechos. La Comisión señaló que en la mayoría de las situaciones mencionadas, los medios de comunicación oficiales accedieron a los recintos y transmitieron los hechos, posibilidad que le fue negada a los equipos periodísticos de Globovisión, bajo el argumento de que se trataba de eventos de naturaleza privada a los que sólo podían acceder los medios oficiales de comunicación o que Globovisión no se encontraba en las “listas” para acceder al lugar, a pesar de haber cumplido con esos requisitos. La Comisión alegó que la carga de sustentar las circunstancias que motivan una restricción a cualquier derecho de la Convención recae sobre el Estado y, en el presente caso, éste no demostró que las alegadas restricciones se encontraban prescritas por vía legal, ni que fueran necesarias para proteger la seguridad nacional, los derechos de los demás, el orden, la salud o la moral pública, o que la naturaleza oficial o privada de un medio de comunicación constituya un criterio razonable y objetivo de distinción en cuanto al acceso a ciertas fuentes de información.

El Estado venezolano al responder interpuso cuatro excepciones preliminares, “extemporaneidad de los argumentos y pruebas contenidos en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por las presuntas víctimas”; “improcedencia en cuanto a la formulación de nuevos alegatos y argumentos contenidos en el escrito autónomo consignado por las presuntas víctimas”; “parcialidad en las funciones que desempeñan algunos de los jueces integrantes de la Corte” y la falta de agotamiento de los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico venezolano, solicitando a la Corte que concluya y declare improcedentes e inexistentes las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 5º,

8º, 13, 21, 24 y 25 de la Convención, imputadas por la Comisión y las presuntas víctimas, declarando además sin lugar la demanda y el escrito autónomo de solicitudes, así como también cada una de las reclamaciones y reparaciones solicitadas.

Las restricciones en esta materia deben hallarse previamente establecidas en leyes subordinadas al interés general, y aplicarse con el propósito para el cual han sido establecidas⁷⁰. Por su parte las acreditaciones o autorizaciones a los medios de prensa para la participación en eventos oficiales, que implican una posible restricción al ejercicio de la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, debe demostrarse que su aplicación es legal, persigue un objetivo legítimo y es necesaria y proporcional en relación con el objetivo que se pretende en una sociedad democrática. Los requisitos de acreditación deben ser concretos, objetivos y razonables, y su aplicación transparente. La Corte Interamericana falló considerando que el Estado venezolano debe adoptar las medidas necesarias para evitar restricciones indebidas y obstaculizaciones directas o indirectas al ejercicio a la libertad de buscar, recibir y difundir información de las personas que figuran como víctimas en el presente caso.

Conviene traer a cuenta lo referente en la “Declaración conjunta sobre la regulación de los medios, las restricciones a los perio-

⁷⁰ *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 59, párrs. 40, 45 y 46; *Caso Kimel Vs. Argentina*, *supra* nota 59, párrs. 63 y 83; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 89 y 91; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, *supra* nota 63, párr. 85; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, *supra* nota 59, párr. 96; y *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, *supra* nota 59, párrs. 120, 121 y 123.

distas y la investigación de la corrupción”, del 18 de diciembre de 2003 que señala⁷¹:

- A los periodistas no se les debe exigir licencia o estar registrados.
- No deben existir restricciones legales en relación con quiénes pueden ejercer el periodismo.
- Los esquemas de acreditación a periodistas sólo son apropiados si son necesarios para proveerles de acceso privilegiado a algunos lugares y/o eventos; dichos esquemas deben ser supervisados por órganos independientes y las decisiones sobre la acreditación deben tomarse siguiendo un proceso justo y transparente, basado en criterios claros y no discriminatorios, publicados con anterioridad.
- La acreditación nunca debe ser objeto de suspensión solamente con base en el contenido de las informaciones de un periodista.

III. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

Ha sido señalado en este manual que el derecho de acceso a la información “comprende una obligación positiva del Estado de brindar

⁷¹ Consúltese: <http://www.tsjyuc.gob.mx/publicaciones/Convencionalidad/Archivos2/LibertadExpresion/declaracionconjuntalibertaddelosmedios.pdf>

a los ciudadanos acceso a la información que está en su poder, y un derecho correlativo de las personas a acceder a la información en poder del Estado”.

