Primer Debate Temático

**Hoja de Datos**

|  |  |
| --- | --- |
| **Prueba de daño** | |
| **Breve Descripción** | Se considera que, a fin de delimitar nuestro tema, puedan desarrollarse brevemente algunas reflexiones que, a manera de pregunta, sirvan como facilitadores del debate, a saber:   * **¿Es obligatoria la prueba de daño?**   Sí, constituye una obligación del funcionario responsable de entregar la información, justificar adecuadamente la negativa parcial o total. Tarea que incluye justificar la “prueba del daño”, es decir, de qué manera la divulgación de la información puede o no afectar el principio o derecho protegido por la excepción o la regla de exclusión al acceso a la información pública.   * **¿Son conceptos diferentes la prueba de daño y la fundamentación y motivación?**   En el Perú, tanto a nivel legal como jurisprudencial no se hace mención expresa a la expresión “prueba del daño”. Sin embargo, en el procedimiento para justificar la negativa (o motivación de la negativa), no solo basta con sustentar que la información está protegida por alguna causal del régimen de exclusión, sino que es necesario determinar de qué manera su divulgación puede afectar o no el derecho o principio protegido por dicha causal.   * **¿Quién y cuándo se debe realizar la prueba de daño?**   Este paso lo tiene que realizar el funcionario responsable de entregar la información al momento de justificar la negativa total o parcial.   * **¿Qué requisitos son necesarios acreditar en la prueba de daño?**   No existe mayor desarrollo sobre requisitos o criterios para la determinación de la prueba del daño.   * **¿Cuáles son las semejanzas y diferencias de la prueba de daño y la prueba de prueba de interés público?**   **Diferencias**:  En la prueba del daño se debe probar cómo la divulgación afecta un derecho o un bien jurídico protegido por las excepciones. Es el segundo paso para justificar adecuadamente la negativa de acceso.  La prueba de interés público puede ser un elemento de análisis al momento de ponderar entre la afectación por la no divulgación y la afectación por la divulgación. Es el tercer paso para justificar adecuadamente la negativa de acceso  **Semejanzas**: ambos son parte del proceso para justificar adecuadamente la negativa de acceso. |
| **País** | Perú |

|  |  |
| --- | --- |
| **Consideraciones Generales** (Relevancia del tema) | El tema resulta relevante dado que a más de diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, Ley Nº 27806, la Administración continúa vulnerando el derecho constitucional de acceso a la información pública porque no justifica adecuadamente la negativa.[[1]](#footnote-1)  Al respecto, la Defensoría del Pueblo[[2]](#footnote-2) evidenció que del total de quejas recibidas por vulneración al derecho de acceso a la información pública, 369 quejas de la ciudadanía (5.5%) se debieron a que la Administración se negó a dar información por excepciones no contempladas en la normativa vigente, 321 quejas (4.8%) se debieron a la exigencia de requisitos ilegales, arbitrarios o de justificación para acceder a la información y 269 quejas (4.0%) por la negativa a dar información por inadecuada interpretación de las excepciones.  Además, dicha negativa genera otros problemas. Como por ejemplo:   * Aumentan los riesgos de corrupción o inconductas funcionales * No permite detectar problemas en la organización interna, “cuellos de botella”, problemas en los archivos, etc. * No permite mejorar el servicio público, ahorrar tiempo, esfuerzo y gasto * No se genera la confianza de la ciudadanía con sus autoridades. |

|  |  |
| --- | --- |
| **Consideraciones**  (Posición sobre el tema) | A nivel normativo, para limitar el acceso a la información de manera parcial o total en el Perú, el funcionario responsable de entregar la información, debefundamentar debidamente la negativa en base a las excepciones de los artículos 15 a 17 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley Nº 27806 Ley, señalando expresamente y por escrito las razones por las que se aplican esas excepciones y el plazo por el que se prolongará dicho impedimento.[[3]](#footnote-3)  Al respecto, el Tribunal Constitución ha precisado que para justificar adecuadamente la negativa se debe cumplir con los siguiente pasos:  **1. Comprobar que la información solicitada se encuentra comprendida en alguna excepción legal para negar el pedido de acceso**.[[4]](#footnote-4)  **2. Probar que la divulgación de la información daña el bien jurídico o el derecho protegido por las excepciones al derecho de acceso.**[[5]](#footnote-5)  Por ejemplo, el referido Tribunal ha señalado que «(…) [n]o basta con alegarse que la información pueda afectar la seguridad y/o poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas, sino que ello debe ser meridianamente acreditado»[[6]](#footnote-6)  **3. Ponderar entre el daño por divulgar la información y el daño ocasionado por negarle al público conocer la información.**  Al respecto, el Tribunal precisó que«en la medida en que el marco de un proceso constitucional no solamente se debe tener en cuenta tutela del derecho invocado sino la defensa de la Constitución, el juez constitucional, al emitir sus decisiones, debe ponderar también los efectos que estas puedan tener en otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional, de modo tal que dichos efectos puedan ser modulados en atención a tales derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional»[[7]](#footnote-7).  Agrega que dado que el ejercicio del derecho a la información “entraña deberes y responsabilidades especiales”, está sujeto a una restricción como es la de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, tarea que se resuelve mediante la aplicación del test del *balancing* o ponderación.[[8]](#footnote-8)  Por ello, se advierte que pese a que la llamada “prueba del daño” no es un concepto mencionado expresamente a nivel legal ni jurisprudencial, sí es parte o paso obligatorio para denegar el acceso a la información pública para justificar adecuadamente la negativa al acceso a la información.  Finalmente, cabe señalar que a la fecha son pocas las sentencias del Tribunal Constitucional que desarrollan el tema. |
| **Áreas de oportunidad**  (¿Qué hace falta para mejorar el derecho de acceso en el tema a discusión? – Nuevos Retos) | Dado que la “prueba del daño” sí es un requisito para negar el acceso a la información, el reto es difundir esta obligación y contar con un sistema de sanción por su incumplimiento. En ese sentido, hace falta lo siguiente:   1. Mayor desarrollo y difusión de los criterios para justificar adecuadamente la negativa de acceso a la información pública, con especial énfasis en la “prueba del daño”. 2. Creación de una autoridad garante del derecho acceso a la información pública. 3. Reforma del régimen sancionador por el incumplimiento de las normas de acceso a la información pública. |
| **Precedentes o criterios**  (Cómo se ha resuelto el tema en su país) | El Tribunal Constitucional del Perú, órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad del Perú, ha emitido diversa jurisprudencia sobre la justificación de la negativa, como por ejemplo:  Expediente Nº 950-00-HD/TC  Expediente Nº 5173-2011-PHD/TC   * Expediente Nº 04729-2011-PHD/TC * Expediente Nº 6712-2005-HC/TC * Expediente Nº 00776-2010-PHD/TC |

