**Atención de los comentarios hechos por Brasil respecto de la propuesta de consideración del debate: “Abuso de Derecho/Solicitantes frecuentes”.**

El pasado 29 de junio del presente año, se sometió a consideración de los miembros del Grupo de Jurisprudencia (el Grupo), la propuesta de consideración denominada: “**ABUSO DE DERECHO. ELEMENTOS NECESARIOS PARA ACREDITAR SU EXISTENCIA EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN**”.

En ese sentido, y a partir de las valiosas consideraciones planteadas por Brasil, así como otros comentarios elaborados por algunos Comisionados del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), consideramos que podría modificarse el rubro de la consideración por el siguiente: “**MAL USO DE DERECHO. ELEMENTOS NECESARIOS PARA ACREDITAR SU EXISTENCIA EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN**”.

Lo anterior, debido a que podría establecerse que ningún derecho es absoluto y su ejercicio no puede implicar un abuso del mismo, sino un mal uso que implica que las normas jurídicas son aplicadas de tal manera que se desvirtúa el objetivo jurídico que se persigue con éstas, por lo que se genera el uso anormal, malintencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes.

Ahora bien, con el fin de abonar al debate, resulta oportuno enlistar las consideraciones hechas por Brasil, para su posterior análisis y atención:

1. En Brasil no se refieren al Código Civil para evaluar solicitudes de acceso a la información y determinar la existencia del “Abuso de Derecho”, sino que lo fundan en la legislación de la materia;
2. Respecto del primer elemento de la consideración propuesta, consistente en la existencia de un derecho a favor del particular, ¿ese derecho es el propio derecho de acceso a la información u otro derecho distinto?;
3. Los mecanismos que deberán privilegiarse sin anular el derecho de acceso a la información del solicitante propuestos, parecen ser limitados, por lo que se proponen nuevas soluciones cuando se trata de una situación de abuso de derecho;
4. ¿Cuál es la autoridad que tiene la carga de acreditar la existencia de un ejercicio abusivo del derecho? Brasil propone que en primera instancia sea la institución a la que se le formularon las solicitudes de información y posteriormente podría ser validado por otras instancias de apelación superiores;
5. ¿De qué manera se podría caracterizar la intensión lesiva? ¿En qué momento es evidente que el interés del solicitante es causar algún tipo de perjuicio a la institución pública? ¿Cómo comprobarlo?, y
6. La decisión que se tome, siempre debe ser en un caso específico, evitando generalizaciones, que pondrían en peligro el derecho de acceso a la información.

En ese sentido, a continuación se indican algunas consideraciones respecto de las aportaciones de Brasil al debate:

1. **En Brasil no se refieren al Código Civil para evaluar solicitudes de acceso a la información y determinar la existencia del “Abuso de Derecho”, sino que lo fundan en la legislación de la materia;**

Si bien es cierto que algunos de los miembros manifestaron en su hoja de datos que dentro de su derecho positivo la figura jurídica del “abuso de derecho” se encuentra sustentada en su legislación Civil, se hizo tal aseveración debido a que por lo menos en la legislación mexicana aplicable en materia de acceso a la información, no contempla de manera expresa tal figura y supletoriamente ha sido invocada por autoridades y el propio INAI (antes IFAI) en el trámite de solicitudes y resolución de controversias respectivamente.

Por lo que a diferencia de Brasil que cuenta con parámetros establecidos en la legislación de la materia como referencia de caracterización del abuso, en otros países se trasladan los parámetros fundamentales del derecho civil enfocados al “abuso de derecho” al ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información, mismos que se ven reflejados en su hoja de datos así como en la propuesta de consideración remitida al Grupo.

1. **Respecto del primer elemento de la consideración propuesta, consistente en la existencia de un derecho a favor del particular, ¿ese derecho es el propio derecho de acceso a la información u otro derecho distinto?;**

En la propuesta de consideración que se hizo del conocimiento del Grupo, se intentó hacer referencia por lo que hace a la existencia de un derecho a favor del particular, respecto del propio derecho de acceso a la información, ya que precisamente el mal uso del mismo se acredita a partir de su ejercicio y no de los demás derechos que se garantizan por medio del primero.

Sin perjuicio de lo anterior, abonaría en claridad la precisión que realiza Brasil, de que se trata de acreditar la existencia del derecho de acceso a la información por parte. Por consiguiente, si su ejercicio se vuelve un instrumento para garantizar cualquier otro, es completamente independiente de la figura del “abuso o mal uso” del ya mencionado derecho humano; es decir, si el particular ejerce otros derechos a partir de su acceso a la información, ésto no puede ser considerado como elemento para determinar la existencia de dicha figura jurídica.

1. **Los mecanismos que deberán privilegiarse sin anular el derecho de acceso a la información del solicitante propuestos, parecen ser limitados, por lo que se proponen nuevas soluciones cuando se trata de una situación de abuso de derecho;**

Debido a la simplicidad que se buscó reflejar en el contenido de la propuesta de consideración, se pretendió sugerir de manera enunciativa mas no limitativa, como mecanismos que sin anular el derecho de acceso a la información que le asiste al solicitante, pueda aminorar sus efectos lesivos, ofrecer al particular una modalidad distinta que satisfaga su requerimiento o, en su caso, ampliar el plazo para entregar la información requerida.