El Derecho a la consulta conlleva el consentimiento previo e informado sobre temas que afectan a la ciudadanía, y sobre todo como derecho colectivo de los pueblos indígenas, constituye un tema que aun está en vías de desarrollo. Es innegable la necesidad del reconocimiento de este derecho y cómo en la práctica los pueblos indígenas han sido afectados en sus territorios al no ser consultados.

Según estadísticas de instituciones gubernamentales mexicanas como la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, los territorios que ocupan los pueblos indígenas son fuente de riqueza, sobre todo de agua, también conforman el sector más desprotegido en materias como la procuración e impartición de justicia, salud, vivienda y educación.

Lo anterior refuerza la posición de que la información suministrada por el Estado en el proceso de una consulta previa debe ser clara o accesible. En otras palabras, que la información entregada sea realmente comprensible, lo cual incluye, que su divulgación se realice en lenguaje claro y que, en aquellos casos que fuere necesario, se difunda con ayuda de traductor o en un idioma o lengua que permita a los miembros de las comunidades indígenas involucradas entenderla de manera clara y objetiva.

En el contexto particular de los derechos de pueblos indígenas, no existe duda de la necesidad de asegurar el derecho de acceso a la información para un adecuado ejercicio del control democrático.

co de la gestión pública respecto de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas, un asunto del más evidente interés público.

La jurisprudencia y los instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos han establecido con claridad que el derecho de acceso a la información como condición para el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y como condición para una adecuada consulta previa en aquellos casos en los cuales ésta resulte exigible, igualando el acceso de los pueblos indígenas a que el Estado les suministre información *accesible, suficiente, y oportuna* sobre dos importantes aspectos:

- I. La naturaleza y el impacto de la intervención externa sobre bienes o recursos de su propiedad; y
- II. El proceso de consulta que se va a adelantar y las razones que lo justifican.

Sólo de esta manera puede asegurarse que la información entregada por el Estado conducirá a que la formación de la voluntad de las comunidades en los procesos de decisión, en torno a la exploración y explotación de los recursos naturales en sus territorios, sea genuinamente libre e informada.

La Organización Internacional del Trabajo⁷², ha señalado en

⁷² OIT. *Manual del Convenio No. 169 sobre Pueblos indígenas y tribales* (2003), p. 16.

este contexto que:

El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. De tal manera que, por ejemplo, una reunión con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país (inglés, español, etc.), no puede considerarse como una verdadera consulta.

Es plausible que la Corte Constitucional de Colombia haya definido que el derecho a la consulta previa importa que, “el pueblo tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución”⁷³.

Es preciso asumir la postura compartida en los foros que las bases para la consulta incluirán un momento para que las comunidades puedan acceder a las razones por las cuales -de ser el caso- se desvirtúan sus argumentos, así como el deber estatal de suministrar información clara, suficiente y oportuna sobre las propuestas de compensación que se adoptarán en caso de que deba repararse el daño sufrido. Es deber del Estado, y no de los pueblos indígenas, demostrar efectivamente, en el caso concreto, que ambas dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.

Existen casos emblemáticos que nos permiten aproximarnos

⁷³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039/97, 3 de febrero de 1997.

a las razones que deben prevalecer para hacer efectivo el derecho de consulta, mención especial merece el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, cuya sentencia fue emitida el 27 de junio de 2012 y en la que por primera vez en la historia de la práctica judicial de la Corte Interamericana, una delegación de jueces realizó una diligencia en el lugar de los hechos de un caso contencioso sometido a su jurisdicción.

Para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente -como parece ser la dinámica- cuando surge la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. No observar este procedimiento o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados.

El Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio No 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso⁷⁴.

La Corte Interamericana ha considerado en sus sentencias sobre este tema que el Estado en un proceso de consulta debe satisfacer lo siguiente:

- La consulta debe ser realizada con carácter previo.
- La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo.
- La consulta adecuada y accesible.
- Estudio de Impacto Ambiental.
- La consulta debe ser informada.