* **Procedimiento para las conclusiones:**

Una vez que se tenga la información de todos los países en la página –esto es en la fecha acordada para hacerlo- cada país deberá emitir sus propias conclusiones y proponer una conclusión general para el Grupo de Jurisprudencia RTA.

México, al ser el grupo líder, elaborará un análisis de todas las propuestas y emitirá un criterio único que previamente enviará a los países miembros para reflejar la posición que tiene el grupo en ese tema. Lo anterior, con independencia de que se publicará también en la página el criterio al que haya concluido cada país en lo individual.

|  |  |
| --- | --- |
| **“Prueba de daño” (Tema y subtema)** | |
| **Conclusiones por País** | De la información recibida por parte de los miembros del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia y Criterios Administrativos de la RTA, la Defensoría del Pueblo del Perú concluye lo siguiente:   1. La información que el Estado ha generado y/o tenga en posesión se presume de acceso público. 2. El órgano que recibió la solicitud de información pública, está obligado a justificar la denegatoria de acceso. 3. No toda la normativa de la región establece cómo justificar la negativa ni cómo realizar la “prueba del daño” de manera expresa y directa. 4. Realizar la “prueba del daño” es parte del procedimiento para denegar el acceso a la información pública. 5. En la “prueba del daño”, la entidad tiene la obligación de acreditar un nexo de causalidad entre la publicidad de la información y el perjuicio producido a un bien jurídico y/o un derecho tutelado, establecidos previamente mediante una ley formal. 6. No todas las legislaciones cuentan con requisitos o criterios para acreditar el riesgo o daño que puede provocar la divulgación de la información solicitada al Estado o a la sociedad. 7. No todas las legislaciones definen ni diferencian entre la “prueba de daño” y la “prueba de interés público”. |
| **Criterio Propuesto**  (Conclusión para el Grupo) | 1. Para justificar la negativa de acceso a la información, la entidad tiene que realizar lo siguiente:  * Verificar que la información solicitada se encuentra comprendida en alguna excepción al acceso establecida en una ley formal. * Probar que la divulgación de la información daña el bien jurídico o el derecho protegido por las excepciones al derecho de acceso (prueba del daño). * Ponderar entre el daño por divulgar la información y el daño ocasionado por negarle al público conocer la información.  1. La “prueba del daño” es un paso del procedimiento para denegar el acceso a la información pública. 2. Se define a la “prueba del daño” como la obligación que tiene la entidad, que recibió la solicitud de información, de acreditar un nexo de causalidad entre la publicidad de la información y el perjuicio producido a un bien jurídico y/o un derecho tutelado, establecidos previamente mediante una ley formal. 3. Las legislaciones requieren contar con requisitos o criterios para acreditar el riesgo o daño que puede provocar la divulgación de la información solicitada al Estado o a la sociedad. 4. Las legislaciones deben tratar de unificar una definición de la “prueba de daño” y diferenciarla de la “prueba de interés público”. |

1. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente Nº 4912-2008-PHD/TC, Fundamento Nº 6. [↑](#footnote-ref-1)
2. Informe Defensorial Nº 165: “Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2013”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver art. 13º del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley Nº 27806 y literal f., art 5º del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley Nº 27806. [↑](#footnote-ref-3)
4. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente Nº 950-00-HD/TC, Fundamento Nº 6. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente Nº 5173-2011-PHD/TC, Fundamento Nº 10. [↑](#footnote-ref-6)
7. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente Nº 04729-2011-PHD/TC, Fundamento Nº 15. [↑](#footnote-ref-7)
8. ###### Tribunal Constitucional del Perú. Expediente Nº 6712-2005-HC/TC, Fundamento Nº 6.

   [↑](#footnote-ref-8)