Sin embargo, Brasil abona al debate proponiendo diversos mecanismos acordes con su marco normativo que darían un catálogo más amplio de posibles soluciones. Por otro lado, respecto de la propuesta del diálogo entre el solicitante y la institución a la que se le requirió la información, si bien se propone como una solución informal, consideramos que es más garantista este derecho humano, si no se le requiere acreditar interés alguno para solicitar información.

Por lo que, iniciar con la aplicación del diálogo invadiría la esfera jurídica del particular, generándole un menoscabo al tener que acreditar su personalidad y justificar la utilización de la información requerida.

Ahora bien, respecto de las soluciones propuestas por Brasil, parecidas a la consulta directa de la información, coincidimos que se deben encontrar otras medidas para atender el derecho del particular, por lo que se propone la creación de micro sitios electrónicos que contengan la información que está relacionada con el tema de las solicitudes que provocaron el mal uso del derecho de acceso a la misma y en la respuesta únicamente remitir al vínculo electrónico que contiene la información de su interés.

Incluso, el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) podría evitar o al menos disminuir el número de solicitudes que se presentan, ya que por medio de páginas electrónicas, los particulares podrían consultar la información que pretenden consultar de manera rápida, eficaz y satisfaciendo en todo momento su derecho, aunado a que la autoridad podría seguir impulsando estas prácticas con un enfoque de transparencia proactiva.

Respecto de la ampliación de plazo para atender las solicitudes de los particulares, con independencia de la posibilidad de ampliar el plazo referido regulado en la legislación de la materia, consideramos que con el fin de evitar mayores daños al funcionamiento de la autoridad, o a los derechos de los demás particulares, el Organismo Garante de este derecho humano, podría permitir que únicamente en el caso concreto, el sujeto obligado tenga un periodo mayor y así cumplir con las respuestas correspondientes a todas las solicitudes que se le presentaron.

Lo anterior, con independencia que en los recursos o apelaciones que se generen por las respuestas de la autoridad, la instancia competente para resolver las controversias pudiera determinar la procedencia de dicha ampliación, en virtud de una ponderación entre el daño provocado tanto a la autoridad como a los derechos de terceros y el derecho de acceso del particular.

Por lo que hace a la última solución de Brasil, relativa a no entregar la información, consideramos arriesgado eximir a la autoridad de la obligación de dar acceso, debido a que sin importar la cantidad, calidad o intensidad de las solicitudes, es necesario implementar todos los mecanismos posibles para no limitar, restringir, vulnerar o denegar este derecho humano.

De esta manera, lo consistente en la estandarización y monitoreo de respuestas, simplificación de procedimientos o la orientación de los organismos competentes de lo que se considera un abuso de derecho hacia cualquier otra institución, consideramos que sería conveniente determinar la procedencia en cada caso concreto, con el fin de dar el tratamiento individualizado necesario para evitar en todo momento generalizar el trámite de solicitudes de particulares diferentes.

1. **¿Cuál es la autoridad que tiene la carga de acreditar la existencia de un ejercicio abusivo del derecho? Brasil propone que en primera instancia sea la institución a la que se le formularon las solicitudes de información y posteriormente podría ser validado por otras instancias de apelación superiores;**

En relación con esta consideración, la intención de la multicitada propuesta consiste en establecer que corresponde a la autoridad la “carga de acreditar la existencia de un ejercicio abusivo del derecho” entendido como la institución responsable de atender los requerimientos que formulen los particulares; no obstante, se precisará dentro del texto de la consideración, con el fin de darle mayor claridad a este punto.

Por tanto, las autoridades tienen la responsabilidad de acreditar, ante el particular y, en su caso, ante el Organismo Garante del derecho de acceso a la información, que existe un mal uso de dicho derecho humano.

1. **¿De qué manera se podría caracterizar la intensión lesiva? ¿En qué momento es evidente que el interés del solicitante es causar algún tipo de perjuicio a la institución pública? ¿Cómo comprobarlo?, y**

En este punto, es conveniente incluir la precisión relativa a la existencia de una intensión lesiva del particular, a partir de la actualización de los elementos que se enumeraron en la propuesta de Consideración, a saber:

1) La existencia de un derecho a favor del particular;

2) La cantidad desmedida de solicitudes presentadas por un mismo particular durante un período corto, y

3) Si la calidad de las solicitudes implica una alta complejidad para su atención, ya sea porque involucra la elaboración de múltiples versiones públicas, entrega de la información en modalidades complejas o cualquier otra actividad que complique el trámite eficaz de los requerimientos.

Con la actualización de por lo menos estos tres elementos, se acredita que el ejercicio del derecho del particular se convierte en un mal uso del mismo, ya que su fin no es allegarse de la información que posee la autoridad, sino dañar el desarrollo de las actividades de la institución requerida, así como el perjuicio que se produce en la atención de los requerimientos de otros solicitantes titulares del mismo derecho.

1. **La decisión que se tome, siempre debe ser en un caso específico, evitando generalizaciones, que pondrían en peligro el derecho de acceso a la información.**

Dada la importancia de este derecho humano y toda vez que los límites que puede llegar a tener deben ser siempre la excepción, el análisis de la existencia del abuso de derecho debe realizarse únicamente en casos concretos, por lo que la decisión que se tome a partir de todos los elementos analizados durante el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte del particular, debe aplicarse a un solo caso, y pueda servir como precedente para otros, sin ser forzosa su aplicación en futuras ocasiones.

En conclusión, una vez analizadas las aportaciones de Brasil, México, como coordinador del debate, somete a valoración de los miembros del Grupo, la propuesta de Consideración como resultado de su Segundo Debate Temático, mismo que se encuentra anexo al presente.