De no observarse los anteriores elementos, estamos en presencia del incumplimiento del Estado en cuanto a sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los pueblos indígenas participen a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, cos-

⁷⁴ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90.

tumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural.

IV. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y CREACIÓN Y CONSERVACIÓN DE ARCHIVOS POLICIALES

El policía se define en el concierto internacional como un representante del Estado encargado de hacer cumplir la ley. No hay otro servidor público que con la evidencia empírica e histórica confirme que el quehacer policial transcurre en permanente tensión entre buenas y malas prácticas en el ejercicio de sus delicadas atribuciones.

Actualmente, una mayoría de los operadores de la seguridad pública y la policía consideran, sin mayor reflexión y evidentemente sin capacitación alguna en materia de transparencia, que permitir el acceso a la información es debilitar a las instituciones que representan. Es incipiente la transparencia policial pues es un proyecto por realizar en buena parte del mundo.

Los agentes de policía suelen disponer de amplios poderes discrecionales en el uso de las atribuciones policiales: ¿cuándo utilizar la fuerza y en qué medida?, ¿cuándo practicar detenciones, a quién efectuar un registro y a quién no?, etcétera. Para mantener el equilibrio entre estas facultades y prevenir su abuso, es fundamental que la policía rinda cuentas ante la ley, el Estado y la ciudadanía⁷⁵.

⁷⁵ Véase también www.policaccountability.org, portal web en el que pueden encontrarse información y recursos del tipo “mejores prácticas” sobre seguimiento

Una definición sencilla de rendición de cuentas es: “Tener que explicar las acciones o la conducta propias”. Hemos sido enfáticos en el desarrollo del presente manual en sostener que el derecho de acceso a la información comporta la obligación de los Estados de crear y conservar cierta información. Por eso el Estado tiene la obligación de crear y conservar archivos o registros de detenciones policiales. Esta acción de la autoridad es esencial para el respeto del derecho de acceso a la información de las personas detenidas o de sus familiares.

El Estado en materia de detenciones principalmente deberá conservar los registros de todas las personas detenidas con los datos completos de la persona privada de su libertad, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la detención y otras formalidades legales. Esta información debe ser registrada, custodiada y no manipulada pues es un mecanismo de control en asuntos delicados como la privación de libertad de las personas y en su caso, eventuales violaciones subsecuentes de sus derechos humanos.

No es deseable la práctica ilegal de alterar y menos la de destruir este tipo de información, pues de practicarse suele estar aparejada al silencio del Estado sobre el destino y situación jurídica de una persona detenida, generando con ello un incentivo para la impunidad y alejándonos del principio de legalidad en materia de acceso de información y del debido proceso en materia criminal.

La inexistencia, manipulación o destrucción de archivos o registros policiales, no sólo puede constituir un impedimento para

de denuncias ciudadanas y la respuesta policial en el territorio de Estados Unidos.

la adecuada realización de la justicia en muchos casos, sino que, además, da lugar a una violación del derecho de acceso a la información.

V. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LOS ARCHIVOS DE MEMORIA HISTÓRICA SOBRE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS.

En cualquier Estado, pero más aun, en aquellos con procesos inacabados de transición a la democracia, existen innegablemente víctimas y sus familiares que tienen derecho a conocer la información sobre graves violaciones de derechos humanos que se ubiquen en los archivos del Estado⁷⁶.

No importa que tales archivos se encuentran en las agencias de seguridad o en dependencias militares o de policía. Sobre el tema existe la referencia de la CIDH que ha sostenido que la obligación de acceso a la información en este tipo de casos, contempla a su turno un conjunto de obligaciones positivas o de hacer. Ahora bien, es necesario establecer las razones que permiten sostener cuáles son las obligaciones estatales que se derivan de la misma.

Las jóvenes democracias latinoamericanas han transitado en muchos casos de regímenes militares a un estado social demócrata, lo anterior también traslada sus antecedentes de violaciones de derechos humanos y el cada vez más exigente reclamo de acceso a la

⁷⁶ En el tema en particular sugerimos la lectura de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil* y el derecho de acceso a la información.

información vía sus archivos para esclarecer esa verdad histórica.

En el caso *Julia Gómez Lund vs Brasil*, el cual se refiere una serie de asesinatos, ejecuciones, desapariciones y detenciones arbitrarias por parte del Estado Brasileño a la población de Araguaia, con el fin de erradicar y negar la existencia de la Guerrilla de Araguaia en dicha región, nos aproxima a conocer como el Estado de Brasil había violado su responsabilidad internacional a raíz de las incursiones militares del ejército durante los años 1973 y 1974, cuyo resultado fue la desaparición y muerte de los presuntos miembros del grupo de resistencia denominado *Guerrilha do Araguaia*, agravándose por la ausencia de investigaciones, sanciones y reparaciones adecuadas a las víctimas de dichas incursiones. Este es un ejemplo claro del actuar de un Estado violador del derecho de acceso a la información de los familiares de las víctimas de las incursiones militares, al omitir oportunamente la entrega de la información que existiera sobre dichas incursiones.

Una sinopsis que recoge los datos más importantes del caso en punto al derecho de acceso a la información, se resumen de la siguiente manera: el 21 de febrero de 1982, los familiares de las víctimas de desaparición forzada de las operaciones militares adelantadas contra la *Guerrilha do Araguaia*, interpusieron una acción pública civil con el único objetivo de que les fuera entregada toda la información sobre dichas operaciones para poder conocer “la verdad de lo sucedido”. 21 años después de iniciada la acción, el 30 de junio de 2003, y luego de múltiples dilaciones, la sentencia de primera instancia ordenó al Estado entregar la información respectiva a las víctimas y sus familiares en un plazo de 120 días. El Estado sin

embargo interpuso nuevamente una serie de recursos que condujeron a que solo hasta el 9 de octubre de 2007, la decisión judicial adquiriera carácter definitivo. No obstante, según la Corte, es sólo hasta marzo de 2009 que en realidad se ordena la ejecución de la sentencia y el Estado comienza a ejecutar actos tendientes a cumplir con la decisión, los que incluirían, entre otras cosas, la entrega de cerca de 21 mil documentos del Archivo Nacional⁷⁷.

El acceso a la información y a los archivos de memoria histórica sobre graves violaciones de derechos humanos, para materializarse debe integrar al menos tres acciones de hacer o positivas a cargo del Estado:

1. Deber de permitir el acceso a los archivos en los cuales exista información relacionada con violaciones graves de derechos humanos

Es reconocido que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y por supuesto, sus familiares tienen derecho a conocer la información que de cuenta de tales vejaciones, incluso, cuando esta obre en instalaciones militares o de policía. Lo anterior esta protegido por el artículo 13 de la Convención Americana y ha sido la Corte Interamericana que pronunció que dicho artículo, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a acceder a la in-

⁷⁷ Corte I.D.H. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 222.

formación bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el estricto régimen de restricciones establecido en dicho instrumento⁷⁸. Nos encontramos ante un derecho importante e impulsor de la consolidación de los sistemas democráticos, por lo cual ha recibido un alto grado de atención y seguimiento por los especialistas.

Una práctica dilatoria es la que asumen los Estados al formular una de las excepciones al derecho de acceso, al invocar aquella según la cual, permitir el acceso a una determinada información podría poner en peligro la defensa o la seguridad nacional.

Sin cuestionar que en algunos casos hay información de seguridad nacional que debe permanecer reservada, existen, argumentos según los cuales el Estado no puede, en ningún caso, mantener secreta la información sobre graves violaciones de derechos humanos, e impedir el acceso a la misma de las autoridades encargadas de investigar dichas violaciones o, incluso, de las víctimas y sus familiares.

Un primer argumento es que el Estado no puede negar el acceso a la información relativa a las consideradas como graves violaciones de derechos humanos, a jueces y organismos autónomos de investigación como, por ejemplo las instituciones del ministerio público o una comisión de la verdad ex profesamente creada para tal fin.

Como segundo argumento toma vigencia el hecho de que la Corte Interamericana ha sostenido sistemáticamente que “la priva-

⁷⁸ Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 76 y 78.

ción continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante para los familiares cercanos”.

Finalmente, en cualquier circunstancia pero especialmente en procesos de transición a la democracia, resulta inadmisibles el argumento según el cual es necesario mantener la reserva sobre las atrocidades del pasado para proteger la “seguridad nacional” del presente.

2. Deber de crear y conservar archivos vinculados con graves violaciones de derechos humanos.

Como derivación del derecho a la información, en su carácter de herramienta necesaria para garantizar el conocimiento de graves violaciones a los derechos humanos, los Estados tienen también el deber de crear y preservar archivos públicos destinados a recopilar y sistematizar la información referida a graves violaciones de derechos humanos padecidas en sus países. La recopilación de esta información, la creación de archivos y su preservación son, precisamente, obligaciones estatales que derivan del derecho de acceso a la información como instrumento para garantizar los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

Tal como establece el principio 3 del “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” de la ONU, el Estado tiene el deber de preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y al derecho humanitario, para

facilitar el conocimiento de tales violaciones.⁷⁹ Estas medidas están encaminadas a preservar la memoria colectiva sobre lo ocurrido.

Estos archivos estatales cumplen un papel fundamental también en el marco de investigaciones judiciales. La utilidad de estos archivos dependerá, entre otras cosas, de que se establezca una obligación para que todos los organismos públicos (incluyendo las fuerzas armadas, las fuerzas de seguridad, los organismos de inteligencia, entre otras dependencias y reparticiones) atiendan los requerimientos judiciales con carácter urgente y preferente, y faciliten el acceso a toda clase de documentación, informe o archivo que les sea solicitado.

En particular, es esencial garantizar que en aquellas dependencias que han resultado más involucradas en hechos de violaciones graves de derechos humanos, se establezcan bases de datos y unidades de relevamiento de información independientes, con acceso irrestricto a la documentación.

3. Deber de producir información vinculada con graves violaciones de derechos humanos.

⁷⁹ Por su parte, la resolución 2267 (XXXVII-O/07) de la Asamblea General de la OEA estableció que:

los Estados deben, dentro de sus propios marcos jurídicos internos, preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario para facilitar el conocimiento de tales violaciones, investigar las denuncias y proporcionar a las víctimas acceso a un recurso efectivo, de conformidad con el derecho internacional, a fin de evitar, entre otros motivos, que estas violaciones vuelvan a ocurrir en el futuro.

La obligación de investigar y de informar, impuesta a los Estados por el artículo 1.1 de la Convención Americana, no se satisface con el mero hecho de facilitar a los familiares el acceso a la documentación que se encuentra bajo control oficial. En ese sentido tenemos que el Estado está obligado a desarrollar una tarea de investigación y corroboración de los hechos, estén o no consignados en documentos oficiales, con el fin de esclarecer la verdad de lo ocurrido e informar a los familiares y a la opinión pública en general. Se trata de una obligación afirmativa y activa enderezada a obtener y procesar información que permita un amplio conocimiento de los hechos que no están hoy debidamente documentados.

La Corte Interamericana ha establecido que dentro de las obligaciones dispuestas por la Convención Americana, los Estados deben crear comisiones investigadoras dedicadas a la búsqueda y clasificación de información referida a graves violaciones de derechos humanos, especificando incluso que la integración de estas comisiones debe determinarse según la legislación interna de cada país; que deben contar con los recursos necesarios; y que deben colaborar activamente con la justicia.

Este libro se terminó de elaborar en diciembre de 2013
en Austin, Texas; Estados Unidos de Norte América.

Las grandes transformaciones que se han suscitado en los últimos años en el ámbito jurídico, han puesto de manifiesto la necesidad de ampliar nuestra perspectiva local con miras a los sucesos que acaecen en el ámbito internacional. En este tenor, el acceso a la información, como derecho fundamental, debe ser abordado por los diversos operadores jurídicos tomando como referencia, además de la legislación interna, los instrumentos adoptados por los integrantes de la comunidad internacional así como las resoluciones emitidas por organismos que comparten esta naturaleza, conjugando aspectos sustantivos y adjetivos que permitirán entender el contexto en el cual se encuentra inserto, dotando de mayores elementos a quienes, en última instancia, deben dirimir las controversias suscitadas ante su vulneración: los juzgadores.



Conociéndose, 2007
Akio Hanafuji

